

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA – SEGUNDA TURMA APELAÇÃO Nº. 0004461–37.2020.8.05.0248 COMARCA DE ORIGEM: SERRINHA PROCESSO DE 1.º GRAU: 0004461–37.2020.8.05.0248 RECORRENTE: ADVOGADA: RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTORA: RELATOR: . TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO CONSTATADA. FLAGRANTE REALIZADO COM AMPARO EM JUSTA CAUSA. PRELIMINAR REJEITADA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEMONSTRADAS PELO ACERVO PROBATÓRIO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. NÃO VERIFICADA. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº. 11.343/2006. AFASTAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REDUTOR APLICADO NA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. REDUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DA SANÇÃO PECUNIÁRIA DEFINITIVAS. JUSTIÇA GRATUITA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. RECURSO CONHECIDO, PRELIMINAR AFASTADA E, NO MÉRITO, PROVIDO EM PARTE. Não configura violação de domicílio quando, no caso concreto, se verifica a prática de crime permanente e resta evidenciada a presença de justa causa a legitimar o ingresso de policiais no domicílio do suspeito da prática delituosa. Não há como absolver o apelante do crime de tráfico de drogas quando ficar devidamente comprovadas, por meio das provas colhidas na fase administrativa e na instrução criminal, a sua autoria e materialidade delitiva. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. Quando a dedicação a atividades ilícitas não for demonstrada por fundamentos concretos, tornar-se-á premente a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 que constitui direito subjetivo do réu, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstara sua aplicação com base em motivação inidônea. Quando a formulação de nova dosimetria resultar na fixação de reprimenda corporal inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, se a pena-base tiver sido fixada acima do mínimo legal, devido à quantidade e à natureza dos entorpecentes apreendidos, restará justificada a manutenção do regime inicial semiaberto e não será recomendada a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. A sanção pecuniária deve guardar coerência e proporcionalidade com a pena corporal definitiva aplicada ao réu. Considerando-se que a situação financeira de qualquer pessoa pode ser alterada com o decurso do tempo, compete ao Juízo da Execução Penal aferir a possibilidade ou não do pagamento das custas processuais. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 0004461–37.2020.8.05.0248 em que figura como apelante e como apelado o Ministério Público do Estado da Bahia. Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme resultado expresso na certidão eletrônica de julgamento, em conhecer o Recurso de Apelação, rejeitar a preliminar e, no mérito, dar-lhe provimento em parte apenas para reconhecer a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, aplica-la à razão de 2/3 (dois) terços e, consequentemente, reduzir a reprimenda corporal definitiva aplicada na Sentença para 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão e a sanção pecuniária para 252 (duzentos e cinquenta e dois) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, ficando mantidos todos os demais termos da Sentença, na esteira das razões explanadas no voto do Relator. Salvador, data e assinatura registradas na certidão eletrônica de julgamento. RICARDO SCHMITT JUIZ

CONVOCADO (03 – 238) APELAÇÃO CRIMINAL 0004461–37.2020.8.05.0248 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 3 de Abril de 2023. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA , como próprio, o relatório da Sentença (id. 37789074) prolatada pelo Juízo de Direito da 2ª Vara dos Feitos Criminais, Infância e Juventude da Comarca de Serrinha – BA que julgou procedente o pedido formulado na Denúncia para condenar o réu pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, c/c o art. 40, VI, todos da Lei 11.343/2006 à pena privativa de liberdade de 07 (sete) anos e 07 (sete) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida no regime semiaberto, e ao pagamento de 758 (setecentos e cinquenta e oito) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos. Inconformado com a Sentença, o Réu interpôs, tempestivamente, Recurso de Apelação (id. 37789082) com as suas razões recursais (id. 38968415), nas quais, preliminarmente, sustentou a ilicitude das provas e a nulidade absoluta do feito em virtude de violação grave à garantia constitucional insculpida no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal sob o argumento de que tanto a prisão em flagrante quanto a apreensão dos entorpecentes ocorreram em situação manifestamente arbitrária. Alegou que, “No caso em apreço, a situação não era de flagrância, tampouco os policiais ostentavam mandado de prisão ou de