

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 8069772-90.2023.8.05.0001 – Comarca de Salvador/BA Apelante/Apelado: Luan dos Santos Deschwanden Advogado: Dr. André Luís do Nascimento Lopes (OAB/BA: 34.498) Advogada: Dra. Andréia Luciara Alves da Silva Lopes (OAB/BA: 14.755) Apelante/Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Dra. Ana Vitória Conceição Gouveia Origem: 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador Procuradora de Justiça: Dra. Áurea Lúcia Souza Sampaio Loepp Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães ACÓRDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06 E ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03). APELO DEFENSIVO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA BUSCA PESSOAL. INACOLHIMENTO. ABORDAGEM POLICIAL JUSTIFICADA PELA FUNDADA SUSPEITA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INALBERGAMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS SUFICIENTEMENTE COMPROVADAS PELO CONJUNTO PROBATÓRIO. PLEITO MINISTERIAL DE CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 16, § 1º DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. INSUBSISTÊNCIA. APELANTE DENUNCIADO COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03. COMPROVADA A PRÁTICA DO DELITO DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO FÁTICA NA DENÚNCIA E DE ADITAMENTO. MANTIDO ÉDITO CONDENATÓRIO. PRETENSÃO DEFENSIVA DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO EM SEU PATAMAR MÁXIMO E MINISTERIAL DE AFASTAMENTO DO REDUTOR. INVIABILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PREVISTOS NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 . PERCENTUAL PROPORCIONAL. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PRELIMINAR REJEITADA. APELOS DEFENSIVO E MINISTERIAL CONHECIDOS E IMPROVIDOS, mantendo-se todos os termos da sentença vergastada. I – Cuida-se de Recursos de Apelação interpostos pelo Ministério Público do Estado da Bahia e pela defesa de Luan dos Santos Deschwanden, insurgindo-se contra a sentença que o condenou às penas de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática dos delitos tipificados no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006 e no art. 14 da Lei nº 10.826/03, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade. II- Extraí-se da exordial acusatória (id. 60101665), in verbis, que, “[...] que, no dia 21 de abril de 2023, por volta das 20h00min, na rua Aurélio Pereira de Souza, no bairro São Cristóvão, nesta capital, Policiais Civis flagraram o denunciado guardando, no veículo Honda Fit, EX CVT, placa policial PJE0G73, substâncias entorpecentes com fito de comercialização, além de uma arma de fogo. Depreende-se que, no dia, horário e local acima mencionados, os Agentes Públicos estavam em ronda e, ao suspeitarem de um veículo, estacionado no Parque São Cristóvão, decidiram realizar uma abordagem e, na oportunidade, constataram que o acusado, ali guardava, pinos contendo cocaína e uma arma de fogo, tipo pistola, calibre .380, da marca Taurus, com 25 (vinte e cinco) munições intactas. As substâncias apreendidas foram submetidas a testes, conforme laudo de constatação, à fl. 53, sendo identificadas, da seguinte forma: 55,13g (cinquenta e um gramas e treze centigramas) de cocaína, distribuídas em 58 (cinquenta e oito) porções, acondicionadas em microtubos de plástico de cor rosa e azul e em 01 (uma) porção contida em saco incolor. Em pesquisa ao E-SAJ/PJE verifica-se a existência de um processo em desfavor do inculpado, identificado a seguir: nº 0581161-98.2016.8.05.0001, por violência doméstica, perante a 2ª Vara de violência doméstica e familiar contra a mulher, desta comarca, com sentença condenatória, tramitando em grau de recurso. [...]”. (Id 56900554) III – Irresignado, o Ministério Público do

Estado da Bahia interpôs Recurso de Apelação, postulando, nas razões recursais (Id 56901172), que seja afastado o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, condenando o acusado nas penas descritas no artigo 33, caput, do mesmo diploma legal e art. 16, § 1º do Estatuto do Desarmamento. IV – Também inconformada, a defesa interpôs Recurso de Apelação (Id 56901173); em favor de Luan dos Santos Deschwanden, suscitando, em suas razões de inconformismo (Id 58920605), preliminarmente, a nulidade da busca pessoal, em virtude da suposta ausência de fundada suspeita, com a consequente anulação das provas dela decorrente. No mérito, pugna pela absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pleiteia o reconhecimento do tráfico privilegiado em sua fração máxima. V – Inicialmente, não merece prosperar a preliminar de nulidade da busca pessoal, em virtude da alegada ausência de justa causa para a abordagem policial. Ao contrário do que afirma a defesa, ficou demonstrada a existência de fundadas razões para a revista do acusado, diante da prova oral produzida em juízo que, sob o crivo do contraditório, evidenciou que a guarnição policial estava participando da “Operação Visão” – realizada para coibir roubo de veículos no bairro de São Cristóvão – quando avistaram, próximo a um bar, o veículo do Apelante, acerca do qual tinham informações de que seria utilizado para o tráfico de drogas, o que ensejou a abordagem de todas as pessoas que estavam no local, sendo encontrada com o Apelante a chave do carro, tendo ele reconhecido sua propriedade e viabilizado a revista, sendo somente o réu conduzido, porquanto fora encontrada no veículo droga e arma de fogo. VI – Cumpre ressaltar que operações desta natureza integram a atividade policial, sendo certo que “a abordagem policial decorre do poder de polícia inerente à atividade do Poder Público que, calcada na lei, tem o dever de prevenir delitos e condutas ofensivas à ordem pública” (HC n.º 385.110/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 14/6/2017). VII – Trata-se de precedente corolário do entendimento já firmado no RHC n.º 158.580/BA, da lavra do Ministro Rogério Schietti: “Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) – baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto – de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.” (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro Rogério Schietti, T6 – Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022). Isto posto, rejeita-se a preliminar suscitada. VIII – No mérito, não merece acolhimento o pleito absolutório. A autoria e materialidade delitivas foram suficientemente comprovadas pelos elementos probatórios, em especial pelo Auto de Prisão em Flagrante (id. 56900555 p.05); pelo Auto de Exibição e Apreensão ((id. 56900555 p.14); pelo Laudo de Constatação 202300LC013623-01 constando que: “foram recebidos neste laboratório 51,13g (cinquenta e um gramas e treze centigramas), correspondente à massa bruta de substância sólida sob a forma de pó branco, distribuídas em 58 (cinquenta e oito) porções acondicionadas em microtubos de plástico de cor rosa e azul e 01 (uma) porção contida em saco plástico incolor. Foram retidos 1,57g (um grama e cinquenta e sete centigramas), massa bruta, correspondente a 2 porções, para o exame definitivo e contraperícia e o restante foi devolvido à Autoridade Requisitante. [...] positivo para cocaína” (id. 56900555 p.57); pelo Laudo Definitivo: “Resultado – Detectada a substância benzoilmetilecgonina (cocaína) no material

