

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APMN 08 Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0503754-74.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: RONILSON DE OLIVEIRA TEIXEIRA Advogado (s): NATALIA BAPTISTA DE OLIVEIRA, GILDO LOPES PORTO JUNIOR APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE. NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. MATÉRIA MERITÓRIA. INOCORRÊNCIA. DILIGÊNCIA. MOTIVAÇÃO. AUTORIZAÇÃO DA MORADORA. IDONEIDADE. SUPOSTA AGRESSÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. SUBSTÂNCIAS ILÍCITAS. DESTINAÇÃO. MERCANCIA. ESTADO FLAGRANCIAL. CONJUNTO PROBATÓRIO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. SUFICIÊNCIA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. TEMA 1139, DO STJ. AÇÃO PENAL EM CURSO. RECONHECIMENTO DO REDUTOR, NA FRAÇÃO MÁXIMA. DOSIMETRIA REDIMENSIONADA. REGIME MODIFICADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITO, DEFERIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1 . As preliminares recursais não se confundem com as nulidades ou imperfeições do processo na primeira instância, cingindo-se, ao revés, aos temas que afetam o processamento do próprio recurso, obstando seu prosseguimento analítico, mas nunca abarcando aqueles que, acolhidos ou não, conduzem ao provimento ou improvimento do apelo, os quais, em verdade, se reservam à apreciação no mérito da insurgência. 2 . No esteio do mais atual entendimento assentado nas Cortes Superiores, o ingresso desautorizado de policiais na residência do suspeito da prática criminosa não é ilegal quando derivado de justo juízo indiciário acerca de seu estado flagrancial. Nesse sentido, os policiais perseguiram o acusado, que, durante a fuga adentrou em um imóvel, sendo autorizada a entrada dos policiais pela moradora, justificando a diligência de ingresso naquele, especialmente quando ali encontrada considerável quantidade de substâncias entorpecentes de variada natureza. Precedentes. 3 . Já a agressão ao Réu, sustentada no recurso, não se vinculou à produção de prova por este, pois há Laudo Pericial atestando a ausência de lesões corporais (ID 33723779); não houve confissão acerca da prática delitiva, muito menos assunção da propriedade da droga. O Réu negou ser o dono das substâncias ilícitas no momento do flagrante, manteve a negativa em sede de interrogatório judicial, a ratificou em alegações finais. 4. Portanto, não houve qualquer prova produzida, a partir das supostas agressões ao Réu, que possa ser agora invalidada, tendo em vista que, embora abrigadas sob a mesma diligência flagrancial, a agressão e a apreensão das drogas não estão relacionadas. O réu foi condenado pela valoração do conjunto probatório apresentado acerca da materialidade delitiva e sua respectiva autoria, não tendo em nada contribuído para sua produção em decorrência de ter sido supostamente agredido, sobretudo porque os depoimentos utilizados para a formação do convencimento do julgador, como adiante se registrará, informam a apreensão dos entorpecentes na posse direta daquele, durante abordagem pessoal. 5 . O delito reprimido pelo art. 33, da Lei n.º 11.343/06, se estabelece sob natureza multinuclear, restando configurado pela prática de qualquer dos verbos ali compreendidos, e não apenas pela venda direta de entorpecentes ilícitos. 6 . Comprovando-se pelo conjunto probatório constante dos autos a apreensão com o Réu de 15 porções de cocaína acondicionadas em “pinos” plásticos, totalizando massa bruta de 10,13 gramas (dez gramas e treze centigramas); 05 porções de cannabis sativa, conhecida como maconha, perfazendo massa bruta de 5,70 gramas (cinco gramas e setenta centigramas), ambos fracionados sob típica destinação à mercancia, configura-se a incursão objetiva na norma penal incriminadora,

na modalidade trazer consigo e posse. 7. A validade da prova subjetiva não é afastada pela condição de policiais das testemunhas, cujos depoimentos são amplamente passíveis de valoração, especialmente quando em compasso com as demais provas que respaldam a imputação – sobretudo a efetiva apreensão dos entorpecentes – e a Defesa não produz qualquer comprovação, sequer indiciária, da eventual existência de qualquer intento deliberado daqueles em prejudicar os Acusados. Precedentes do STJ. 8 . Dosimetria. Pena base redimensionada, com manutenção na segunda fase. Inteligência da Súmula n.º 231, do STJ. 9 . Na terceira fase, o Superior Tribunal de Justiça, firmou, no Tema Repetitivo de nº 1139, a tese de que “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06.”. 10 . Portanto, no caso em concreto, sendo o fundamento da negativa da concessão do privilégio a existência de duas ações penais em curso, bem como inexistindo nos autos de outros elementos idôneos capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, tais como: escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime, necessário o redimensionamento da pena na terceira fase, impondo-se a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), fixando a pena em 01 (um) ano e 08 (oito) meses, tornando-a definitiva, em regime inicialmente aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. 11 . Em observância ao princípio da proporcionalidade, a pena de multa deve guardar simetria com a reprimenda corporal e ser dosada fase por fase, motivo pelo qual há de ser estabilizada no patamar de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente na data do delito. 12 . Por fim, atento aos critérios do art. 44 do CPB, mostra-se adequada a substituição da pena corporal por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, o qual também deverá analisar possível detração da pena. 13. Em face da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, não subsiste justificativa para a negativa ao réu do direito a recurso em liberdade, tornando-se imperativo revogar sua prisão preventiva, inclusive atribuindo-se ao presente decisum força de alvará de soltura. 14. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, para redimensionar a pena-base e aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços), fixando a pena definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, determinando, de logo, a expedição de alvará de soltura em seu favor, caso por ela se encontre recolhido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n.º 0503754-74.2020.8.05.0001, em que figuram, como Apelantes, RONILSON DE OLIVEIRA TEIXEIRA e, como Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia, ACORDAM os Desembargadores componentes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto condutor, adiante registrado. DES. ABELARDO PAULO DA MATTA NETO PRESIDENTE / RELATOR PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 7 de Março de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0503754-74.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: RONILSON DE OLIVEIRA TEIXEIRA Advogado (s): NATALIA BAPTISTA DE OLIVEIRA, GILDO LOPES PORTO JUNIOR APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO RONILSON DE OLIVEIRA TEIXEIRA interpôs recurso de apelação contra a sentença penal condenatória prolatada pelo Juízo da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador, condenando-o pela incursão no delito tipificado no art. 33 da Lei nº 11.343/06, sob a acusação de ter “no dia 03 de janeiro de 2020, por volta das 10:50 horas, Policiais Militares, em ronda na localidade conhecida como Polêmica, avistaram o denunciado empreender fuga, ao perceber a aproximação dos policiais, sendo perseguido e alcançado já no interior de uma residência. Feita revista pessoal, segundo emerge dos autos, os policiais encontraram com o acusado 10,13g (dez gramas e treze centigramas) de cocaína, distribuídos em 15 porções, acondicionadas em pinos plásticos, 5,70g (cinco gramas e setenta centigramas) de maconha, distribuídos em 05 (cinco) porções, além de uma folha contendo anotações.” (transcrição conforme sentença). De proêmio, em prestígio aos preceitos da eficiência, da celeridade e da economia processual, e tendo em vista ali se externar suficientemente, no que relevante, a realidade da marcha processual até então desenvolvida, adota-se o relatório da Sentença sob o ID 33723837 e da sentença em Embargos de Declaração ID 33723869, a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto. Apreciando as imputações da respectiva denúncia, o Julgador Primevo reconheceu parcialmente a materialidade delitiva e a respectiva autoria, condenando o Réu às penas definitivas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, em razão de seus antecedentes, além de 500 dias dias-multa, pelo valor unitário mínimo. Irresignado, o Acusado interpôs apelação, por cujas razões (ID 33723878), em sede de preliminar, requer a nulidade por invasão de domicílio, sendo a prova obtida ilícita por derivação. No mérito, requer a absolvição por não existir prova suficiente para a condenação (art. 386, inc. VII, do CPP), sustentando ter sido agredido quando da abordagem, sendo os depoimentos dos policiais parciais e inseguros. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação para o delito do art. 28 da Lei 11.343/06. Postulou, também, pelo afastamento da Súmula n.º 231, do STJ, com redução da pena para aquém do mínimo legal, bem como a incidência do tráfico privilegiado, por ser primário e preencher as condições legais. Requereu a aplicação da detração, cumprimento da pena em regime mais brando e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, além de ser concedido o direito de recorrer em liberdade. O Ministério Público apresentou contrarrazões pugnando pelo não provimento do apelo (ID 33723884). A Procuradoria de Justiça ofertou parecer pelo provimento parcial do recurso, conhecimento e PROVIMENTO PARCIAL do apelo, para que seja reformada a pena outrora imposta ao Apelante, aplicando-se a pena-base em seu mínimo legal, bem como, o benefício do tráfico privilegiado em favor do Apelante, mantendo-se a sentença condenatória em seus demais termos. (ID 35292493). Retornando-me os autos à conclusão, constatada a inexistência de diligências pendentes, neles lancei a presente sinopse, submetendo-a à Eminente Revisão. É o suficiente a relatar. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0503754-74.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: RONILSON DE OLIVEIRA TEIXEIRA Advogado (s): NATALIA BAPTISTA DE OLIVEIRA, GILDO LOPES PORTO JUNIOR APELADO:

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Ao exame dos autos, deflui-se cuidar-se de Apelação Criminal manifestada contra sentença condenatória proferida por Juiz singular, revelando-se, à luz do art. 593, I, do Código de Processo Penal, patente a adequação da modalidade recursal à hipótese em que utilizada. O recurso foi interposto no prazo legal, com observância das formalidades a ele inerentes, tornando, portanto, imperativo seu recebimento formal. O inconformismo abrigado no recurso se inicia com a alegação, rotulada de preliminar, de nulidade das provas colhidas no inquérito, tendo em vista que supostamente obtidas de modo ilegal, mediante abordagem imotivada e invasão desautorizada de domicílio. Ab initio, impende o registro de que a matéria, embora tenha recebido o rótulo de "preliminar", revolve o próprio mérito do recurso e com ele deve ser apreciada. Com efeito, as preliminares recursais não se confundem com as nulidades, erros de julgamento ou de procedimento do processo na primeira instância, cingindo-se, ao revés, aos temas que afetam o processamento do próprio recurso, obstando seu prosseguimento analítico, mas nunca abarcando aqueles que, acolhidos ou não, conduzem ao seu provimento ou improvimento, respectivamente, inclusive para anular o feito na origem ou a decisão nele proferida e objetivada pelo recurso. No mesmo sentido, os precedentes deste próprio Colegiado Julgador na apreciação das apelações de nºs. 0501637-36.2018.8.05.0113, 0505898-76.2017.8.05.0146 e 0000032-34.2007.8.05.0102 e também no Recurso em Sentido Estrito nº 0000196-29.2018.8.05.0032. No caso dos autos, a rotulada "preliminar" trazida com o