

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8001653-86.2020.8.05.0032 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. DIREITO PENAL. PROCESSUAL PENAL. LEI ANTIDROGAS. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. APELANTE CONDENADO À PENA DEFINITIVA DE 04 (QUATRO) ANOS, 09 (NOVE) MESES E 18 (DEZOITO) DIAS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA NO REGIME INICIAL SEMIABERTO, BEM COMO PAGAMENTO DE 40 (QUARENTA) DIAS-MULTA, NO VALOR UNITÁRIO ARBITRADO NO MÍNIMO LEGAL. FORA NEGADO AO APELANTE O DIREITO DE O MESMO RECORRER EM LIBERDADE. RAZÕES RECURSAIS: ABSOLVIÇÃO DO APELANTE EM VIRTUDE DE A SUA CONDENAÇÃO TER SIDO LASTREADA EM PROVAS ILÍCITAS, UMA VEZ QUE ORIUNDAS DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INACOLHIMENTO. AÇÃO POLICIAL DECORRENTE DE DENÚNCIA DE TRÁFICO DE DROGAS EM DETERMINADA REGIÃO. DILIGÊNCIA POLICIAL, COM A DETENÇÃO DO APELANTE EM FRENTE À RESIDÊNCIA DESTA, PORTANTO EM VIA PÚBLICA, OPORTUNIDADE EM QUE FORA ENCONTRADO EM SEU PODER, CERTA QUANTIDADE DE COCAÍNA. POSTERIOR APREENSÃO DE DROGAS NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA. DISPENSA DE PRÉVIA EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO EM RESIDÊNCIA. PROVA LÍCITA. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 5º, INCISO XI, DA CF/1988. JURISPRUDÊNCIA DO STF. RE Nº 603.616. REPERCUSSÃO GERAL (TEMA 280). IMPORTÂNCIA DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELA PRISÃO EM FLAGRANTE DO APELANTE. PRECEDENTE. LASTRO PROBATÓRIO APTO À CONDENAÇÃO DO REFERIDO APELANTE COMO INCURSO NAS PENAS DO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PLEITO DE REANÁLISE DA DOSIMETRIA DA PENA, A FIM DE QUE SEJA APLICADA EM FAVOR DO APELANTE A CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/2006, EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE. DE ACORDO COM A JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA CARACTERIZA BIS IN IDEM A UTILIZAÇÃO CONCOMITANTE DA QUANTIDADE DE DROGAS APREENHIDAS NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA PARA FIXAR A PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, E NA TERCEIRA FASE PARA MODULAR A FRAÇÃO REFERENTE AO TRÁFICO PRIVILEGIADO, QUANDO DESACOMPANHADO DE OUTROS ELEMENTOS QUE EVIDENCIEM QUE O ACUSADO SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PRECEDENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO SUPRACITADA NA FRAÇÃO MÁXIMA – 2/3 (DOIS TERÇOS) –, CONFORME PRETENDIDO PELA DEFESA DO APELANTE, PROCEDENDO-SE O REDIMENSIONAMENTO DA SUA PENA DEFINITIVA. PEDIDO DE DIMINUIÇÃO DO QUANTUM DA PENA DE MULTA APLICADA, EM FACE DA HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA DO APELANTE. IMPOSSIBILIDADE. PENA DE MULTA QUE CONSTITUI SANÇÃO IMPOSTA PELO LEGISLADOR, QUE NO CASO SUB JUDICE, DEVERIA TER SIDO ESTABELECIDO EM QUANTUM SUPERIOR ÀQUELE CONSTANTE DA SENTENÇA VERGASTADA. MANUTENÇÃO DA QUANTIDADE DE DIAS-MULTA NOS TERMOS CONTIDOS NO ÉDITO CONDENATÓRIO EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DA NON REFORMATIO IN PEJUS, UMA VEZ QUE APENAS A DEFESA APELOU, DEVENDO SER RESSALTADO QUE CABE AO JUÍZO DA EXECUÇÃO APRECIAR A REFERIDA QUESTÃO EM MOMENTO OPORTUNO. CONCESSÃO AO APELANTE DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PREJUDICADO. ATRAVÉS DE CONSULTA REALIZADA NOS AUTOS DO PROCESSO DE Nº 2000171-27.2021.8.05.0274, O QUAL TRAMITA NO SEEU – SISTEMA ELETRÔNICO DE EXECUÇÃO UNIFICADA, VERIFICOU-SE QUE O APELANTE PROGREDIU PARA O REGIME ABERTO, NA MODALIDADE DOMICILIAR, TENDO SIDO, INCLUSIVE, EXPEDIDO ALVARÁ DE SOLTURA EM SEU FAVOR. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA QUE DEVE SER ANALISADA PERANTE O JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAS. PRECEDENTES DO STJ E DESTA ÓRGÃO JULGADOR. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal de nº 8001653-86.2020.8.05.0032, oriundos da Vara Criminal, Júri,

Execuções Penais e da Infância e Juventude da Comarca de Brumado, sendo Apelante, e Apelado, o Ministério Público Estadual. Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em conhecer parcialmente do presente Recurso de Apelação, para, na parte conhecida, julgá-lo parcialmente provido, de acordo com o voto do Relator. Juiz Convocado Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma Relator 11

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 3 de Fevereiro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8001653-86.2020.8.05.0032 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO

"Cuida-se de Apelação interposta por contra a r. sentença proferida pelo M.M. Juiz de Direito da Vara Criminal, Júri, Execuções Penais e da Infância e Juventude da Comarca de Brumado. Narrou o Ilustre Representante do Parquet em sua preambular acusatória acostada aos presentes autos (ID 18813912), que no dia 12/12/2020, por volta das 13:35 horas, na Rua H, Loteamento Brisa II, nº 50, Bairro São Jorge, Brumado-BA, o denunciado fora flagrado por policiais militares, após recebimento de denúncia anônima de ocorrência de tráfico de drogas no bairro da Urbis II, trazendo consigo e em depósito, para fins de mercancia ilícita, substâncias entorpecentes. De acordo com a referida peça, prepostos da Polícia Militar diligenciaram até o local supracitado, momento em que visualizaram o acusado em frente à residência, sendo que, após busca pessoal, lograram êxito em encontrar em sua posse certa quantidade da droga ilícita conhecida como "cocaína", tendo o referido acusado assumido que possuía mais drogas no interior de sua residência. Realizada busca no interior do imóvel, foram encontrados 420,9g (quatrocentos e vinte gramas e nove decigramas) da erva conhecida como "maconha", divididos em duas barras grandes envoltas por uma fita adesiva de coloração marrom, 22,36g (vinte e dois gramas e trinta e seis centigramas) da substância ilícita conhecida como "cocaína", acondicionada em um pacote plástico, 5,52g (cinco gramas e cinquenta e dois centigramas) da droga anteriormente citada, separada e acondicionada em vinte pacotes plásticos transparentes e fechados em nó, além de uma balança de precisão e mais outras embalagens plásticas também próprias para o acondicionamento de drogas, tudo caracterizando atividade típica do tráfico de drogas. Diante do exposto, fora o acusado, ora Apelante, denunciado como incurso nas penas dos artigos 33, da Lei nº 11.343/2006. A denúncia fora recebida no dia 13/07/2021 (ID 18813937). Ultimada a instrução criminal e apresentadas as alegações finais pelas partes envolvidas, fora proferida em desfavor do Apelante, sentença condenatória (ID 18813960), oportunidade em que a pretensão contida na denúncia fora julgada procedente para condená-lo como incurso nas sanções do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 04 (quatro) anos, 09 (nove) meses e 18 (dezoito) dias de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto, bem como pagamento de 40 (quarenta) dias multa, no valor unitário arbitrado no mínimo legal. Fora negado ao referido Apelante o direito de o mesmo recorrer em liberdade. Irresignada, a defesa do Apelante interpôs o presente Recurso de Apelação (ID's 18813967 e 18813975), pleiteando a reforma da sentença para no mérito, a) absolvê-lo, haja vista a ilicitude das provas colhidas no in folio, uma vez que obtidas através de violação de domicílio. Subsidiariamente, b)

aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, em sua fração máxima, qual seja, 2/3 (dois terços); b) substituição da pena privativa de liberdade que lhe fora imposta por pena restritiva de direitos; c) redução do quantum da pena de multa imposta em seu desfavor; d) revogação de sua prisão preventiva em face da ausência dos requisitos previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal; e, e) concessão em seu favor, dos benefícios da gratuidade da justiça. Em Contrarrazões (ID 18813978), o Parquet pugnou pelo improvimento do presente Recurso de Apelação. Distribuídos por sorteio ao Eminent Desembargador (ID 18867504), os autos foram encaminhados à douta Procuradoria de Justiça (ID 18883792), que em um primeiro momento requereu que fosse certificada a intimação do Apelante acerca do teor da sentença condenatória (ID 19178359), tendo se manifestado posteriormente pelo conhecimento e improvimento do apelo, mantendo-se a sentença vergastada em sua totalidade (ID 19843702). Elaborado o presente relatório, submeto o exame dos autos ao eminente Desembargador Revisor, para os devidos fins. É o Relatório. Salvador (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Juiz Convocado Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma Relator 11

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8001653-86.2020.8.05.0032 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do presente recurso. A materialidade delitiva é incontroversa e pode ser extraída através do Auto de Apresentação e Apreensão e dos Laudos de Exame Pericial de nos. 2020 20 PC 001394-01, 2020 20 PC 001394-03 e 2020 20 PC 001394-04, acostados aos autos (ID's 18813907 – Fls. 02, 18813907 – Fls. 07/09, e, 18813982 – Fls. 02/03), bem como através das declarações colhidos no in folio. Feitos tais esclarecimentos e não havendo questões preliminares a serem examinadas, passa-se, de logo, à análise do mérito recursal. Do pleito absolutório em face da nulidade das provas carreadas aos autos, às quais são oriundas de violação de domicílio. Requer a defesa do Apelante a sua absolvição sob o argumento de que restou afrontado o direito à inviolabilidade do domicílio, conforme previsão contida no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, in verbis: Art. 5º (...) XI – a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; (...) (Grifos do Relator) Assevera que “o ingresso em domicílio, sem mandado judicial ou consentimento do morador, deve ser devidamente justificado, e para isso não bastam alegações genéricas ou denúncias anônimas”, e que “ ao contrário do que foi dito pelos condutores, o investigado não permitiu a entrada dos policiais em sua residência”. Assim, entende que inexistindo elementos seguros a evidenciar a prática ilícita por parte do Apelante, bem como provas que sustentem a materialidade delitiva, a sua absolvição é medida que se impõe. Entretanto, a pretensão defensiva não merece prosperar conforme será a seguir demonstrado. Ab initio deve ser ressaltado que apesar de, em regra, ser necessária autorização judicial para o ingresso a domicílios para que investigações criminais aconteçam, tal regra é relativizada quando algum delito estiver sendo praticado em flagrante, no momento da invasão de determinada casa, segundo consta no próprio inciso XI do supramencionado artigo 5º da Carta Magna. No caso concreto, a ação policial decorreu de informações (denúncia anônima) de

