

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700217-34.2021.8.05.0201 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOSÉ RAYMUNDO OLIVEIRA SOUZA e outros Advogado (s): MARCOS CATELAN, MARIO MARCOS CATELAN APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO

EMENTA APELAÇÕES CRIMINAIS – RECURSOS DISTINTOS DA DEFESA – ART. 33 DA LEI 11343/06 – INVASÃO ILEGAL DE DOMICÍLIO NÃO EVIDENCIADA – IMPUGNAÇÃO AO USO DE ALGEMAS NÃO IMPUGNADA OPORTUNAMENTE PELA DEFESA ALÉM DE NÃO DEMONSTRADA A OCORRÊNCIA DE PREJUÍZO – PRELIMINARES DE NULIDADE REJEITADAS – ALEGAÇÃO DE INEXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO SUSTENTADA EM AMBOS OS RECURSOS AFASTADA – POSSIBILIDADE DO TESTEMUNHO DE POLICIAIS – ACRESCIMOS DESFUNDAMENTADOS ALÉM DE UTILIZAÇÃO DE AÇÕES PENAIIS EM CURSO COMO PERSONALIDADE NEGATIVA – REDUÇÃO DA PENA–BASE DE AMBOS OS RÉUS PARA O MÍNIMO LEGAL– REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE TÓXICOS NÃO APLICADO ANTE A DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA POR PARTE DO PRIMEIRO RECORRENTE – IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE AÇÕES PENAIIS EM CURSO PARA AFASTAR O RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – TESE FIRMADA EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO – APLICAÇÃO DO REDUTOR, DE OFÍCIO, AO PRIMEIRO RECORRENTE – ALTERAÇÃO DO PERCENTUAL RELATIVO AO TRÁFICO PRIVILEGIADO SUSCITADO PELO SEGUNDO RECORRENTE NÃO ACOLHIDO – DIMINUIÇÃO DA REPRIMENDA IMPOSTA AOS RÉUS – APELOS PROVIDOS PARCIALMENTE. I – Os acusados foram absolvidos da prática do crime previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006 e condenados em face da conduta tipificada no art. 33 da mesma Lei, imputando-lhes, respectivamente, as penas de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado e 500 (quinhentos) dias-multa, e 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial aberto e 500 (quinhentos) dias multa, negando ao primeiro condenado o direito de recorrer em liberdade e substituída a pena privativa de liberdade imposta ao segundo condenado por prestação de serviços à comunidade, por terem sido flagrados no interior de um imóvel, embalando e armazenando 452 (quatrocentos e cinquenta e dois) pinos de cocaína, pesando aproximadamente 368,2g (trezentos e sessenta e oito gramas e dois decigramas) e 01 (uma) pasta de cocaína, pesando aproximadamente 385,7g (trezentos e oitenta e cinco gramas e sete decigramas). II – Policiais Militares estavam fazendo rondas em uma região conhecida pela prática do tráfico de drogas, quando resolveram incursionar por uma “viela”, um “beco”, onde há “um espaço aberto com umas residências”, e perceberam, ao passar por uma casa, que fica bem próxima, uns “2 a 3m”, a existência dos dois indivíduos sentados ao redor de uma mesa que continha de drogas, oportunidade em que constataram que um deles correu assustado para o interior do imóvel quando percebeu a presença dos policiais, enquanto que o outro permaneceu acondicionando cocaína no interior dos pinos, sendo tudo visualizado pelos policiais devido a pouca distância existente entre a janela e a rua estreita, a qual além de encontrar-se aberta, também era baixa, permitindo, assim, uma visualização maior, cujas estruturas, dimensões e forma devassada que eles se encontravam, não foram refutadas pelos acusados e, ainda, encontram-se robustecidos com as declarações do primeiro apelante no sentido de ter, “sentado”, visualizado um policial “na janela”, antes da entrada dos agentes na casa. III – Portanto, os referidos agentes visualizaram a presença de drogas sob uma mesa no interior do imóvel, o que, por si só, já é suficiente para evidenciar a presença de, no mínimo, indícios da prática delituosa de tráfico de entorpecentes, fato que, efetivamente veio a se confirmar após a entrada dos policiais na aludida casa. Portanto,

resta totalmente afastada a alegação de invasão de domicílio. IV – Independentemente disto, como se sabe, o art. 5º, XI, da Constituição Federal prevê a possibilidade de se adentrar em domicílio, sem mandado judicial, na hipótese de flagrante delito, como ocorreu na hipótese sub examine, em que o réu traficava drogas, tendo em depósito, substância entorpecente cujo estado de flagrância se protraí no tempo por se tratar de crime permanente. V – “Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a ausência de motivação quanto à necessidade de se algemar a acusada configura nulidade relativa, cuja arguição deve ser feita em momento oportuno e com a devida demonstração de prejuízo, o que não ocorreu na hipótese dos autos”. (STJ, Quinta Turma, RHC 78.289/G0, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 26/03/2018). VI – A materialidade e autoria do delito encontram-se comprovadas através do Auto de Prisão em Flagrante, do Auto de Exibição e Apreensão, ambos acostados ao ID nº 35745017, bem como Laudo de Constatação Provisório (ID nº 35745018) Laudo Pericial Provisório (ID nº 35745020) e Laudo de Exame Pericial Definitivo (ID nº 35745055), além dos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante dos acusados (PJe Mídias), onde se contata que foi apreendida a droga acima descrita, bem como agenda com anotações de tráfico de drogas e um pacote fechado com pinos vazios do tipo eppendorf, tendo os exames laboratoriais detectado a presença da substância benzoilmetilecgonina (cocaína). VII – Os policiais que prenderam os ora apelantes asseveraram que eles foram flagrados com a droga acima descrita no interior de uma casa, oportunidade em que foram vistos embalando parte das mencionadas substâncias, tendo, inclusive, um dos agentes esclarecido que “o rapaz se assustou com a presença da guarnição e correu para o interior da casa, os dois estavam embalando, mas o que ficou sentado foi o Sr, de mais idade, eles estavam sentados um de frente para o outro”. VIII – Além disso, extrai-se do interrogatório prestado em Juízo pelo primeiro apelante, que ele confirmou a indagação de seu advogado no sentido de que “a droga estava, lá, eles encontraram a droga no ambiente em que eles estavam”, não conseguindo, entretanto, comprovar sua alegação de que o casa pertencia a uma terceira pessoa, tendo em vista não só sua negativa em declinar o nome deste terceiro indivíduo, mas, também, porque o segundo apelante foi incisivo em apontar no seu interrogatório judicial que o dono do imóvel era o primeiro recorrente, inclusive “sabia onde era a casa dele porque era perto da sua, era seu vizinho, morava há uns quinhentos metros”. IX – O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-la pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. (HC 73.518, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 18.10.96, p. 39.846). X – O delito de tráfico de entorpecentes é de ação múltipla, bastando para a sua caracterização que a conduta do agente seja subsumida em um dos verbos descritos no art. 33 da Lei 11.343/2006. Não se exige, portanto, a venda de entorpecentes a terceiro para que ocorra a consumação do delito. Ainda que não flagrada a comercialização das aludidas substâncias, traduzida nas condutas de “vender” ou “expor à venda”, nenhuma dúvida resta de que a conduta dos réus consiste em “preparar”, “ter em depósito” e “guardar”, ações típicas igualmente descritas no art. 33 da Lei nº 11.343/2006. XI – O magistrado a quo em sua fundamentação apontou como personalidade desfavorável em relação ao primeiro apelante, a existência de ações penais em curso, o que não é suficiente para se aumentar a pena no presente processo, pois, para tal finalidade, é