recurso revolve objetiva imputação de nulidade da prova inquisitorial colhida no feito, buscando vê-la desconsiderada, ou seja, cuida-se de substrato próprio do julgado de mérito, com potencial para, se acolhido e provido o recurso, conduzir à sua efetiva anulação ou reforma, inclusive com eventual absolvição dos acusados. Não se cuida, assim, de qualquer tema que deva ser analisado em apartado ou em antecedência às razões recursais. Logo, não se cuidando de tema ligado ao processamento do próprio apelo, mas sim à anulação probatória, sua análise há de ser empreendida, não como preliminar, mas no mérito recursal, in casu, no capítulo atinente ao conjunto probatório. Sob esse prisma diretivo, extrai-se do caderno processual virtual que o Réu foi preso em flagrante na suposta posse de entorpecentes, sendo denunciados nos seguintes termos (ID 33723716): "No dia 03/01/2020, por volta das 10:50h, policiais militares realizavam ronda na localidade conhecida como Polêmica, quando perceberam que o denunciado, ante a aproximação dos policiais, tentou empreender fuga, mas foi alcançado já no interior de uma residência. Os policiais diligenciaram e conseguiram pender o denunciado e, durante a busca pessoal, encontraram em seu poder: 15 porções de cocaína acondicionadas em "pinos" plásticos, totalizando massa bruta de 10,13gramas (dez gramas e treze centigramas); 05 porções de cannabis sativa, conhecida como maconha, perfazendo massa bruta de 5,70gramas (cinco gramas e setenta centigramas), conforme auto de exibição e apreensão de fls. 06 e laudo de constatação de fls. 21. Na ocasião fora apreendida ainda uma folha contendo anotações, documento de fl. 20. O acusado, em seu interrogatório, o denunciado negou a propriedade dos entorpecentes e dos objetos. Em pesquisa realizada no E-Saj, constata-se que o denunciado responde a outra ação penal pela suposta prática de tráfico de entorpecentes. A natureza, a quantidade e a forma de acondicionamento das drogas, bem como as circunstâncias da prisão em flagrante comprovam que os entorpecentes apreendidos se destinavam a

mercancia, vez que o acusado desenvolvia no local atividade típica do comércio ilícito de substâncias proscritas. Desse modo, o Indigitado praticou o delito de tráfico de drogas. Ante o exposto, estando o Denunciado incurso nas sanções do crime capitulado no art. 33 da Lei 11343/2006." A natureza e a quantidade do material apreendido com os Acusados restaram patenteadas com o Auto de Exibição e Apreensão (ID 33723717), pelo Laudo de Constatação n.º 33723717 e Laudo Pericial Definitivo como sendo 15 porções de cocaína acondicionadas em "pinos" plásticos, totalizando massa bruta de 10,13 gramas (dez gramas e treze centigramas); 05 porções de cannabis sativa, conhecida como maconha, perfazendo massa bruta de 5,70 gramas (cinco gramas e setenta centigramas), substâncias Entorpecentes de uso proscrito no Brasil"Logo, não sobejam dúvidas acerca da materialidade dos fatos. Já no atinente à autoria das condutas, inclusive sob a ótica de sua individualização, os depoimentos colhidos na fase inquisitorial, a partir de seus registros no inquérito, e aqueles produzidos na instrução judicial buscaram exprimir a realidade de sua caracterização, nos termos adiante consignados. Na fase judicial, o contexto circunstancial dos atos ilícitos restou delineado a partir dos depoimentos e interrogatórios colhidos em instrução e na origem reduzidos a termo. Do que dali se extrai, a primeira testemunha a ser ouvida foi WILLIAM SANTOS CRESPO NOGUEIRA, policial militar que participou do flagrante e que, em Juízo, declarou que o réu partiu em fuga quando viu os policiais, que o réu entrou em uma residência, sendo autorizado pela proprietária o ingresso dos policiais, os quais encontraram o acusado de posse das substâncias entorpecentes, vejamos (ID 33723826):"(...) que se recorda dos fatos descritos na denúncia; que na polemica são comuns diligencias que resultem na condução de pessoas por tráfico de drogas; que neste dia ao passarem pela rua direta da polemica, o rapaz estava andando com uma sacola plástica e quando avistou a viatura ele adentrou em um beco; que quando a guarnição conseguiu alcançá-lo ele já estava dentro de uma residência; que a guarnição procedeu a abordagem; que o que chamou atenção da guarnição foi o fato do acusado ter tentado evadir; que a abordagem foi feita no interior da residência; que a moradora da residência permitiu a entrada dos policiais; que nesta casa havia uma criança que demonstrava nervosismo; que a moradora mostrou aos policiais que não estava tudo bem, e concedeu aos policiais a entrada no imóvel; que quando adentraram na casa visualizaram o acusado próximo a uma criança que estava bem nervosa; que não se recorda quem fez a busca pessoal no acusado; que encontraram com o acusado uma sacola plástica contendo algumas drogas, mas não se recorda o tipo; que não se recorda se havia mais alguma coisa com o acusado além das drogas; que a moradora da casa disse que não conhecia o interrogado e que nunca o tinha visto anteriormente; que o depoente não conhecia o acusado anteriormente de outras abordagens; que confirma ter sido o acusado presente na audiência a pessoa abordada neste dia; que não se recorda se o acusado deu informações a guarnição; que não foi preciso o uso de força física para fazer a contenção do acusado; que a criança que estava próximo ao acusado na casa aparentava ter entre 4 a 7 anos. ÀS PERGUNTAS DA DEFESA, RESPONDEU QUE: a permissão foi apenas verbalizado, e a moradora da casa não assinou nenhum termo de declarações; que não se recorda se a moradora da casa foi conduzida para a delegacia; que do lado de fora tiveram contato visual com o acusado, e dentro do imóvel também; que possivelmente dentro do imóvel o acusado estava com a criança no colo; que o acusado estava em posse de um saco plástico; que não se recorda a cor do saco plástico, talvez vermelho