busca e apreensão capazes de estear a entrada. De forma diametralmente oposta ao que dispõe o dispositivo constitucional, invadiram a casa de determinada pessoa (que não é a casa do acusado), e supostamente teria encontrado droga.” (id. 38968415, fl. 04). Em seguida, pugnou pelo acolhimento da preliminar suscitada, salientando que as provas ilícitas deveriam ser desentranhadas dos autos com fulcro no art. 157 do CPP, para que seja absolvido do crime de tráfico de drogas pelo qual foi condenado nos termos do art. 386, VII, do CPP. Para o caso de não ser esse o entendimento adotado, subsidiariamente, pugnou pela reforma da Sentença para que seja reconhecida a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da lei 11.343/2006, em seu grau máximo, bem como a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do CP. Requereu, ainda, a detração da pena que anunciará novo regime de cumprimento da pena corporal e, ainda, a reforma da Sentença no tocante à pena de multa ante as suas parcas condições financeiras a fim de que guarde consonância com a pena privativa de liberdade aplicada em definitivo. Por fim, requereu a concessão da Justiça Gratuita. Em suas Contrarrazões (id. 39946005), o Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do Recurso de Apelação para que seja confirmada a Sentença Condenatória pela prática do crime tipificado no art. 33, caput, c/c o art. 40, VI, todos da Lei nº. 11.343/06. A Procuradoria de Justiça emitiu parecer (id. 40193333) no qual manifestou-se no sentido do conhecimento do Recurso de Apelação, rejeição da preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, pelo provimento parcial para que a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 seja aplicada no patamar mínimo ou próximo do mínimo. Prequestionou, para fins de Recursos Especial e/ou Extraordinário, os arts. 1º, inciso III, e 5º, incisos XI, LIV, ambos da Constituição Federal; os arts. 33, § 4º, 40, inciso VI, e 42, todos da Lei nº 11.343/2006; os arts. 157, § 1º e 386, incisos V, VI e VII, ambos do CPP; os princípios da legalidade e da individualização da pena; bem como negativa de vigência de lei federal e/ou dispositivos e/ou princípios

constitucionais e/ou dissídio jurisprudencial. É o relatório. Salvador, data e assinatura registradas no sistema. RICARDO SCHMITT JUIZ CONVOCADO (03 – 238) APELAÇÃO CRIMINAL 0004461–37.2020.8.05.0248 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA VOTO Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço do Apelo. Narra a Denúncia (id. 37788152, fls. 03/05) que, no dia 28/09/2020, por volta das 16h20min, na cidade de Serrinha/BA, o denunciado trazia consigo drogas ilícitas, como crack, além disso, em um imóvel localizado no mesmo endereço, o Acusado tinha em depósito drogas ilícitas, crack e cultivava plantas que se constituíam em matéria-prima (cannabis sativa) para a preparação da droga conhecida como maconha, para fins de mercancia, quando foi flagrado pela ação policial. Relata a Inicial acusatória que, segundo se apurou, uma guarnição da polícia militar realizava ronda de rotina no referido município, quando ao passar pela Rua Novo Horizonte, Bairro Caseb, verificou que o Denunciado empreendeu fuga quando avistou a viatura policial. Relata, ainda, que os policiais militares perseguiram o Acusado e efetuaram a abordagem, oportunidade em que foi realizada a revista pessoal, tendo sido encontrados 08 (oito) pedras de crack embrulhadas em papel-alumínio no bolso de sua bermuda. Consta na Denúncia que, ao ser indagado pelos agentes policiais, o Denunciado informou que estava no imóvel em que residiam e M. S. de O. e que naquele local havia mais drogas. Em continuidade das diligências, os policiais se deslocaram até o local indicado e localizaram , que autorizou a entrada e revista no imóvel. Consta, ainda, que, realizada a revista no local, foram encontradas sobre um sofá algumas pedras de crack embrulhadas em papel-alumínio. Além disso, foi localizada uma garrafa plástica contendo pedras de crack embrulhadas em papel-alumínio e um embrulho plástico contendo pedras de crack embaladas em papel-alumínio, que estavam sob o forro de um colchão. É acrescentado na Inicial Acusatória que as substâncias entorpecentes apreendidas referem-se a: “material 01 – Tratava-se de plantas com características físicas similares a cannabis sativa, com altura aproximada de 70cm; material 02 – Tratava-se de recipiente plástico contendo 169 porções de material de cor amarronzada acondicionadas em papéis alumínio, com massa bruta aproximada de 33,2g (trinta e três gramas e dois centigramas)”, ficando constatado que se tratavam de Cannabis sativa e cocaína, conforme laudo de exame pericial nº. 2020 15 PC 002029 01, acostado aos autos do Inquérito Policial. O Denunciado foi encaminhado para a Delegacia, onde foi lavrado o Auto de Prisão em Flagrante. Processado e julgado, o réu foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, c/c o art. 40, VI, todos da Lei 11.343/2006 à pena privativa de liberdade de 07 (sete) anos e 07 (sete) meses de reclusão, a ser inicialmente cumprida no regime semiaberto, e ao pagamento de 758 (setecentos e cinquenta e oito) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos. Inconformado com a Sentença, o Réu interpôs, tempestivamente, Recurso de Apelação (id. 37789082) com as suas razões recursais (id. 38968415), nas quais, preliminarmente, sustentou a ilicitude das provas e a nulidade absoluta do feito em virtude de violação grave à garantia constitucional insculpida no artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal sob o argumento de que tanto a prisão em flagrante quanto a apreensão dos entorpecentes ocorreram em situação manifestamente arbitrária. Alegou que, “No caso em apreço, a situação não era de flagrância, tampouco os policiais ostentavam mandado de prisão ou de busca e apreensão capazes de estear a entrada. De forma diametralmente oposta ao que dispõe o

dispositivo constitucional, invadiram a casa de determinada pessoa (que não é a casa do acusado), e supostamente teria encontrado droga.” (id. 38968415, fl. 04). Em seguida, pugnou pelo acolhimento da preliminar suscitada, salientando que as provas ilícitas deveriam ser desentranhadas dos autos com fulcro no art. 157 do CPP, para que seja absolvido do crime de tráfico de drogas pelo qual foi condenado nos termos do art. 386, VII, do CPP. Para o caso de não ser esse o entendimento adotado, subsidiariamente, pugnou pela reforma da Sentença para que seja reconhecida a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da lei 11.343/2006, em seu grau máximo, bem como a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, nos termos do art. 44 do CP. Requereu, ainda, a detração da pena que anunciará novo regime de cumprimento da pena corporal e, ainda, a reforma da Sentença no tocante à pena de multa ante as suas parcas condições financeiras a fim de que guarde consonância com a pena privativa de liberdade aplicada em definitivo. Por fim, requereu a concessão da Justiça Gratuita. Da Preliminar Ao contrário do quanto alegado preliminarmente pelo Apelante em suas razões recursais, da análise das provas constantes nos autos, não se constata a aventada arbitrariedade na realização da sua prisão em flagrante nem em relação à apreensão dos entorpecentes que estavam dentro da casa em frente à qual o Recorrente se encontrava quando foi surpreendido pela chegada da Guarnição Policial. O ingresso no imóvel onde foram encontradas as drogas descritas no Auto de Exibição e Apreensão por parte dos Policiais Militares foi legitimado pela prisão em flagrante do Apelante realizada a partir de sua captura após perseguição iniciada em via pública, quando os Policiais realizavam rondas de rotina em local conhecido pelo tráfico de drogas. Emerge das provas constantes dos autos que, quando os Policiais chegaram no local onde o Apelante se encontrava, este estava comprando droga das mãos de um adolescente chamado M. S. de O., e empreendeu fuga assim que visualizou a guarnição. Infere-se, também, das provas constantes dos autos, que, após ser capturado pelos Policiais, frise-se, ainda em via pública, antes do ingresso na residência onde as demais drogas foram apreendidas, estes encontraram na bermuda do Recorrente 08 (oito) pedras de crack embrulhadas em papel-alumínio. Ao ser questionado sobre a origem das drogas apreendidas em sua posse, o Apelante informou aos agentes policiais que havia adquirido o entorpecente no imóvel em que residiam e M. S. de O. e que neste local havia mais drogas. Na audiência de instrução realizada em 22/11/2021 (id. 37789061 – Termo de Audiência) foram colhidas as declarações do Apelante por meio de gravação audiovisual (link de acesso disponibilizado no PJe Mídias – id. 37789062), transcritas com fidedignidade no parecer da Procuradoria de Justiça (id. 40193333).: “(...) ‘que os policiais o pegaram com um cigarro de maconha na frente da casa do Marcelo, comprando na mão dele; que os policiais chegaram atirando e correu, na hora que o interrogado estava despachando com ; que estava no hall da casa de ; que tinha comprado uma pedra de crack de R\$ 10,00 (dez reais) e o cigarro de maconha lhe dera; que gastava por mês cerca de R\$ 100,00 (cem reais) com crack; que a droga apreendida na casa não era sua; que comprava constantemente na casa de ; que realmente correu antes da abordagem, mas os policiais o apreenderam; que na ocasião afirmou que havia comprado a droga na casa de ; que os policiais o colocaram no fundo da viatura e se deslocaram para a casa de ; que chegando na casa de , a esposa dele afirmou que a droga era de ; que não era do depoente, que tinha ido comprar; que só não foi preso porque correu; que não sabia a quantidade de droga que havia na casa de ’ (...).”