imprescindível verificar se as eventuais condenações transitaram em julgado. XII – Outrossim, verifica-se que o juiz sentenciante indicou, em relação a ambos os réus, como conduta social negativa a presença de “elementos referente a associação do agente a Facção criminosa denominada MPA”, mas não apontou fundamentação idônea a este respeito, até porque absolveu os acusados da prática do crime de associação para o tráfico e, ainda, aplicou ao segundo apelante, o redutor referente ao tráfico privilegiado, o qual possui entre seus pressupostos, não integrar organização criminosa. XIII – De referência aos motivos e circunstâncias do crime, o Juiz sentenciante apontou, genericamente, serem “reprováveis” e que é motivado pela “possibilidade de lucro fácil”, deixando de apontar qualquer peculiaridade do caso concreto capaz de justificar a exasperação da pena, razão pela qual não há que se valorar desfavoravelmente tais circunstâncias, pois os fundamentos apresentados são comuns a todo crime de tráfico de drogas, cuja reprovabilidade já integra o próprio tipo penal. XIV – Assim, considerando que o a quo, na fase do art. 59 do código penal, fez incidir, em relação a ambos os réus, acréscimos desfundamentados, quanto a conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias do crime, impõe-se a sua exclusão, com a consequente redução da pena-base ao mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa, tendo em vista que as aludidas circunstâncias foram as únicas apontadas como desfavoráveis. XV – Analisando a dosimetria da pena imposta ao primeiro recorrente constata-se que o magistrado monocrático afastou a aplicabilidade do redutor referente ao tráfico privilegiado baseado exclusivamente na existência de ações penais em curso, cuja matéria já se encontra sedimentada em face de decisão emanada de Recurso Especial Repetitivo, que firmou a seguinte tese: “É VEDADA A UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAISEM CURSO PARA IMPEDIR A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11343/06” (STJ, 3ª Seção, RE nº 1977027-PR, DJE 18/08/2022). XVI – Destarte, tendo em vista o efeito vinculante de tal decisão impõe-se à aplicação, de ofício, da questionada minorante ao primeiro recorrente. XVII – Em face da grande nocividade das drogas apreendidas em poder dos ora apelantes, que é a cocaína, bem como a sua quantidade, fundamentos estes que não foram adotados na fixação da pena-base, constata-se que os apelantes não têm direito à redução máxima, conforme pleiteado pelo segundo recorrente, devendo ser mantido o percentual aplicado pelo a quo em  $\frac{1}{2}$ , ora estendido a ambos os réus, por se encontrarem, nesse aspecto, em situações idênticas, razão pela qual diminuo a pena até então aplicada no mínimo legal, finalizando-a em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, alterando, em consequência, o regime inicial de cumprimento da pena do primeiro apelante para o aberto, com fulcro no art. 33, § 2, c, e § 3º do CP. XVIII – Com efeito, a sentença recorrida merece reforma apenas quanto a dosimetria da pena de ambos os réus, no sentido de reduzir, a condenação dos acusados para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias multa, alterando, ainda, o regime inicial de cumprimento de pena do primeiro apelante para o aberto, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juiz da Execução, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade, mantendo-se inalterados os demais termos da sentença. APELOS PROVIDOS PARCIALMENTE – TRÁFICO PRIVILEGIADO APLICADO AO PRIMEIRO RECORRENTE DE OFÍCIO. AP. 0700217-34.2021.805.0201 – PORTO SEGURO RELATOR: DES. ESERVAL ROCHA. ACÓRDÃO Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0700217-34.2021.805.0201, da Comarca de Porto Seguro,

sendo Apelantes JOSE RAYMUNDO OLIVEIRA SOUZA E MARCONES SERTANEJO DE AQUINO e Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em rejeitar as preliminares, e dar provimento parcial aos apelos, na forma do relatório e do voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Sala das Sessões, de de 2023. Presidente Des. Eserval Rocha Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 15 de Agosto de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700217-34.2021.8.05.0201 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOSÉ RAYMUNDO OLIVEIRA SOUZA e outros Advogado (s): MARCOS CATELAN, MARIO MARCOS CATELAN APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO I – O MINISTÉRIO PÚBLICO denunciou JOSE RAYMUNDO OLIVEIRA SOUZA E MARCONES SERTANEJO DE AQUINO pela prática dos delitos descritos no art 33, caput e art. 35, ambos da Lei nº 11.343/2006, narrando os seguintes fatos: No dia 09 de fevereiro de 2021, por volta das 14h50min, na Rua da Paz, Bairro Baianão, nesta cidade, os denunciados acima qualificados, em associação para o fim de praticar o tráfico de drogas, guardavam e mantinham em depósito 452 (quatrocentos e cinquenta e dois) pinos de cocaína, pesando aproximadamente 368,2g (trezentos e sessenta e oito gramas e dois decigramas) e 01 (uma) pasta de cocaína, pesando aproximadamente 385,7g (trezentos e oitenta e cinco gramas e sete decigramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Segundo extrai-se dos autos, no dia, hora e local acima informados, policiais militares realizavam uma incursão em uma região de intenso tráfico de drogas, quando passaram perto da janela de um imóvel, aparentemente abandonado, e perceberam que um indivíduo se assustou ao avistar a guarnição e saiu correndo. Ocorre que, em razão da janela ser baixa, foi possível visualizar que ao lado, havia uma outra pessoa embalando drogas, a qual ficou paralisada ao notar a presença da viatura. Assim, os policiais militares constataram que o indivíduo que havia evadido também estava embalando entorpecentes e resolveram realizar a abordagem na pessoa que permaneceu no local, identificada como José Raymundo Oliveira Souza. Em seguida, a guarnição verificou que no imóvel não havia porta dos fundos e, portanto, o indivíduo que correu não havia fugido do local, oportunidade em que entraram na casa e encontraram Marcones Sertanejo de Aquino no banheiro da residência. Em poder dos denunciados, foi apreendido 452 (quatrocentos e cinquenta e dois) pinos de cocaína e 385,7g (trezentos e oitenta e cinco gramas e sete decigramas) de cocaína, além da quantia de R\$ 2.982,65 (dois mil, novecentos e oitenta e dois reais e sessenta e cinco centavos), um pacote fechado com pinos vazios do tipo eppendorf, dois aparelhos celulares, uma balança grande, uma agenda com anotações do tráfico de drogas e vários comprovantes de depósitos bancários, sendo que alguns o beneficiário é Elvis Conceição Silva, conhecido como “Grude” e um dos líderes da facção criminosa “MPA”. Diante disso, os denunciados receberam voz de prisão em flagrante e foram conduzidos à unidade policial. Encerrada a instrução criminal, os acusados foram absolvidos da prática do crime previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006 (Associação para o Tráfico) e condenados em face da conduta tipificada no art. 33 da mesma Lei (Tráfico de Drogas), imputando-lhes, respectivamente, as penas de 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial

fechado e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo, e 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial aberto e 500 (quinhentos) dias multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo, negando apenas ao primeiro condenado o direito de recorrer em liberdade e substituída a pena privativa de liberdade imposta ao segundo condenado por prestação de serviços à comunidade (ID nº 35745150). Irresignado com a referida sentença, JOSE RAYMUNDO OLIVEIRA SOUZA interpôs Apelação (ID nº 35745182), suscitando preliminar de nulidade das provas, sob o argumento de que encontram-se fulcradas em invasão ilegal de domicílio, além de prefacial de nulidade da audiência de instrução e julgamento, sob alegação de inobservância da Súmula vinculante nº 11 do STF, aduzindo que o acusado foi mantido, injustificadamente, com o uso de algemas durante a mencionada audiência. No mérito, sustenta a ausência de provas acerca da autoria delitiva, alegando que os policiais “não teriam visto os denunciados comercializando a substância entorpecente, nem guardando a droga no local onde foi encontrada”, cuja residência, segundo afirma, não pertencia ao ora apelante, “não se revelando impossível que o mesmo fosse amigo e frequentador do dono da referida casa”, tampouco “restou caracterizado que as anotações fossem de sua lavra ou que este estivesse de posse delas”. Por fim, aponta ausência de fundamentação para aplicação da pena acima do mínimo legal. Com efeito, pugna pelo provimento do recurso nos termos acima explicitados. O acusado MARCONES SERTANEJO DE AQUINO também apelou (ID 35745176), defendendo a ausência de provas para a condenação, pois, no seu entendimento, “o conjunto probatório revela-se insuficiente para demonstrar a prática da mercância de drogas e autoria delitiva”. Destarte, assinala que “não há demonstração da real propriedade do imóvel”, nem foram realizadas medidas acerca da identificação do terceiro sujeito que ali se encontrava, além da falta de inspeção autorizada nos aparelhos telefônicos apreendidos”, estando a prova embasada apenas no depoimento de policiais os quais “não individualizam a conduta do apelante”, devendo suas declarações serem apreciados “com cautela” devido “à grande influência da função exercida”. Por outro lado, aduz que a pena-base foi majorada sem apresentação de fundamentos concretos e verossímeis, notadamente seu envolvimento com facção criminosa, tanto que foi absolvido do crime previsto no art. 35 da Lei 11343/06, além de estar embasada em elementos intrínsecos ao tipo penal, tendo, ainda, deixado de apresentar motivação acerca do percentual referente ao redutor do tráfico privilegiado, o qual entende que deve ser aplicado no grau máximo. Com efeito, prequestionando os arts. 59 do CP; art. 33, caput, da Lei 11.343/06; art. 386, VII, do CPP; art. 5º, LVII, e art. 93, IX, da CF, pugna pela absolvição do apelante e, subsidiariamente, pela redução da pena imposta. Em contra-razões (ID nº 35745186 e ID nº 35745180), o Ministério Público procurou refutar as alegações dos Apelantes, requerendo a manutenção da sentença de primeiro grau. Subindo os autos a esta instância, a Douta Procuradoria de Justiça, através do Parecer constante do ID nº 39495159, da lavra do Dra. Lara Vasconcelos Palmeira Cruz Leone, manifestou-se pelo improvimento de ambos os recursos. Examinados, lancei este relatório e o submeti ao Exmo. Desembargador Revisor. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700217-34.2021.8.05.0201 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOSÉ RAYMUNDO OLIVEIRA SOUZA e outros Advogado (s): MARCOS CATELAN, MARIO MARCOS CATELAN APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO II -

Conheço dos recursos, posto que preenchidos os requisitos de admissibilidade. Considerando a existência de preliminares manejada no recurso interposto por JOSE RAYMUNDO OLIVEIRA SOUZA, passo a apreciá-las.

**PRELIMINARES II – A prefacial de nulidade das provas, sob alegação de terem sido colhidas mediante invasão ilegal de domicílio, não merece acolhimento, pois, diferentemente do que sustenta o mencionado recorrente, não restou evidenciada a alegada obtenção de provas por meios ilícitos.** No depoimento prestado em Juízo pelos policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante dos ora apelantes, foi esclarecido, conforme assinalado na sentença condenatória, que: [...] realizando a incursão no ponto conhecido como tráfico de drogas; que chegou a uma determinada altura uma casa; que um rapaz olhou pela janela e se assustou e adentrou a casa; que pelo ângulo, viu um rapaz sentado à mesa com material, que se assustou também; que na abordagem foi verificado todo material; que se recorda da apreensão da moto, a chave estava na casa; [...]; que já tinha ouvido falar de José Raymundo antes dos fatos; que quando um deles viu a guarnição se assustou e entrou para dentro da casa; que estavam a uns 2 a 3m da casa; que já tinha feito abordagem de Marcone. (SD/PM Fredson Viana dos Santos) [...] estava em incursão de rotina, naquela localidade; que é conhecido como ponto de tráfico de Grude, é uma viela; que quando estava incursionando, um rapaz olhou pela janela e se assustou e foi em direção ao interior da casa; que desconfiaram e foram andando, quando olhou pela janela viu Sr. Raymundo, um senhor de idade, embalando droga num prato, que tinha acabado de bater o pó e estava colocando no pino; que ele olhou e se assustou e levantou da mesa; que adentramos a casa, porque vimos que eles estavam embalando cocaína; que o outro rapaz entrou para o banheiro; que só tinha os dois na hora do fato; que “Grude” ele é uma das lideranças da facção MPA; que José Raymundo mais conhecido como “Loirão” era o gerente de “Grude” naquela localidade, fato que se confirmou, quando chegamos na residência ele estava embalando droga para distribuir; que confirma tudo que foi apreendido; [...]; que “Loirão” confirmou que a moto era dele; que já tinha visto foto, e que no meio policial comentava-se que ele era o gerente daquela localidade; que é numa viela, que ficava próximo ao córrego; que o fato se confirmou, que quando passou no beco em uma casa, onde o ponto de venda de drogas lá embaixo, que a droga estava visível, a janela estava aberta, ele estava tirando a droga do prato e colocando nos pinos; que quando olhamos para janela, ele estava sentado e se assustou, não teve reação; [...]; que os dois estavam dentro da casa; que o rapaz mais novo se assustou e caminhou para dentro da casa; que acharam estranho; que a porta estava encostada mas a janela estava aberta; que a janela era baixa; que quando olhou pela janela, viu o senhor de mais idade embalando drogas; [...]; que o senhor de mais idade, admitiu ser proprietário da moto.” (SD/PM Thiago Rodrigues Reis) Que confirma o que foi apreendido; [...] que tinha uma residência, com janelas e portas abertas e o indivíduo que estava na porta, tentou se deslocar para o fundo da residência; que se aproximaram tinha mais uma pessoa dentro da casa; que tinha um material que estava sendo acondicionado, sendo acondicionado para venda; [...] que ficaram cientes, que José Raymundo, seria uma pessoa conhecida como Lourão, que é responsável pelo tráfico naquela localidade e na praça do coelho; que tem informações que ele é vinculado ao MPA; que tinha comprovante dentro do caderno, referente a depósitos a “Grude”; [...]; que quando paramos a viatura na ladeira, que entraram no beco; que quando o beco cerca, tem um espaço aberto com umas residências; que do lado direito foi possível visualizar uma casa com janela e portas abertas;