tráfico de drogas no bairro Urbis II, momento em que os agentes tendo se dirigido para aquela localidade, flagraram o Apelante em frente à sua residência, portanto determinada quantidade de entorpecentes, momento em que, inquirido, confessou ter mais drogas dentro da referida residência, franqueando a entrada dos referidos agentes na mesma. Veja-se como os policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante do Apelante se pronunciaram: : “(...) que se recorda dessa diligência que acabou na prisão do denunciado; que estavam fazendo ronda nas proximidades do local onde se encontrava naquela rua, que fizeram a abordagem e foi encontrada uma pequena quantidade de drogas com ele; que ele não se recorda o quanto; que aí indagado a ele de quem seria, ela falou que era dele; e onde se encontrava; que ele falou que tinha mais na residência dele; que ele permitiu a entrada dos policiais, e baseado na fundada suspeita, eles entraram na residência e foi encontrado salvo engano, uma quantidade em um pote de cereal, num pote de alguma coisa, e o restante estava atrás do fogão; guardado atrás do fogão; que no quarto, ele acha que tinha uma balança de precisão e outras porções também; já fracionadas; que aí eles conduziram ele, diante dos fatos e da materialidade, para a DP; que fracionado para venda; que o mesmo falou que estava vendendo na localidade; que ele também já é conhecido por essa prática ali na região; que isso também foi o que originou a abordagem também; que receberam denúncia anônima que ele continuava com a prática; que ele também já tinha sido preso por essa prática outras vezes; que acha que ainda menor; que ele acha que o acusado já foi preso por outros motivos, mas por sua guarnição, ele não se recorda; mas que ele acha que sim; que só não se recorda; que da quantidade não se recorda; que a natureza era maconha e cocaína; (...) que participaram da operação em sua guarnição, eram três policiais; que foram três ou foram quatro; que ele não se recorda se eles estavam em “tipo B” ou “tipo C”; que somente eles três; que não se recorda se estavam tipo B, pois se estivessem tipo B, seriam três; tipo C, seriam quatro policiais; que aí teria que olhar na escala do dia, mas ele não se recorda exatamente se eram em três ou em quatro; que geralmente varia de serviço; que depende da escala do mês; que vai fazer três anos que ele é lotado em Brumado; que foi em 2018, fevereiro; que a informação que tinham sobre ele é que essa conduta dele, que ele já é envolvido no tráfico de drogas na localidade ali de São Félix, na Urbes; que ele que trafica ali; faz essa venda de entorpecentes nessas localidades; que quando a polícia chegou na casa estava ele, tinha uma menina lá, que ele acha que era a mulher dele, também não sabe; que salvo engano era a mulher dele e uma criança; que quando eles chegaram na casa, só tinha ela e a criancinha; que não observou que alguém fugiu da casa, até mesmo porque a entrada foi tranquila; que eles acharam ele na rua, abordaram ele na rua e ele mesmo que permitiu a entrada da polícia; que ele foi abordado na rua, próximo da casa; na rua da casa mesmo; próximo à casa; (...)” (<https://playback.lifeseize.com/#/publicvideo/116d6538-fc1a-4319-8526-326001e4acd9?vcpubtoken=1eaa11b1-bdea-4dc9-a0dd-044c1aabe687>) : “(...) que não possui nenhum vínculo com ele; (...) que se recorda dessa situação; (...) que receberam uma denúncia que tinha tráfico de drogas na rua; que estava tendo tráfico de drogas na localidade; que ao chegarem ao local, encontraram o Pablo na frente de casa; que ele foi abordado por eles, e perguntado se havia mais drogas, que inclusive ele que os levou até o local onde estava a droga; que os conduziu até o local; que foi encontrado na casa de cocaína e maconha; que a quantidade não se recorda; (...) que se ele não se engana, foram dois tabletezinhas médio de maconha, e algumas

porções em pacotes pequenos; que se ele não se engana foi isso; que quem participou da diligência foi só a guarnição; que no momento da abordagem o acusado estava na porta de casa; (...) que ele estava em frente a casa, na rua; que tinham informações de alto índice de tráfico naquela região ali; que inclusive foi citado o nome do rapaz aí, Pablo; que estava traficando lá; que foi apreendida uma balança de precisão também; que não se recorda onde ela estava; que ele não se recorda o cômodo da casa onde ela estava; que não lembra se ao ser detido, o acusado falou que estava sendo coagido para guardar as drogas; que não recorda o que ele disse, quais foram as alegações dele; (...) que está lotado em Brumado há cinco anos; que o que ele sabe sobre a conduta de Pablo, é que ele já é reincidente nessa prática de tráfico; que foi conduzido outras vezes quando ele era menor de idade pela mesma situação de tráfico de drogas; que geralmente eles traficam para alguém, agora, a pessoa em si, ele não sabe informar; que a informação sobre a ocorrência de tráfico de drogas naquela rua, ele recebeu pouco antes de ir ao local; (...)” (<https://playback.lifesize.com/#/publicvideo/a120c96d-c9ae-4a82-8ff5-c7eca9fca039?vcpubtoken=7a717d92-5e28-49c1-ad2c-cbc35f32b9f6>)

Grifos do Relator É possível inferir dos excertos supratranscritos, que os referidos agentes após receberem uma denúncia anônima sobre prática de tráfico de entorpecentes no Bairro Urbis II, lograram êxito em prenderem em flagrante o Apelante, o qual se encontra em frente à sua residência, portando uma pequena quantidade de droga, sendo que após o mesmo autorizar a entrada dos policiais na referida residência, fora encontrada quantidade expressiva de entorpecentes, bem como uma balança de precisão. Os referidos policiais informaram, ainda, que o local no qual o Apelante fora abordado era conhecido pelo alto índice de tráfico de drogas, bem como que o nome do Apelante teria sido citado como um dos traficantes da região. Observa-se que as testemunhas, policiais militares, foram uníssonas e seguras ao afirmarem em Juízo, repita-se, que o Apelante fora abordado em frente à sua residência, momento em que fora encontrada uma porção de drogas consigo, e em seguida, uma maior quantidade dentro de sua residência. Ademais, frise-se que os mesmos Policiais, quando ouvidos na fase inquisitiva, narraram os acontecimentos de forma semelhante, não se podendo falar, assim, em existência de contradições ou em fragilidade de seus depoimentos (ID's 18813903 e 18813905). Pontue-se, ainda, que é cediço que o crime de tráfico de drogas não é, em regra, cometido em locais públicos. Ao revés, a venda de drogas é comumente praticada na clandestinidade, sendo as operações policiais essenciais para a repressão deste tipo de delito. Sobre a validade dos depoimentos de Policiais Militares, tanto a doutrina majoritária, quanto a jurisprudência, adotam o entendimento de que eles não têm qualquer impedimento em depor sobre crimes, mesmo quando efetuaram o flagrante, sendo seus depoimentos válidos para embasar um decreto condenatório, sobretudo em casos de crimes como o presente, que são, conforme informado acima, cometidos na clandestinidade. Nesse sentido: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA OMISSÃO NO ACÓRDÃO ORIGINÁRIO QUANTO AO EXAME DAS TESES DEFENSIVAS. INOCORRÊNCIA. INCOMPETÊNCIA DO JUIZ SENTENCIANTE. SÚMULA 706/STF. FALTA DE QUESTIONAMENTO EM MOMENTO OPORTUNO. PRORROGAÇÃO. ILICITUDE DAS PROVAS COMPARTILHADAS. NÃO PREQUESTIONAMENTO DO TEMA. SÚMULA 282/STF. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. VALIDADE. OBSERVÂNCIA DAS PRESCRIÇÕES CONTIDAS NA LEI 9.296/96. PERDIMENTO DE BENS. ALEGADA LICITUDE DOS IMÓVEIS. SÚMULA 7/STJ. IMPARCIALIDADE DO DEPOIMENTO POLICIAL. NÃO VERIFICADO. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. FALTA DE PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 7/