(...)”. A testemunha JAIRO DA SILVA BARBOSA, também policial militar, detalhou a diligência e a permissão da moradora para ingresso dos policiais em sua residência (ID 33723827): "(...) que consegue visualizar o acusado presente na audiência; que se recorda dos fatos descritos na denúncia; que já havia feito diligências anteriormente na localidade Polemica e são comuns diligências na localidade que resultem na condução de pessoas por tráfico de drogas; que a guarnição estava em via pública, quando o acusado quando avistou a presença da guarnição tentou empreender fuga e adentrou em uma residência; que quando fizeram a abordagem no acusado, ele estava dentro do imóvel; que a dona do imóvel estava bastante nervosa e fazendo sinais para a guarnição; que a dona do imóvel estava na porta da residência; que perguntaram a dona do imóvel se poderiam entrar no local e a mesma permitiu a entrada dos policiais pois estava fazendo um sinal para a guarnição; que o depoente fez parte dos policiais que tiveram acesso ao imóvel; que ao adentrarem a casa, visualizaram o acusado com uma criança no colo tentando fazer os policiais imaginarem que a criança era familiar do acusado, mas a guarnição perguntou a dona do imóvel e ela informou que a criança era seu filho e que o acusado não fazia parte daquela casa; que encontraram com o acusado substâncias análogas a drogas, mas devido o tempo não consegue se recorda o tipo e a quantidade dessas drogas; que foi encontrado um saco com o acusado; que foi o depoente quem fez a busca pessoal no acusado, e encontrou o saco apreendido na mão do acusado; que o acusado não entrou em detalhes para a guarnição; que confirma ter sido o acusado a pessoa abordada neste dia; que além da tentativa de fugir a abordagem, o acusado não resistiu a prisão; que o acusado já era conhecido na polemica em fazer parte do tráfico de drogas; que não se recorda se o acusado trabalhava para algum gerente do tráfico da região. ÀS PERGUNTAS DA DEFESA, RESPONDEU QUE: não se recorda se a dona da residência foi conduzida para a delegacia, mas o depoente se recorda anotou os dados dela; que a dona não assinou termos de declarações informando a permissão que foi dada aos policiais para entrarem na residência; que o acusado quando foi avistado dentro do imóvel estava com uma criança de colo em seus braços; que não se recorda da cor do saco apreendido. (...)". A Defesa não arrolou testemunhas. Ao ser interrogado, o Réu negou a propriedade da droga, asseverando ter sido agredido (ID 33723828): "(...) os fatos narrados na denúncia não são verdadeiros; que quando foi abordado estava na porta da casa de sua namorada, quando soube que a polícia estava entrando na localidade, o interrogado ficou assustado porque a polícia muitas vezes chega na localidade atirando; que entrou na casa de sua namorada para se esconder, mas os policiais invadiram essa casa e lhe agrediram; que os policiais já chegaram com as drogas em mãos lhe bateram dizendo que as drogas lhe pertenciam; que os policiais lhe bateram nos braços e nos peitos e sua namorada estava desesperada diante da situação; que os policiais já haviam lhe abordado outra vez; que os policiais lhe abordaram duas vezes antes dessa situação, mas foi liberado; que atualmente está preso por tráfico. ÀS PERGUNTAS DO MINISTÉRIO PÚBLICO, RESPONDEU QUE: nada perguntou. ÀS PERGUNTAS DA DEFESA, RESPONDEU QUE: nada perguntou. (...) ". (ID 33723828). Pois bem. Do que se extrai do cotejo entre a imputação e conjunto probatório, deflui-se que, apesar da negativa dos Réus, há elementos bastantes para se reconhecer, sem dubiedade, a autoria dos fatos, notadamente diante da firme versão dos policiais em ambas as fases da persecução e da ausência de elementos probatórios mínimos em sentido oposto. Sob esse aspecto, a partir dos depoimentos colhidos, torna-se possível a contextualização das circunstâncias do

flagrante, firmando-se a efetiva compreensão de que, em diligência, policiais avistaram o réu, que partiu em fuga, invadindo uma residência, sendo o ingresso dos policiais autorizado pela proprietária. A essa versão, corroborada pelos elementos probatórios materiais, não se confrontou qualquer outra prova, resumindo-se a defesa do Acusado à sua negativa genérica de autoria, imputando aos policiais (que não conheciam) terem" plantado "as drogas para o incriminar. Igualmente, há de se notar que a agressão ao Réu sustentada no recurso não se vinculou à produção de prova por este, pois há laudo Pericial atestando a ausência de lesões corporais (ID 33723779); não houve confissão acerca da prática delitiva, muito menos assunção da propriedade da droga. O Réu negou ser o dono das substâncias ilícitas no momento do flagrante (ID 33723717), manteve a negativa em sede de interrogatório judicial (ID 33723828), a ratificou em alegações finais (ID 33723836). Portanto, não houve qualquer prova produzida, a partir das supostas agressões ao Réu, e que possa ser agora invalidada, tendo em vista que, embora abrigadas sob a mesma diligência flagrancial, a agressão e a apreensão das drogas não estão relacionadas. O réu foi condenado pela valoração do conjunto probatório apresentado acerca da materialidade delitiva e sua respectiva autoria, não tendo em nada contribuído para sua produção em decorrência de ter sido supostamente agredido, sobretudo porque os depoimentos utilizados para a formação do convencimento do julgador, como adiante se registrará, informam a apreensão dos entorpecentes na posse direta daquele, durante abordagem pessoal. Consequentemente, não há que se invalidar a produção probatória utilizada para a condenação, inclusive sob a concepção de que eventuais ilegalidades havidas no flagrante não contaminam a ação penal. Nesse sentido: "PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. ROUBOS MAJORADOS. NULIDADES. REQUERIMENTO DE OITIVA DE TESTEMUNHA ARROLADA APÓS APRESENTAÇÃO DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO. PRECLUSÃO. ART. 396-A DO CPP. TESTEMUNHA OUVIDA DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL. CONHECIMENTO PRÉVIO DA DEFESA. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO REALIZADO DURANTE O INQUÉRITO POLICIAL. NULIDADE SUSCITADA POR AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL E POR INOBSERVÂNCIA DO ART. 226 DO CPP. INOCORRÊNCIA. DILIGÊNCIA INVESTIGATIVA PERMITIDA. ART. 6º, III, DO CPP. PROVA ATÍPICA. PRINCÍPIO DA BUSCA DA VERDADE REAL. RECONHECIMENTO RATIFICADO EM JUÍZO. ART. 226 DO CPP. MERA RECOMENDAÇÃO. PRECEDENTES. EVENTUAL IRREGULARIDADE NO INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE CONTAMINAÇÃO DA AÇÃO PENAL. PRECEDENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I – (...). V – A jurisprudência deste Tribunal Superior firmou-se no sentido de que eventual irregularidade ocorrida na fase do inquérito policial não contamina a ação penal dele decorrente, quando as provas serão renovadas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. In casu, o reconhecimento fotográfico do paciente foi ratificado em juízo pelas vítimas, que reconheceram o réu como o autor dos delitos, inexistindo a nulidade suscitada. Habeas Corpus não conhecido". (STJ – HC 393.172/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 28/11/2017, DJe 06/12/2017)"APELAÇÃO-CRIME. PENAL E PROCESSO PENAL. DELITO DE ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA E PELO CONCURSO DE AGENTES (ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CP). IMPOSIÇÃO DAS SANÇÕES DE 06 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, E DE 70 (SETENTA) DIAS-MULTA, CADA UM NO MÍNIMO VALOR LEGAL. APELO DEFENSIVO. PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL. ASSEVERADA A ILEGALIDADE DO FLAGRANTE, EM VIRTUDE DE SUPOSTAS AGRESSÕES PERPETRADAS PELA GUARNIÇÃO COM O FIM DE EXTRAIR A CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DO ACUSADO. NÃO ACOLHIMENTO. EXCESSOS NÃO COMPROVADOS NOS AUTOS. ALEGADOS VÍCIOS DA PRISÃO FLAGRANCIAL QUE, ALÉM

DISSO, NÃO TÊM O CONDÃO DE CONTAMINAR A SUBSEQUENTE AÇÃO PENAL, SOBRETUDO QUANDO DESPROVIDAS DE MATERIAL PROBATÓRIO. PRELIMINAR DE INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA. INACOLHIMENTO. (...)" (TJ-BA – APL: 05031353920168050146, Relator: Ivone Bessa Ramos, Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma, Data de Publicação: 15/08/2018)"Apelação Criminal – Tráfico ilícito – Apreensão de dezenove porções de maconha (38,7 gramas) – Recurso defensivo – Preliminar de nulidade do flagrante – Alegada ilicitude do ato em razão de supostas agressões perpetradas pelos agentes da lei em desfavor do apelante – Insubsistência – Sede e natureza das lesões (leves) descritas no laudo de exame de corpo de delito que se coadunam com os relatos dos policiais militares, ex vi da conduta agressiva do recorrente – Eventuais vícios existentes no inquérito policial, peça meramente informativa, que não têm o condão de contaminar a ação penal – Eventual excesso no agir policial que não afasta o crime nem a culpabilidade – Preliminar rejeitada – Mérito – (...) – Apelo não provido." (TJ-SP – APR: 00005683820188260599 SP 0000568–38.2018.8.26.0599, Relator: Juvenal Duarte, Data de Julgamento: 06/05/2019, 5ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 06/05/2019) Imperativo, assim, afastar a tese de invalidação das provas, com lastro na Teoria dos Frutos da Árvore Envenenada, cabendo avaliar em concreto se estas provas, de fato, conduzem ao juízo de certeza necessário à manutenção da condenação do Réu. O conjunto probatório, desse modo, mostra-se assaz suficiente para evidenciar, além da materialidade delitiva, também a autoria do Acusado, devendo-se, inclusive, extirpar qualquer questionamento quanto à validade dos depoimentos dos policiais que participaram da diligência do flagrante, pois, conforme há muito assentado no Superior Tribunal de Justiça, inexistente óbice à sua valoração como elemento de convicção do julgador, especialmente quando robustamente colhidos na fase inquisitorial e ratificados na instrução, em compasso com as evidências delitivas complementares, sobretudo a efetiva apreensão dos entorpecentes com o acusado. Com efeito, dado o seu múnus público e fé que o acompanha, não se pode presumir que policiais militares ouvidos como testemunhas tenham a intenção de incriminar falsamente alguém judicialmente acusado, principalmente quando a narrativa prestada em Juízo se apresenta uniforme desde a fase inquisitorial e, repise-se, há a comprovação material das substâncias ilícitas efetivamente apreendidas, sem qualquer contraprova produzida. Confira-se os seguintes precedentes (com destaques acrescidos): "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. PROVA IDÔNEA. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE ABSOLVEU O AGRAVADO. PLEITO PELA CONDENAÇÃO. CASO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO, E NÃO DE VALORAÇÃO DA PROVA. 1. Segundo entendimento desta Corte, o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal (HC n. 236.105/SC, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 12/6/2014). 2. (...) 5. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1505023/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 22/09/2015)"PENAL. PROCESSUAL PENAL E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PROVA INQUISITORIAL. DEPOIMENTO. VALIDADE, DESDE QUE EM CONSONÂNCIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO DOS AUTOS. PRECEDENTES. SUFICIÊNCIA DA PROVA COLACIONADA. VERIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RECURSO EXTEMPORÂNEO. SÚMULA N. 418 DO STJ. AGRAVOS