que estava sendo embalado o produto; [...]; que os dois estavam dentro da residência; que uma parte do produto estava sendo embalado e uma parte já estava dividida; que a parte que estava sendo embalada, já estava transformada em pó; que não conhecia José Raymundo. (SD/PM Roney de Souza Carvalho). O ora apelante, JOSE RAYMUNDO OLIVEIRA SOUZA, acrescentou que: estava sentado, quando olhei para porta já tinha um policial em pé e outro na janela e eles entraram Assim, observa-se que os aludidos agentes públicos estavam fazendo rondas em uma região conhecida pela prática do tráfico de drogas, quando resolveram incursionar por uma “viela”, um “beco”, onde há “um espaço aberto com umas residências”, e perceberam, ao passar por uma casa, que fica bem próxima, uns “2 a 3m”, a existência dos dois indivíduos sentados ao redor de uma mesa que continha de drogas, oportunidade em que constataram que um deles correu assustado para o interior do imóvel quando percebeu a presença dos policiais, enquanto que o outro permaneceu acondicionando cocaína no interior dos pinos, sendo tudo visualizado pelos policiais devido a pouca distância existente entre a janela e a rua estreita, a qual além de encontrar-se aberta, também era baixa, permitindo, assim, uma visualização maior, cujas estruturas, dimensões e forma devassada que eles se encontravam, não foram refutadas pelos acusados e, ainda, encontram-se robustecidos com as declarações do primeiro apelante no sentido de ter, “sentado”, visualizado um policial “na janela”, antes da entrada dos agentes na casa. Portanto, verifica-se que os policiais visualizaram a presença de drogas sob uma mesa no interior do imóvel, o que, por si só, já é suficiente para evidenciar a presença de, no mínimo, indícios da prática delituosa de tráfico de entorpecentes, fato que, efetivamente veio a se confirmar após a entrada dos policiais na aludida casa. Portanto, resta totalmente afastada a alegação de invasão de domicílio. Independente disto, como se sabe, o art. 5º, XI, da Constituição Federal prevê a possibilidade de se adentrar em domicílio, sem mandado judicial, na hipótese de flagrante delito, como ocorreu no caso sub examine, em que o paciente tinha em depósito, substância entorpecente na sua residência, cujo estado de flagrância se protraí no tempo por se tratar de crime permanente. O referido dispositivo constitucional estabelece que: 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. Portanto, não restam dúvidas de que a Carta Magna assegura a inviolabilidade de domicílio, mas afasta expressamente esta garantia na hipótese do estado de flagrância da prática criminosa, autorizando, assim, a entrada de agentes policiais em seu interior quando ali esteja ocorrendo um crime. Nesse sentido, preleciona a doutrina: Em todos esses crimes permanente, em relação aos quais a prisão em flagrante é possível a qualquer momento, enquanto não cessar a permanência, a Constituição Federal autoriza a violação do domicílio mesmo sem prévia autorização judicial (art. 5º, XI). Assim, supondo-se um delito de tráfico de drogas, na modalidade “ter em depósito”, delito de natureza permanente, no qual a consumação se prolonga no tempo e, conseqüentemente, persiste o estado de flagrância, admite-se, ainda que no período noturno, e sem autorização judicial, o ingresso da Polícia na casa em que está sendo praticado tal crime, com a conseqüente prisão em flagrante dos agentes e apreensão do material relativo à prática criminosa. (LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal. 4ª Edição) Na mesma linha de raciocínio: Não procede a arguida irregularidade da prisão do Paciente, por ofensa ao princípio constitucional da inviolabilidade de domicílio,

pois, sendo o tráfico ilícito de drogas delito permanente, pode a autoridade policial ingressar no interior do domicílio do agente, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa e apreender a substância entorpecente que nele for encontrada, sem que, para tanto, seja necessária a expedição de mandado de busca e apreensão. Precedente. (STJ. HC 222.173/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011). É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que, tratando-se de flagrante por crime permanente, no caso, por tráfico de drogas, desnecessário tanto o mandado de busca e apreensão quanto a autorização para que a autoridade policial possa adentrar no domicílio do paciente, conforme previsto no 5º, XI, da CF (STJ. AgRg no HC 358.539/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 16/08/2017). Tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio do acusado, não havendo se falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida (precedentes) (STJ. RHC 82.060/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 12/05/2017). Precedente desta Turma julgadora: Apel. Crim. 0558526-89.2017.805.0001, DJE 25/05/2019. Com efeito, afastadas as alegações de invasão ilegal de domicílio, não vislumbra-se qualquer ilegalidade na diligência efetivada pelos mencionados policiais, sendo, consequentemente, válidos os elementos probatórios ali colhidos, envolvendo o flagrante relativo a prática do crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 da Lei nº 10826/2003. Rejeita-se, pois, esta preliminar. Quanto à prefacial de nulidade da audiência de instrução ante a permanência do primeiro apelante com o uso de algemas em afronta, segundo alega, à Sumula vinculante nº 11 do STF, vê-se que trata-se de nulidade relativa. Entretanto, extrai-se das gravações constantes do PJE mídias que o advogado do mencionado réu, presente ao mencionado ato, não questionou, em momento nenhum, tal fato, tornando preclusa tal alegação, além de não ter demonstrado a ocorrência de qualquer prejuízo, conforme lhe competia fazer, nos termos da jurisprudência amplamente consolidada em nossos Tribunais. Nesse sentido: A falta de comprovação de que efetivamente houve a utilização de algemas no paciente durante a audiência de interrogatório e a insurgência da defesa no momento oportuno, impedem a verificação de eventual inobservância à Súmula Vinculante n.º 11 do Supremo Tribunal Federal (STF, Primeira Turma, HC 1211350, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 29/09/2014). O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal, seja absoluta ou relativa, reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief). A declaração de nulidade fica subordinada não apenas à alegação de existência de prejuízo, mas à efetiva demonstração de sua ocorrência, o que não ocorre na presente hipótese, tendo em vista a adoção, ao que tudo indica, pelo juízo processante, das medidas necessárias para resguardar a sessão plenária, razão pela qual se verifica que a posição física dos acusados durante o ato não configurou qualquer prejuízo para a defesa. (STJ, Quinta Turma, AgRg no HC n. 784.628/ES, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 17/3/2023.) No presente feito, nada se registrou, em ata, acerca do uso indevido de algemas durante a audiência de custódia realizada, não demonstrando a Defesa de forma pré-constituída (com eventuais degravações) a ocorrência de inconformismo na oportunidade, o que torna preclusa a questão (violação à Súmula Vinculante n.º 11). (STJ, Sexta Turma, RHC n.



