

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000727-10.2021.8.05.0020 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JEMERSON DE JESUS SANTOS Advogado (s): YAGO TAVARES DIAS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/2006. PRELIMINAR: ALEGADA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E NULIDADE DA PRISÃO. SUBSTÂNCIA APREENDIDAS NO MOMENTO DA BUSCA PESSOAL. PROVAS PRODUZIDAS QUE NÃO FORAM DERIVADAS DE QUALQUER IRREGULARIDADE. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO: PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO APELANTE POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPROCEDÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. IDONEIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO. HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS CONSTANTES DOS AUTOS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, POR CONTA DA NATUREZA E QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES, COM BASE NO ART. 42, DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. 1. Cuida-se de Apelação Criminal apresentada por Jemerson de Jesus Santos, inconformado com a decisão que o condenou, pela prática do delito capitulado no artigo 33, caput, da lei nº 11.343/2006, totalizando a pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão, após detração penal, a ser cumprida no regime fechado, cominando-lhe, ainda, a pena de 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. 2. Em sede de preliminar, sustenta a defesa que o acusado teve sua residência invadida pelas autoridades policiais, sem mandado de busca e apreensão, ensejando a nulidade e ilegalidade das provas constituídas em razão do flagrante. Contudo, no caso dos autos, embora seja possível reconhecer a ocorrência da violação de domicílio alegada pela defesa, diante da injustificada busca domiciliar realizada pelas autoridades policiais sem autorização judicial, do contexto fático delineado no caderno processual, verifico que inexiste conexão entre a busca domiciliar e a apreensão das drogas e a prisão do apelante, visto que as substâncias apreendidas foram encontradas no momento da revista pessoal do acusado fora da residência, ou seja, antes busca domiciliar, de forma que as provas encontradas não podem ser consideradas ilícitas por derivação, uma vez que não foram maculadas pela ilegalidade perpetrada. 3. No mérito, pugna a defesa pela absolvição do recorrente. No entanto, a materialidade do delito encontra-se cabalmente comprovada através do auto de exibição e apreensão, do laudo de exame pericial de constatação de substância entorpecente, às fls. 18; e do laudo de exame pericial definitivo de constatação de substância entorpecente, atestando que foram encontrados em poder do Apelante 83 (oitenta e três) "trouxinhas" de cocaína e uma porção média da mesma substância, 01 (uma) pedra de crack, 02 (duas) porções grandes e 01 (um) pedaço menor de cannabis sativa, além de embalagens plásticas, utilizadas para acondicionar entorpecentes e um aparelho celular da marca LG. Quanto à autoria delitiva, encontra-se devidamente demonstrado no acervo probatório ter o Apelante praticado a conduta tipificada no artigo 33 da Lei 11.343/06, pois foi encontrado na posse das drogas, com a finalidade de comercialização, fato este constatado, inclusive, pelos depoimentos testemunhais dos policiais que efetuaram a prisão. 4. Pleito subsidiário de reforma da dosimetria da pena. Na primeira fase da dosimetria, observa-se que o magistrado a quo, na análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal,

combinado com o artigo 42 da Lei nº 11.343/06, considerou desfavorável ao réu a natureza e a quantidade das substâncias apreendidas (522,40g de cannabis sativa/maconha e 87,80g de cocaína em pó e 2,10g de cocaína em pedra), aumentando a pena base do apelante em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão. Assim, tratando-se de circunstância preponderante, entendo que agiu corretamente o juízo de piso, razão pela qual mantenho a pena base aplicada em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes. Na terceira fase, verificou-se a inexistência de causas de aumento ou diminuição de pena. Ademais, cumpre destacar que o Juiz sentenciante entendeu ser inaplicável a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, lei nº 11.343/2006. Contudo, verifica-se dos autos que o réu preenche todos os requisitos previstos para concessão do referido benefício, uma vez que é primário e não ostenta maus antecedentes, bem como não há informações ou provas concretas de dedicação a atividades criminosas nem de integração a organização criminosa, devendo ser aplicada a causa especial de diminuição da pena no patamar máximo de 2/3 (dois terços), totalizando a pena em 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. Realizando-se a detração penal, tendo em vista que o réu permaneceu custodiado por por 01 (um) ano e 06 (seis) meses, totaliza-se a pena definitiva em 08 (meses de reclusão) e 166 (cento e sessenta e seis dias-multa). Por fim, em função da primariedade do apelante, uma vez que não possui condenações transitadas em julgado, substituo a pena privativa de liberdade por uma pena alternativa restritiva de direitos (art. 44, incs. I a III e § 2º, do CP). APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8000727-10.2021.8.05.0020, oriundo da Vara Criminal da Comarca de Barra do Choça/BA, tendo como Apelante JEMERSON DE JESUS SANTOS e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER E CONCEDER PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, pelas razões e termos expostos no voto que se segue. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 7 de Novembro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000727-10.2021.8.05.0020 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JEMERSON DE JESUS SANTOS Advogado (s): YAGO TAVARES DIAS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO JEMERSON DE JESUS SANTOS fora denunciado pelo ilustre Representante do Ministério Público como incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Consta da denúncia que: "(...) no dia 12/08/2021, ao promover patrulhamento ostensivo na Rua Amália Bispo Pacheco, Bairro: Cidade Jardim, neste Município, a Guarnição da Polícia Militar avistou um indivíduo, posteriormente identificado como Jemerson de Jesus Santos. Na sequência, promoveram a revista pessoal do Acusado, sendo encontrado em seu poder: 83 (oitenta e três) "trouxinhas" de cocaína e uma porção média da mesma substância, 01 (uma) pedra de crack, 02 (duas) porções grandes e 01 (um) pedaço menor de cannabis sativa, além de embalagens plásticas, utilizadas para acondicionar entorpecentes e um aparelho celular da marca LG (...)." Concluída a instrução processual e apresentadas as alegações derradeiras, o Magistrado a quo julgou procedente o pedido constante na denúncia, para condenar o apelante como

incurso nas penas do delito descrito no art. 33, caput, da lei nº 11.343/2006, totalizando a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, equivalente a um trigésimo do salário-mínimo vigente ao tempo do fato criminoso, em regime inicial fechado. Inconformado com a sentença, recorreu da decisão o Réu. Em suas razões, pugna a defesa, preliminarmente, pela declaração de nulidade das provas, uma vez que os policiais teriam supostamente ingressado na residência do Apelante sem mandado judicial, ocorrendo, portanto, violação de domicílio. No mérito, alega insuficiência probatória para sustentar a condenação pelo crime de tráfico de drogas, pugnando assim pela absolvição. Caso não seja esse o entendimento, requer o redimensionamento da pena-base para o mínimo legal; a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06; a incidência do instituto da detração penal; a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais brando; a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; a suspensão condicional da pena; e, por fim, requer a exclusão da quantia fixada a título de reparação de danos (ID. 47336821). Em sede de contrarrazões (ID. 47336838) o Ministério Público manifestou-se pelo não provimento do presente recurso de apelação e pela manutenção do decismum vergastado em todos os termos. A Procuradoria de Justiça, em parecer exarado (ID. 26257621) opinou pelo conhecimento e provimento parcial do recurso de apelação, a fim de seja reduzida a pena imposta ao apelante, em face da incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, à fração máxima de 2/3 (dois terços), bem como substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, mantendo-se o decismum, contudo, nos seus demais termos. Examinados e lançado este relatório, submeto-os à apreciação do eminente Desembargador Revisor. É o relatório. Salvador/BA, 25 de outubro de 2023. Des. Aliomar Silva Britto – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000727-10.2021.8.05.0020 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JEMERSON DE JESUS SANTOS Advogado (s): YAGO TAVARES DIAS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO O recurso preenche todos os pressupostos necessários à sua admissibilidade, por isso dele conheço. Cuida-se de Apelação Criminal apresentada por Jemerson de Jesus Santos, inconformado com a decisão que o condenou, pela prática do delito capitulado no artigo 33, caput, da lei nº 11.343/2006, totalizando a pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão, após detração penal, a ser cumprida no regime fechado, cominando-lhe, ainda, a pena de 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. Nas razões recursais, consigna-se, preliminarmente, a nulidade das provas em razão de suposta violação de domicílio. No mérito, o apelante alega, em síntese, a insuficiência probatória para sustentar a sua condenação. Subsidiariamente, requer o redimensionamento da pena-base para mínimo legal, bem como a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Outrossim, pugna pela incidência do instituto da detração penal, pela fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais brando, pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela suspensão condicional da pena; e, por fim, pela exclusão da quantia fixada a título de reparação de danos. Nas contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo não provimento da apelação e manutenção do decismum vergastado em todos os termos. PRELIMINAR. Em sede de preliminar, sustenta a defesa que o acusado teve sua residência invadida pelas