STJ. REDUÇÃO DA PENA-BASE E DO ÍNDICE DE AUMENTO PELA MAJORANTE DA INTERESTADUALIDADE. REITERAÇÃO DE PEDIDO DEDUZIDOS EM OUTRO HC. RECURSO NÃO PROVIDO. (...) 7. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firme de que os depoimentos dos policiais, que acompanharam as investigações prévias ou que realizaram a prisão em flagrante, são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.(...)(AgRg no AREsp 918.323/RS, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019) Grifos do Relator Verifica-se, pois, que a prisão do Apelante iniciou-se em via pública, sendo que, após ter sido encontrado consigo uma determinada quantidade de drogas, os policiais adentraram a residência, segundo os mesmos, com a sua autorização, momento em que fora encontrado mais entorpecentes, inexistindo, assim, qualquer ilegalidade, haja vista a presença de fundadas razões a legitimar o ingresso dos agentes públicos no referido domicílio. Com efeito, a Suprema Corte vem adotando essa linha de raciocínio, tendo pacificado a questão por meio da submissão do recurso extraordinário (RE) nº 603616 ao rito de repercussão geral/repetitivo (Tema 280), cuja ementa segue transcrita: "Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso". (RE 603616, Relator (a): Min. ,

Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016) Grifos do Relator Nestes mesmos termos, o acórdão abaixo transcrito: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA NULIDADE DA PROVA POR INVASÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO DOS POLICIAIS. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, apreciando o Tema n. 280 da sistemática da repercussão geral, à oportunidade do julgamento do RE n. 603.616/R0, decidiu que, para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a presença da caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito. 2. O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência, é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. 3. Existindo elementos indicativos da prática de crime no local a autorizarem a violação domiciliar, mostra-se desnecessário o prévio mandado de busca e apreensão, como no presente caso, em que, antes do ingresso dos policiais, o acusado lançou para fora da janela da casa um pote de "margarina" contendo 11 (onze) buchas de entorpecente conhecido como "maconha". Portanto, considerando a natureza permanente do delito em questão (tráfico) e a presença da justa causa para ensejar o ingresso dos agentes de polícia no domicílio do réu, não há qualquer ilegalidade a ser sanada. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1928936/SC, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 09/11/2021, DJe 12/11/2021) Grifos do Relator À luz do entendimento jurisprudencial de obrigatoria observância (arts. 926 e 927, III, do CPC c/c art. 3º do CPP), cumpre pontuar que restou comprovado que o Apelante fora preso em flagrante na posse de drogas, e que a diligência policial foi iniciada fora de sua residência. Lado outro, o Apelante embora na fase inquisitorial tenha declarado que os fatos ocorreram conforme declarado pelos referidos agentes públicos, em Juízo negou a prática delituosa, informando que em verdade no momento em que os policiais adentraram a sua residência, estava tomando banho, senão veja-se: : "(...) que o interrogado confessa que a droga que foi encontrada pelos policiais militares estava sendo guardada por ele na residência localizada na rua sendo que foi forçado a fazer isso, pois sua família foi ameaçada, sendo que a droga foi deixada por um indivíduo que o interrogado não quer declinar o nome por questão de segurança; que a droga está na casa do interrogado há quatro dias e tinha sido informado que iria chegar alguém para buscá-la, sendo que o interrogado não iria receber nada em troca, mas que o pressionaram pois ele estava devendo um celular há aproximadamente dois anos atrás; que a balança também foi deixada quatro dias atrás, assim como toda a droga; que o interrogado alega que não é traficante e não iria vender a droga; que o interrogado estava hoje na porta da casa de sua esposa, ocasião em que foi abordado por policiais militares, que informaram ter recebido uma denúncia anônima de que havia drogas na casa, ocasião em que o interrogado de iniciativa própria mostrou aonde estava as drogas e a balança, sendo que os policiais foram pacíficos; que já foi preso tendo respondido a lei Maria da Penha, há dois meses; que faz uso de maconha; que não faz uso de bebidas alcoólicas; que não deseja informar a sua prisão a ninguém pois a sua esposa já está sabendo do feito; que tem

filho menor com idade de três anos; (...)" (Interrogatório prestado na Delegacia – ID 18813906) Grifos do Relator : "(...) que ele estava em casa, tomando banho, que estavam ele, sua esposa e seu filho; que ele estava dentro de casa; que na casa de sua mulher, que ele mora lá, tem um muro quebrado, do lado, que dá acesso ao quintal e no quintal já tem uma porta para entrar para dentro da casa; que eles chegaram entrando e lhe pegaram dentro do banho, dentro do banheiro; que disseram que estavam procurando armas; que não falaram em drogas, só em armas; que não sabe explicar se eles foram diretamente à sua casa ou entraram em outra casa na hora, porque ele estava no banho; que as drogas apreendidas, a maconha estava dentro do fogão, e ele só tem conhecimento da maconha; a quantidade da maconha era mais ou menos 410, 415 gramas; que a droga estava no fogão há quatro dias; que foi ele quem guardou; que ele estava guardando a droga para depois entregar para o dono; que não vai dizer quem é o dono; que ele receberia pela guarda R\$ 150,00 reais; que não chegou a receber; que a cocaína ele não tem conhecimento; que quando ele era menor, ele teve duas passagens; algumas passagens que ele cumpria medida educativa; que quando ele terminou de cumprir, ele parou; que só que aí aconteceu uma situação, e ele teve que pegar a droga; que sua mulher tinha trocado o seu celular na mão de uma amiga; que aí eles viajaram e nessa viagem, ela não pagou; que o marido dela ficou caçando confusão e lhe ofereceu aí essa droga para ele guardar, essas quatrocentas gramas de maconha, e que ele lhe daria R\$ 150,00 de maconha em dinheiro; que ele estava ameaçando a sua família, que ele pegou; que esse telefone ela comprou de uma amiga dela; (...) que ele pegou a droga do marido da amiga de sua mulher e disse a ele que iria guardar e depois de cinco dias ele viria pegar, mas quatro dias depois ele foi preso; que o nome de sua companheira é ; que não tem conhecimento de balança de precisão; que pelo jeito que ele agiu com os policiais, que ele foi tão tranquilo com eles, mostrou onde estava a maconha e eles colocaram a cocaína e a balança para poder lhe prejudicar, que só isso mesmo; que ele está dizendo que os policiais colocaram cocaína e balança em sua casa; que tinha um ano e meio, dois anos que ele morava naquela casa; só com sua mulher e seu filho; que além deles, só a amiga dela, que é madrinha do seu filho entrava; mais ninguém, não; que de vez em quando, só sua mãe ia lá, mas só de vez em quando; que essa amiga não é envolvida com drogas; que a maconha ele reconhece, mas que a cocaína ele desconhece; (...) que seus vizinhos, sua comunidade não conhecem ele como traficante de drogas; que ele nunca morou ali, não; que só ficou aquele tempo ali mesmo; que ele está dizendo que os policiais colocaram uma balança de precisão e a cocaína em sua casa, porque realmente eles colocaram, e eles invadiram a sua casa; que ele não foi pego na rua, na frente da porta de sua casa, não; que ele sabe ler e escrever; que ele assinou um papel, que não se recorda qual era o papel; (...) que ele não se recorda de ter dito na Delegacia o que o Promotor leu; que eles estavam do seu lado e pediu para ele falar isso; que na hora ele falou, mas que depois que eles saíram do seu lado, ele foi e disse a verdade para o Dr. , que é o Delegado; que quem estava do seu lado, ele acha que foi esse último que falou aí, na chamada de vídeo, o policial; que primeiro chegou a viatura com quatro policiais e depois chegou um carro prata, descaracterizado, sem logotipo nenhum de polícia, e chegou e entrou também dentro de casa; que só o último policial o conhecia; (...)” <https://playback.lifesize.com/#/publicvideo/ae8a-a284-5026-4365-8450-59b9873a8832?vcpubtoken=bc4dc9ec-41d1-4885-9034-9672effe9925>) Grifos do Relator Observa-se da leitura atenta das declarações supratranscritas, que embora o Apelante em