114.649/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe de 10/9/2019.) Segundo reiterada jurisprudência desta Corte, a ausência de motivação quanto à necessidade de se algemar a acusada configura nulidade relativa, cuja arguição deve ser feita em momento oportuno e com a devida demonstração de prejuízo, o que não ocorreu na hipótese dos autos. (STJ, Quinta Turma, RHC 78.289/GO, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 26/03/2018) Não obstante o enunciado 11 da Súmula Vinculante prescreva que "só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado", a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal firmou-se no sentido de que tal eiva possui natureza relativa, devendo ser arguida oportunamente, e com a devida demonstração do prejuízo suportado pelo réu. No caso em apreço, a par de não haver no termo de audiência de custódia qualquer registro de que o acusado permaneceu algemado, verifica-se que estava acompanhado pela Defensoria Pública, que em momento algum suscitou a questão, o que revela a preclusão do exame do tema. [...] (STJ, Quinta Turma, HC 387.476/PR, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 01/08/2017) [...] restou devidamente assentado na decisão agravada que o Tribunal a quo deixou de reconhecer a nulidade já que, em análise da mídia acostada aos autos, não foi possível se aferir qualquer insurgência da defesa constituída em relação ao uso de algemas, tendo, assim, precluído o direito de argüir tal nulidade. É entendimento desta Corte que, em se tratando de nulidade relativa, indispensável a alegação em momento oportuno com a devida demonstração de prejuízo. (STJ, Sexta Turma, AgRg no HC 376.858/PR, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 16/03/2017) Destarte, não tendo a defesa se insurgido no momento oportuno contra a utilização de algemas em audiência, nem havendo demonstração da ocorrência de efetivo prejuízo, há de ser afastada a pretendida declaração de nulidade. Rejeita-se, pois, esta prefacial. MÉRITO III – Quanto ao mérito, nota-se que a tese de ausência de provas para a condenação do crime de tráfico de drogas, sustentado em ambos os recursos, não corresponde à realidade dos autos. A materialidade e autoria do delito encontram-se comprovadas através do Auto de Prisão em Flagrante, do Auto de Exibição e Apreensão, ambos acostados ao ID nº 35745017, bem como Laudo de Constatação Provisório (ID nº 35745018) Laudo Pericial Provisório (ID nº 35745020) e Laudo de Exame Pericial Definitivo (ID nº 35745055), além dos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante dos acusados (PJe Mídias), onde se contata que foram apreendidos 452 (quatrocentos e cinquenta e dois) pinos de cocaína, pesando aproximadamente 368,2g (trezentos e sessenta e oito gramas e dois decigramas) e 01 (uma) pasta de cocaína, pesando aproximadamente 385,7g (trezentos e oitenta e cinco gramas e sete decigramas), agenda com anotações de tráfico de drogas e um pacote fechado com pinos vazios do tipo eppendorf, tendo os exames laboratoriais detectado a presença da substância benzoilmetilecgonina (cocaína). No que se refere aos depoimentos acima transcritos, observa-se que os policiais que prenderam os ora apelantes asseveram que eles foram flagrados com a droga acima descrita no interior de uma casa, oportunidade em que foram vistos embalando parte das mencionadas substâncias, tendo, inclusive, o policial Thiago Rodrigues Reis esclarecido, conforme declaração extraída do PJe- mídias, que "o rapaz se assustou com a presença da guarnição e correu para o interior da casa, os dois estavam

embalando, mas o que ficou sentado foi o Sr, de mais idade, eles estavam sentados um de frente para o outro". Além disso, extrai-se do interrogatório prestado em Juízo pelo primeiro apelante, conforme gravação constante do PJe-mídias, que ele confirmou a indagação de seu advogado no sentido de que "a droga estava, lá, eles encontraram a droga no ambiente em que eles estavam", não conseguindo, entretanto, comprovar sua alegação de que o casa pertencia a uma terceira pessoa, tendo em vista não só sua negativa em declinar o nome deste terceiro indivíduo, mas, também, porque o segundo apelante foi incisivo em apontar no seu interrogatório judicial que o dono do imóvel era o primeiro recorrente, inclusive "sabia onde era a casa dele porque era perto da sua, era seu vizinho, morava há uns quinhentos metros". É importante destacar que não há impedimento legal ao testemunho de policiais. A jurisprudência, de maneira uníssona, entende que o convencimento do juiz pode ter como base depoimentos de policiais e que somente prova estreme de dúvida, em sentido contrário, poderia desacreditá-los, o que não é caso dos autos, até porque suas declarações são coerentes e verossímeis. O Supremo Tribunal Federal, tratando do tema, consagrou o seguinte entendimento: O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-la pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. (STF, HC 73.518, rel. Min. Celso de Mello, DJU de 18.10.96, p. 39.846). Na mesma linha tem se posicionado o Superior Tribunal de Justiça: O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso (STJ, 6ª Turma, HC 165561/AM, rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 15.02.2016). Este Tribunal de Justiça não discrepa deste entendimento: APELAÇÃO CRIME – ART. 157, § 2º, I, II e V, CP – DENÚNCIA – RECEBIMENTO – INEXISTÊNCIA DE DESPACHO EXPLÍCITO – MANDADO DE CITAÇÃO CUMPRIDO E INTERROGATÓRIO REALIZADO – AUSÊNCIA DE NULIDADE – VALIDADE DO TESTEMUNHO DE POLICIAIS – INDÍCIOS SUFICIENTES E POSSÍVEIS À CONDENAÇÃO – APELO IMPROVIDO [...] III – O testemunho de policial não pode ser rejeitado só pela sua condição funcional; suas declarações devem ser consideradas como as de qualquer testemunha, especialmente se não contraditadas, e não invocada suspeição posterior, sem apresentação de motivos suficientes. (TJ/BA, AP 37499-1/2005, Primeira Câmara Criminal, Relator: Des. Eserval Rocha. Julgado em 24.01.2006). Portanto, constata-se que, ao contrário do que foi defendido em ambos os apelos, existem provas contundentes produzidas em juízo de que os ora apelantes são os autores do delito de tráfico de drogas. Outrossim, considerando que os réus foram apreendidos embalando e armazenando 452 (quatrocentos e cinquenta e dois) pinos de cocaína, pesando aproximadamente 368,2g (trezentos e sessenta e oito gramas e dois decigramas) e 01 (uma) pasta de cocaína, pesando aproximadamente 385,7g (trezentos e oitenta e cinco gramas e sete decigramas), agenda com anotações de tráfico de drogas e um pacote fechado com pinos vazios do tipo eppendorf,, apetrechos estes usualmente