(id. 40193333, fl. 04). Em seu depoimento judicial, colhido mediante gravação audiovisual (link de acesso constante no id. 37789046 e disponível no PJe Mídias), transcrito com fidedignidade no parecer da Procuradoria de Justiça (id. 40193333), a testemunha CB/PM, um dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do Apelante, relatou: “(...) ‘que o serviço de inteligência da Polícia Civil e Polícia Militar já havia constatado que a região onde foi realizado o flagrante do acusado é corriqueira na prática do tráfico de drogas; que quando os agentes se depararam com o acusado, ele tentou empreender fuga, porém foi alcançado; que por isso se procedeu a abordagem; que localizaram a droga; que o acusado afirmou que na residência em que ele estava a frente haveria mais drogas e mais uns dois comparsas dele estariam lá negociando e embalando as referidas drogas; que então encontraram uma jovem que lhes permitiu a entrada e logo na revista ela informou que mais dois indivíduos, quando perceberam a presença da polícia se evadiram pelo quintal; que essa quantidade de droga ficou em cima do sofá, na sala; que em outros locais encontraram mais quantidades armazenadas em sacos e garrafas; que o acusado era o chefe dos outros e era ele que coordenava a venda naquela localidade; que a jovem estava na residência e passou a informação que um dos indivíduos que estava embalando a droga era seu namorado’.” (id. 40193333, fl. 06) A versão dos fatos relatada pela testemunha CB/PM na ocasião do seu depoimento judicial, colhido mediante gravação audiovisual (link de acesso constante no id. 37789046 disponível no PJe Mídias) e transcrito com fidedignidade no parecer emitido pela Procuradoria de Justiça (id. 40193333), está coerente com o da testemunha SD/PM: “(...) ‘que a Caatinga tem um trabalho mais específico em relação a polícia ordinária; que realizam patrulhamento em locais que consideram críticos, já mapeados pela Polícia Civil ou pelo setor de inteligência da própria unidade; que estavam realizando rondas nesse bairro, que tem histórico de tráfico e afins; que visualizaram um indivíduo que tentou empreender fuga, mas foi alcançado de imediato; que foi feita a revista padrão e encontrada uma pequena quantidade de droga; que na residência já era visível uma outra quantidade de drogas ou numa mesa ou num sofá; que dentro da residência tinha uma jovem; que ao ser questionada, ela disse que aquele local servia de ‘embalo’, e tinha mais duas pessoas na residência, dentre essas seu namorado; que empreenderam fuga pelos fundos; que no fundo da casa tinha um ou dois pés de maconha sendo cultivados; que na casa encontraram mais drogas; que não conheciam o acusado; que não conseguiram detectar a quem pertencia o imóvel’ (...).” (id. 40193333, fls. 06 e 07). Saliente-se que é pacífico na jurisprudência dos Tribunais Superiores que não se pode duvidar nem relativizar a credibilidade dos depoimentos prestados por agentes policiais quando não há qualquer elemento concreto que ponha em dúvida a veracidade das informações ou que demonstre que as testemunhas tenham interesse em prejudicar o réu. Hipótese essa que se coaduna com a da espécie. “EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES – TRÁFICO DE DROGAS – ABSOLVIÇÃO – INVIABILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE – COMPROVAÇÃO – DEPOIMENTO DE POLICIAL – VALIDADE. – Se as circunstâncias que antecederam a abordagem do réu, aliadas à apreensão de drogas, formam um conjunto probatório idôneo para embasar a condenação, inviável é a absolvição.” (Emb. Infring. /MG, Rel. Ministro, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJE 21/04/2021) Embora tenha alterado a versão dos fatos na fase judicial, em seu depoimento prestado na fase administrativa (id. 37788153, fl. 06), a testemunha, que residia na casa onde as drogas foram apreendidas, relatou que autorizou o ingresso dos policiais.