autoridades policiais, sem mandado de busca e apreensão, ensejando a nulidade e ilegalidade das provas constituídas em razão do flagrante. Salienta que os policiais arrolados como testemunhas de acusação prestaram depoimentos contraditórios, bem como que “as testemunhas de defesa e o próprio acusado confirmaram o tipo de ação realizada pelos policiais, sendo bem claros em seus depoimentos ao alegarem que todos estavam dentro de casa no momento em que foram surpreendidos pelos policiais, que já se encontravam do lado de dentro da residência, momento em que o acusado também estava dentro da residência.” Inicialmente, extrai-se da denúncia oferecida em desfavor do Apelante, nos autos n. 8000727-10.2021.8.05.0020, que: “[...] no dia 12/08/2021, ao promover patrulhamento ostensivo na Rua Amália Bispo Pacheco, Bairro: Cidade Jardim, neste Município, a Guarnição da Polícia Militar avistou um indivíduo, posteriormente identificado como Jemerson de Jesus Santos. Na sequência, promoveram a revista pessoal do Acusado, sendo encontrado em seu poder: 83 (oitenta e três) “trouxinhas” de cocaína e uma porção média da mesma substância, 01 (uma) pedra de crack, 02 (duas) porções grandes e 01 (um) pedaço menor de cannabis sativa, além de embalagens plásticas, utilizadas para acondicionar entorpecentes e um aparelho celular da marca LG. [...]”. Outrossim, cumpre trazer à baila, trecho do depoimento prestado em juízo pelo pelo CB PM Linsmar Silva Gonçalves: “(...) que existia informações de que o acusado utilizava o serviço de motoboy para entregar drogas; que como ele estava saindo da residência com uma sacola, que depois descobriram ser a residência dos pais dele, fizeram a abordagem; que subiu um odor das substâncias que eles já conhecem, como maconha, e aí deram continuidade à abordagem, verificando a sacola, onde encontraram as substâncias; 83 trouxinhas de cocaína e aproximadamente meio quilo de maconha, individualizadas, prontas para comercialização; que o acusado alegou que a droga não era dele; que tem informações o acusado integrava um grupo chamado 1533, mas não tinha certeza; depois da busca pessoal, fizeram a busca domiciliar na casa, olharam no quarto do acusado, mas não encontraram nada (...)”. Quanto à alegada violação de domicílio, relembro o texto da Constituição Federal de 1988 que, em seu artigo 5º, debate o tema sob judice: “(...) 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; (...)”. Embora o crime de tráfico de drogas seja de natureza permanente, somente se autoriza o ingresso no domicílio sem ordem judicial, quando haja sinais de flagrante delito ocorrendo no interior da residência. Ademais, em acórdão de Relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, da 5ª. Turma, do Superior Tribunal de Justiça, alinhado ao entendimento do STF, este se manifestou no sentido de que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem ocorrer, no interior da casa, situação de flagrante delito. Contudo, no caso dos autos, embora seja possível reconhecer a ocorrência da violação de domicílio alegada pela defesa, diante da injustificada busca domiciliar realizada pelas autoridades policiais e da desnecessidade de ingresso no domicílio do acusado após a realização da busca pessoal, do contexto fático delineado no caderno processual, verifico que inexiste conexão entre a busca domiciliar e a apreensão das drogas e a prisão do apelante, visto que as substâncias apreendidas foram encontradas no momento da revista pessoal do acusado fora da residência, ou seja, antes da busca domiciliar, de forma que as

