

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO: 8000411-44.2022.8.05.0187 ÓRGÃO JULGADOR: 2ª CÂMARA CRIMINAL – 1ª TURMA APELANTE: MARCOS ANDRÉ DOS SANTOS ADVOGADOS: RODOLFO MASCARENHAS LEÃO – OAB/BA 28726, JOSÉ PINTO DE SOUZA FILHO – OAB/BA 6342, ANTÔNIO CARLOS SILVA – OAB/BA 57165 e PEDRO WILLIAN OLIVEIRA SANTOS – OAB/BA 75310 APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTORA DE JUSTIÇA: GABRIELLY COUTINHO SANTOS PROCURADORA DE JUSTIÇA: LÍCIA MARIA DE OLIVEIRA EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME TIPIFICADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº. 11.343/2006. 1 – PRELIMINAR DE NULIDADE PELA SUPOSTA VIOLAÇÃO DOMICILIAR. INACOLHIMENTO. APELANTE PRESO EM ESTADO DE FLAGRÂNCIA. DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DROGAS ESCONDIDAS NO IMÓVEL. CRIME PERMANENTE, PODENDO, INCLUSIVE, OCORRER A VIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO. HIPÓTESE CONSTITUCIONALMENTE PREVISTA. ARTIGO 5º, XI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 2 – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DIANTE DE SUPOSTA FRAGILIDADE PROBATÓRIA. INACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS INCONTESTES. APREENSÃO DE EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS EM PODER DO APELANTE, A SABER: 218,90G (DUZENTOS E DEZOITO GRAMAS E NOVENTA CENTIGRAMAS) DE COCAÍNA, DISTRIBUÍDA EM 58 (CINQUENTA E OITO) INVÓLUCROS. LAUDOS PERICIAIS. APETRECHOS UTILIZADOS PARA O TRÁFICO DE DROGAS, REPRESENTADO POR UMA BALANÇA DE PRECISÃO. AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO. 3 – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O DELITO DE USO PRÓPRIO. IMPROVIMENTO. TRAFICÂNCIA ILÍCITA DE ENTORPECENTES CARACTERIZADA. 4 – DO PLEITO PARA RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. DESCABIMENTO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DISPOSTOS NO §4º, DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DA DROGA APREENHIDA. 5 – DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INDEFERIMENTO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. APELANTE QUE RESPONDEU AO PROCESSO CUSTODIADO. MANUTENÇÃO DOS MOTIVOS QUE DETERMINARAM A CONSTRIÇÃO. 6 – CONCLUSÃO: CONHECIMENTO, REJEIÇÃO DA PRELIMINAR E, NO MÉRITO, IMPROVIMENTO. Vistos, relatados e discutidos os Autos da APELAÇÃO nº. 8000411-44.2022.8.05.0187, tendo MARCOS ANDRÉ DOS SANTOS, como APELANTE e, na condição de APELADO, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, os eminentes Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal – 1ª Turma Julgadora – do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, ACORDAM, conforme certidão de julgamento, para CONHECER, REJEITAR A PRELIMINAR DE NULIDADE E, NO MÉRITO, IMPROVER o recurso interposto, nos termos do voto do Relator, conforme certidão de julgamento. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 20 de Abril de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO: 8000411-44.2022.8.05.0187 ÓRGÃO JULGADOR: 2ª CÂMARA CRIMINAL – 1ª TURMA APELANTE: MARCOS ANDRÉ DOS SANTOS ADVOGADOS: RODOLFO MASCARENHAS LEÃO – OAB/BA 28726, JOSÉ PINTO DE SOUZA FILHO – OAB/BA 6342, ANTÔNIO CARLOS SILVA – OAB/BA 57165 e PEDRO WILLIAN OLIVEIRA SANTOS – OAB/BA 75310 APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTORA DE JUSTIÇA: GABRIELLY COUTINHO SANTOS PROCURADORA DE JUSTIÇA: LÍCIA MARIA DE OLIVEIRA RELATÓRIO Trata-se de RECURSO DE APELAÇÃO interposto por MARCOS ANDRÉ DOS SANTOS, em face da Sentença prolatada pelo Juízo a quo, que lhe condenara à pena de 06 (seis) anos, 03 (três) meses e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, a ser cumprida no regime semiaberto, em razão da suposta autoria da prática delitativa tipificada no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade, conforme se