utilizados para o tráfico, conclui-se que tais elementos conduzem à certeza de que a droga apreendida tinha por finalidade a comercialização, até porque são circunstâncias incompatíveis com o mero uso pessoal. Por outro lado, como se sabe, o delito de tráfico de entorpecentes é de ação múltipla, bastando para a sua caracterização que a conduta do agente seja subsumida em um dos verbos descritos no art. 33 da Lei 11.343/2006. Não se exige, portanto, a venda de entorpecentes a terceiro para que ocorra a consumação do delito. Ainda que não flagrada a comercialização das aludidas substâncias, traduzida nas condutas de “vender” ou “expor à venda”, nenhuma dúvida resta de que a conduta dos réus consiste em “preparar”, “ter em depósito” e “guardar”, ações típicas igualmente descritas no art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Desta forma, há de ser afastada a tese de ausência de provas para a condenação. De referência à dosimetria da pena, destaca-se da sentença (ID nº 35745150): – José Raymundo Oliveira Souza 1ª fase – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (59 /CP): CULPABILIDADE – O réu, na oportunidade, tinha capacidade para querer, compreender e entender as circunstâncias do fato e a sua ilicitude. A culpabilidade está presente, não havendo qualquer causa que exclua os elementos que a integram. Ademais, agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a valorar. ANTECEDENTES CRIMINAIS – O sentenciado não ostenta Maus antecedentes. CONDUTA SOCIAL – Foram coletados elementos referente a associação do agente a Facção criminosa denominada MPA. PERSONALIDADE DO AGENTE – O acusado responde a outras ações penais (0010598-60.2012.8.05.0201;0500647-72.2018.8.05.0201;0001402-18.2010.8.05.0078). MOTIVOS DO CRIME – O tráfico de drogas traz para os agentes a possibilidade de lucro fácil. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – As circunstâncias são reprováveis. CONSEQUÊNCIAS EXTRA – PENAS DO CRIME – As vítimas – Estado e a sociedade – em nada contribuíram para a atuação do acusado, uma vez que se busca, constantemente, reprimir o tráfico de drogas. QUANTIDADE DA DROGA – 452 (quatrocentos e cinquenta e dois) pinos de cocaína, pesando aproximadamente 368,2g (trezentos e sessenta e oito gramas e dois decigramas) e 01 (uma) pasta de cocaína, pesando aproximadamente 385,7g (trezentos e oitenta e cinco gramas e sete decigramas). Pela análise das circunstâncias judiciais, fixo a pena-base para acusado em 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa fixada em 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo, porque a situação financeira do réu não autoriza a atribuição de um valor maior (60 /CP). 2ª fase – CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES (61,65 /CP): Inexistente circunstâncias agravantes e atenuantes. 3ª fase – CAUSAS DE DIMINUIÇÃO E CAUSAS DE AUMENTO DA PENA: Não há causa de aumento da pena. Com relação ao art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, entendo que não deve prosperar, vale ressaltar que tal minorante visa conferir uma proporcionalidade à repressão penal do pequeno traficante, assim concebido ao agente que, “seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Dessa forma, além da reprovabilidade da conduta cometida pelo acusado, é essencial reconhecer que o mesmo responde por outras ações penais, ainda que sem condenação, demonstrando se dedicar às atividades criminosas face à habitualidade delitiva. 4ª fase – PENA DEFINITIVA: Aplico, pois, concreta e definitivamente, para JOSÉ RAYMUNDO OLIVEIRA SOUZA com relação ao crime tipificado no art. 33 da Lei 11343/06, à pena de 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, fixando cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo. Do regime de cumprimento de pena A determinação do regime inicial da pena depende de

dois fatores: a quantidade de pena fixada (art. 33, § 2º, CP) e as condições pessoais do condenado (art. 33, § 3º, CP). Neste caso, impõe-se para a pena de reclusão o regime inicialmente fechado. Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direito por não preencher os requisitos expressos no art. 44 do Código Penal. DETRAÇÃO PENAL

Verificando que o disposto no Art. 387, § 2º do Código de Processo Penal tem por finalidade uma possível progressão de regime a ser determinada pelo Juiz de conhecimento no momento da prolação da sentença, com base no instituto da detração penal e observando que o tempo de prisão provisória (09/02/2021 – até a presente data) do réu NÃO PERMITE o benefício da progressão, determino como regime inicial de cumprimento da pena o FECHADO. [...] A autoria e materialidade estão devidamente demonstradas nesta sentença e a manutenção da custódia cautelar se justifica para garantia da ordem pública, quer seja pela gravidade do delito ora praticado, quer seja para dar uma resposta mais eficaz à sociedade. Ressalto que a sociedade não tolera mais o tráfico de drogas, que se traduz em uma falsa sedução consumista que, independente do poder de aquisição do indivíduo, cria uma urgência de posse como sinônimo de sucesso, desencadeando uma ilusão de poder e reconhecimento advindo do que se é capaz de adquirir. Neste ambiente fértil, o tráfico de drogas, mostra-se como uma atividade econômica que se apresenta como uma oportunidade de inclusão na ordem capitalista, de uma maneira marginal pois que ilícita e moralmente questionada pela sociedade, que se vê abalada com as consequências desastrosas que este crime provoca no indivíduo, seja ele pobre, rico, branco, negro, criança, jovem, adulto, idoso. Destaco ainda que a habitualidade delitiva em crime de mesma natureza é fator que autoriza sua manutenção em cárcere, salientando que em liberdade, voltou a delinquir. Do exposto, mantenho a sua custódia cautelar e nego ao acusado José Raymundo Oliveira Souza o direito de recorrer em liberdade. – Marcones Sertanejo de Aquino 1ª fase –