provas encontradas não podem ser consideradas ilícitas por derivação, uma vez que não foram maculadas pela ilegalidade perpetrada. Portanto, entendo que as provas produzidas se deram de forma lícita, não havendo que se falar em nulidade do flagrante. Assim sendo, REJEITO a PRELIMINAR suscitada. MÉRITO DA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. Por conseguinte, alega a inexistência de provas suficientes acerca da autoria delitiva, motivo pelo qual a absolvição do acusado seria necessária, na forma do art. 386, VII, do Código de Processo Penal. De início, consigna-se que a materialidade do delito encontra-se cabalmente comprovada através do auto de exibição e apreensão, do laudo de exame pericial de constatação de substância entorpecente, às fls. 18; e do laudo de exame pericial definitivo de constatação de substância entorpecente, atestando que foram encontrados em poder do Apelante 83 (oitenta e três) “trouxinhas” de cocaína e uma porção média da mesma substância, 01 (uma) pedra de crack, 02 (duas) porções grandes e 01 (um) pedaço menor de cannabis sativa, além de embalagens plásticas, utilizadas para acondicionar entorpecentes e um aparelho celular da marca LG. Quanto à autoria delitiva, encontra-se devidamente demonstrado no acervo probatório ter o Apelante praticado a conduta tipificada no artigo 33 da Lei 11.343/06, pois foi encontrado na posse das drogas, com a finalidade de comercialização, fato este constatado, inclusive, pelos depoimentos testemunhais dos policiais que efetuaram a prisão. O CB PM Linsmar Silva Gonçalves, em seu depoimento judicial, asseverou que: “(...) que nunca viu o acusado antes; na época trabalhava com soldado torres, fazendo patrulhamento de rotina; que Jemerson estava saindo da residência com uma sacola na mão, que ele já era conhecido e tinha um vulgo entre os conhecidos dele; que já era conhecido pela guarnição, pois já foi conduzido por tráfico de entorpecentes e por uso de simulacro de arma de fogo; que existia informações de que ele utilizava o serviço de motoboy para entregar drogas; que como ele estava saindo da residência com uma sacola, que depois descobriram ser a residência dos pais dele, fizeram a abordagem; que subiu um odor das substâncias que eles já conhecem, como maconha, e aí deram continuidade à abordagem, verificando a sacola, onde encontraram as substâncias; 83 trouxinhas de cocaína e aproximadamente meio quilo de maconha, individualizadas, prontas para comercialização; que o acusado alegou que a droga não era dele; que tem informações o acusado integrava um grupo chamado 1533, mas não tinha certeza; depois da busca pessoal, fizeram a busca domiciliar na casa, olharam no quarto do acusado, mas não encontraram nada; que o acusado estava com uma sacola plástica; que a atitude suspeita decorre das informações que tinha a respeito do acusado e dele sair com a sacola da residência; que quando viu a guarnição, o acusado tentou retornar para dentro da residência, mas não deu tempo (...)”. O SD PM Torres, que também participou da diligência que culminou na prisão em flagrante do apelante alegou que: “(...) Que conhecia o acusado antes da abordagem; que tinha informações de que Jemerson já foi conduzido em 2017 em relação a tráfico; além disso, tinha informações de que o acusado estava executando tráfico no bairro de cidade-jardim, através de denúncias anônimas; que tinha informações de que Jemerson trabalhava como motoboy, e que tinha motoboy entregando entorpecentes no município e utilizava disso para camuflar esse trabalho ilícito; que o que promoveu a busca pessoal foram as informações que já tinham sobre Jemerson; que já tinha informações referentes ao fato de que ele já tinha cumprido pena pelas ações de tráfico; identificaram ele num horário e bairro onde já tinham informações de que ele estava traficando lá (cidade-jardim); que o acusado

apresentou inquietação e nervosismo; e que avistaram o acusado com a sacola; que a sacola exalava um odor de maconha; que encontraram substância análoga à maconha e cocaína e crack; que não se recorda se a abordagem foi próxima de alguma residência; tinha informações de que o acusado estava trabalhando para a organização 1533; não se recorda se teve busca domiciliar (...)." Vale ressaltar que, em relação aos depoimentos dos policiais, não há qualquer justificativa para se questionar sobre sua credibilidade. O fato de as testemunhas da acusação serem policiais não invalidam os seus depoimentos, servindo perfeitamente como prova testemunhal do crime. Veja-se que, pela aplicação do princípio da igualdade, haverá, como qualquer outra testemunha, o compromisso de dizer a verdade conforme estipulado no artigo 203 do CPP e, se o policial fizer alguma afirmação falsa, calar ou ocultar a verdade, então o Juiz que estiver tomando o depoimento, com força no artigo 211 do CPP, determinará a instauração de inquérito para apurar o crime de falso testemunho. Com efeito, não é razoável se admitir que o Estado possa credenciar pessoas para a função repressiva e, sem elementos cabais de prova, negar-lhes crédito quando de sua estrita atividade. Segundo a Jurisprudência, é válido o testemunho prestado por agente policial, não contraditado nem desqualificado, na medida em que provém de agente público no exercício de suas funções e não destoa do conjunto probatório. Corroborando tal entendimento, vem assim decidindo os Tribunais: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. RECONSIDERAÇÃO. INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL DEVIDAMENTE IMPUGNADA. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. DEPOIMENTO DE AGENTES POLICIAIS. VALIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO DIVERSA DA MÁXIMA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. 1. Efetivamente impugnados os fundamentos da decisão de inadmissão do recurso especial, o agravo merece ser conhecido, em ordem a que se evolua para o mérito. 2. "Segundo a compreensão desta Corte Superior, inexiste violação ao duplo grau de jurisdição nas hipóteses em que o réu é absolvido em primeiro grau e condenado pelo Tribunal. Além disso, a se considerar o espectro de abrangência do recurso especial – que se restringe ao exame de questões de direito ligadas à lei federal supostamente violada ou interpretada de maneira divergente pelos tribunais –, o não conhecimento do recurso especial – ante a não ocorrência das hipóteses constitucionais para seu cabimento – não importa em violação do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que, apesar de terem natureza supralegal, estão hierarquicamente abaixo da Constituição Federal" (AgRg nos EDcl no REsp 1696478/CE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020). 3. Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, "o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso". Precedentes (AgRg no HC 672.359/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/6/2021). 4. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto. Na hipótese, contudo, o

acórdão aplicou a fração de 1/3 sem nenhuma fundamentação, razão por que deve ser adotado o patamar máximo de 2/3. 5. Agravo regimental provido para conhecer do agravo e prover, em parte, o recurso especial para reduzir a condenação do agravante para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime aberto, e 194 dias-multa, com substituição. (STJ – AgRg no AREsp: 1934729 SP 2021/0234241-2, Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 08/02/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/02/2022).

Portanto, a autoria e a materialidade restaram devidamente comprovadas nos autos, considerando a variedade e quantidade das substâncias entorpecentes encontradas em posse do recorrente (maconha, cocaína e crack), que se encontravam embaladas individualmente, bem como pelos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão, que já tinham informações da prática do tráfico ilícito de entorpecentes na localidade, bem como que o acusado estava utilizando do serviço de motoboy para praticar a atividade ilícita, não havendo como negar a finalidade comercial das drogas e revelando o dolo do acusado. Há que se enfatizar que o tipo penal descrito no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, é considerado crime de conteúdo variado ou de natureza múltipla, bastando a prática de um dos núcleos descritos na norma para configurar o cometimento do crime de tráfico de drogas, sendo, portanto, desnecessário que o agente seja flagrado no momento exato em que comercializada a droga. Portanto, não merece acolhimento o pleito de absolvição do Apelante pelo crime de tráfico de drogas, vez que não resta dúvida acerca da autoria e materialidade delitivas, que se encontram muito bem cristalizadas. Deste modo, pelo raciocínio lógico aqui desenvolvido, que a tese de insuficiência probatória apresentada na apelação do recorrente não tem consistência perante os elementos de prova trazidos aos autos, o que impossibilita o acolhimento da tese de absolvição, sustentada pela defesa. DA DOSIMETRIA DA PENA No que concerne à aplicação da pena, pleiteia o Apelante pelo redimensionamento da pena-base para o mínimo legal e pela aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Outrossim, pugna pela incidência do instituto da detração penal, pela fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais brando, pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pela suspensão condicional da pena e, por fim, pela exclusão da quantia fixada a título de reparação de danos. Na primeira fase da dosimetria, observa-se que o magistrado a quo, na análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, combinado com o artigo 42 da Lei nº 11.343/06, considerou desfavorável ao réu a natureza e a quantidade das substâncias apreendidas (522,40g de cannabis sativa/maconha e 87,80g de cocaína em pó e 2,10g de cocaína em pedra), aumentando a pena base do apelante em 01 (um) ano e 06 (seis) meses de reclusão. De fato, o artigo 42 da Lei nº 11.343/06 prevê que a natureza e a quantidade da droga, bem como a personalidade e a conduta social do agente devem preponderar sobre as demais circunstâncias judiciais. Assim, entendo que agiu corretamente o juízo de piso, razão pela qual mantenho a pena base aplicada em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas. Na terceira fase, verificou-se a inexistência de causas de aumento ou diminuição de pena. Ademais, cumpre destacar que o Juiz sentenciante entendeu ser inaplicável a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, lei nº 11.343/2006 (tráfico privilegiado, conforme excerto abaixo transcrito: “Assim como, diante do reconhecimento da dedicação do denunciado às