analisado.”(id. 56901123) e Laudo da de Exame Pericial – balística forense – constando: “[...] a arma, quando periciada, [...] apta para a realização de disparos. [...] vinte e cinco cartuchos de arma de fogo [...] eficiência de munição e da arma [...] ocorrendo à deflagração dos referidos cartuchos”(Id 56901156 3/4); bem como pela prova oral produzida em juízo (mídias audiovisuais, PJE Mídias). IX – Em que pese as alegações formuladas pela defesa, os depoimentos prestados pelos agentes policiais – em sua essência – são coerentes e harmônicos, não se vislumbrando discrepâncias nos relatos capazes de afastar sua credibilidade. Digno de registro que os policiais são uníssomos ao afirmar que estavam em missão ostensiva – denominada Operação Visão, não sendo relevante a informação acerca do número exato de policiais que participaram da diligência, como quer fazer crer a defesa. Importante observar que os agentes afirmam, de forma segura, que avistaram o veículo Honda Fit, acerca do qual tinham informações de que era utilizado para o tráfico de drogas, não havendo a contradição apontada pela defesa sobre o relato da dinâmica dos fatos. Efetivamente, os policiais afirmam que foram recebidos a tiros, na região de São Cristóvão, entretanto, não restou qualquer dúvida de que tais disparos foram efetuados antes da busca veicular realizada, sendo confirmado por eles que abordaram todos os que estavam no local e que o réu assumiu a propriedade do veículo, abrindo-o para a busca, sendo ali encontrada a droga e a arma, estando o carro próximo ao bar. X – Ainda, sob o argumento de fragilidade da prova produzida, a defesa destaca a existência de contradição “quanto à fatos menores”, referindo-se à presença da mãe do sentenciado no momento de sua prisão, afirmando que ela teria sido avisada e comparecido ao bar enquanto o IPC Wellington Gomes Nogueira teria afirmado que “ não tem conhecimento se apareceu algum parente do réu no local “. Não se olvida que vários policiais participaram da diligência, inexistindo contradição pelo fato de um deles ter asseverado que desconhecia a presença de parentes do réu no local, principalmente por não se tratar de circunstância central do flagrante. Ademais, inexistente nos autos qualquer indício de que os referidos agentes públicos tenham prestado depoimentos falsos a respeito dos fatos, com intenção de prejudicar o Sentenciado, sendo digno de nota que eles disseram que não conheciam o acusado anteriormente. XI – As testemunhas arroladas pela defesa informam que estavam no bar no momento da abordagem, não tendo sido possível visualizar a busca realizada no veículo, eis que estava estacionado em local distante do estabelecimento, além de pontuarem que o Apelante também não teria acompanhado a busca veicular, contudo, tais depoimentos não são suficientes para infirmar o arcabouço probatório produzido pela acusação. Registre-se que eles afirmam não ter relação de amizade com o réu, embora residam próximos a ele. Do cotejo dos depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, não deve ser esquecido que os agentes públicos gozam de fé pública, seus depoimentos merecem de credibilidade, ressaltando-se que o réu também não os conhecia, o que confirma a ausência de interesse em prejudicar o réu, não havendo elementos aptos a afastar a dinâmica dos fatos narrada pelos agentes, razão pela qual se sustenta a tese de que os policiais teriam ido até o carro sem o réu, trazendo nas mãos a droga e a arma. XII – Interrogado em juízo, o acusado admite que o veículo lhe pertence há dois anos, em que pese estar em nome de um colega, negando, no entanto, a autoria dos crimes de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (mídia audiovisual, PJE Mídias). XIII – Ressalte-se, por fim, que o crime contido no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 é permanente,

de ação múltipla e de mera conduta, ou seja, pratica o delito de tráfico não apenas aquele que comercializa a droga, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção e da circulação de substância entorpecente. São várias as ações identificadas pelos diversos verbos, e o delito se consuma com a prática de qualquer das hipóteses previstas. Assim, as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção aptos a concluir pelo acerto da condenação do acusado pelos delitos descritos na exordial acusatória. XIV – De outra banda, não merece acolhimento o pleito ministerial de condenação do Apelante pelo delito descrito no art. 16, § 1º, da Lei nº 10.826/2003. A Magistrada a quo observa na sentença que: “inicialmente, o Ministério Público denunciou o Réu pelas penas dispostas no art. 14 da Lei de Armas, no crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. No entanto, em sede de alegações finais, o Ministério Público pleiteou a condenação pela suposta prática do delito do art. 16, § 1º do Estatuto do Desarmamento. Verifico que não cabe a aplicação do instituto da emendatio libelli, haja vista que a conduta prevista no art. 16, § 1º, inc. I, da Lei 11.343/06 NÃO foi narrada na peça inicial. Destarte, entendo que não cabe a aplicação do instituto, visto que o acusado se defende dos fatos descritos na denúncia. Emerge dos autos a autoria contra o acusado com relação ao delito previsto no art. 14 da lei 10826/03 pelos supracitados relatos testemunhais, que são uníssonos e coerentes com os elementos probatórios consignados na fase extrajudicial, os quais revelam que o Acusado estava PORTANDO ARMA DE FOGO.” (sentença – Id 56901165). XV – Inconteste, diante do arcabouço probatório coligido, o fato de o Apelante estar portando arma de fogo no momento da abordagem policial. A questão trazida cinge-se à possibilidade de ser ele condenado pelo crime previsto no art. 16, § 1º, IV, da Lei 10.826/03 ou se deve ser mantida sua condenação pela prática do delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/2003. Cabe mencionar trecho constante da denúncia formulada em 01.06.2023 (Id 56900554) : “Depreende-se que, no dia, horário e local acima mencionados, os Agentes Públicos estavam em ronda e, ao suspeitarem de um veículo, estacionado no Parque São Cristóvão, decidiram realizar uma abordagem e, na oportunidade, constataram que o acusado, ali guardava, pinos contendo cocaína e uma arma de fogo, tipo pistola, calibre .380, da marca Taurus, com 25 (vinte e cinco) munições intactas.” Em 31.08.2023, por sua vez, foi colacionado aos autos o Laudo de Exame Pericial – balística forense – constando: “[...] a arma, quando periciada, [...] apta para a realização de disparos. [...] vinte e cinco cartuchos de arma de fogo [...] eficiência de munição e da arma [...] ocorrendo à deflagração dos referidos cartuchos.”, e, ainda, que a pistola encontrava-se com sua numeração suprimida por abrasão mecânica, dado, entretanto, que não foi mencionado na exordial acusatória, nem tampouco aditada a denúncia. XVI – Registre-se que o Parquet traz à baila o tema em suas alegações finais e nas razões recursais, nos seguintes termos: “Assim, a conjugação de todos os dados acima referidos indica a culpabilidade do apelado, que agiu com o dolo típico do delito em análise. Por fim, a materialidade do ilícito restou comprovada, conforme laudos de constatação e laudo pericial definitivo, presentes nos autos. Igualmente foi evidenciada a dinâmica do crime de porte de arma de fogo. Deste modo, depois do exame minucioso das provas existentes no procedimento em tela, resta cristalina a autoria do delito, comprovando que o requerido atuava no comércio de substâncias ilícitas, razão pela qual deve ser condenado ao quanto previsto no artigo 16, § 1º do Estatuto do Desarmamento e artigo 33, caput, da Lei de Drogas