Vejamos: “(...) Que por volta das 16:00 a declarante estava dormindo quando acordou com o barulho dos policiais na frente da casa. Que eles já haviam detido o Carlos; Que a depoente ouviu barulho de gente correndo pela casa e pelo quintal; que um dos policiais mandou que a depoente ficasse parada; Que a depoente autorizou a entrada dos policiais; Que se recorda que, antes de se deitar, o Marcelo, o Gilvan e o Carlos estavam no sofá da casa embalando as pedras de crack em papel alumínio e guardando numa garrafa plástica; Que a própria declarante indicou que havia um saco plástico contendo pedras de crack escondido no forro de um colchão de solteiro (...).” (id. 37788153, fl. 06). É cediço que o crime de tráfico de drogas possui natureza permanente. Por essa razão, a situação de flagrância se justifica a qualquer tempo, enquanto não cessar a situação ilícita, uma vez que o bem jurídico tutelado é continuamente agredido. Nesse sentido, está direcionado o entendimento albergado no recente precedente do Superior Tribunal de Justiça: “(...) 3. O tráfico ilícito de entorpecentes é crime permanente, estando em flagrante aquele que o pratica em sua propriedade, ainda que na modalidade de guardar ou ter em depósito. Legítima, portanto, a entrada de policiais para fazer cessar a prática do delito, independentemente de mandado judicial, desde que existam elementos suficientes de probabilidade delitiva. (...)” (RHC 141.544/PR, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021) No presente caso, após a análise das provas constantes dos autos, verifica-se que, malgrado não tenha existido ordem judicial para o ingresso dos policiais na residência onde a grande parte das drogas foi apreendida, as circunstâncias que precederam a entrada na casa legitimaram esse ato, precisamente a prisão em flagrante do Apelante, o qual confessou em juízo que estava comprando droga quando avistou a Guarnição Policial e, por essa razão, empreendeu fuga, mas foi alcançado pelos policiais que encontraram no bolso de sua bermuda 08 (oito) pedras de crack embrulhadas em papel-alumínio. Frise-se que, após ser questionado sobre a origem dos entorpecentes com ele apreendidos, o Recorrente afirmou que os havia adquirido no imóvel em que residiam e M. S. O., local onde foram encontradas as demais drogas apreendidas: “(...) 169 (cento e sessenta e nove) pedras embrulhadas em papel alumínio aparentando ser crack; 02 (dois) pés de uma planta de cor esverdeada; 01 (uma muda da mesma planta, aparentando ser maconha (...).” (id. 37788153, fl. 04 – Auto de Exibição e Apreensão). Ante o exposto, não resta outra conclusão a não ser aquela que aponta para o sentido de que, na espécie, o ingresso dos agentes policiais na residência onde as drogas ilícitas foram apreendidas, embora não tenha tido alicerce em mandado de busca e apreensão, foi precedido de elementos que o legitimaram. Preliminar rejeitada. Passo ao exame do mérito. Emergem dos autos fartos elementos de prova que demonstram não só a materialidade delitiva como também a autoria do Apelante em relação à prática do crime de tráfico de drogas, tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. A materialidade do delito em comento constata-se do Auto de Prisão em Flagrante (id. 37788153); do Auto de Exibição e Apreensão (id. 37788153, fl. 04); do Laudo de Exame Pericial nº 2020 15 PC 002029-01 (id. 37788153, fl. 19); e do Laudo de Exame Pericial Definitivo Nº. 2020 01 PC 008715-01 (ids. 37789056 e 37789057). As drogas descritas no Auto de Exibição e Apreensão, “(...) 169 (cento e sessenta e nove) pedras embrulhadas em papel alumínio aparentando ser crack; 02 (dois) pés de uma planta de cor esverdeada; 01 (uma muda da mesma planta, aparentando ser maconha (...).” (id. 37788153, fl. 04) foram identificadas no Laudo de Exame Pericial nº 2020 15 PC 002029-01 (id. 37788153, fl. 19), de

constatação preliminar, como, respectivamente, cocaína e cannabis sativa, cujas quantidades encontram-se, assim registradas: “Exame 1 – Tratava-se de plantas com características físicas similares a Cannabis Sativa. A altura das plantas era de aproximadamente 70cm (...) Exame 2 – Tratava-se de recipiente plástico contendo 169 porções de material de cor amarronzada acondicionadas em papéis alumínio. A massa bruta era de aproximadamente 33,2g (trinta e três gramas e dois centigramas) (...).” (id. 37788153, fl. 19). O resultado apresentado no mencionado Laudo de Constatação Preliminar foi confirmado pelo Laudo de Exame Pericial Definitivo Nº. 2020 01 PC 008715-01 (ids. 37789056 e 37789057) sendo as mencionadas drogas apreendidas identificadas como a substância psicotrópica Tetrahydrocannabinol (TCH), um dos principais ativos do vegetal Cannabis sativa L. (maconha), relacionado na Lista F-2 da Portaria 344/98 da Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, e como o alcalóide Cocaína – Substância entorpecente de uso proscrito no Brasil constante da Lista F1 dessa mesma Portaria. Em relação à autoria, essa também se revela indubitosa no presente caso visto que as provas orais colhidas durante a fase administrativa, precisamente, os depoimentos das testemunhas responsáveis pela prisão em flagrante, CB/PM (id. 37788153, fl. 02) e SD/PM (id. 37788153, fl. 05), assim como o da testemunha (id.37788153, fl. 06), são coerentes não apenas com os depoimentos por eles prestados na fase judicial, por meio de gravação audiovisual (links de acesso constantes nos ids. 37789046 e 37789046), como também se harmonizam com as declarações judiciais do adolescente M. S. O., também prestadas mediante gravação audiovisual (link de acesso constante no id. 37789040). A versão dos fatos relatada pela testemunha M. S. O. é extraída das suas declarações judiciais, prestadas mediante gravação audiovisual (link de acesso constante no id. 37789040) e transcritas com fidedignidade no parecer da Procuradoria de Justiça (id. 40193333), a qual corrobora os fatos narrados na Denúncia e, em sintonia com os depoimentos orais anteriormente transcritos, evidencia a responsabilidade criminal do Apelante pela prática do delito de tráfico de drogas: “(...) ‘que é seu amigo; que no dia dos fatos estava em casa, quando chegou a viatura dando tiros e o depoente saiu correndo; que os policiais arrombaram a porta; que na casa tinha droga; que o depoente vendia drogas; que também vendia drogas; que venderam drogas juntos durante um mês; que o último dia foi quando os policiais entraram na casa; que quem levava as drogas era ; que vendiam os pedacinhos a R\$ 10,00 (dez reais); que ninguém tinha arma; que o depoente estuda, mas parou esses dias; que parou no 4º ano’ (...).” (id. 40193333, fl. 09). Em que pese a negativa de autoria apresentada pelo Apelante em seu interrogatório realizado na fase administrativa e judicial, a sua versão dos fatos se apresenta completamente isolada das demais provas colhidas na fase pré-processual e na instrução criminal, as quais evidenciam a sua atuação livre e consciente para a prática do crime de tráfico de drogas, não havendo como prosperar a aventada tese de insuficiência probatória para a sua condenação. Não havendo dúvida acerca da autoria do Apelante em relação à prática do delito de tráfico de drogas e estando caracterizada a tipicidade do fato narrado na Denúncia, impõe-se a sua responsabilização criminal pelo referido crime, devendo ser mantida a condenação proferida na Sentença de primeiro grau, incluindo-se a majorante prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/2006, causa de aumento de pena reconhecida pelo Juízo a quo com alicerce em fundamentação concreta, questão que não foi declinada pelo Apelante como objeto de impugnação em suas razões recursais. Acerca da referida majorante, bem assinalou a

Magistrada a quo: "(...) para o reconhecimento desta causa especial de aumento de pena, pouco importa que o menor seja vocacionado à delinquência, ou que seja toxicômano ou que se tenha notícias de que ele seja praticante de atos infracionais. Isso porque, vale repisar, a interpretação que se deve atribuir ao inciso VI, do art. 40, da Lei Antidrogas, é a de que não se trata ele de uma norma protetiva, e sim de uma norma de majoração de reprimenda, servindo ainda de instrumento de coerção para dificultar a engenharia do tráfico, que utiliza crianças e adolescentes, viciados ou não, a servirem de obreiros para a prática criminosa. Logo, não se pode olvidar que o réu, em sua mercantil prática delitiva, envolveu e atingiu adolescente (), devendo ser reconhecida e aplicada a causa de aumento de pena. (...)." (id. 37789074). Em suas razões recursais, subsidiariamente às teses anteriormente enfrentadas, o Apelante pugnou pela reforma da Sentença para que fosse reconhecida em seu favor a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em seu grau máximo. Do exame da Sentença, verifica-se que, ao decidir pela inaplicabilidade da figura do tráfico privilegiado ao Recorrente, o Juízo a quo, assim, fundamentou o seu entendimento: "(...) tenho por bem não reconhecer a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, visto que o acusado se dedica ao tráfico, fazendo do mundo do crime seu meio de vida. Repare que o benefício legal previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa. A testemunha confirmou que o réu trazia as drogas e ajudava na venda, era o distribuidor de crack na cidade, bem como responder outra ação pelo mesmo crime (id. 203281691)." (id. 37789074). Contudo, as razões apresentadas pela Magistrada a quo não se afiguram aptas a justificar o afastamento da minorante em comento por carecer de elementos concretos que o justifiquem. O fato de trazer as drogas, ajudar na venda e distribuí-las na cidade, isoladamente, sem alicerce em outros elementos