infeire do Id. 39873817. Irresignado com a Sentença, fora interposto recurso, pelo Apelante, pugnando pela reforma do decisum, sustentando, preliminarmente, a nulidade das provas obtidas após invasão domiciliar. No mérito, pleiteia a absolvição, alegando ausência de provas aptas a lastrear a condenação guerreada. Em caráter subsidiário, roga pela desclassificação do crime disposto no art. 33 para a conduta prevista no art. 28, ambos da Lei nº. 11.343/2006. De mais a mais, pugna pela aplicação do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da retrocitada legislação e pelo direito de recorrer em liberdade. As contrarrazões do Parquet, pugnando pelo improvimento recursal – Id. nº. 39873984. Os autos foram distribuídos, na forma regimental deste Sodalício, pela DIRETORIA DE DISTRIBUIÇÃO DO 2º GRAU, conforme se infeire da certidão exarada, sobrevivendo, então, os autos conclusos, na data de 30/01/2023, conforme fluxo eletrônico do gabinete desta Desembargadoria. Instada a manifestar-se, a Procuradoria de Justiça opinou pelo improvimento do apelo – Id. nº. 40177078. É O SUCINTO RELATÓRIO. ENCAMINHEM-SE OS AUTOS À DESEMBARGADORA IVETE CALDAS, NA CONDIÇÃO DE REVISORA, COM AS CAUTELAS DE PRAXE, OBSERVANDO, INCLUSIVE, POSTERIORMENTE, NO QUE TANGE A EVENTUAL PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. Salvador/BA., data registrada em sistema. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO: 8000411-44.2022.8.05.0187 ÓRGÃO JULGADOR: 2ª CÂMARA CRIMINAL – 1ª TURMA APELANTE: MARCOS ANDRÉ DOS SANTOS ADVOGADOS: RODOLFO MASCARENHAS LEÃO – OAB/BA 28726, JOSÉ PINTO DE SOUZA FILHO – OAB/BA 6342, ANTÔNIO CARLOS SILVA – OAB/BA 57165 e PEDRO WILLIAN OLIVEIRA SANTOS – OAB/BA 75310 APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTORA DE JUSTIÇA: GABRIELLY COUTINHO SANTOS PROCURADORA DE JUSTIÇA: LÍCIA MARIA DE OLIVEIRA VOTO Inicialmente, urge esclarecer que encontram-se presentes os requisitos de admissibilidade, intrínsecos e extrínsecos, razão pela qual CONHECE-SE DO RECURSO interposto por MARCOS ANDRÉ DOS SANTOS. 1 – PRELIMINAR DE NULIDADE PELA SUPOSTA VIOLAÇÃO DOMICILIAR. INACOLHIMENTO. APELANTE PRESO EM ESTADO DE FLAGRÂNCIA. DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DROGAS ESCONDIDAS NO IMÓVEL. CRIME PERMANENTE, PODENDO, INCLUSIVE, OCORRER A VIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO. HIPÓTESE CONSTITUCIONALMENTE PREVISTA. ARTIGO 5º, XI, DA CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA. Preliminarmente, quanto à nulificação das provas colhidas nos autos, alegando que foram obtidas por meio ilícito, pois decorrentes de violação do domicílio praticada pelos agentes policiais, tem-se que a tese sustentada na exordial não merece prosperar, uma vez que a prisão fora analisada pelo Magistrado de 1º Grau, à luz do art. 310, I, do CPPB, inexistindo qualquer vício formal ou material que pudesse invalidar a prisão pré-cautelar. Como se sabe, o art. 5º, XI, da Constituição Federal, permite, EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS, como é o caso em testilha, que a garantia da inviolabilidade de domicílio seja mitigada, enquanto existir o estado de flagrância, nos seguintes termos: "Art. 5º. Omissis. 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." Na hipótese, não se constata qualquer irregularidade na prisão, UMA VEZ QUE FORA ANALISADA PELO MAGISTRADO DE 1º GRAU, À LUZ DO ART. 310, I, DO CPPB, INEXISTINDO QUALQUER VÍCIO FORMAL OU MATERIAL QUE PUDESSE INVALIDAR A PRISÃO PRÉ-CAUTELAR, tanto assim que a decisão assentou a concreta fundamentação da decretação da segregação cautelar, de forma evidente e cristalina, para GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. Observa-se, também, no caso

concreto, que a prova colhida nos autos não demonstra a efetiva lesão ao direito do Apelante, de maneira que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão narram cenário diverso, consoante provas colhidas na fase policial e dispostas no ID 39872298, sobretudo porque o crime de tráfico de drogas é permanente e, portanto, o estado de flagrância se protraí no tempo, conforme inteligência do art. 303, CPPB. Nessa linha, transcrever alguns trechos extraídos do depoimento do SG/PM WERNER SENA SAMPAIO, in verbis: “[...] Que nesta data por volta de 13:00h se encontrava no comando de guarnição 70803, da CIPE SUDOESTE, nesta cidade, quando recebeu uma denúncia via celular funcional, de pessoa que não se identificou, informando que em uma residência em uma Rua Nova, localizada nos fundos da rodoviária de Paramirim, em um casa de esquina, com um portão na frente e um na lateral, muro rebocado, havia grande movimentação de pessoas fazendo comercialização de entorpecentes e que se dirigiu ao local e visualizou no portão da garagem o conduzido, o qual foi abordado e encontrado com ele quatro “petecas” pequenas de “cocaína”, no bolso da bermuda deste e que em seguida foi questionado se havia mais drogas e o mesmo disse que “poderia olhar na casa dele” permitida a entrada, e na sequência foi encontrado no trilho da parte superior do portão da garagem, 50 (cinquenta) petecas de cocaína prontas para a comercialização. Que em seguida o próprio conduzido informou que havia mais entorpecentes dentro dos “Pés do fogão”, sendo encontrado neste quatro pedaços de “cocaína”, pesando aproximadamente 190g e que as “petecas” encontradas primeiro. [...]” (Grifos aditados) Recentemente, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que o estado flagrancial do delito de tráfico de drogas consubstancia uma das exceções à inviolabilidade de domicílio prevista no inciso XI do art. 5º da Constituição, não havendo se falar, pois, em eventual ilegalidade na entrada dos policiais na residência do recorrente, pois o mandado de busca e apreensão é dispensável em tais hipóteses. Ementa: AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. TRÁFICO DE DROGAS. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA E FUNDADO RECEIO DE REITERAÇÃO DELITIVA. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO CONFIGURADA. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO IMPUGNADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I – A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, ex vi do artigo 312 do Código de Processo Penal. II – Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade do Agravante acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada a gravidade concreta da conduta atribuída ao Agravante, haja vista a quantidade e variedade de droga apreendida (413,86g de cocaína, 111,28g de maconha e 6,25g de crack), circunstância indicativa de um maior desvalor da conduta em tese perpetrada, bem como da periculosidade concreta do agente, a revelar a indispensabilidade da imposição da medida extrema na hipótese. III – Ademais, verifica-se que o decreto encontra-se também concretamente fundamentado para a garantia da ordem pública, notadamente em razão de o Agravante ostentar registros criminais, tendo o sido consignado que “o paciente ostenta uma condenação transitada em julgado em seu desfavor por roubo majorado tentado e corrupção de menores (CAC de f. 16/19 – ordem 05)”, sendo necessária a custódia cautelar, em face do risco concreto de reiteração delitiva”, o que revela a probabilidade de repetição de