[...] ", requerendo ao final, "seja a Apelação conhecida e provida, reformando-se a sentença de primeiro grau, para que seja afastada a redutora do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, condenando-se o acusado nas penas descritas no artigo 33, caput, deste diploma, c/c ao previsto no artigo 16, § 1º do Estatuto do Desarmamento". (Id 56901172) XVII – E sabido que a prática do delito de porte de arma de fogo de uso permitido pode ser enquadrado tanto no art. 14, quanto no art. 16, § 1º IV, da Lei nº 10.826/03, devendo ser verificada se na narrativa do fato delituoso consta a informação acerca da existência ou não de numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado. No caso em tela, restou demonstrado no arcabouço probatório coligido que os policiais civis, em diligência, flagraram o denunciado guardando, no veículo Honda Fit, EX CVT, placa policial PJE0G73, substâncias entorpecentes com o fito de comercialização, além de uma arma de fogo, sendo identificado o artefato como uma pistola, calibre .380, da marca Taurus, com 25 (vinte e cinco) munições intactas, sem, entretanto, ser referida na exordial acusatória, nem em aditamento posterior, que a arma de fogo encontrava-se com a numeração suprimida por abrasão mecânica. XVIII – O reconhecimento da prática de fato delituoso diverso ao contido na denúncia requerido pelo Parquet configura, em verdade, *mutatio libelli*, que, na forma do art. 384 do CPP, não poderia prescindir do seu regular aditamento, o que não houve no caso concreto. Assim, a condenação do Apelante deve ser mantida pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, como afirmado alhures, e também pela prática do crime previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/2003, na forma do art. 69 do Código Penal, pelo que não merece prosperar o pleito absolutório defensivo, tampouco mostra-se cabível a condenação do Apelante pela prática do delito previsto no art. 16, § 1º do Estatuto do Desarmamento. XIX – Passa-se à análise da dosimetria das penas. Na primeira fase, acerca do tráfico de drogas, o Magistrado de origem fixou a basilar no mínimo legal – 5 (cinco) anos de reclusão, não valorando negativamente as circunstâncias judiciais, o que não enseja qualquer retoque. Na segunda etapa, entretanto, o Juiz a quo consignou, analisando, ainda, a dosimetria do crime de tráfico de drogas: "deixo de aplicar a atenuante da menoridade, porque a pena já se encontra no mínimo legal – Súmula 231/STJ". Ocorre que o Apelante nasceu em 16.04.1993 (id 56900555 – 59) e, segundo a denúncia, teria cometido o crime no dia 21 de abril de 2023, pelo que não cabe o reconhecimento da mencionada atenuante. Assim, inexistindo atenuantes e agravantes, merece ajuste o édito condenatório neste ponto, restando, entretanto, mantida a pena provisória em 5 (cinco) anos de reclusão. XX – Na terceira fase, não merece prosperar o pleito ministerial no sentido de afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Sustenta em suas razões recursais que "o acusado responde a outra ação penal, 0581161-98.2016.8.05.0001, por violência doméstica, perante a 2ª Vara de violência doméstica e familiar contra a mulher, desta comarca, com sentença condenatória, tramitando em grau de recurso". Embora não haja registro de condenação transitada em julgado, entende o Órgão Ministerial restar demonstrado o envolvimento do acusado com atividades criminosas, o que macularia seus antecedentes, havendo, ainda, nos autos evidências da ligação do condenado com o tráfico de drogas da localidade referida através das provas coligidas, sendo seu veículo apontado como utilizado no movimento da facção criminosa local. XXI – Sabe-se que a aplicação do tráfico privilegiado ocorre nas hipóteses de menor reprovabilidade – observadas as condições individuais do agente, bem como a conduta em concreto, sendo incabível a sua concessão quando o

agente for reincidente, ostente maus antecedentes, se dedique a atividades criminosas ou integre grupo destinado a esse fim, conforme previsão expressa na Lei de Drogas. XXII – No que concerne à aplicação da aludida minorante, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 10/08/2022, alinhando-se ao entendimento mais recente sufragado no Supremo Tribunal Federal, fixou tese em recursos repetitivos, no sentido de que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (REsp 1.977.027 e REsp 1.977.180). Nesse contexto, embora conste dos autos que o Recorrente responde a outra ação penal (0581161-98.2016.8.05.0001), em consonância com o entendimento jurisprudencial firmado nos Tribunais Superiores, à míngua de elementos probatórios que indiquem, de forma segura, a dedicação do Apelante a atividades criminosas, tratando-se de Réu primário, sem registro de maus antecedentes, forçoso reconhecer o acerto da sentença no tocante à possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. XXIII – Quanto à modulação da fração de redução, inviável acolher o pleito defensivo para aplicação no patamar máximo de 2/3 (dois terços), uma vez que a natureza da droga apreendida (cocaína em forma de pó), acondicionadas em microtubos de plástico de cor rosa e azul, conforme mencionado no édito condenatório, demonstram maior gravidade da conduta e justificam a não incidência do redutor em seu grau máximo. Isso porque não é possível desconsiderar o fato de que as drogas ilícitas possuem distintas potencialidades e graus de pureza. Assim, o patamar de redução da pena deverá guardar correlação com o maior ou menor perigo de dano à saúde pública, que se materializa na potencialidade real da substância que seria disseminada. XXIV – Desse modo, considerando a apreensão de 51,13g (cinquenta e um gramas e treze centigramas), de cocaína, fracionada em 58 (cinquenta e oito) porções acondicionadas em microtubos de plástico de cor rosa e azul e 01 (uma) porção contida em saco plástico incolor, reputa-se razoável e proporcional ao caso em testilha a incidência do redutor na fração de 1/2 (metade), a título de reprovação e prevenção do delito praticado. Destarte, inexistindo outras causas de diminuição e de aumento, tornam-se definitivas as penas em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias multa, cada uma no valor de 1/30 do salário mínimo vigente. XXV – No que pertine ao delito previsto no art. 14 do Estatuto do Desarmamento, inexistindo, na primeira fase, circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP a serem valoradas, o magistrado a quo fixou a basilar em 2 anos. Ausentes agravantes ou atenuantes a serem aplicadas, na segunda fase, bem como causas de aumento ou diminuição da pena, na terceira fase, tornou definitiva a pena de 2 anos de reclusão. XXVI – Quanto à pena pecuniária, por sua vez, esta não foi fixada na sentença, apesar de cominada cumulativamente com a reclusiva no tipo penal, inexistindo no recurso ministerial insurgência nesta quota, pelo que deixo de fixá-la, diante do princípio do non reformatio in pejus. XXVII – Considerando que os delitos foram perpetrados na forma do art. 69 do Código Penal, em concurso material, mantém-se as penas definitivas em 04 anos e 06 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 250 dias multa, no valor unitário mínimo. XXVIII – Gize-se que o direito de recorrer em liberdade foi apreciado e indeferido no bojo do Habeas Corpus tombado sob nº 8065906-77.2023.8.05.0000, sendo, em consulta ao sistema SEEU (autos tombados sob nº 2000098-93.2024.805.0001) constatado que já foi concedida ao sentenciado a progressão de regime para o aberto (evento 30.1). XXIX – Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento dos apelos e,