REGIMENTAIS NÃO PROVIDOS. 1. É válido o depoimento de agentes policiais ou de quaisquer outras testemunhas, ainda que colhidas na fase inquisitorial, desde que estejam em conformidade com o conjunto probatório produzido nos autos. Precedentes. 2. (...). 5. Agravos regimentais não providos."(AgRg no AREsp 486.621/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 04/11/2014, DJe 10/12/2014)"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PROCESSUAL PENAL. ARTS. 157, § 3.º, SEGUNDA PARTE, C.C. O ART. 14, INCISO II, E ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, C.C. OS ARTS. 14, INCISO II E 29, NA FORMA DO ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS ARROLADAS EM DEFESA PRÉVIA OFERECIDA INTEMPESTIVAMENTE. TESE DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE PARCIALIDADE DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. INEXISTÊNCIA. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. 1. (...) 5. Os depoimentos dos agentes policiais merecem credibilidade como elemento de convicção, máxime quando corroborados com outras provas produzidas nos autos, constituindo-se, assim, elemento apto a respaldar a condenação. 6. A desconstituição dos éditos condenatórios respaldados pelos depoimentos produzidos na fase judicial, implica reexame do conjunto fático-probatório, providência incompatível com a via estreita do writ. 7. Ordem de habeas corpus não conhecida."(HC 254.373/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 26/02/2014) Por seu turno, justamente em face da natureza do conjunto probatório, não prospera a alegação recursal de que a apreensão de drogas teria sido ilegal, contaminando todo o arcabouço probatório acerca da materialidade do fato – teoria dos frutos da árvore envenenada –, diante de invasão não autorizada à residência da “namorada” do Réu, eis que apurado em instrução que o ingresso dos policiais decorreu diretamente da tentativa de fuga de um daquele e que a moradora da casa autorizou a entrada dos policiais. Sendo o ingresso dos policiais na residência operado quando da apuração de prática ilícita e motivado pela tentativa de fuga do Réu, justamente para elidir a situação flagrancial, não há como se o tomar como contrário à garantia de inviolabilidade de domicílio, tendo em foco, justamente, que uma de suas exceções consiste na hipótese de flagrante delito. Outra não é a exegese a partir das expressas disposições do art. 5º, inc. XI, da Constituição Federal: "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"; (Destaque da transcrição). Não é demais consignar que o delito de tráfico de drogas se traduz como de flagrância permanente, admitindo, por isso, a incursão residencial durante operações policiais voltadas à sua dissuasão, sob o exato manto da primeira ressalva prevista no dispositivo constitucional acima transcrito, para tanto bastando a presença de fundadas razões da prática criminosa. O entendimento é assente no Superior Tribunal de Justiça: "HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR EFETUADA POR POLICIAIS MILITARES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. DESCOBERTA FORTUITA DOS ENTORPECENTES OCORRIDA NO CONTEXTO DE BUSCA POR ARMA DE FOGO UTILIZADA EM ROUBO OCORRIDO HORAS ANTES. RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO DO PACIENTE PELA VÍTIMA DO ROUBO. FUGA DO PACIENTE PELA JANELA DA RESIDÊNCIA, EM DIREÇÃO A MATA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. (...). 2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado

judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/R0, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010). Nessa linha de raciocínio, o ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. Precedentes desta Corte. 3. O entendimento deste Superior Tribunal de Justiça é sentido de que o crime de posse de arma é do tipo permanente, cuja consumação se protraí no tempo, o qual não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso na residência do acusado, quando se tem por objetivo fazer cessar a atividade criminosa, dada a situação de flagrância, inclusive no período noturno, independente de mandado judicial, e desde que haja fundada razão da existência do crime (AgRg no AREsp 1.353.606/DF, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 13/12/2019). 4. Diante da fundada suspeita de que o paciente teria sido o autor de roubo armado ocorrido no dia anterior (16 horas antes), visto que identificado pela vítima em reconhecimento fotográfico, sua fuga, ao avistar a aproximação da autoridade policial, entrando em sua casa e se evadindo pela janela em direção à mata, gera legitimamente a presunção de que a arma utilizada no crime poderia se encontrar na residência, o que autoriza a busca domiciliar sem prévio mandado judicial. O fato de não ter sido encontrada a arma, mas, sim, entorpecentes em quantidade significativa (100 microtubos plásticos com cocaína, totalizando 433,8g da substância) constitui descoberta fortuita que não retira a legitimidade da situação de flagrância que ensejou a entrada dos policiais na residência. 5. A alteração das conclusões a que chegaram as instâncias ordinárias sobre a questão demandaria o revolvimento do material fático probatório existente nos autos, o que é inadmissível na via do habeas corpus. 6. Habeas corpus não conhecido."(STJ – HC: 614078 SP 2020/0243725-4, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 03/11/2020, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/11/2020)"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA NULIDADE DA PROVA POR INVASÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO DOS POLICIAIS. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, apreciando o Tema n. 280 da sistemática da repercussão geral, à oportunidade do julgamento do RE n. 603.616/R0, decidiu que, para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a presença da caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito. 2. O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência, é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. 3. Existindo elementos indicativos da prática de crime no local a autorizarem a violação domiciliar, mostra-se desnecessário o prévio mandado de busca e apreensão, como no presente caso, em que, antes do ingresso dos policiais,