condutas tidas por delituosas e justifica a imposição da segregação cautelar ante o fundado receio de reiteração delitiva. IV – O estado flagrancial do delito de tráfico de drogas consubstancia uma das exceções à inviolabilidade de domicílio prevista no inciso XI do art. 5º da Constituição, não havendo se falar, pois, em eventual ilegalidade na entrada dos policiais na residência do recorrente, pois o mandado de busca e apreensão é dispensável em tais hipóteses. V – No caso, constatou-se, portanto, que os castrenses receberam informações de que o paciente estaria guardando grande quantidade de drogas em sua residência, tendo, então, os policiais se deslocado ao local delatado, onde, em contato com o agente, ele confirmou a posse dos entorpecentes. Ademais, o paciente estava sendo observado pela polícia há algum tempo. Esses motivos configuram exigência capitulada no art. 240, § 1º, do CPP, a saber, a demonstração de fundadas razões para a busca domiciliar, não subsistindo os argumentos de ilegalidade da prova ou de desrespeito ao direito à inviolabilidade de domicílio. VI – A presença de circunstâncias pessoais favoráveis, tais como primariedade, ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, como na hipótese. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. VII – É assente nesta Corte Superior que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 748.872/MG, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 2/12/2022.) Veja-se, então, a jurisprudência deste Sodalício: HABEAS CORPUS. NULIDADE DO FLAGRANTE POR INVASÃO DE DOMICÍLIO. DISCUSSÃO. IMPOSSIBILIDADE. TÍTULO PRISIONAL SUPERADO. NÃO CONHECIMENTO. PRISÃO PREVENTIVA. ELEMENTOS JUSTIFICADORES. FUMUS COMMISSI DELICTI E PERICULUM LIBERTATIS. PRESENÇA. TRÁFICO DE DROGAS. HABITUALIDADE DELITIVA. INTEGRAÇÃO A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PERICULOSIDADE CONCRETA. PRESERVAÇÃO DA ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE. WRIT DENEGADO. 1. Inviável o conhecimento de impetração voltada à desconstituição da prisão em flagrante, por suposta nulidade decorrente de invasão policial ao domicílio do Paciente, quando o respectivo título prisional já se encontra há muito superado pela decretação de prisão preventiva e sua manutenção em audiência, por ocasião do indeferimento de liberdade provisória. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. 2. Ainda que versada como medida excepcional, presentes os requisitos para a decretação da prisão preventiva, impõe-se à Autoridade Judicial assim proceder. Inteligência dos arts. 282, § 6º, e 311 a 313 do Código de Processo Penal. 3. Sendo inequívoca a materialidade delitiva e suficientemente evidenciada a autoria indiciária fumus commissi delicti, relativamente a delito apenado com pena restritiva de liberdade superior a 04 (quatro) anos, hão de se reputar presentes os pressupostos essenciais para recolhimento cautelar. 3. Patente a periculosidade do agente, em face de evidenciada habitualidade delitiva, reforçada pela circunstância de, em tese, integrar facção criminosa, mostra-se adequado o recolhimento cautelar, com o escopo de preservação da ordem pública. Precedentes da Superior Corte de Justiça. 4. Caso em que o Paciente teve a prisão preventiva decretada após prisão em flagrante com considerável quantidade de entorpecente conhecido como maconha (dois tabletes, pesando mais de 200gr), ocasião em que tentou evadir-se de guarnição policial, sendo, ademais, reconhecido como integrante de organização criminosa dedicada à

traficância e identificada outra demanda em que figura como réu, por semelhante imputação. 5. Evidenciado o embasamento concreto do decreto prisional e a ausência de ilegalidade ou abuso do recolhimento cautelar, tal como no caso concreto, inclusive sob chancela do Parquet em oportuno opinativo, torna-se adequada a manutenção da medida. 6. Ordem parcialmente conhecida e, na parte conhecida, denegada. (Classe: Habeas Corpus, Número do Processo: 0028825-46.2017.8.05.0000, Relator (a): Abelardo Paulo da Matta Neto, Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Publicado em: 07/03/2018) (TJ-BA – HC 00288254620178050000, Relator: Abelardo Paulo da Matta Neto, Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Data de Publicação: 07/03/2018) HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ILEGALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. QUESTÃO SUPERADA. NULIDADE NÃO CONSTATADA. NOVO TÍTULO GARANTIDOR DA CUSTÓDIA CAUTELAR. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E DOS REQUISITOS DO CÁRCERE CAUTELAR. NÃO VERIFICADA. MEDIDA EXTREMA NECESSÁRIA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SUBSTITUIÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PELA DOMICILIAR. INAPLICABILIDADE. CONDIÇÕES SUBJETIVAS QUE NÃO IMPEDEM A CUSTÓDIA PROVISÓRIA. INSUFICIÊNCIA DAS MEDIDAS DIVERSAS. ORDEM CONHECIDA E DENEGADA. Fica superada qualquer alegação de irregularidade da prisão em flagrante, pela superveniência do decreto de prisão preventiva, por se configurar o novo título garantidor da custódia cautelar do paciente. Não há que se falar em direito à liberdade provisória, com base apenas nas alegadas condições pessoais favoráveis do agente, visto que a presença destas não justifica a desconstituição da medida extrema, quando presentes à espécie os seus requisitos autorizadores. A substituição da prisão preventiva por a domiciliar, exige prova idônea dos requisitos subjetivos e objetivos, estabelecidos no art. 318 do CPP. Verificado que as medidas cautelares diversas da prisão não servem para o propósito da medida constritiva, esta deve ser mantida. Ordem conhecida e denegada. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de habeas corpus nº. 8010868-22.2019.8.05.0000, da comarca de Feira de Santana, em que figura como impetrante o advogado Walter Fernandes Júnior e como paciente Leandro Ribeiro da Silva. Acordam os Desembargadores que compõem a Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do estado da Bahia, à unanimidade de votos, em conhecer e denegar a Ordem, nos termos do voto da Relatora. Salvador, 2019. (Data constante na certidão eletrônica de Julgamento) INEZ MARIA B. S. MIRANDA PRESIDENTE E RELATORA (HABEAS CORPUS CRIMINAL Nº 8010868-22.2019.8.05.0000) (TJ-BA – HC: 80108682220198050000, Relator: INEZ MARIA BRITO SANTOS MIRANDA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 05/07/2019 Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar, ao discorrerem sobre o tema, lecionam que: “Enquanto não cessar a permanência, a prisão em flagrante poderá ser realizada a qualquer tempo (artigo. 303, ARTIGO), mesmo que para tanto seja necessário o ingresso domiciliar. Como a Carta Magna, no artigo. 5º, inciso XI, admite a violação domiciliar para a realização do flagrante, a qualquer hora do dia ou da noite, em havendo o desenvolvimento de crime permanente no interior do domicílio, atendido está o requisito constitucional.” (“in” Curso de Direito Processual Penal – 6ª edição – Editora JusPODIVM – 2011 – p. 538). Assim, é o entendimento jurisprudencial: “HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. BUSCA DOMICILIAR. INGRESSO NO IMÓVEL AUTORIZADO PELO PACIENTE. CONCLUSÃO DAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. MODIFICAÇÃO QUE IMPLICA EM REVISÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE DO AGENTE. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. OUTRO REGISTRO. RISCO DE REITERAÇÃO. NECESSIDADE DE GARANTIR A ORDEM