no mérito, provimento parcial do recurso acusatório e improvimento do recurso defensivo. XXX – PRELIMINAR DEFENSIVA REJEITADA. Apelos ministerial e da defesa conhecidos e improvidos, mantendo-se todos os termos da sentença vergastada. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 8069772-90.2023.8.05.0001, provenientes da Comarca de Salvador/BA, em que figuram, como Apelante/Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia, e, como Apelante/Apelado Luan dos Santos Deschwanden. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Colenda Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em conhecer dos Recursos, REJEITAR A PRELIMINAR DEFENSIVA, no mérito, NEGAR PROVIMENTO AOS APELOS MINISTERIAL E DA DEFESA, mantendo-se todos os termos da sentença vergastada. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 20 de Agosto de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 8069772-90.2023.8.05.0001 – Comarca de Salvador/BA Apelante/Apelado: Luan dos Santos Deschwanden Advogado: Dr. André Luís do Nascimento Lopes (OAB/BA: 34.498) Advogada: Dra. Andréia Luciara Alves da Silva Lopes (OAB/BA: 14.755) Apelante/Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Dra. Ana Vitória Conceição Gouveia Origem: 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador Procuradora de Justiça: Dra. Áurea Lúcia Souza Sampaio Loepp Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães RELATÓRIO Cuida-se de Recursos de Apelação interpostos pelo Ministério Público do Estado da Bahia e pela defesa de Luan dos Santos Deschwanden, insurgindo-se contra a sentença que o condenou às penas de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática dos delitos tipificados no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006 e no art. 14 da Lei n.º 10.826/03, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade. Digno de registro que o feito foi distribuído a este Gabinete, constando a informação de existência de prevenção em relação aos autos do Habeas Corpus sob n.º 8065906-77.2023.8.05.0000 (certidão de ID. 56935154). Em observância aos princípios da celeridade, da efetividade e da economia processual, e considerando ali se consignar, no que relevante, a realidade do processo até então desenvolvida, adota-se, como próprio, o relatório da sentença (Id 56901165), a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto. Irresignado, o Ministério Público do Estado da Bahia interpôs Recurso de Apelação, postulando, nas razões recursais (Id 56901172), que seja afastado o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, condenando o acusado nas penas descritas no artigo 33, caput, do mesmo diploma legal e art. 16, § 1º do Estatuto do Desarmamento. Também inconformada, a defesa interpôs Recurso de Apelação (Id 56901173); em favor de Luan dos Santos Deschwanden, suscitando, em suas razões de inconformismo (Id 58920605), preliminarmente, a nulidade da busca pessoal, em virtude da suposta ausência de fundada suspeita, com a consequente anulação das provas dela decorrente. No mérito, pugna pela absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pleiteia o reconhecimento do tráfico privilegiado em sua fração máxima. Contrarrazões da defesa, requerendo o improvimento do Apelo Ministerial (Id 56901195), e contrarrazões do Parquet, postulando o improvimento do Apelo Defensivo (Id 59539167). Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento dos apelos e, no mérito, provimento parcial do recurso acusatório e improvimento do recurso defensivo. (Id 60452257) Após o devido exame dos

autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 8069772-90.2023.8.05.0001 – Comarca de Salvador/BA Apelante/Apelado: Luan dos Santos Deschwanden Advogado: Dr. André Luís do Nascimento Lopes (OAB/BA: 34.498) Advogada: Dra. Andréia Luciara Alves da Silva Lopes (OAB/BA: 14.755) Apelante/Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Dra. Ana Vitória Conceição Gouveia Origem: 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador Procuradora de Justiça: Dra. Áurea Lúcia Souza Sampaio Loepp Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães VOTO Cuida-se de Recursos de Apelação interpostos pelo Ministério Público do Estado da Bahia e pela defesa de Luan dos Santos Deschwanden, insurgindo-se contra a sentença que o condenou às penas de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática dos delitos tipificados no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006 e no art. 14 da Lei n.º 10.826/03, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade. Extrai-se da exordial acusatória (id. 60101665), in verbis, que, “[...] que, no dia 21 de abril de 2023, por volta das 20h00min, na rua Aurélio Pereira de Souza, no bairro São Cristóvão, nesta capital, Policiais Civis flagraram o denunciado guardando, no veículo Honda Fit, EX CVT, placa policial PJE0G73, substâncias entorpecentes com fito de comercialização, além de uma arma de fogo. Depreende-se que, no dia, horário e local acima mencionados, os Agentes Públicos estavam em ronda e, ao suspeitarem de um veículo, estacionado no Parque São Cristóvão, decidiram realizar uma abordagem e, na oportunidade, constataram que o acusado, ali guardava, pinos contendo cocaína e uma arma de fogo, tipo pistola, calibre .380, da marca Taurus, com 25 (vinte e cinco) munições intactas. As substâncias apreendidas foram submetidas a testes, conforme laudo de constatação, à fl. 53, sendo identificadas, da seguinte forma: 55,13g (cinquenta e um gramas e treze centigramas) de cocaína, distribuídas em 58 (cinquenta e oito) porções, acondicionadas em microtubos de plástico de cor rosa e azul e em 01 (uma) porção contida em saco incolor. Em pesquisa ao E-SAJ/PJE verifica-se a existência de um processo em desfavor do inculpado, identificado a seguir: nº 0581161-98.2016.8.05.0001, por violência doméstica, perante a 2ª Vara de violência doméstica e familiar contra a mulher, desta comarca, com sentença condenatória, tramitando em grau de recurso. [...]”. (Id 56900554) Irresignado, o Ministério Público do Estado da Bahia interpôs Recurso de Apelação, postulando, nas razões recursais (Id 56901172), que seja afastado o redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, condenando o acusado nas penas descritas no artigo 33, caput, do mesmo diploma legal e art. 16, § 1º do Estatuto do Desarmamento. Também inconformada, a defesa interpôs Recurso de Apelação (Id 56901173); em favor de Luan dos Santos Deschwanden, suscitando, em suas razões de inconformismo (Id 58920605), preliminarmente, a nulidade da busca pessoal, em virtude da suposta ausência de fundada suspeita, com a consequente anulação das provas dela decorrente. No mérito, pugna pela absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, pleiteia o reconhecimento do tráfico privilegiado em sua fração máxima. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, conhece-se do Apelo. Inicialmente, não merece prosperar a preliminar de nulidade da busca pessoal, em virtude da alegada ausência de justa causa para a abordagem policial. Ao contrário do que afirma a defesa, ficou demonstrada a existência de fundadas razões para a revista do acusado, diante da prova oral produzida em juízo que, sob o

crivo do contraditório, evidenciou que a guarnição policial estava participando da “Operação Visão” – realizada para coibir roubo de veículos no bairro de São Cristóvão – quando avistaram, próximo a um bar, o veículo do Apelante, acerca do qual tinham informações de que seria utilizado para o tráfico de drogas, o que ensejou a abordagem de todas as pessoas que estavam no local, sendo encontrada com o Apelante a chave do carro, tendo ele reconhecido sua propriedade e viabilizado a revista, sendo somente o réu conduzido, porquanto fora encontrada no veículo droga e arma de fogo. Cumpre ressaltar que operações desta natureza integram a atividade policial, sendo certo que “a abordagem policial decorre do poder de polícia inerente à atividade do Poder Público que, calcada na lei, tem o dever de prevenir delitos e condutas ofensivas à ordem pública” (HC n.º 385.110/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 14/6/2017).