o acusado lançou para fora da janela da casa um pote de "margarina" contendo 11 (onze) buchas de entorpecente conhecido como 'maconha'. Portanto, considerando a natureza permanente do delito em questão (tráfico) e a presença da justa causa para ensejar o ingresso dos agentes de polícia no domicílio do réu, não há qualquer ilegalidade a ser sanada. 4. Agravo regimental não provido."(STJ – AgRg no AREsp: 1928936 SC 2021/0223129–3, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 09/11/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/11/2021)"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INGRESSO EM DOMICÍLIO. FUNDADAS RAZÕES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/R0, Rel. Ministro Gilmar Mendes) DJe 8/10/2010). 2. Nessa linha de raciocínio, o ingresso em moradia alheia depende, para sua validade e sua regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. Precedentes desta Corte. 3. Neste caso, a Polícia Civil recebeu informações acerca da prática do comércio espúrio de entorpecentes na casa do agravante. Essas informações foram confirmadas pelos vizinhos, que optaram por não se identificar, temendo represálias. Assim, o contexto fático delineado nos autos, portanto, dá suporte para que os agentes concluíssem pela existência de situação de flagrante apta a permitir o ingresso no domicílio. Em outras palavras, as circunstâncias que antecederam o ingresso dos policiais evidenciaram de maneira suficiente a ocorrência de crime permanente de modo a excepcionar a garantia constitucional de inviolabilidade do domicílio. 4. Agravo regimental improvido."(STJ – AgRg no HC: 651377 SE 2021/0073079–0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 03/08/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/08/2021) [Destaques da transcrição] No caso sob análise, o ingresso das forças policiais na residência dos Acusados foi motivado por sucessão de indicativos da prática ilícita, eis que flagraram o Réu tentando fugir, invadindo o imóvel, sendo autorizado pela moradora o ingresso dos policiais. Não há prova de que o local era a casa da namorada do Réu, de modo que sua versão restou totalmente isolada nos autos. Portanto, não há como se afastar a motivação lícita para o ingresso na residência, do que resulta a ausência de qualquer nulidade das provas inicialmente colhidas no feito. Demais disso, é também imperativo gizar que a tipificação delitiva do crime de tráfico de entorpecentes possui multiplicidade de núcleo, abarcando diversas condutas, dentre as quais foram objetivamente enquadradas aquelas empreendidas pelos agentes. Com efeito, assim se põe a abrangente redação do art. 33 da Lei nº 11.343/06:"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: Pena: reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e

quinhentos) dias multa"Diante de tal tipificação específica, tem-se por forçosa a conclusão de que o Recorrente, de fato, incidiu na prática das condutas legalmente reprimidas, ao trazer consigo e posse considerável quantidade de entorpecente, sob características indicativas inequívocas de sua destinação à mercancia, não havendo, pois, reproche a ser feito nas conclusões fáticas do julgado acerca de tal delito. In casu, ainda que por mero reforço de convicção, registra-se que as circunstâncias de apreensão dos entorpecentes tornam inviabilizada a pretendida desclassificação da conduta para a posse de drogas destinadas a consumo próprio. Afinal, estas se revelaram em quantidade e forma de armazenamento assaz significativas para a espécie, em nada se compatibilizando com a respectiva tese, mormente se confrontada com as diretrizes do art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06:"Art. 28..... (...) § 2o Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente."Assim, diante do montante e da forma de armazenamento (diversas embalagens individualizadas) da droga em posse do réu, extirpa-se a possibilidade de se as reconhecer como destinadas a consumo próprio, pelo que incogitável a pretendida desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06. Em verdade, diante de tal conjectura jurídico-probatória, inexiste reproche a ser feito nas conclusões do decisor, revelando-se acertado o reconhecimento do Acusado como incurso na objetiva tipificação prevista no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Firmada a prática delitiva e a respectiva autoria do Acusado, cumpre analisar a dosimetria da pena alcançada na origem, sobre a qual também se centra o inconformismo recursal. Na hipótese do presente feito, extrai-se dos autos virtuais que, em relação ao aludido Réu, o Magistrado de origem, na primeira fase, fixou a pena-base em 05 anos e 04 meses de reclusão, sem fundamentar o motivo da exasperação da pena base. Vejamos: "(...) 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 delitiva. A vida pregressa do Acusado não o recomenda, pois responde a dois outros processos por tráfico de drogas, um neste Juízo e outro, perante a 2ª Vara de Tóxicos, e em ambos com condenação e em grau de recurso, de forma que não faz jus ao benefício previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de drogas. Não há elementos nos autos para que se possa aferir a personalidade do réu. Pequena foi a quantidade de drogas apreendidas. As consequências do crime são danosas, mas comuns ao tipo penal imputado. Por tais motivos, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, (...)" Registre-se que os antecedentes foram explicitados como limitador para concessão do benefício do privilégio previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas. Desse modo, há de se redimensionar a pena base para o mínimo legal (05 anos de reclusão). Na segunda fase, houve acertado o reconhecimento da menoridade relativa do Réu ao tempo do fato. No entanto, mesmo assim se tendo procedido, resta inviável a redução da reprimenda para aquém do mínimo legal, diante do disposto na Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, cuja elisão de incidência não encontra qualquer amparo objetivo."Súmula 231 | STJ: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."In casu, em que pese a impugnação lançada no apelo sobre o tema, não subsiste razão para o afastamento do entendimento sumular, tendo em vista que consolidado a partir das objetivas diretrizes do sistema trifásico de