Juízo tenha declarado que no momento em que os policiais entraram em sua residência este estava no banho, tendo sido surpreendido pelos policiais no banheiro, dentro da casa, ele soube informar “que primeiro chegou a viatura com quatro policiais e depois chegou um carro prata, descaracterizado, sem logotipo nenhum de polícia, e chegou e entrou também dentro de casa”. Nota-se, pois, que o discurso do Apelante se mostra incoerente e suas ilações, imprestáveis a provar a sua inocência, como pretende o apelo. É possível afirmar, dessa forma, que enquanto as declarações prestadas pelos policiais responsáveis pela prisão do Apelante se coadunam entre si (tanto na fase inquisitorial, como na judicial), os depoimentos prestados por este em Juízo, divergem das demais provas coligidas ao in fólío. Ademais, não se pode perder de vista que para a configuração da traficância não é exigível, repita-se, prova flagrancial da venda da droga, bastando que o agente seja surpreendido portando, trazendo consigo, guardando ou transportando a substância e que os elementos indiciários e as circunstâncias da apreensão evidenciem a atividade delituosa. In casu, pelas provas expostas, mostra-se incontroversa a apreensão de expressiva quantidade de entorpecente, bem como que as mesmas pertenciam ao Apelante. Destarte, diante da objetividade e da firmeza dos depoimentos dos Policiais e inexistindo qualquer indício de atuação parcial destes, não há como se acatar a tese absolutória. Diante do exposto, não há como se acolher a tese de fragilidade probatória, pois é inequívoco que os materiais apreendidos e descritos no Auto de Apresentação e Apreensão (ID 18813904), foram apreendidos em poder e na residência do Apelante, local no qual residiam, apenas, ele, sua esposa e filho, sendo frequentada eventualmente por sua genitora e a madrinha de seu filho. Outrossim, deve ser salientado que o crime previsto no artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, é de perigo abstrato, multifacetário, sendo suficiente o dolo genérico, consistente na prática de quaisquer das condutas elencadas no caput do supracitado artigo para a sua caracterização. Ademais, é cediço que vigora em nosso ordenamento jurídico pátrio o Princípio do in dubio pro reo, segundo o qual, não havendo absoluta certeza de ter o réu cometido um crime, deve este ser absolvido, com fundamento, inclusive, no Princípio Constitucional da Presunção de Inocência. Assim, havendo dúvidas da autoria de um delito, esta deve sempre ser resolvida em favor do acusado, o que não é a hipótese dos presentes autos. Desta forma, existindo situação de flagrância e não restando caracterizado a ocorrência de invasão de domicílio conforme pretende a defesa do Apelante, a autoria delitiva referente ao crime de tráfico de entorpecente se encontra em consonância com o conjunto probatório, não havendo reparo a ser feito na sentença quanto a este aspecto, motivo pelo qual a sua condenação como incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, é medida que se impõe. Da dosimetria da pena Requer a defesa do Apelante, subsidiariamente, o redimensionamento da sua pena, com a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, em sua fração máxima, qual seja, 2/3 (dois terços), haja vista tratar-se de Apelante primário e que não faz parte de organização criminosa. Assiste razão à defesa do Apelante neste particular, pelos motivos a seguir aduzidos. Infere-se da leitura atenta da sentença condenatória (ID 18813955), que na primeira fase da dosimetria da pena, após proceder a análise das circunstâncias judiciais previstas nos artigos 59 do Código Penal e 42, da Lei nº 11.343/2006, a pena-base do Apelante fora fixada acima do mínimo legal, sob os seguintes argumentos: “ (...) A culpabilidade e o grau de