Confira-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça “PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL. FUNDADAS SUSPEITAS. OCORRÊNCIA. LEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência do STJ é no sentido de que a busca pessoal, conforme o art. 244 do CPP, dispensa mandado quando há prisão ou fundada suspeita de posse de arma proibida, objetos ou papéis delituosos, ou quando determinada no curso de busca domiciliar. Além disso esta Corte Superior possui entendimento segundo o qual a busca veicular equipara-se à busca pessoal, desde que haja fundada suspeita de crime. 2. No caso dos autos, a busca veicular realizada pelos policiais militares no caso em análise se mostrou legal. Com base em informações recebidas via COPOM, o paciente foi abordado pelos policiais enquanto conduzia sua motocicleta Honda vermelha em via pública. Antes da busca veicular, ele descartou duas porções de maconha. Durante a busca pessoal, foram encontradas mais quatro porções da mesma substância, além de R\$ 1.127,10 em dinheiro no banco da moto. 3. A fundada suspeita é um conceito legal que avalia as circunstâncias específicas para determinar se há motivos razoáveis de envolvimento em atividades criminosas. Essa avaliação considera fatores como comportamento suspeito, informações recebidas e características do indivíduo ou veículo. 4. A autonomia da autoridade policial é essencial para combater o tráfico de drogas, desde que fundamentada em fatos objetivos e não em estereótipos. No caso em questão, a correspondência entre as características do veículo abordado e a denúncia anônima fortalece a suspeita de envolvimento com tráfico de drogas. Portanto, não há ilegalidade a ser reparada. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AgRg nos EDcl no AgRg no HC: 791510 SP 2022/0396747-6, Relator: RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 13/06/2023, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/06/2023) Trata-se de precedente corolário do entendimento já firmado no RHC nº 158.580/BA, da lavra do Ministro Rogério Schietti: “Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) – baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto – de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.” (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro Rogério Schietti, T6 – Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022). Cabe mencionar trecho do parecer da douta Procuradoria de Justiça, in verbis: “[...] O Apelante registra tese preliminar de nulidade da abordagem policial em razão da

ausência de fundada suspeita. Todavia, não comporta provimento a tese inicial. Isto porque, a fundada suspeita ocorreu nos termos do artigo 244 do Código de Processo Penal, com a competência e técnica necessária da autoridade policial. Como bem pontuado em sede de contrarrazões, “Em análise ao procedimento em epígrafe, observa-se que as testemunhas foram unânimes em afirmar, em seus depoimentos extrajudiciais e judiciais a situação descrita os autos e ora processada. Esclareceram que estavam em ronda de rotina, realizando uma operação denominada Visão, que coibia a prática de crimes patrimoniais. Em determinado momento, foi realizada busca veicular num veículo automotor, de marca/modelo Honda Fit CVT. Na identificação, o condutor do veículo tratava-se do acusado, que trazia consigo certa quantidade de drogas e uma arma de fogo. Nesse sentido, não há que se falar em irregularidade ou comprometimento dos depoimentos das testemunhas. Como se verifica de todo o escopo probatório obtido pela Polícia Judiciária: a ação que resultou em apreensão de drogas em poder do apelante resultou do exercício legítimo do Poder de Polícia por parte de agentes da Polícia Militar, não havendo qualquer abuso em seu cometimento.. “ [...]” Portanto, não comporta provimento o pleito de nulidade da busca pessoal. (id. 604522576). Isto posto, rejeita-se a preliminar suscitada. No mérito, não merece acolhimento o pleito absolutório. A autoria e materialidade delitivas foram suficientemente comprovadas pelos elementos probatórios, em especial pelo Auto de Prisão em Flagrante (id. 56900555 p.05); pelo Auto de Exibição e Apreensão ((id. 56900555 p.14); pelo Laudo de Constatação 202300LC013623-01 constando que: “foram recebidos neste laboratório 51,13g (cinquenta e um gramas e treze centigramas), correspondente à massa bruta de substância sólida sob a forma de pó branco, distribuídas em 58 (cinquenta e oito) porções acondicionadas em microtubos de plástico de cor rosa e azul e 01 (uma) porção contida em saco plástico incolor. Foram retidos 1,57g (um grama e cinquenta e sete centigramas), massa bruta, correspondente a 2 porções, para o exame definitivo e contraperícia e o restante foi devolvido à Autoridade Requisitante. [...] positivo para cocaína” (id. 56900555 p.57); pelo Laudo Definitivo: “Resultado – Detectada a substância benzoilmetilecgonina (cocaína) no material analisado.”(id. 56901123) e Laudo da de Exame Pericial – balística forense – constando: “[...] a arma, quando periciada, [...] apta para a realização de disparos. [...] vinte e cinco cartuchos de arma de fogo [...] eficiência de munição e da arma [...] ocorrendo à deflagração dos referidos cartuchos” (Id 56901156 3/4); bem como pela prova oral produzida em juízo (mídias audiovisuais, PJE Mídias). Cita-se trechos dos depoimentos dos policiais transcritos no édito condenatório: IPC TONI TOMPSON MORAES SILVA – “(...) se recorda dos fatos descritos na denúncia; que houve um sequestro que roubaram um creta branco; que receberam a informação que o carro estava no Parque São Cristóvão; que uns indivíduos atiraram contra a guarnição; que receberam informações que um gerente do tráfico estava em um bar na localidade citada; que foram até o local, procuraram pela pessoa citada; que os agentes pediram para o mesmo abrir o carro e no mesmo foi encontrado uma certa quantidade de drogas; que o carro batia com a mesma descrição que passaram para os policiais; que o réu se apresentou como sendo o responsável pelo carro e que o carro pertencia ao seu primo; (...)”. IPC LUIZ CARLOS DAS NEVES SOUZA – “(...) se recorda dos fatos descritos na denúncia; que estavam fazendo uma operação chamada “visão”, que se trata de uma operação para coibir roubos de carros; que estavam saindo de uma rua que encontraram um veículo; que no dia anterior uma pessoa havia sido