PÚBLICA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. 2. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça – STJ consolidou-se no sentido de que o crime de tráfico de entorpecentes na modalidade "guardar" é do tipo permanente, cuja consumação se protraí no tempo, o qual autoriza a prisão em flagrante no interior do domicílio, independente de mandado judicial. No caso, verifica-se da leitura dos autos que policiais militares, de posse de informações de que o paciente praticava o tráfico de drogas, estando a droga dentro de um terreno, se dirigiram ao local e visualizaram o paciente saindo de sua residência, juntamente com o corréu. Após revista pessoal, os denunciados franquearam a entrada dos agentes no imóvel, onde encontraram os entorpecentes e apetrechos, confirmando a prática do delito. 3. Nesse contexto, é certa a situação de flagrância, não havendo falar em nulidade por ausência de mandado de busca e apreensão e, acolher a versão apresentada pela defesa de que não foi franqueada a entrada dos policiais, demandaria aprofundado revolvimento fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do habeas corpus. 4. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP. 5. No caso dos autos, a prisão preventiva foi adequadamente motivada, tendo as instâncias ordinárias demonstrado, com base em elementos concretos, a periculosidade do paciente. Em que pese a reduzida quantidade de drogas apreendidas – 0,41g de maconha, 1,72g de crack (8 pedras) e apetrechos –, o paciente possui outro registro por tráfico de drogas, havendo o risco de reiteração delitiva, o que demonstra concluir que a prisão processual está devidamente fundamentada na garantia da ordem pública. 6. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada. 7. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública. 8. Habeas corpus não conhecido." (HC 577.559/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 29/06/2020). "AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE. FUNDADA RAZÃO. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO OU DA AUTORIZAÇÃO DO MORADOR PARA O INGRESSO NA RESIDÊNCIA. COAÇÃO ILEGAL INEXISTENTE. 1. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar a prisão sem que se fale em ilicitude das provas obtidas na presença de fundada razão para a ação policial, como ocorre na espécie. Doutrina. Precedentes do STJ e do STF. 2. No caso dos autos, durante operação realizada para cumprir mandados de busca e apreensão expedidos em desfavor de outros acusados, um deles afirmou que o recorrente estava guardando entorpecentes em seu imóvel, o que foi por ele confirmado após ser

abordado pelos policiais, estando caracterizada, portanto, a fundada razão para o ingresso dos agentes no imóvel, não havendo que se falar, assim, em necessidade de prévio mandado de busca e apreensão, tampouco em nulidade da prova obtida. Precedentes. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ARTIGO 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO DELITIVA. ACAUTELAMENTO DA ORDEM PÚBLICA. CUSTÓDIA FUNDAMENTADA E NECESSÁRIA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. 1. A variedade, natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, bem como o fato de o próprio recorrente, em audiência de custódia, haver assumido que traficava drogas, fornecendo detalhes dos preços de cada substância, rendimento diário com o comércio e como procedia ao pagamento por meio de depósitos bancários, revelam dedicação à narcotraficância, havendo risco concreto de continuidade no cometimento de ilícitos, caso solto. Precedentes. 2. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a segregação encontra-se justificada e mostra-se imprescindível para acautelar o meio social, evidenciando que providências menos gravosas não seriam suficientes para garantir a ordem pública. 3. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no RHC 125.789/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 03/06/2020). Nesse viés, quando se trata de delito de tráfico ilícito de entorpecentes, enquanto o agente possuir entorpecentes, a pessoa pode ser presa em flagrante, pois se trata de crime permanente, podendo, inclusive, ocorrer a violabilidade de domicílio, haja vista configurar uma das hipóteses constitucionalmente previstas, qual seja, a ocorrência de flagrante delito dentro da residência, nos termos previstos no artigo 5º, inciso XI, da Constituição da República. Logo, inexistente a ilegalidade aventada na presente ação mandamental. O Apelante se encontrava em situação de flagrância, sendo encontrado na posse, primeiramente, na posse de 04 (quatro) “petecas” pequenas de “cocaína”, no bolso da bermuda e que, em seguida, foi questionado se havia mais drogas e o mesmo disse que “poderia olhar na casa dele” permitida a entrada, e na sequência foi encontrado no trilho da parte superior do portão da garagem, 50 (cinquenta) petecas de cocaína prontas para a comercialização. Para além disso, o próprio Insurgente informou que havia mais entorpecentes dentro dos “Pés do fogão”, sendo encontrados, então, 04 (quatro) pedaços de “cocaína”, pesando, aproximadamente, 190 (cento e noventa) gramas, de modo que legítima foi a atuação estatal, uma vez que a inviolabilidade do domicílio cede à hipótese de flagrante delito. Destarte, não havendo que se falar em qualquer ato de ilegalidade, mormente porque as provas obtidas, quando da busca e apreensão realizada pelos policiais, devem ser validamente consideradas, pois livres de vício, subsistindo para o embasamento para a deflagração da ação penal em desfavor do Apelante. 2 – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DIANTE DE SUPOSTA FRAGILIDADE PROBATÓRIA. INACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS INCONTESTES. Constata-se, após exame acurado dos fólios, não merecer reforma a sentença guerreada, havendo no caderno processual substrato fático e jurídico suficiente para a condenação do Apelante à pena de 06 (seis) anos, 03 (três) meses e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, a ser cumprida no regime semiaberto, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade, conforme se infere do Id. 39873817. O Ministério Público do Estado da Bahia ofereceu Denúncia em desfavor do Acusado, trazendo a proemial, in verbis: “Segundo restou apurado, no dia 11 de março de 2022, por volta de 13h00min, após receber denúncia anônima acerca de comercialização de drogas em “uma residencial situada em uma rua nova de chão, localizada aos fundos da