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (59 /CP): CULPABILIDADE – O réu, na oportunidade, tinha capacidade para querer, compreender e entender as circunstâncias do fato e a sua ilicitude. A culpabilidade está presente, não havendo qualquer causa que exclua os elementos que a integram. Ademais, agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a valorar. ANTECEDENTES CRIMINAIS – O sentenciado não ostenta maus antecedentes. CONDUTA SOCIAL – Foram coletados elementos referente a associação do agente a Facção criminosa denominada MPA. PERSONALIDADE DO AGENTE – O acusado não responde a outras ações penais. MOTIVOS DO CRIME – O tráfico de drogas traz para os agentes a possibilidade de lucro fácil. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – As circunstâncias são reprováveis. CONSEQUÊNCIAS EXTRA – PENAS DO CRIME – As vítimas – Estado e a sociedade – em nada contribuíram para a atuação do acusado, uma vez que se busca, constantemente, reprimir o tráfico de drogas. QUANTIDADE DA DROGA – 452 (quatrocentos e cinquenta e dois) pinos de cocaína, pesando aproximadamente 368,2g (trezentos e sessenta e oito gramas e dois decigramas) e 01 (uma) pasta de cocaína, pesando aproximadamente 385,7g (trezentos e oitenta e cinco gramas e sete decigramas). Pela análise das circunstâncias judiciais, fixo a pena-base para acusado em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa fixada em 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo, porque a situação financeira do réu não autoriza a atribuição de um valor maior (60 /CP). 2ª fase – CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES (61,65 /CP): Inexistente circunstâncias agravantes e atenuantes. 3ª fase – CAUSAS DE DIMINUIÇÃO E CAUSAS DE AUMENTO DA PENA: Não há causa de aumento

da pena. Com relação a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, vale ressaltar que tal minorante visa conferir uma proporcionalidade à repressão penal do pequeno traficante, assim concebido ao agente que, "seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". Art. 33 § 4º: Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Dessa forma, verificando que o acusado preenche os requisitos, reconheço a causa de diminuição, reduzindo a pena na fração de 1/2, pela quantidade de droga transportada e não sopesada na pena base, totalizando 03 (três) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa fixada em 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo. 4ª fase – PENA DEFINITIVA: Aplico, pois, concreta e definitivamente, para MARCONES SERTANEJO DE AQUINO com relação ao crime tipificado no art. 33 da Lei 11343/06, à pena de 03 (três) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa, fixando cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo. Do regime de cumprimento de pena A determinação do regime inicial da pena depende de dois fatores: a quantidade de pena fixada (art. 33, § 2º, CP) e as condições pessoais do condenado (art. 33, § 3º, CP). Neste caso, impõe-se para a pena de reclusão o regime inicialmente aberto. Substituo a pena privativa de liberdade por restritiva de direito de prestação de serviços à comunidade, por preencher os requisitos expressos no art. 44 do CP, cujo local e horário serão definidos em audiência admonitória. DETRAÇÃO PENAL Deixo de fundamentar o instituto da detração pelo regime inicial de cumprimento de pena aplicado. [...] Em relação ao acusado Marcones Sertanejo de Aquino, apesar da Autoria e Materialidade estarem devidamente demonstradas nesta sentença, o regime aplicado não justifica a manutenção da custódia cautelar do sentenciado, do exposto, revogo sua prisão preventiva. Destarte, o magistrado a quo em sua fundamentação apontou como personalidade desfavorável em relação ao réu José Raymundo Oliveira Souza, a existência de ações penais em curso, o que não é suficiente para se aumentar a pena no presente processo, pois, para tal finalidade, é imprescindível verificar se as eventuais condenações transitaram em julgado. A propósito, observe-se o teor da Súmula nº 444 do STJ: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. É nesse sentido o entendimento jurisprudencial (grifos acrescidos): HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. DESCABIMENTO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. 1) DOSIMETRIA. INCREMENTO DA PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL COM BASE EM CONDENAÇÃO NÃO TRANSITADA EM JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. ENUNCIADO N. 444 DA SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Nos termos do Enunciado n. 444 da Súmula desta Corte, processos penais em curso, sentenças condenatórias não transitadas em julgado e indiciamento em inquéritos policiais não constituem maus antecedentes e nem podem ser utilizados para valorar negativamente a personalidade e a conduta social. No caso, verifica-se a existência de flagrante ilegalidade pela elevação da reprimenda básica, ante a falta de demonstração da existência de qualquer condenação por fato anterior ao delito em tela. [...]. (STJ, 6ª Turma HC 349.371/RJ, Rel. Ministro Ericson Marinho, DJe 21/03/2016). Outrossim, verifica-se que o juiz sentenciante indicou, em relação a ambos os réus, como conduta social negativa a presença de "elementos referente a associação do agente a Facção criminosa denominada MPA", mas não apontou fundamentação idônea a este respeito, até

porque absolveu os acusados da prática do crime de associação para o tráfico e, ainda, aplicou ao segundo apelante, o redutor referente ao tráfico privilegiado, o qual possui entre seus pressupostos, não integrar organização criminosa. De referência aos motivos e circunstâncias do crime, o Juiz sentenciante apontou, genericamente, serem “reprováveis” e que é motivado pela “possibilidade de lucro fácil”, deixando de apontar qualquer peculiaridade do caso concreto capaz de justificar a exasperação da pena, razão pela qual não há que se valorar desfavoravelmente tais circunstâncias, pois os fundamentos apresentados são comuns a todo crime de tráfico de drogas, cuja reprovabilidade já integra o próprio tipo penal. Assim, considerando que o a quo, na fase do art. 59 do código penal, fez incidir, em relação a ambos os réus, acréscimos desfundamentados, quanto a conduta social, personalidade, motivos e circunstâncias do crime, impõe-se a sua exclusão, com a consequente redução da pena-base ao mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa, tendo em vista que as aludidas circunstâncias foram as únicas apontadas como desfavoráveis. Da mesma forma, constata-se, de ofício, que o magistrado de primeiro grau afastou a aplicabilidade da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quanto ao réu JOSE RAYMUNDO OLIVEIRA SOUZA, ora primeiro apelante, baseado na existência de ações penais em curso, cuja matéria já se encontra sedimentada em face de decisão emanada de Recurso Especial Repetitivo (Tema Repetitivo nº 1139), que firmou a seguinte tese: É VEDADA A UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIS EM CURSO PARA IMPEDIR A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11343/06 (STJ, 3ª Seção, RE nº 1977027-PR, DJE 18/08/2022). Destarte, tendo em vista o efeito vinculante de tal decisão, bem como que o juiz de primeiro grau ainda apontou, genericamente, a “reprovabilidade da conduta”, que é inerente a própria existência do crime, há de ser aplicada a referida minorante ao caso dos autos. Com efeito, considerando que na sentença ora recorrida foi reconhecido ao segundo apelante o aludido redutor, passo a apreciar, conjuntamente, o percentual a ser aplicado. Nesse diapasão, não é demais ressaltar que, embora a jurisprudência do STJ tenha firmado entendimento no sentido de que as circunstâncias preponderantes insculpidas no art. 42 da Lei de Tóxicos, como quantidade e natureza das substâncias entorpecentes deveriam ser consideradas na primeira fase da dosimetria, atualmente o STJ flexibilizou tal entendimento, admitindo sua utilização para fixar o percentual de redução do tráfico privilegiado, na terceira fase, quando não considerada na aludida etapa inicial. Nesse sentido: Ainda, acerca do tema, Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1º/7/2021), definiu que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. O referido colegiado, posteriormente, aperfeiçoou o entendimento exarado no julgamento do mencionado Recurso Especial n. 1.887.511/SP, passando a adotar o posicionamento de que a quantidade e a natureza da droga apreendida podem servir de fundamento para a majoração da pena-base ou para a modulação da fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenha sido utilizada na primeira fase da dosimetria (HC n. 725.534/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022). No caso, as instâncias de origem