reprovação da conduta, mostra-se comum para a espécie de delito. Ele é tecnicamente primário, e inexistem maiores informações sobre a conduta social, de modo que considero favorável essa circunstância. A personalidade apresenta-se desfavorável. Ela deve ser entendida como síntese das qualidades morais e sociais do indivíduo. Em sua análise deve-se verificar a maior ou menor sensibilidade ético-social do condenado, a presença ou não de eventuais desvios de caráter. A personalidade envolve ciências como a psicologia, psiquiatria, antropologia –, e deve ser entendida como um complexo de características individuais próprias, adquiridas, que determinam ou influenciam o comportamento do sujeito." (. Direito Penal – Parte Geral. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006. v. I. p. 366). No caso desses autos o painel probatório revela que o condenado, embora já tenha respondido por atos análogos a tráfico de drogas, inclusive cumprido medida socioeducativa, vem se mostrando indiferente em relação aos malefícios causados pela disseminação de drogas. Enfim, diante de sua predisposição para a prática de crimes, considero desfavorável a circunstância relativa à personalidade. Os motivos do crime estão relacionados ao interesse em obter lucro fácil, em prejuízo da saúde pública, dado já inerente à figura típica. Considero favoráveis, também, as circunstâncias e as consequências do crime, em especial porque ao menos parte das drogas que ele venderia foi apreendida, não chegando aos destinatários, de modo que o crime não gerou piores consequências. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (Lei 11.343/06, art. 42). Enfim, sendo desfavorável uma das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do CP, e considerando que foi apreendido cerca de meio quilo de drogas, fixo a pena-base um pouco acima do mínimo legal, ou seja, seis anos e cinco meses de reclusão. (...)” Grifos do Relator Observa-se, pois, que a pena-base do Apelante fora fixada em 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, em virtude da desvalorização das circunstâncias judiciais relativas à personalidade e quantidade de substância entorpecentes apreendidas consigo – mais de 400g (quatrocentos gramas) de maconha, e 27g (vinte e sete) gramas de cocaína. No que pertine à desvalorização da circunstância judicial atinente à personalidade do Apelante, entende este Relator que o nobre Magistrado sentenciante se equivocou, uma vez que desvalorar a referida circunstância judicial em virtude “ o condenado, embora já tenha respondido por atos análogos a tráfico de drogas, inclusive cumprido medida socioeducativa, vem se mostrando indiferente em relação aos malefícios causados pela disseminação de drogas”, não se mostra fundamentação válida. De fato, conforme preleciona , avaliar a personalidade de alguém se mostra muito complexo, senão veja-se: “ (...) a formação da personalidade é processo gradual, complexo e único para cada ser humano. Trata-se de circunstância judicial afeta muito mais aos ramos da psicologia, da psiquiatria, da biologia, do que a ciência do direito, uma vez que devemos mergulhar no interior do agente em busca de avaliar a sua maneira de ser, de agir, de viver, de se apresentar ao mundo exterior em que habita.(...) A análise dessa circunstância judicial se revela como sendo de alta complexidade, por isso defendemos a impossibilidade de ser atribuída tal valoração tão somente ao julgador, por não estar afeta à sua seara de atuação, bem como por não estar habilitado tecnicamente em promover a melhor análise e valoração. (...) A personalidade se expressa de diferentes maneiras: comportamentos, sentimentos, emoções, pensamento, atitudes, motivações, tomadas de decisões, projetos de vida etc. Trata-se

de valoração da história pessoal da vida de cada pessoa, da sua índole, dos seus antecedentes biopsicológicos herdados, da sua estrutura como pessoa, o que não pode ser delegado a uma pessoa inabilitada e, ainda, com poucos minutos de contato rumo à conclusão.(...)” (, Sentença Penal Condenatória, 10 ed. Rev. e atual. – Salvador: JusPodivm, 2016, pgs. 151/152). Ainda sobre o tema, mutatis mutandis, o julgado abaixo transcrito: HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO. APLICAÇÃO DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PARA CONSIDERAR DESFAVORÁVEIS A CULPABILIDADE, OS ANTECEDENTES, A PERSONALIDADE, OS MOTIVOS, AS CIRCUNSTÂNCIAS E AS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. DECOTE DESSAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. RECONHECIMENTO DA CONTINUIDADE DELITIVA. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ARCABOUÇO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. NEGATIVA AO DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. (...) 2. A pena-base foi fixada acima do mínimo legal em decorrência de avaliação realizada de forma equivocada pelo Juízo sentenciante, haja vista o uso de fundamentação inidônea para considerar negativas as circunstâncias judiciais: culpabilidade, antecedentes e personalidade do agente, e motivos, circunstâncias e consequências do crime. (...) 5. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a avaliação desfavorável da personalidade do agente exige a "análise do seu perfil subjetivo, no que se refere a aspectos morais e psicológicos, para que se afira a existência de caráter voltado à prática de infrações penais" (AgRg no AREsp 190.188/AC, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 14/09/2018). No caso, não restou demonstrado qualquer elemento concreto que assegurasse que o Paciente seja detentor de personalidade deturpada, o que não permite a exasperação da pena-base. (...) 11. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para redimensionar as penas, nos termos explicitados no voto e, assegurar ao Paciente o direito de apelar em liberdade, se por al não estiver preso, advertindo-o da necessidade de permanecer no distrito da culpa e atender aos chamamentos judiciais, sem prejuízo de nova decretação de prisão provisória, por fato superveniente a demonstrar a necessidade da medida ou da fixação de medidas cautelares alternativas (art. 319 do Código de Processo Penal), desde que de forma fundamentada. (HC 492.788/CE, Rel. Ministra , SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 16/03/2020) Grifos do Relator Diante do exposto, procede-se ao decote da circunstância judicial relativa à personalidade, mantendo a desvaloração daquela relativa à quantidade de drogas apreendida. Com efeito, o fato de o Apelantes ter sido flagrantado portando 27,88g (vinte e sete gramas e oitenta e oito centigramas) de cocaína, 420,9g (quatrocentos e vinte gramas e nove decigramas) da substância vulgarmente conhecida por maconha (cannabis sativa), além de uma mini balança de precisão e invólucros utilizados para acondicionar o material (ID 18813907 – Fls. 07/09), não pode ser desprezado, legitimando, assim, a exasperação da sua pena-base. Nestes termos, vem decidindo reiteradamente o Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENDIDAS. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAJORAÇÃO PROPORCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. As instâncias ordinárias exasperaram a pena-base ao sopesar negativamente a quantidade e a natureza das drogas apreendidas – 2kg de crack e 650g de cocaína –, bem como a culpabilidade do Agente, em razão de o Paciente movimentar, semanalmente, aproximadamente 2kg de crack entre diversos bairros, o que está em