fixação da pena, pelo qual, salvo na presença de causas específicas de aumento ou de diminuição (terceira fase), a reprimenda não pode extrapolar os limites mínimo e máximo fixados pelo legislador. Com efeito, admitir que a pena intermediária possa ser estabelecida aquém do mínimo legal, pela incidência de atenuante, conduz à igual permissão a que, caso presentes todas as vetórias do art. 59 do Código Penal em desfavor do réu, com a base fixada no máximo legal, uma agravante (CP, art. 61) a conduza para além desse limite, o que não encontra sequer discussão acerca de sua inadmissibilidade. Registre-se, inclusive, que o entendimento não se resume à Súmula 231 da Superior Corte de Justiça, sendo, também, ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive sob a égide ritualística de repercussão geral (tema nº 158): “AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.” (STF – RE 597270 Q0-RG, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 26/03/2009, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02257 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 445-458). Desse modo, impositiva a manutenção da pena intermediária no equivalente ao mínimo legal. Na terceira fase, o julgador afastou a aplicação da causa de diminuição contida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, sob a alegação de que o réu a ela não faria jus, o que é questionado no apelo. Nessa extensão, a sentença assim consignou: “(...) A vida pregressa do Acusado não o recomenda, pois responde a dois outros processos por tráfico de drogas, um neste Juízo e outro, perante a 2ª Vara de Tóxicos, e em ambos com condenação e em grau de recurso, de forma que não faz jus ao benefício previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de drogas. (...)” Cumpre ressaltar, a priori, que a norma legal referida disciplina a possibilidade de redução da pena de 1/6 a 2/3 “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. No caso em análise, os dois processos identificados na sentença, para comprovação da dedicação em atividade criminosa, são ações penais em curso. Sobre a matéria em análise, o Superior Tribunal de Justiça, firmou, no Tema Repetitivo de nº 1139, a tese de que “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06.”. Portanto, no caso em concreto, sendo o fundamento da negativa da concessão do privilégio a existência de duas ações penais em curso, bem como inexistindo nos autos de outros elementos idôneos capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, tais como: escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime, necessário o redimensionamento da pena na terceira fase, impondo-se a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), fixando a pena em 01 (um) ano e 08 (oito) meses, tornando-a definitiva, em regime inicialmente aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. Ademais, inobstante o Juízo primevo haver aplicado a pena multa em 500 dias-multa, em observância ao princípio da proporcionalidade, esta deve guardar simetria com a reprimenda corporal e ser dosada fase por fase, motivo pelo

qual há de ser estabilizada no patamar de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente na data do delito. Por fim, atento aos critérios do art. 44 do CPB, mostra-se adequada a substituição da pena corporal por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, o qual também deverá analisar possível detração da pena. Em face da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, não subsiste justificativa para a negativa ao réu do direito a recurso em liberdade, tornando-se imperativo revogar sua prisão preventiva, inclusive atribuindo-se ao presente decurso força de alvará de soltura. Ilustra-se (com destaques da transcrição): “PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA REFORMADA PELA SEGUNDA INSTÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO DE POSSE DE ENTORPECENTES PARA CONSUMO PESSOAL. APLICAÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. INCOMPATIBILIDADE COM A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. WRIT CONHECIDO E CONCEDIDO. 1. Busca o impetrante com o presente writ, a concessão da ordem de habeas corpus, para que seja determinada a imediata soltura do paciente, cuja condenação foi reformulada em sede de apelação, sendo a pena aplicada substituída por prestação de serviços à comunidade. 2. É incompatível a manutenção da prisão privativa de liberdade com a aplicação de pena restritiva de direitos. 3. In casu, a sentença condenatória foi reformada pela segunda instância, sendo desclassificada a conduta para o delito de posse de entorpecentes para consumo pessoal e, por conseguinte, o paciente condenado à pena de prestação de serviços à comunidade, restando, assim, revogado o decreto prisional e configurado constrangimento ilegal. 4. Ordem conhecida e concedida”. (TJ-CE – HC: 06284883920218060000 CE 0628488-39.2021.8.06.0000, Relator: JOSÉ TARCÍLIO SOUZA DA SILVA, Data de Julgamento: 13/07/2021, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 13/07/2021) “HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – RECORRER EM LIBERDADE – REGIME SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS – INCOMPATIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA COM A RESPOSTA ESTATAL. A condenação do Paciente, em regime Semiaberto, com substituição da Pena Corporal por Restritivas de Direitos, demonstra ser desproporcional e mais gravosa a Prisão Preventiva mantida na Sentença.” (TJ-MG – HC: 10000200548881000 MG, Relator: Octavio Augusto De Nigris Bocalini, Data de Julgamento: 02/06/2020, Data de Publicação: 04/06/2020) Permanecem hígidas as demais prescrições acessórias da sentença penal sob análise. Dispositivo Por todo o exposto, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, para redimensionar a pena-base e aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços), fixando a pena definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, determinando, de logo, a expedição de alvará de soltura em seu favor, caso por ela se encontre recolhido. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Relator