rodoviária de Paramirim, em uma casa de esquina, com portão na frente e um na lateral”, a Guarnição da CIPE SUDOESTE deslocou-se ao referido endereço e, chegando ao local, visualizaram o denunciado no portão da garagem. Ato contínuo, do lado de fora da residência procederam a abordagem e constataram que MARCOS ANDRE DOS SANTOS trazia consigo 04 (quatro) petecas de “cocaína” no bolso de sua bermuda. Destarte, após sua prisão em flagrante, no mesmo contexto fático, os policiais solicitaram a entrada na residência, tendo o Incredulo autorizado o ingresso dos prepostos policiais, os quais localizaram no trilho do próprio portão, na parte superior, a quantidade de 50 (cinquenta) “petecas” de cocaína embaladas para comercialização. E ao adentrarem na residência, os policiais encontraram mais quatro pedaços de “cocaína” escondidos nos “pés do fogão”, além de balança de precisão, quatro celulares pequenos, a quantia de R\$ 221,00 (duzentos e vinte e um reais). Outrossim, segundo narrado pelos prepostos policiais, no momento da abordagem, o Denunciado admitiu que realizava a comercialização de drogas no local. Em interrogatório, o acusado negou os fatos integralmente, indicando que nada foi encontrado em seus bolsos e que as drogas apresentadas não eram de sua propriedade. Segundo consta do auto de constatação preliminar (ID. 190682842 – Pág. 24/25), restou evidenciado que os materiais trazidos e armazenados pelo Denunciado eram “cocaína.” Com efeito, exsurge dos autos estar satisfatoriamente demonstradas a materialidade e a autoria delitivas, conforme Auto de Exibição e Apreensão, fl. 16 do ID 39872298, e Laudos Pericias dispostos no ID 39873811, restando evidenciado que o Insurgente foi detido trazendo consigo “Cocaína/COCAÍNA, Descrição: COCAÍNA, Quantidade: 0,03 Quilogramas, Cor: BRANCA. Quantidade: 1 Telefonia móvel, Descrição: CELULAR, Marca: LENOXX, Cor: PRETA, Fabricação: Sem informação, IMEI: 355767049242428, IMEI 2: 355767049242436. Quantidade: 1 Telefonia móvel, Descrição: CELULAR, Marca: LENOXX, Fabricação: Sem informação, IMEI: 355767049363307, IMEI 2: 355767049363315. Cocaína/COCAÍNA, Descrição: COCAÍNA, Tipo Embalagem: Pacote, Quantidade: 0,19 Quilogramas, Cor: BRANCO. Quantidade: 1 Balança de Precisão, Descrição: BALANÇA, Cor: PRATA, Fabricação: Sem informação. Além disso, resta demonstrado nos autos que o Apelante fora preso em estado de flagrância na posse, primeiramente, de 04 (quatro) “petecas” pequenas de “cocaína”, no bolso da bermuda e que, em seguida, foi questionado se havia mais drogas e o mesmo disse que “poderia olhar na casa dele” permitida a entrada, e na sequência foi encontrado no trilho da parte superior do portão da garagem, 50 (cinquenta) petecas de cocaína prontas para a comercialização, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. A autoria do crime descrito nos autos, por sua vez, é igualmente certa, não só pelas circunstâncias em que se deu a apreensão da droga, mas também pelos depoimentos testemunhais colhidos em sede policial e ao longo da instrução processual, uma vez que apontam exatamente o Apelante como autor da ação delitiva. Ou seja, o Laudo de Constatação atesta que a substância entorpecente apreendida estava “distribuída em 58 (cinquenta e oito) invólucros, sendo 54 (cinquenta e quatro) pequenas embalagens de fragmento de plástico branco fechado em dobra envolto em fragmento de papel-alumínio fechado em dobra e 04 (quatro) embalagens maiores de fragmentos de plástico transparente fechados em dobras ou com fita adesiva transparente” (sic). Percebe-se que os testemunhos dos policiais guardam inteira coerência entre si e com o restante da evidência reunida no caderno processual, inexistindo qualquer razão para crer que sirva de veículo a imputações falsas ou levianamente formuladas, sendo certo que mantiveram a