sequestrada; que os policiais tinham informações de que a pessoa desse veículo fazia parte do tráfico de drogas; que ao fazerem a busca no local o réu se identificou como proprietário do veículo; que passaram informações que o carro do réu era usado para o tráfico de drogas; que no bar haviam em torno de 6 há 8 pessoas; que o réu estava com a chave do veículo; que o depoente fez a segurança da parte externa; que no carro foi encontrado uma pistola e cocaína; que a droga estava em pinos dentro de um saco; que a arma aparentava estar em bom uso e estava municiada; (...). IPC WELLINGTON GOMES NOGUEIRA: “(...) que no dia da ocorrência tinha havido um roubo de um veículo onde houve um sequestro e a vítima precisou fazer pix para o sequestrador; que tinha informações que o veículo estava na localidade citada e foram até o local; que ao chegarem no local, alguns traficantes que estavam num beco atiraram contra a guarnição e depois fugiram; que tiveram a informação que o carro do réu estava sendo usado para o tráfico de drogas ; que Luan se apresentou como proprietário do veículo; que ao fazer busca pelo carro, foi encontrado uma pistola 380 e uma certa quantidade de cocaína; que tinham algumas pessoas em pontos comerciais, um barzinho e barbearia; que todos foram abordados que estavam no local; que o réu abriu o carro para os policiais fazer a busca; que a arma e as drogas estavam na coifa do carro (...);” Em que pese as alegações formuladas pela defesa, os depoimentos prestados pelos agentes policiais – em sua essência – são coerentes e harmônicos, não se vislumbrando discrepâncias nos relatos capazes de afastar sua credibilidade. Digno de registro que os policiais são uníssonos ao afirmar que estavam em missão ostensiva – denominada Operação Visão, não sendo relevante a informação acerca do número exato de policiais que participaram da diligência, como quer fazer crer a defesa. Importante observar que os agentes afirmam, de forma segura, que avistaram o veículo Honda Fit, acerca do qual tinham informações de que era utilizado para o tráfico de drogas, não havendo a contradição apontada pela defesa sobre o relato da dinâmica dos fatos. Efetivamente, os policiais afirmam que foram recebidos a tiros, na região de São Cristóvão, entretanto, não restou qualquer dúvida de que tais disparos foram efetuados antes da busca veicular realizada, sendo confirmado por eles que abordaram todos os que estavam no local e que o réu assumiu a propriedade do veículo, abrindo-o para a busca, sendo ali encontrada a droga e a arma, estando o carro próximo ao bar. Ainda, sob o argumento de fragilidade da prova produzida, a defesa destaca a existência de contradição “quanto à fatos menores”, referindo-se à presença da mãe do sentenciado no momento de sua prisão, afirmando que ela teria sido avisada e comparecido ao bar enquanto o IPC Wellington Gomes Nogueira teria afirmado que “não tem conhecimento se apareceu algum parente do réu no local”. Não se olvida que vários policiais participaram da diligência, inexistindo contradição pelo fato de um deles ter asseverado que desconhecia a presença de parentes do réu no local, principalmente por não se tratar de circunstância central do flagrante. Ademais, inexiste nos autos qualquer indício de que os referidos agentes públicos tenham prestado depoimentos falsos a respeito dos fatos, com intenção de prejudicar o Sentenciado, sendo digno de nota que eles disseram que não conheciam o acusado anteriormente. Nessa esteira: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. [...] 2. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os

depoimentos dos policiais responsáveis pela 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, como ocorreu na hipótese (AgRg no AREsp 875.769/ES, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, DJe 14/3/2017; AgRg no AREsp 926.253/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/8/2016, DJe 26/8/2016). 3. Agravo regimental não provido.” (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 1598105/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 23/03/2020) (grifos acrescidos) As testemunhas arroladas pela defesa informam que estavam no bar no momento da abordagem, não tendo sido possível visualizar a busca realizada no veículo, eis que estava estacionado em local distante do estabelecimento, além de pontuarem que o Apelante também não teria acompanhado a busca veicular, contudo, tais depoimentos não são suficientes para infirmar o arcabouço probatório produzido pela acusação. Registre-se que eles afirmam não ter relação de amizade com o réu, embora residam próximos a ele. Do cotejo dos depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, não deve ser esquecido que os agentes públicos gozam de fé pública, seus depoimentos merecem de credibilidade, ressaltando-se que o réu também não os conhecia, o que confirma a ausência de interesse em prejudicar o réu, não havendo elementos aptos a afastar a dinâmica dos fatos narrada pelos agentes, razão pela qual se sustenta a tese de que os policiais teriam ido até o carro sem o réu, trazendo nas mãos a droga e a arma. Interrogado em juízo, o acusado admite que o veículo lhe pertence há dois anos, em que pese estar em nome de um colega, negando, no entanto, a autoria dos crimes de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido (mídia audiovisual, PJE Mídias). Ressalte-se, por fim, que o crime contido no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 é permanente, de ação múltipla e de mera conduta, ou seja, pratica o delito de tráfico não apenas aquele que comercializa a droga, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção e da circulação de substância entorpecente. São várias as ações identificadas pelos diversos verbos, e o delito se consuma com a prática de qualquer das hipóteses previstas. Assim, as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção aptos a concluir pelo acerto da condenação do acusado pelos delitos descritos na exordial acusatória. De outra banda, não merece acolhimento o pleito ministerial de condenação do Apelante pelo delito descrito no art. 16, § 1º, da Lei nº 10.826/2003. A Magistrada a quo observa na sentença que: “inicialmente, o Ministério Público denunciou o Réu pelas penas dispostas no art. 14 da Lei de Armas, no crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. No entanto, em sede de alegações finais, o Ministério Público pleiteou a condenação pela suposta prática do delito do art. 16, § 1º do Estatuto do Desarmamento. Verifico que não cabe a aplicação do instituto da emendatio libelli, haja vista que a conduta prevista no art. 16, § 1º, inc. I, da Lei 11.343/06 NÃO foi narrada na peça inicial. Destarte, entendo que não cabe a aplicação do instituto, visto que o acusado se defende dos fatos descritos na denúncia. Emerge dos autos a autoria contra o acusado com relação ao delito previsto no art. 14 da lei 10826/03 pelos supracitados relatos testemunhais, que são uníssonos e coerentes com os elementos probatórios consignados na fase extrajudicial, os quais revelam que o Acusado estava PORTANDO ARMA DE FOGO.” (sentença – Id 56901165). Inconteste, diante do arcabouço probatório coligido, o fato de o Apelante estar portando arma de fogo no momento da abordagem policial. A questão