consonância com o entendimento desta Corte Superior, no sentido de que "[d]e acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal [...]" (HC 437.745/RS, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 05/09/2019, DJe 12/09/2019). 2. Na primeira fase da dosimetria, o quantum de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito ao prudente arbítrio do Juiz, não estando vinculado exclusivamente a um critério puramente matemático. 3. A majoração da pena-base em 2 (dois) anos de reclusão, em razão da quantidade e nocividade das drogas apreendidas, bem como da culpabilidade do Agente, não se mostra desproporcional ou desarrazoado, tendo em vista o intervalo da pena abstrata cominada ao crime de tráfico de drogas – de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos de reclusão –, bem como as circunstâncias do caso concreto. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 599.075/PR, Rel. Ministra , SEXTA TURMA, julgado em 23/11/2021, DJe 30/11/2021) Grifos do Relator A pena-base abstratamente imputada aos crimes de tráfico de drogas está estabelecida entre 05 (cinco) e 15 (quinze) anos de reclusão. Logo, tendo sido mantida a desvalorização da circunstância judicial relativa à quantidade de drogas apreendidas, a qual deve ser considerada preponderante, a pena-base do Apelante deveria ter sido acrescida em 01 (ano) anos e 08 (oito) meses. Entretanto, considerando-se que na primeira fase da dosimetria da pena, a pena do Apelante fora fixada em 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses em virtude da desvalorização de duas circunstâncias judiciais – personalidade e quantidade dos entorpecentes apreendidos –, tendo sido a circunstância judicial relativa à personalidade sido decotada, a referida pena deverá ser estabelecida em 06 (seis) anos de reclusão, diante da preponderância da circunstância judicial remanescente. Por sua vez, na segunda fase, fora reconhecida a presença da atenuante relativa à menoridade (artigo 65, inciso I, do Código Penal), motivo pelo qual a pena corporal imposta ao Apelante fora reduzida em 05 (cinco) meses. Equivocou-se mais uma vez o Magistrado primevo, uma vez que a pena do referido Apelante deve ser reduzido em 1/6 (um sexto) conforme vem decidindo reiteradamente os tribunais pátrios. Dessa forma, a pena do Apelante deve ser fixada, neste momento, em 05 (cinco) anos de reclusão. Registre-se que foram afastadas, acertadamente, as atenuantes relativas à confissão e coação moral resistível, além de não ter sido verificada a presença de agravantes a serem consideradas. Na terceira fase da dosimetria da pena, fora reconhecida e aplicada a causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006. Urge ser ressaltado que a citada causa de diminuição deve ser reconhecida quando se tratar de indivíduo com bons antecedentes, primário, que não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa, ou seja, trata-se de diminuição de pena que deve ser reconhecida para aquele pequeno traficante, que não faz do tráfico ou do crime o seu modo de vida, a exemplo do usuário que a fim de pagar alguma dívida com o traficante e para manter o seu vício, passa a vender pequenas quantidades de entorpecentes. Sobre o tema, ensinam , e : "(...) como já mencionado, a causa de diminuição de pena deve beneficiar aquele que não faz do crime um meio de vida, não age com habitualidade. Se restar comprovado que o agente dedicava-se a atividades criminosas, para além do tráfico a que responde, impossível a incidência da causa de diminuição. Importante destacar que não há necessidade de se comprovar que o agente foi condenado por outros

crimes. Não. Pode ocorrer de, no curso da instrução, haver a comprovação do envolvimento do agente em outras atividades criminosas e a prova produzida nesse processo, ainda que em relação a outros crimes, já será suficiente para afastar o benefício penal.” (in Legislação Criminal para concursos: LECRIM – Salvador: Juspodivm, 2016. p. 548) Grifos do Relator

In casu, é possível observar do quanto disposto na sentença condenatória (ID 18813960)) que a referida causa de diminuição fora aplicada na fração de 1/5 (um quinto), uma vez que “embora ele já registre dois atos análogos a tráfico de drogas, e responda por ameaça e lesão corporal, observo que ainda não foi condenado por outro crime, nem está provado que integra organização criminosa ou se dedica a atividades criminosas. Pelo exposto, e destacando que ele guardava cerca de meio quilo de drogas, aplico a causa de diminuição de 1/5, prevista no art. 33, par.4º, da Lei 11.343/06.” Saliente-se que o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a utilização da quantidade de entorpecentes para fixar a pena-base acima do mínimo legal e para afastar ou modular a fração relativa à causa de aumento prevista no supracitado § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, caracteriza bis in idem, quando dissociada de outras circunstâncias extraídas do caso concreto, caracterizando, dessa forma, a dedicação do acusado às atividades criminosas, senão veja-se: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIIS EM CURSO. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA E DA SEGUNDA TURMAS DO STF. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE A SER NECESSARIAMENTE OBSERVADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO OU MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO TOLERÂNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 4. No julgamento do RE n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral (Tese n. 712), o STF fixou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes não podem ser utilizadas em duas fases da dosimetria da pena. 5. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (DJe de 1º/7/2021), partindo da premissa fixada na Tese n. 712 do STF, uniformizou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria, para modulação da pena-base. 6. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise dos vetores “natureza e quantidade de drogas apreendidas” para etapas posteriores, já que erigidos ao status de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual. 7. Apenas circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, podem ser utilizadas para modulação da fração de diminuição de pena do tráfico privilegiado, desde que não utilizadas para fixação da pena-base. (...) 10. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 619.217/AM, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2021, DJe 15/12/2021) Grifos do Relator

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA PARA JUSTIFICAR O AUMENTO DA PENA-BASE E COMO ÚNICO FUNDAMENTO PARA AFASTAR A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a

pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. 2. A Terceira Seção, no julgamento do REsp 1.887.511/SP (Rel. Ministro , ocorrido em 9/6/2021, DJe 1/7/2021), alinhando seu entendimento ao já decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral (Tese de Repercussão Geral n. 712), assentou ser inadmissível a utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, por caracterizar indevido bis in idem. Afirmou, ainda, que "A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa". 3. Na espécie, as instâncias ordinárias consideraram a quantidade de drogas apreendidas tanto na primeira, quanto na terceira fases da dosimetria, o que configura o apontado constrangimento ilegal. Diante disso, cabe ao julgador, em atenção ao princípio da individualização da pena, afastar o apontado bis in idem, aplicando o referido fundamento em apenas uma das fases. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 693.444/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 13/12/2021) Grifos do Relator Diante do exposto, aplicando-se a causa de diminuição prevista no supramencionado § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006 em sua fração máxima – 2/3 (dois terços) –, a pena do Apelante, diante da ausência de causas de aumento a repercutirem na pena, deve ser fixada definitivamente em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, nos termos do artigo 33, § 3º, do Código Penal, conforme vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NÃO ATENDIMENTO DAS DIRETRIZES EXIGIDAS PARA O RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA E CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PRECEDENTES. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) – Apesar de o montante da sanção (5 anos de reclusão) permitir, em tese, a fixação do regime intermediário, deve ser mantido o regime mais gravoso haja vista a existência de circunstância judicial desfavorável – quantidade e variedade dos entorpecentes –, a qual justificou a exasperação da pena-base em 1/6; o que está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, que é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, como in casu, ou ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e do art. 42, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes. – Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 709.697/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 14/12/2021, DJe 17/12/2021) Grifos do Relator Deixa-se de substituir a pena privativa de liberdade imposta ao Apelante por pena restritiva de direitos, uma vez que este não preenche os requisitos previstos no artigo 44, inciso III, do Código Penal, haja vista a valoração negativa da