atividades criminosas impede, por si só, de aplicar a causa reclamada de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, isso porque a própria condição exige, concomitantemente, que o agente seja primário, de bons antecedentes e que não se dedique à atividade." O artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 dispõe que: "Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)" Para o agente possuir o direito subjetivo à causa de diminuição de pena, é imperioso que todos os quatro requisitos elencados no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, estejam presentes cumulativamente, quais sejam: agente primário; bons antecedentes; não dedicação a atividades criminosas; e não integração de organização criminosa. Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça recentemente alterou seu entendimento para não admitir que inquérito policial e ações penais em curso afastem a incidência da benesse legal, em consonância com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, conforme aresto que segue: PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO AO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 – LEI DE DROGAS. ENVOLVIMENTO COM ATIVIDADES CRIMINOSAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO. AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. DIMINUTA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. AGRAVO DESPROVIDO. 1. "Consoante precedentes, verifica-se nesta Corte a adesão ao posicionamento advindo do STF, ou seja, a existência de ações penais em andamento não justifica a conclusão de que o sentenciado se dedica às atividades criminosas para fins de obstar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06" (AgRg nos EAREsp 1852098/AM, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/10/2021, DJe 3/11/2021). 1.1. A diminuta quantidade de droga apreendida (24,4g de maconha e 4,1g de cocaína), isoladamente, sem outros elementos concretos que evidencie m dedicação à atividade criminosa, não justifica o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp: 1880046 SP 2021/0130893-5, Data de Julgamento: 07/06/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/06/2022). Assim, verifica-se dos autos que o réu preenche todos os requisitos previstos para concessão do referido benefício, uma vez que é primário e não ostenta maus antecedentes, bem como não há informações ou provas concretas de dedicação a atividades criminosas nem de integração a organização criminosa. Portanto, aplico na terceira fase da dosimetria a causa especial de diminuição da pena no patamar máximo de 2/3 (dois terços), totalizando a pena em 02 (dois) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, sendo, cada dia-multa, o equivalente a 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato. Realizando-se a detração penal, tendo em vista que o réu permaneceu custodiado por por 01 (um) ano e 06 (seis) meses, totaliza-se a pena definitiva em 08 (meses de reclusão) e 166 (cento e sessenta e seis dias-multa). Quanto ao regime prisional, não obstante a existência de circunstância preponderante, se tratando de pessoa primária e com uma nova pena privativa de liberdade de 8 meses de reclusão, entendo ser mais adequado lhe conferir o regime aberto, por



expressa previsão legal, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. DA SUBSTITUIÇÃO PELA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. Pugna, o apelante, que a pena privativa de liberdade seja substituída pela restritiva de direitos. O artigo 44 do Código Penal dispõe que: “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.” Da análise dos autos, verifica-se que a nova pena aplicada é inferior a quatro anos. Outrossim, em função da primariedade do apelante, uma vez que não possui condenações transitadas em julgado, substituo a pena privativa de liberdade por uma pena alternativa restritiva de direitos (art. 44, incs. I a III e § 2º, do CP), cuja especificação e forma de execução deverão ser estabelecidas pelo Juízo da Execução de Penas e Medidas Alternativas. Ademais, o pleito de aplicação da suspensão condicional da pena deve não deve prevalecer, visto que o recorrente não preenche o requisito previsto no art. 77, inciso III, do Código Penal, em face do cabimento da substituição prevista no art. 44 do mesmo Diploma Legal. Por fim, quanto ao pedido de exclusão da quantia fixada a título de reparação de danos, verifica-se da sentença condenatória que não houve a fixação de qualquer valor a título de reparação civil. Diante do exposto, VOTO pelo CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL do apelo interposto, no sentido de redimensionar a pena base determinada na sentença condenatória, substituindo-a por uma pena restritiva de direitos. Salvador/BA, 25 de outubro de 2023. Presidente Relator Procurador (a) de Justiça