trazida cinge-se à possibilidade de ser ele condenado pelo crime previsto no art. 16 , § 1º , IV , da Lei 10.826/03 ou se deve ser mantida sua condenação pela prática do delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/2003. Cabe mencionar trecho constante da denúncia formulada em 01.06.2023 (Id 56900554) : “Depreende-se que, no dia, horário e local acima mencionados, os Agentes Públicos estavam em ronda e, ao suspeitarem de um veículo, estacionado no Parque São Cristóvão, decidiram realizar uma abordagem e, na oportunidade, constatarem que o acusado, ali guardava, pinos contendo cocaína e uma arma de fogo, tipo pistola, calibre .380, da marca Taurus, com 25 (vinte e cinco) munições intactas.” Em 31.08.2023, por sua vez, foi colacionado aos autos o Laudo de Exame Pericial – balística forense – constando: “[...] a arma, quando periciada, [...] apta para a realização de disparos. [...] vinte e cinco cartuchos de arma de fogo [...] eficiência de munição e da arma [...] ocorrendo à deflagração dos referidos cartuchos.”, e, ainda, que a pistola encontrava-se com sua numeração suprimida por abrasão mecânica, dado, entretanto, que não foi mencionado na exordial acusatória, nem tampouco aditada a denúncia. Registre-se que o Parquet traz à baila o tema em suas alegações finais e nas razões recursais, nos seguintes termos: “Assim, a conjugação de todos os dados acima referidos indica a culpabilidade do apelado, que agiu com o dolo típico do delito em análise. Por fim, a materialidade do ilícito restou comprovada, conforme laudos de constatação e laudo pericial definitivo, presentes nos autos. Igualmente foi evidenciada a dinâmica do crime de porte de arma de fogo. Deste modo, depois do exame minucioso das provas existentes no procedimento em tela, resta cristalina a autoria do delito, comprovando que o requerido atuava no comércio de substâncias ilícitas, razão pela qual deve ser condenado ao quanto previsto no artigo 16, § 1º do Estatuto do Desarmamento e artigo 33, caput, da Lei de Drogas [...] ”, requerendo ao final, “seja a Apelação conhecida e provida, reformando-se a sentença de primeiro grau, para que seja afastada a redutora do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, condenando-se o acusado nas penas descritas no artigo 33, caput, deste diploma, c/c ao previsto no artigo 16, § 1º do Estatuto do Desarmamento”. (Id 56901172) É sabido que a prática do delito de porte de arma de fogo de uso permitido pode ser enquadrado tanto no art. 14, quanto no art. 16, § 1º IV, da Lei nº 10.826/03, devendo ser verificada se na narrativa do fato delituoso consta a informação acerca da existência ou não de numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado. No caso em tela, restou demonstrado no arcabouço probatório coligido que os policiais civis, em diligência, flagraram o denunciado guardando, no veículo Honda Fit, EX CVT, placa policial PJE0G73, substâncias entorpecentes com o fito de comercialização, além de uma arma de fogo, sendo identificado o artefato como uma pistola, calibre .380, da marca Taurus, com 25 (vinte e cinco) munições intactas, sem, entretanto, ser referida na exordial acusatória, nem em aditamento posterior, que a arma de fogo encontrava-se com a numeração suprimida por abrasão mecânica. O reconhecimento da prática de fato delituoso diverso ao contido na denúncia requerido pelo Parquet configura, em verdade, mutatio libelli, que, na forma do art. 384 do CPP, não poderia prescindir do seu regular aditamento, o que não houve no caso concreto. Nesta linha intelectual: APELAÇÃO CRIME. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA E DE MUNIÇÃO. ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INC. IV, DA LEI Nº 10.826/03. PRELIMINAR DE NULIDADE ACOLHIDA. VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NO ART. 384, DO CPP. MUTATIO LIBELLI. RÉU ABSOLVIDO. O réu, denunciado nas iras do art. 14, da

Lei nº 10.826/03, foi condenado nas penalidades do art. 16, parágrafo único, inc. IV, da mesma lei, mas sem haver a perfeita correspondência entre os fatos narrados na denúncia e a sentença, operando-se verdadeira mutatio libelli, em desrespeito à norma do art. 384, do CPP, e violando, assim, o princípio da correlação e, por conseguinte, o direito ao contraditório. O objeto com ele apreendido não se tratava de arma de fogo, mas sim arma de pressão, adaptada para receber cartuchos de calibre .22. Não sendo originariamente arma de fogo, não dispõe da numeração exigida para sua identificação pelos órgãos de controle. A ausência de identificação, nesse caso, não corresponde à numeração suprimida, adulterada ou raspada, como exigido à tipificação do delito pelo qual foi condenado. A arma de pressão adaptada para receber munição .22, possuía originalmente calibre 5,5mm, de tal modo que não se trata de arma de uso restrito, conforme prevê o art. 16, do Decreto nº 3.665/00, e, muito menos, arma com numeração suprimida, adulterada ou raspada. APELAÇÃO DA DEFESA PROVIDA. POR MAIORIA. (TJ-RS – ACR: 70070881156 RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Data de Julgamento: 04/05/2017, Quarta Câmara Criminal, Data de Publicação: 14/06/2017) Assim, a condenação do Apelante deve ser mantida pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, como afirmado alhures, e também pela prática do crime previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/2003, na forma do art. 69 do Código Penal, pelo que não merece prosperar o pleito absolutório defensivo, tampouco mostra-se cabível a condenação do Apelante pela prática do delito previsto no art. 16, § 1º do Estatuto do Desarmamento. Passa-se à análise da dosimetria das penas. Transcreve-se o trecho do édito condenatório (id. 56901165): “[...] Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a denúncia e, em consequência, CONDENO o acusado LUAN DOS SANTOS DESCHWANDEN, já qualificado, como incurso nas penas do art. 33, “caput”, da Lei 11.343/06 e artigo 14 da Lei 10.826/03. Atento ao disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal e, ainda, ao art. 42 da Lei 11.343/06, passo à individualização da pena. Para aplicação da pena, de acordo com as regras do art. 59 do Código Penal, c/c art. 42 da Lei 11.343/06, em cotejo com os subsídios existentes nos autos, percebe-se que a culpabilidade é normal à espécie delitativa. O réu é tecnicamente primário e não registra antecedentes. Não há elementos nos autos para que se possa aferir sua personalidade e conduta social. Relevante foi a quantidade de cocaína apreendida. As consequências do crime são danosas, mas comuns ao tipo penal imputado, assim como as circunstâncias do crime. A vítima é a sociedade. Por tais motivos, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão, deixo de aplicar a atenuante da menoridade, porque a pena já se encontra no mínimo legal – Súmula 231/STJ. Considerando que o réu é tecnicamente primário, não possui maus antecedentes e não integra organização criminosa, faz-se presente a causa de diminuição de pena do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, razão pela qual reduz a pena em 1/2, em razão da NATUREZA, da droga apreendida, uma vez que a COCAÍNA possui alto poder viciante e destrutivo, tornando-a definitiva em 02 (dois) anos 06 (seis) meses de reclusão, no regime ABERTO e pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias multa, cada uma no valor de 1/30 do salário mínimo vigente, em face da condição econômica do réu. No que tange ao delito do porte ilegal de arma de fogo, levando em consideração as mesmas condições acima postas, baseadas no art. 59 do CP, fixa-se a pena-base em 2 anos. Não há agravantes ou atenuantes a serem aplicadas no caso concreto, à vista disso, fixa-se em 2 anos, o qual se torna a pena definitiva a ser aplicada, dada também a falta de causa de aumento ou diminuição da pena. UNIFICAÇÃO DA PENA. Tratando-se de crimes praticados em concurso material,

na forma do art. 69 do Código Penal, pelo sistema do cúmulo material, defino a pena final em 04 anos e 06 meses de reclusão, detraindo-se o período de prisão provisória. O REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. Em relação à fixação do regime, cabe asseverar o Senado Federal, por meio da Resolução n. 5/2012, suspendeu a execução da expressão “vedada a conversão em penas restritivas de direitos” do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2006, declarada inconstitucional por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal nos autos do Habeas Corpus nº 97.256/RS.