mais robustos, não se presta a demonstrar de forma concreta a habitualidade delitiva do traficante, não se configurando como fundamento suficiente para afastar a figura do tráfico privilegiado, nem mesmo quando somada a existência de reiteração em prática delitiva de mesma natureza sem que seja demonstrada a existência de condenação anterior transitada em julgado. Nesse sentido, calha trazer à liça a recente tese fixada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ) sob o rito dos recursos especiais repetitivos, segundo a qual é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do artigo 33, parágrafo 4º, da lei 11.343/2006: "RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais. 2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de



integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso. 3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza. 4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena. 5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles. 6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante. 7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis. 8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, 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. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto. 9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para

fins penalógicos. 10. Não se deve confundir a vedação à proteção insuficiente com uma complacência diante da atuação insuficiente dos órgãos de persecução penal. É certo que não podem ser criados obstáculos injustificáveis à atuação do Estado na defesa dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada, todavia isso não legitima a dispensa do cumprimento dos ônus processuais pelos órgãos de persecução penal, não autoriza a atuação fora da legalidade e não ampara a vulneração de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir provas concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice. 11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma "análise de contexto" para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, não há que se recorrer a inquéritos e ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e ações penais em curso na tentativa de demonstrar a dedicação criminosa, é porque os demais elementos de prova são insuficientes, sendo necessário formular a ilação de que o Acusado "não é tão inocente assim", o que não se admite em nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a ilicitude do fundamento, que decorre do raciocínio presuntivo contra o Réu que ele encerra, não se altera em face de outros elementos dos autos. 12. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "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". A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017). 13. Recurso especial provido." (REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022.) Portanto, em atenção ao princípio da presunção de inocência, merece acolhimento a pretensão formulada pelo Apelante para que a Sentença seja reformada com o fito de ser-lhe aplicada a causa de diminuição de pena referente ao tráfico privilegiado, em seu grau máximo, 2/3 (dois terços). Passo ao exame da dosimetria da pena realizada na Sentença. Na primeira fase da dosimetria da pena, o Juízo Sentenciante sopesou as circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal de modo atento aos preceitos constantes no art. 42 da Lei 11.343/2006, nos termos: "Culpabilidade: não deve ser valorada negativamente, não extrapolou à ordem; 2) Antecedentes: o réu NÃO possui maus antecedentes; 3) Conduta Social: nada a valorar; 4) Personalidade: poucos elementos foram coletados a respeito de sua personalidade, não podendo tal circunstância ser valorada negativamente; 5) Motivos do crime: são inerentes ao tipo penal; 6) As circunstâncias referentes à natureza e à quantidade, é ao quanto entabulado no artigo 42 da Lei 11.343/06, considerando a quantidade e a variedade de drogas apreendidas, bem como por se tratar de droga conhecida como CRACK, entorpecente de alto poder deletério, com aptidão para causar dependência, hei por bem valorar; 7) Consequências do crime: não há elementos para valorar tal circunstância negativamente; 8) Comportamento da vítima: é o exame do fato de acordo com a conduta da vítima. No