justificaram o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 tão somente na menção à própria traficância em si. Assim, na hipótese, não foram trazidos elementos concretos que indicassem que o paciente (ora agravado) efetivamente se dedicasse a atividades criminosas ou integrasse organização criminosa. Agravo regimental ministerial desprovido. (AgRg no REsp n. 2.030.352/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 19/4/2023.) No julgamento do HC n. 725.534/SP (DJe de 1/6/2022), pela Terceira Seção do STJ, a "tese firmada no REsp n. 1.887.511/SP foi flexibilizada para admitir a modulação da fração de redução do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na terceira fase da dosimetria, com base na quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido consideradas na fixação da pena-base (HC n. 725.534, Terceira Seção do STJ)" (AgRg no HC n. 704.275/PA, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 19/8/2022). Tendo a circunstância referente à quantidade de droga apreendida sido valorada na primeira fase de dosimetria pelo Tribunal de origem, não deve, conforme a jurisprudência desta Corte Superior, ser considerada na terceira fase de dosimetria para modular a minorante do tráfico privilegiado, para não se incorrer em indevido bis in idem, motivo pelo qual tem incidência a Súmula n. 83/STJ. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental ao qual se nega provimento. (EDcl no REsp n. 2.018.370/PR, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 23/3/2023, DJe de 27/3/2023.) A Terceira Seção desta eg. Corte Superior, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP, fixou orientação no sentido de que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, por si sós, não são circunstâncias que permitem aferir o grau de envolvimento do (a) acusado (a) com a criminalidade organizada, ou de sua dedicação às atividades delituosas. Ademais, foi preservado o entendimento de que a quantidade de entorpecente pode ser levada em consideração na primeira fase da dosimetria penal ou, alternativamente, ser utilizada para a modulação da fração referente à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que já não tenha sido considerada para exasperação da pena-base, sob pena de bis in idem. In casu, verifico que foi indevidamente afastada a aplicação da minorante em patamar máximo pelo eg. Tribunal de origem, porquanto o vetor quantidade dos entorpecentes foi utilizado para amparar, simultaneamente, o incremento da pena-base e o afastamento do tráfico privilegiado, o que configura indevido bis in idem. De fato, esta Corte Superior, em casos tais, já decidiu que "a quantidade de drogas apreendidas – aproximadamente 29kg (vinte e nove quilos) de maconha e 1kg (um quilo) de cocaína – foi valorada tanto para exasperar a pena-base quanto para afastar a aplicação da minorante do tráfico dito privilegiado, sendo o único fundamento válido apontado em ambas as etapas da dosimetria, o que não se admite por implicar o indevido bis in idem, conforme remansosa jurisprudência" (AgRg no REsp n. 1.927.545/SC, Sexta Turma, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, DJe de 30/06/2021, grifei). Conforme a jurisprudência desta Corte, "o fato de o agente haver atuado como 'mula' no transporte da droga não pode – como numa relação, pura e simples, de causa e efeito – levar à conclusão de que seria integrante de organização criminosa e, como tal, não merecedor da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. A diferenciação deve ser feita, inequivocamente, caso a caso, com base em elementos objetivos e concretos dos autos" (REsp n. 1.365.002/MS, Sexta

Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 11/09/2017). Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.977.529/MS, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 14/3/2023.) A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 27/04/2022, no julgamento do HC n. 725.534/SP, de relatoria do Ministro RIBEIRO DANTAS, reafirmou o entendimento exposto no REsp n. 1.887.511/SP, no sentido de que a quantidade e a natureza da droga apreendida não permitem, por si sós, afastar a aplicação do redutor especial. Todavia, foi ressalvada a possibilidade de valoração de tais elementos, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena. No caso, embora a quantidade de droga apreendida não justifique a incidência da minorante do tráfico privilegiado na sua fração mínima, como aplicada pelas instâncias ordinárias, é possível a sua modulação em 1/2 (um meio), conforme já decidiu esta Corte em casos similares. Agravos regimentais providos a fim de reconhecer a licitude das provas obtidas mediante o ingresso em domicílio, bem como todas as que delas derivaram. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para aplicar a minorante do tráfico privilegiado na fração de 1/2 (um meio), redimensionando-se as penas impostas, com extensão da medida ao Corréu, com fulcro no art. 580 do Código de Processo Penal. (AgRg no HC n. 742.250/SC, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 3/4/2023.) Assim, tendo em vista a grande nocividade das drogas apreendidas em poder dos ora apelantes, que é a cocaína, bem como a sua quantidade, consistente em 452 (quatrocentos e cinquenta e dois) pinos, pesando aproximadamente 368,2g (trezentos e sessenta e oito gramas e dois decigramas) e 01 (uma) pasta de cocaína, pesando aproximadamente 385,7g (trezentos e oitenta e cinco gramas e sete decigramas), fundamentos estes que não foram adotados na fixação da pena-base, constata-se que os apelantes não têm direito à redução máxima, conforme pleiteado pelo segundo recorrente, devendo ser mantido o percentual aplicado pelo a quo em  $\frac{1}{2}$ , ora estendido a ambos os réus, por se encontrarem, nesse aspecto, em situações idênticas, razão pela qual diminuo a pena até então aplicada no mínimo legal, finalizando-a em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, alterando, em consequência, o regime inicial de cumprimento da pena do primeiro apelante para o aberto, com fulcro no art. 33, § 2, c, e § 3º do CP. Além disso, aplicada pena inferior a 04 (quatro) anos, envolvendo crime sem violência ou grave ameaça à pessoa, além de o acusado não ser reincidente e não haver circunstância judicial desfavorável, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juiz da Execução, nos termos do art. 44, § 2º, do CP. Por fim, em face da redução da pena acima efetuada, concedo ao referido apelante o direito de recorrer em liberdade, não vislumbrando, por outro lado, qualquer ofensa aos arts. 59 do CP; art. 33, caput, da Lei 11.343/06; art. 386, VII, do CPP; art. 5º, LVII, e art. 93, IX, da CF, ora prequestionados. Com efeito, verifica-se que a sentença recorrida merece reforma apenas quanto a dosimetria da pena de ambos os réus, no sentido de reduzir, a condenação de ambos os acusados para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias multa, alterando, ainda, o regime inicial de cumprimento de pena do réu JOSE RAYMUNDO OLIVEIRA SOUZA para o aberto, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo



Juiz da Execução, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade, mantendo-se inalterados os demais termos da sentença. CONCLUSÃO III – Por todo o exposto, rejeitadas as preliminares, dou provimento parcial a ambos os apelos. Sala das Sessões, de de 2023. Presidente Des. Eserval Rocha Relator Procurador (a)