Portanto, independente de ser o crime hediondo ou a ele equiparado, quando da fixação do regime inicial de cumprimento de pena, deve o julgador observar o disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, levando-se em conta a quantidade de pena imposta, a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto, para que, só então, possa se eleger o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e repressão do delito perpetrado. Assim, a pena ora estabelecida deverá ser cumprida em regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.

SUBSTITUIÇÃO DE PENA. Tendo em vista que a pena aplicada excede a quatro anos, é incabível a sua substituição por pena restritiva de direito.

MEDIDA CAUTELAR ADEQUADA E RECURSO EM LIBERDADE. Não há motivo para liberdade provisória, na medida em que as condições processuais não foram alteradas. Com efeito, o réu foi condenado ao regime semiaberto, de maneira que deve ser mantido preso para iniciar o cumprimento de pena. Bem como, não é caso de reconhecer ao réu o direito de recorrer em liberdade, na medida em que o risco à ordem pública se encontra presente. DETERMINO A IMEDIATA EXPEDIÇÃO DE GUIA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA e a transferência do réu para o estabelecimento prisional adequado. Na primeira fase, acerca do tráfico de drogas, o Magistrado de origem fixou a basilar no mínimo legal – 5 (cinco) anos de reclusão, não valorando negativamente as circunstâncias judiciais, o que não enseja qualquer retoque. Na segunda etapa, entretanto, o Juiz a quo consignou, analisando, ainda, a dosimetria do crime de tráfico de drogas: “deixo de aplicar a atenuante da menoridade, porque a pena já se encontra no mínimo legal – Súmula 231/STJ”. Ocorre que o Apelante nasceu em 16.04.1993 (id 56900555 – 59) e, segundo a denúncia, teria cometido o crime no dia 21 de abril de 2023, pelo que não cabe o reconhecimento da mencionada atenuante. Assim, inexistindo atenuantes e agravantes, merece ajuste o édito condenatório neste ponto, restando, entretanto, mantida a pena provisória em 5 (cinco) anos de reclusão. Na terceira fase, não merece prosperar o pleito ministerial no sentido de afastamento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Sustenta em suas razões recursais que “o acusado responde a outra ação penal, 0581161-98.2016.8.05.0001, por violência doméstica, perante a 2ª Vara de violência doméstica e familiar contra a mulher, desta comarca, com sentença condenatória, tramitando em grau de recurso”. Embora não haja registro de condenação transitada em julgado, entende o Órgão Ministerial restar demonstrado o envolvimento do acusado com atividades criminosas, o que macularia seus antecedentes, havendo, ainda, nos autos evidências da ligação do condenado com o tráfico de drogas da localidade referida através das provas coligidas, sendo seu veículo apontado como utilizado no movimento da facção criminosa local. Sabe-se que a aplicação do tráfico privilegiado ocorre nas hipóteses de menor reprovabilidade – observadas as condições individuais do agente, bem como a conduta em concreto, sendo incabível a sua concessão quando o agente for reincidente, ostente maus antecedentes, se dedique a atividades criminosas ou integre

grupo destinado a esse fim, conforme previsão expressa na Lei de Drogas. No que concerne à aplicação da aludida minorante, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 10/08/2022, alinhando-se ao entendimento mais recente sufragado no Supremo Tribunal Federal, fixou tese em recursos repetitivos, no sentido de que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (REsp 1.977.027 e REsp 1.977.180). Nesse contexto, embora conste dos autos que o Recorrente responde a outra ação penal (0581161-98.2016.8.05.0001), em consonância com o entendimento jurisprudencial firmado nos Tribunais Superiores, à míngua de elementos probatórios que indiquem, de forma segura, a dedicação do Apelante a atividades criminosas, tratando-se de Réu primário, sem registro de maus antecedentes, forçoso reconhecer o acerto da sentença no tocante à possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. Quanto à modulação da fração de redução, inviável acolher o pleito defensivo para aplicação no patamar máximo de 2/3 (dois terços), uma vez que a natureza da droga apreendida (cocaína em forma de pó), acondicionadas em microtubos de plástico de cor rosa e azul, conforme mencionado no édito condenatório, demonstram maior gravidade da conduta e justificam a não incidência do redutor em seu grau máximo. Isso porque não é possível desconsiderar o fato de que as drogas ilícitas possuem distintas potencialidades e graus de pureza. Assim, o patamar de redução da pena deverá guardar correlação com o maior ou menor perigo de dano à saúde pública, que se materializa na potencialidade real da substância que seria disseminada. Desse modo, considerando a apreensão de 51,13g (cinquenta e um gramas e treze centigramas), de cocaína, fracionada em 58 (cinquenta e oito) porções acondicionadas em microtubos de plástico de cor rosa e azul e 01 (uma) porção contida em saco plástico incolor, reputa-se razoável e proporcional ao caso em testilha a incidência do redutor na fração de 1/2 (metade), a título de reprovação e prevenção do delito praticado. Destarte, inexistindo outras causas de diminuição e de aumento, tornam-se definitivas as penas em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias multa, cada uma no valor de 1/30 do salário mínimo vigente. No que pertine ao delito previsto no art. 14 do Estatuto do Desarmamento, inexistindo, na primeira fase, circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP a serem valoradas, o magistrado a quo fixou a basilar em 2 anos. Ausentes agravantes ou atenuantes a serem aplicadas, na segunda fase, bem como causas de aumento ou diminuição da pena, na terceira fase, tornou definitiva a pena de 2 anos de reclusão. Quanto à pena pecuniária, por sua vez, esta não foi fixada na sentença, apesar de cominada cumulativamente com a reclusiva no tipo penal, inexistindo no recurso ministerial insurgência nesta quota, pelo que deixo de fixá-la, diante do princípio do non reformatio in pejus. Considerando que os delitos foram perpetrados na forma do art. 69 do Código Penal, em concurso material, mantém-se as penas definitivas em 04 anos e 06 meses de reclusão, em regime semiaberto, e 250 dias multa, no valor unitário mínimo. Gize-se que o direito de recorrer em liberdade foi apreciado e indeferido no bojo do Habeas Corpus tombado sob nº 8065906-77.2023.8.05.0000, sendo, em consulta ao sistema SEEU (autos tombados sob nº 2000098-93.2024.805.0001) constatado que já foi concedida ao sentenciado a progressão de regime para o aberto (evento 30.1). Pelo quanto expendido, VOTO no sentido de conhecer dos Recursos, REJEITAR A PRELIMINAR defensiva, no mérito, NEGAR PROVIMENTO AOS APELOS MINISTERIAL E DA DEFESA. Sala das Sessões, ____ de _____ de 2024. Presidente

Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães Relatora Procurador (a) de Justiça