presente caso, não se aplica tal circunstância judicial. (...)." (id. 38865333, fl. 11) Após proceder ao exame das circunstâncias judiciais, a Autoridade Sentenciante valorou negativamente apenas uma delas, as circunstâncias do crime, o que o fez por meio de fundamentação concreta, amparada não apenas na quantidade e variedade das drogas apreendidas, como também no alto poder deletério de uma delas, conhecida como crack, entorpecente com aptidão para causar dependência. Em seguida, a Magistrada a quo, com atenção à preponderância da aludida circunstância judicial por ela desvalorada (art. 42 da Lei 11.343/2006), exasperou a pena-base no patamar de 01 (um) ano e 06 (seis) meses arbitrando-a em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Ratifico. Quanto à sanção pecuniária, em atenção ao pedido formulado pelo Apelante em suas razões recursais, reservo-me a apreciá-la ao final do reexame de todas as fases da dosimetria da pena para que seja encontrada a quantidade de dias-multa coerente e proporcional com a da pena privativa de liberdade definitivamente fixada. Na segunda fase não incidiram circunstâncias atenuantes nem agravantes, razão pela qual, a pena corporal ficou provisoriamente mantida em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Ratifico. Na terceira fase dosimétrica, em função do reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, reduzo a pena privativa de liberdade arbitrada na etapa intermediária, 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, à razão de 2/3 (dois terços), que passa a ser dosada em 02 (dois) anos e 02 (dois) meses. Ante a incidência da causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/2006, majoro a pena corporal anteriormente arbitrada, 02 (dois) anos e 02 (dois) meses, à razão de 1/6 (um sexto) que passa a ser dosada em 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão. À minguia de demais causas de diminuição e de aumento de pena, fica a pena privativa de liberdade definitiva do Recorrente arbitrada na Sentença em 07 (sete) anos e 07 (sete) meses de reclusão redimensionada para 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão. Para que seja resguardada a devida coerência e proporcionalidade com a pena corporal ora definitivamente fixada em 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão, deve a sanção pecuniária arbitrada na Sentença em 758 (setecentos e cinquenta e oito) dias-multa ser redimensionada para 252 (duzentos e cinquenta e dois) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato. Fica mantido o regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade imposto na Sentença, o semiaberto, com fulcro no art. 33, § 2º, linha b, e § 3º (A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código), do Código Penal ante a existência de circunstância judicial desfavorável na primeira etapa da dosimetria. Nesse sentido: "AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Nos termos do art. 33, §§ 1º, 2º e 3º, do Código Penal, na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o julgador deverá observar a quantidade da reprimenda aplicada, bem como a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (art. 59 do Código Penal). Ademais, na esteira da jurisprudência desta Corte, admite-se a imposição de regime prisional mais gravoso do que aquele que permite a pena aplicada, quando apontados elementos fáticos demonstrativos da gravidade concreta do delito. 2. No caso, o Tribunal de origem decidiu em consonância com o entendimento pacificado nesta Corte Superior, uma vez

que fixou o regime semiaberto com base em fundamentação idônea – existência de circunstância judicial desfavorável (maus antecedentes) –, apta a justificar o recrudesimento do regime prisional . 3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC n. 766.032/SP, relator Ministro , Sexta Turma, julgado em 13/2/2023, DJe de 16/2/2023.) Registre-se que a existência de circunstância judicial desfavorável na primeira etapa da dosimetria da pena também obsta não apenas a substituição da reprimenda corporal pelas penas restritivas de direitos (art. 44, III, CP) como também a aplicação da suspensão condicional da pena (art. 77, II, CP). Cumpre assinalar que a detração do tempo de prisão provisória cumprido pelo Recorrente, para fins do art. 387, § 2º, do CPP, não interfere no regime inicial de cumprimento de pena privativa de liberdade ora estipulado. Por fim, quanto ao pedido de concessão do benefício da Justiça Gratuita, formulado pela Defesa em favor do Apelante, considerando-se que a situação financeira de qualquer pessoa pode ser alterada com o decurso do tempo, compete ao Juízo da Execução Penal aferir a possibilidade ou não do pagamento das custas processuais. Ante o exposto, conheço do Recurso de Apelação, rejeito a preliminar e, no mérito, dou-lhe provimento parcial apenas para reconhecer a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, aplicá-la à razão de 2/3 (dois) terços e, conseqüentemente, reduzir a reprimenda corporal definitiva aplicada na Sentença para 02 (dois) anos, 06 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão e a sanção pecuniária para 252 (duzentos e cinquenta e dois) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, ficando mantidos todos os demais termos da Sentença. É como voto. Sala de Sessões, data e assinatura registradas no sistema. RICARDO SCHMITT JUIZ CONVOCADO (03 – 238) APELAÇÃO CRIMINAL 0004461–37.2020.8.05.0248