consonância com as declarações prestadas em sede policial. Senão, veja-se: “[...]que ao abordar o cidadão, a gente localizou essa quantidade de entorpecente, na frente da casa”. No momento da abordagem, “(...) ele estava do lado de fora do portão”. Ao procederem à revista pessoal do acusado, avistaram quantidade relevante de cocaína, na parte superior do portão. Nas mesmas circunstâncias de tempo e local, o acusado “(...) mostrou pra gente o local que seria debaixo dos pés do fogão, dos dois lados”, tendo os policiais levantado o fogão e encontrado outra quantidade de material análogo à cocaína. [...]” – SD/PM DIEGO GUSMÃO ROCHA “[...]que a prisão do acusado deu-se após a identificação da residência em que ocorreria a mercancia ilícita de entorpecentes; (...) que inicialmente havia sido encontrada pouca quantidade de substância análoga à cocaína e, dentro da residência, nos pés do fogão [...]” – SGT/PM WERNER SENA SAMPAIO “[...]que a comunicação havida no telefone funcional indicou eventual traficância na residência do acusado; (...) que realizou a segurança da abordagem policial, comandada pelo Sargento Werner e integrada pelo Soldado Gusmão; (...) que não ingressou na residência do acusado por ser necessário à segurança externa da abordagem; (...) que, nas circunstâncias de tempo e de local, não havia grande quantidade de pessoas, só tendo havido uma pessoa que saiu de moto antes da abordagem [...]” – CB/PM JILIARD FERNANDES CERQUEIRA Ouvidos em juízo, sob crivo do contraditório e da ampla defesa, os agentes estatais, confirmaram os depoimentos prestados na delegacia, sendo certo que a condição funcional dos retrocitados depoentes em nada prejudica o valor probante de suas declarações, conforme sinaliza orientação há muito consolidada pelos tribunais superiores, a afirmar, justamente, a total idoneidade dos depoimentos prestados por policiais militares que atuaram durante a fase investigativa. Com efeito, é pacífico na jurisprudência o entendimento de que a simples condição de policial não invalida ou faz desacreditar o depoimento, sendo impossível desqualificá-lo pelo só fato de ser prestado por agente estatal no desempenho de suas atividades funcionais, sem qualquer interesse pessoal na causa. Confira-se, a respeito, o seguinte julgado: “Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.” (STJ, HC 149540/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, Julgamento em 12/04/2011). Decerto, o Tribunal da Cidadania já consolidou entendimento neste sentido, como pode-se extrair da ementa abaixo colacionada: “TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO DO ÉDITO REPRESSIVO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA NO DEPOIMENTO DE POLICIAIS CIVIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO NÃO DEMONSTRADA. 1. Para se desconstituir o édito repressivo quanto ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, como pretendido no writ, seria necessário o exame aprofundado de provas, providência inadmissível na via estreita do habeas corpus, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que fundamentadamente. 2. Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal.

Precedentes. “ (STJ – HC: 271616 BA 2013/0177858–1, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 15/10/2013, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/10/2013) (Grifos acrescidos). Assim sendo, não há fundamento para questionar o depoimento prestado pelos policiais militares ouvidos em juízo, mormente tendo em vista que a impugnação feita pelo recurso da defesa não se encontra embasada em fatos concretos, de modo que não haveria motivo para questionar a veracidade de seus depoimentos. Nesse particular, cabe pontuar que as peças produzidas na etapa policial, servem de reforço às provas colhidas durante a fase judicial, uma vez que, no sistema de valoração da prova adotado pelo direito brasileiro (Livre Convencimento Motivado), é permitido ao Magistrado formar seu entendimento cotejando o material da etapa processual com o da pré-processual. O que não se admite, evidentemente, é utilização tão somente de elementos oriundos do procedimento inquisitorial. É o que se percebe da interpretação literal do dispositivo previsto no art. 155 do Diploma de ritos penais: “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)” (grifo acrescido) A jurisprudência também é unânime em aceitar tal entendimento, como se observa das ementas a seguir transcritas: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. VIOLAÇÃO AO ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO QUE ENCONTRA APOIO NAS PROVAS PRODUZIDAS EM JUÍZO. CAUSA DE AUMENTO RELATIVA AO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DO ARTEFATO. DESNECESSIDADE. ERESP N. 961.863/RS. AGRAVO IMPROVIDO. 1. O art. 155 do Código de Processo Penal dispõe que o magistrado não pode “fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”. Contudo, as provas produzidas no inquérito policial podem ser valoradas, desde que em harmonia com a prova colhida na fase judicial. 2. No caso, da leitura do acórdão hostilizado, extrai-se que a sentença condenatória encontra-se fundamentada nas provas pericial (laudo papiloscópico) e testemunhal produzidas durante a instrução criminal. O depoimento que não pôde ser repetido em juízo foi corroborado por outras provas apresentadas no curso da ação penal; não se tratando, portanto, de prova exclusiva, não há óbice à sua utilização. 3. Por sua vez, é assente o entendimento desta Corte de que, no crime de roubo com emprego de arma, a não apreensão ou a falta de realização de perícia no artefato não tem o condão de afastar a causa de aumento da pena prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, se presentes outros elementos que demonstrem sua utilização, como no caso em comento. 4. Assim sendo, inviável o provimento recursal, inclusive para o fim de comprovar-se a insuficiência de provas para a condenação, visto ser necessário o reexame de matéria fática-probatória, o que é vedado pelo enunciado da Súmula n. 7/STJ. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ – AgRg no AREsp: 377671 DF 2013/0279200–3, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 21/08/2014, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/08/2014) (grifos acrescidos) “AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA USO DE ENTORPECENTES. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL E EM JUÍZO. POSSIBILIDADE. ART. 155 DO CPP. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA NO GRAU MÁXIMO (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). MATÉRIA NÃO ALEGADA NO RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO

RECURSAL. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. Para o acolhimento da tese de desclassificação do crime de tráfico para o de uso de entorpecentes, seria imprescindível exceder os fundamentos do acórdão vergastado e adentrar no exame do conjunto fático-probatório, o que é vedado em recurso especial, a teor do verbete sumular n. 7 desta Corte. 2. Conforme a jurisprudência desta Corte, é possível a utilização de elementos informativos para a formação da convicção do julgador quando corroborados por outras provas judicializadas, como ocorreu na espécie, não havendo, portanto, violação do art. 155 do CPP. 3. Evidenciado o manifesto constrangimento ilegal em relação à aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no patamar mínimo, impõe-se a concessão de habeas corpus de ofício para reduzir a pena aplicada ao recorrente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Habeas corpus concedido de ofício.” (STJ – AgRg nos EDcl no REsp: 1228924 PR 2010/0219385-9, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 20/02/2014, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/02/2014) (grifos acrescidos). Pois bem. Não obstante a negativa em juízo, as provas carreadas, em especial os depoimentos coesos dos policiais, não deixam dúvidas de que as drogas apreendidas pertenciam a Apelante, cuja destinação das substâncias entorpecentes é clara e agride o bem jurídico protegido pela norma. Portanto, o conjunto probatório para a condenação do Apelante são robustos, ressaltando a quantidade das drogas apreendidas na posse, não restando dúvidas acerca da sua finalidade comercial, cujo elemento subjetivo do tipo também emerge dos autos de forma bem definida, consistindo no dolo de "ter em depósito", de substância entorpecente que determine dependência física ou psíquica. Logo, não se pode dar guarida a pretensão recursal, mantendo-se integralmente a sentença fustigada. 3 – PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O DELITO DE USO PRÓPRIO. IMPROVIMENTO. TRAFICÂNCIA ILÍCITA DE ENTORPECENTES CARACTERIZADA. No que tange ao pedido de desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de uso próprio, diante do conjunto probatório que milita em desfavor do Apelante, é absolutamente descabido, especialmente pela quantidade das drogas apreendidas na sua posse. Ou seja, não restam dúvidas acerca da sua finalidade comercial, cujo elemento subjetivo do tipo também emerge dos autos de forma bem definida, consistindo no dolo de "ter em depósito", de substância entorpecente que determine dependência física ou psíquica. No comércio de entorpecentes, a negativa incondicional da autoria é regra entre os traficantes, não prejudicando o convencimento do Magistrado, se as demais circunstâncias indicarem a necessidade da condenação. É que a prova da mercancia não necessita ser direta, mas deve ser firmada quando os indícios e as presunções, analisados sem preconceito, formam um todo harmônico e demonstram a distribuição comercial do entorpecente, como é o caso em testilha. O Superior Tribunal de Justiça não deixa margem de dúvida a respeito do tema, senão vejamos: “RECURSO ESPECIAL – PENAL. TRÁFICO – TIPO SUBJETIVO – PROVA DA MERCANCIA. INEXIGIBILIDADE – DESCLASSIFICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE. 1. O tipo penal previsto no art. 12 da Lei n.º 6.368/76 é de ação múltipla, porquanto apresenta várias formas de violação da mesma proibição. Não exige um especial fim de mercancia, bastando a existência do dolo para a configuração do ilícito penal. 3. Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.” (STJ – REsp 542.303-RS – Rel. Min. Laurita Vaz – 5ª T. – DJU 08.03.2004 – p. 321) “RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. TÓXICO. TRÁFICO. DESCLASSIFICAÇÃO. PROVA DA MERCANCIA. INEXIGIBILIDADE. 1. Ao tipo penal inserto no inciso

IIdo parágrafo 1º do artigo 12 da Lei de Tóxicos, é por inteiro estranha a necessidade da comprovação de qualquer elemento subjetivo do injusto e, assim, o exigido "fim de tráfico". 2. A própria destinação e preparação de entorpecentes ou substância que dele cause dependência física ou psíquica tem sentido objetivo, dizendo respeito à potencialidade da planta. 3. Irrelevante a comprovação da destinação do produto para a caracterização do crime de quem" (...) semeia, cultiva ou faz a colheita de plantas destinadas à preparação de entorpecentes ou de substância que determine dependência física ou psíquica. "(inciso II do parágrafo 1º do artigo 12 da Lei de Tóxicos). 4. Recurso conhecido e provido." (STJ –REsp 210.484–RS – 6ª T. – Rel. Min. Hamilton Carvalhido – DJU 03.09.2001 – p. 267) A autoria do Apelante, resta provada nos fólhos, consoante auto de apreensão em flagrante, depoimento do condutor, das testemunhas arroladas pela acusação, o interrogatório e as mídias com registro audiovisual, de modo que não persiste o pleito de desclassificação do art. 33 para o 28, ambos da Lei nº. 11.343/2006, na medida em que o Apelante foi flagrado na posse de 04 (quatro) "petecas" pequenas de "cocaína", no bolso da bermuda e que, em seguida, foi questionado se havia mais drogas e o mesmo disse que "poderia olhar na casa dele" permitida a entrada, e na sequência foi encontrado no trilho da parte superior do portão da garagem, 50 (cinquenta) petecas de cocaína prontas para a comercialização. Diante disso, INDEFERE-SE o pedido de desclassificação do crime de tráfico para uso pessoal. 4 – DO PLEITO PARA RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. DESCABIMENTO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DISPOSTOS NO § 4º, DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DA DROGA APREENHIDA. Subsidiariamente, pleiteia o Apelante a reforma da dosimetria, na sua terceira fase, para reconhecer-se a benesse do tráfico privilegiado, o que fica, de logo, rechaçado, tendo em vista que, para fins de concessão de tal benefício, impõe-se a observância do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Como se sabe, as condições descritas no dispositivo legal são cumulativas, de modo que, não se cumprindo uma delas, deve ser afastada a aplicabilidade do benefício em prol daquele que a pleiteia. In casu, analisando o caso concreto, evidencia-se a apreensão de expressiva quantidade de drogas em poder do Apelante, a saber, 218,90g (duzentos e dezoito gramas e noventa centigramas) de cocaína, distribuída em 58 (cinquenta e oito) invólucros – conforme Laudos Periciais no ID 39873811 –, além de apetrecho utilizado para o tráfico de drogas, representado por uma balança de precisão, consoante o Auto de Exibição e Apreensão disposto à fl. 16 do ID 39872298, o que jamais poderá ser desconsiderado por este Julgador e demais pares, a fim de que lhe seja reconhecido o benefício pretendido nesta insurgência. Nessa toada, considerando as circunstâncias da prisão encimadas, é medida de justiça o afastamento da benesse requerida, na esteira do seguinte precedente do Tribunal da Cidadania: "E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. TRAFICÂNCIA COMPROVADA. – MAUS ANTECEDENTES E MOTIVOS DO CRIME AFASTADOS – PENA-BASE REDUZIDA PARA O MÍNIMO LEGAL. – APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. [...] 2. Por maus antecedentes, deve-se entender a condenação transitada em julgado, excluía aquela que configura reincidência. No caso, não há condenação anterior, devendo ser aplicada a Súmula 444 do STJ. Os motivos do crime também deve ser afastados. O motivo financeiro, ou seja, "a busca [do lucro fácil é inerente ao tipo penal de tráfico de drogas, não se prestando a agravar os motivos do crime" . (HC 135.189/MS, Rel. Ministro

SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 10/10/2011)