circunstância judicial relativa à quantidade de drogas apreendidas. Do pleito de redução do quantum da pena de multa aplicada em desfavor do Apelante No que tange ao pleito de redução do quantum da pena de multa imposta em desfavor do Apelante, ressaltando-se a sua “completa vulnerabilidade social e econômica”, este não merece prosperar conforme será a seguir demonstrado. Ab initio deve ser ressaltado que assim como a pena privativa de liberdade, a pena de multa constitui sanção imposta pelo legislador. Quanto à sua redução nos termos supracitado, cabe ao Juízo da Execução apreciar a referida questão, inclusive no que se refere a eventual parcelamento da mesma. Ressalte-se que tratando-se de crime de tráfico de drogas, tipificado no artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, a pena de multa encontra-se estabelecida entre 500 (quinhentos) e 1.500 (um mil e quinhentos) dias-multa, motivo pelo qual se mostra impossível a sua redução para 10 (dez) dias-multa como pretende a defesa do Apelante. Ademais, nota-se que no caso sub judice a pena de multa imposta ao Apelante não obedeceu os ditames legais, haja vista que esta, em que pese a pena corporal imposta ao referido Apelante, fora estabelecida em 40 (quarenta) dias-multa. Reformada a pena do Apelante nos termos outrora dispostos, o quantum da referida pena de multa deveria ser redimensionada para 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. Entretanto, em respeito ao princípio do non reformation in pejus, haja vista que apenas a defesa recorrer, mantém-se o quantum da mesma conforme lançada na sentença condenatória, no valor unitário arbitrado no mínimo legal. Assim, pelos motivos supracitados, o pleito em comento deve ser improvido. Do direito de o Apelante recorrer em liberdade Quanto ao pleito defensivo de o Apelante recorrer em liberdade em virtude do édito condenatório, neste particular, encontrar-se desfundamentado, pois ausentes os requisitos previstos no artigo 312, do Código de Processo Penal, observa-se que o mesmo resta prejudicado. Realmente, através de consulta realizada no SEEU – Sistema Eletrônico de Execução Unificada, notadamente nos autos do processo de nº 2000171-27.2021.8.05.0274, que tramita na Vara do Júri e Execuções Penais da Comarca de Vitória da Conquista, verificou-se que fora deferido o pedido de progressão de regime do Apelante para o regime aberto, na modalidade domiciliar, mediante o estabelecimento de determinadas condições (evento 33.1), tendo sido, inclusive, expedido no dia 18/01/2022, alvará de soltura em seu favor (evento 34.2). Diante do exposto, observa-se que o pleito relativo à concessão em favor do Apelante do direito deste recorrer em liberdade, resta, repita-se, prejudicado. Da Gratuidade Judiciária Requer a defesa do Apelante, ainda, a concessão do benefício da Justiça Gratuita. Entretanto, entende-se que o pleito supracitado não deve ser conhecido. Constata-se que diante do que dispõe o artigo 804, do Código de Processo Penal, c/c o artigo 98, §§ 2º e 3º do Código de Processo Civil, deve a sentença condenar nas custas o acusado, ainda que este seja assistido pela Defensoria Pública ou beneficiário da justiça gratuita, podendo, entretanto, ficar suspensa a exigência do pagamento pelo prazo de 05 (cinco) anos, após avaliação das condições econômico-financeiras do condenado pelo Juízo da Execução Penal, e, findo o referido prazo, ficará prescrita a obrigação. Todavia, resta claro que o exame da hipossuficiência do Apelante não pode ser analisada por este Relator, pois tal matéria é afeta ao Juízo das Execuções Penais, consoante orientação predominante no Superior Tribunal de Justiça, senão veja-se: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. ADEQUAÇÃO AO PATAMAR DE 1/6. TESE TRAZIDA SOMENTE

NO AGRAVO REGIMENTAL. INOVAÇÃO RECURSAL. 1. (...) PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. ADEQUAÇÃO À SITUAÇÃO ECONÔMICA DO RÉU. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. CONCESSÃO. MOMENTO ADEQUADO. FASE DE EXECUÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO. (...) 2. O momento de verificação de miserabilidade do condenado, para fins de suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais, é na fase de execução, visto que é possível que ocorra alteração na situação econômica do réu entre a data da condenação e a da execução do decreto condenatório. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1857040/RS, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 18/05/2020) – Grifos do Relator Nesse sentido também vem decidindo este Egrégio Tribunal de Justiça, senão veja-se: APELAÇÃO CRIMINAL. APELANTE CONDENADO A 02 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO, SOB REGIME ABERTO, E 10 (DEZ) DIAS-MULTA PELA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 14, DA LEI Nº 10.826/2003. (...) I. PLEITO DE CONCESSÃO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL PARA AFERIR A HIPOSSUFICIÊNCIA DO ACUSADO E DEFERIR A ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS, EM QUE PESE A ASSISTÊNCIA DO RÉU PELA DEFENSORIA PÚBLICA. (...) III. APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NA EXTENSÃO, IMPROVIDA. (Apelação nº 0542774-48.2015.8.05.0001, Relatora: , Publicado em: 19/11/2020)– Grifos do Relator PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. 1) BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. NÃO CONHECIMENTO. QUESTÃO AFETA AO JUÍZO DE EXECUÇÃO PENAL. 2) PEDIDO ABSOLUTÓRIO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. IMPROVIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO. ESPECIAL RELEVÂNCIA DO DEPOIMENTO DA VÍTIMA. TESTEMUNHO INDIRETO. INCREMENTO AO STANDART PROBATÓRIO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. 3) CONCLUSÃO: CONHECIMENTO PARCIAL E IMPROVIMENTO. (Apelação nº 0300743-47.2015.8.05.0146, Relator: , Publicado em: 16/11/2020) Grifos do Relator Dessa forma, não deve ser conhecido o pedido supra, sob pena de supressão de instância. Diante do exposto, o voto é no sentido de conhecer parcialmente do presente Recurso de Apelação, para, na parte conhecida, julgá-lo parcialmente provido, redimensionando a pena corporal do Apelante para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, restando mantidos os demais termos da sentença combatida." Ex positis, acolhe esta Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, o voto através do qual se conhece parcialmente do Apelo, para, na parte conhecida, julgá-lo parcialmente provido, ficando mantidos os demais termos da sentença condenatória. Sala das Sessões (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Juiz Convocado Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma Relator