3. Para a incidência da minorante relativa ao tráfico eventual de drogas faz-se necessário o preenchimento cumulativo de alguns requisitos. Denota-se dos autos, que o apelante não se trata de mera mula, dedicando-se há muito tempo à atividade criminosa, bem como integrava organização criminosa, sendo apontado como o responsável pelo abastecimento de entorpecentes na cidade de Chapadão do Sul. (ACR 29977 MS 2011.029977-3 – TJ-MS, Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos, Data de Julgamento: 29/03/2012, 1ª Câmara Criminal)". (grifo nosso). "AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DE QUE CUIDA O ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. AGRAVANTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. 1. Embora a primariedade e os bons antecedentes exijam sentença condenatória com trânsito em julgado, a aferição da dedicação à atividade criminosa pode ser extraída pelo julgador a partir de outros elementos de prova constantes dos autos. 2. A certidão de antecedentes criminais, bem como o fato de já ter sido preso e responder a outra ação penal por crime de roubo, permite concluir que o réu se dedica a atividades criminosas, não preenchendo os pressupostos do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 101.913/CE, 5ª Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 15/2/2013". Em modo similar, Turma Julgadora deste Sodalício, à unanimidade, acolheu os Embargos de Declaração com efeitos infringentes, opostos pelo Ministério Público, para afastar o benefício do tráfico privilegiado, senão vejamos: "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS INFRINGENTES. AUSÊNCIA DE OMISSÃO E OBSCURIDADE. PRESENÇA DE CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. GRAVE ERRO SOBRA A INTERPRETAÇÃO DOS FATOS E DAS PROVAS DO PROCESSO. ACUSADO CONFESSA RESPONDER A OUTRO PROCESSO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EMBARGOS ACOLHIDOS PARA AFASTAR A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO E REDIMENSIONAR A PENA. I – [...] [...] Quanto à contradição suscitada, verifica-se, nesse ponto, que a insurgência merece guarida. O voto condutor do acórdão recorrido não destacou o depoimento do acusado em que confessa responder pelo crime de associação para o tráfico, o que resultou na interpretação, gravemente equivocada, para a concessão, ex officio, do benefício do tráfico privilegiado, prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Por fim, após a análise da certidão de fl. 35 dos autos e da consulta ao sistema informatizado E-SAJ, verifica-se, de fato, que o acusado responde pela prática do delito de associação para o tráfico, cujo processo nº 0005364-14.2008.8.05.0274, em trâmite na 3ª Vara Criminal da comarca de Vitória da Conquista-Ba, está atualmente na fase de alegações finais. V – Assim, a interpretação do acervo probatório efetuada pelo Órgão Julgador foi equivocada, causando grave erro na prolação no julgado. Ao adotar esta linha de interpretação, a Turma reduziu, indevidamente, a reprimenda do acusado, quando estava claro, pelo seu próprio depoimento, de que não deveria fazê-lo. Isto porque, para a aplicação do benefício do tráfico privilegiado se exige o preenchimento dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, a saber, agente primário, de bons antecedentes e que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. [...] Ademais, restou evidenciado que o réu se dedicava à atividade criminosa pois confessou responder a outro processo por associação para o tráfico na mídia encartada nos autos, motivos pelos quais ele não preenche aos requisitos previstos no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06. [...] VIII – Ante o exposto, CONHEÇO dos Embargos de Declaração, ACOLHENDO-OS para o fim de reconhecer a contradição no acórdão

embargado, decorrente de erro grave na interpretação das provas e, aplicando-lhe efeitos infringentes, afastar a concessão do tráfico privilegiado, alterando a dosimetria da pena para 05 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto e pagamento de pena pecuniária fixada em 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente, à época do fato, devidamente atualizada até a data do pagamento. (ED na Apelação Nº 0009756-55.2012.8.05.0274/50000 – TJBA. Relatora: Nágila Maria Sales Brito – 2ª Câmara Criminal – 2ª Turma)”. Ve-se que a parte final do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 exige para a sua aplicação, não só que o Apelante seja primário e de bons antecedentes, mas sobretudo que “não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”, sendo, indispensável, no entanto, que não tenha afinidade habitual no mundo do crime e que atenda às exigências previstas na parte final do dispositivo ora citado. Com efeito, a situação do Apelante não está em consonância com a previsão legal, devendo, portanto, ser indeferido o pedido de benefício do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, mantendo-se a condenação imposta. 5 – DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INDEFERIMENTO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. APELANTE QUE RESPONDEU AO PROCESSO CUSTODIADO. MANUTENÇÃO DOS MOTIVOS QUE DETERMINARAM A CONSTRIÇÃO. Por fim, o Insurgente pugna pelo direito de recorrer em liberdade, o que deve ser rechaçado, também, por este Tribunal de Justiça, como bem asseverou o Juízo sentenciante, in verbis: “Desde a decretação da prisão preventiva, não ocorreu alteração fática que pudesse justificar a colocação do réu em liberdade. Subsistem o periculum libertatis e o fumus comissi delicti – ainda que sob eventual condição resolutória –, a fundamentar a manutenção da constrição cautelar. Assim, nego o direito de apelar em liberdade, com fulcro no art. 2º, § 3º, da Lei nº 8.072/1990” (grifos nossos). As provas constantes dos autos demonstram a inegável gravidade no delito apurado na origem, sendo, portanto, escorreita a imposição da segregação cautelar para fins de garantir a ordem pública, nos exatos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Ademais, caracterizar-se como uma autêntica incongruência ter o Apelante permanecido preso ao longo de todo o processo e, após o édito condenatório, ser liberado. Diante do exposto, deve ser afastado o pleito pela concessão do benefício liberatório em favor do Apelante, mantendo-se a custódia cautelar, sob fundamento para garantia da ordem pública. 6 – CONCLUSÃO. Diante do quanto exposto, em harmonia com Opínativo Ministerial, vota-se pelo CONHECIMENTO do recurso, REJEIÇÃO DA PRELIMINAR e, no mérito, IMPROVIMENTO. Remetam-se os autos à secretaria, a fim de que seja expedida a comunicação ao Juízo a quo, imediatamente, com as cautelas de praxe, tendo o presente acórdão força de ofício/mandado. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA RELATOR