

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Classe: Apelação Criminal n.º 0500469-56.2020.8.05.0039 Foro de Origem: Camaçari – 1ª Vara Criminal da Comarca de Camaçari Órgão: Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Relator: Desa. Soraya Moradillo Pinto Apelante: JOEL DOS SANTOS OLIVEIRA Advogado (a): Françoise Frazão Cailleaux (Defensora Pública) Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotor (a) de Justiça: Christian Ribeiro de Menezes Procuradora de Justiça: Marly Barreto de Andrade Assunto: Tráfico de drogas e Porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida ACORDÃO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO DEFENSIVA. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA, EM CONCURSO MATERIAL. ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006, E ART. 16, § 1º, IV, DA LEI N.º 10.826/2003, C/C ART. 69, DO CP. RECORRENTE CONDENADO À PENA DE 08 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E AO PAGAMENTO DE 510 (QUINHENTOS E DEZ) DIAS-MULTA. PLEITOS RECURSAIS: PRELIMINARMENTE: 1. ENTENDIMENTO DESTA RELATORA VENCIDO, VEZ QUE PELA: ILEGALIDADE DA BUSCA PESSOAL E NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS. ABORDAGEM POLICIAL MOTIVADA POR MERA EXPRESSÃO DE NERVOSISMO DO APELANTE, DESACOMPANHADA DE QUALQUER OUTRO ELEMENTO CONCRETO APTO A JUSTIFICAR A MEDIDA. FUNDADA SUSPEITA NÃO CONFIGURADA. RECONHECIDA A NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS NO FLAGRANTE E DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS DELAS DECORRENTES. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. NECESSIDADE DE ANULAÇÃO DA SENTENÇA E ABSOLVIÇÃO DO APELANTE DAS IMPUTAÇÕES QUE LHE FORAM FEITAS. PRELIMINAR REJEITADA PELA MAIORIA DO COLEGIADO, NA SESSÃO DE JULGAMENTO DE 08/11/2022. NO MÉRITO, APÓS SUPERADA A PRELIMINAR: 2. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS ACERCA DO CRIME PREVISTO NO ART. 33, CAPUT, E DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28, DA LEI N.º 11.343/2006. REJEIÇÃO. CONTEXTO FÁTICO, SOMADO AOS TESTEMUNHOS COLHIDOS NAS FASES POLICIAL E JUDICIAL, FORTE E SUFICIENTE PARA COMPROVAR A PRÁTICA DA NARCOTRAFICÂNCIA. APREENSÃO DE DROGAS (MACONHA E COCAÍNA) ACONDICIONADAS EM PORÇÕES INDIVIDUALIZADAS, PRONTAS PARA CONSUMO, JUNTAMENTE COM ARMA DE FOGO E DINHEIRO EM ESPÉCIE, A AFASTAR A TESE DE POSSE PARA USO PRÓPRIO. 3. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA RELATIVA À POSSE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA, POR AUSÊNCIA DE PERÍCIA QUE COMPROVE A SUA POTENCIALIDADE LESIVA. NÃO ACOLHIMENTO. CRIME DE PERIGO ABSTRATO, QUE PROTEGE A PAZ SOCIAL E A SEGURANÇA PÚBLICA, SENDO DESNECESSÁRIA A REALIZAÇÃO DE PERÍCIA PARA A CARACTERIZAÇÃO DO DELITO. PRECEDENTES DO STF E STJ. 4. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006, PARA O DELITO PREVISTO NO § 3º, DO MESMO DISPOSITIVO LEGAL. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS. INOBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. 5. REFORMA DA DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. APREENSÃO DE ARMA DE FOGO, SOMADA À VARIEDADE E FORMA DE ACONDICIONAMENTO DAS DROGAS ENCONTRADAS, A INDICAR A DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS, IMPEDINDO A APLICAÇÃO DO REDUTOR. FIXAÇÃO DA REPRIMENDA NO MÍNIMO LEGAL. INVIABILIDADE. PENAS APLICADAS NO PATAMAR MÍNIMO ESTABELECIDO NAS LEIS ESPECIAIS. 6. INOBTANTE OS ARGUMENTOS DO PARQUET NAS CONTRARRAZÕES RECURSAIS, MANTIDO O CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE A ARMA APREENDIDA FOI USADA COMO INSTRUMENTO DE INTIMIDAÇÃO DIFUSA E COLETIVA, PARA GARANTIR O SUCESSO DA NARCOTRAFICÂNCIA, O QUE REVELA A PRÁTICA DE DELITOS AUTÔNOMOS. 7. DE OFÍCIO, CORRIGIDA A TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA RELATIVA AO PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA, PARA FAZER CONSTAR A PREVISTA NO ART. 16, § 1º, IV, DA LEI N.º 10.826/2003. 8. DE OFÍCIO, ALTERADO O REGIME

INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA O SEMIABERTO, ANTE À AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA A JUSTIFICAR O REGIME FECHADO, SOBRETUDO POR NÃO TER HAVIDO VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59, CP. CONCLUSÃO: APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA. REJEITADA, POR MAIORIA, A PRELIMINAR SUSCITADA. NO MÉRITO, RECURSO IMPROVIDO. DE OFÍCIO, CORRIGIDO ERRO MATERIAL CONTIDO NA SENTENÇA E ALTERADO O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA O SEMIABERTO. MANTIDOS OS DEMAIS TERMOS DO DECISUM RECORRIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal, tombados sob n.º 0500469-56.2020.8.05.0039, oriundos da 1ª Vara Criminal da Comarca de Camaçari/BA, tendo, como recorrente, JOEL DOS SANTOS OLIVEIRA, e, como recorrido, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER PARCIALMENTE do recurso, REJEITAR, por maioria, A PRELIMINAR SUSCITADA, e, à unanimidade, NEGAR PROVIMENTO ao recurso, procedendo, DE OFÍCIO, à CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL na tipificação penal, contido na sentença, bem como à RETIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA, nos termos do voto da Desembargadora Relatora. Salvador/BA, 07 de março de 2023. Desa. Soraya Moradillo Pinto Relatora Procurador (a) de Justiça PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA ADIADO PARA QUE O DES. BALTAZAR INSIRA NO SISTEMA O SEU VOTO DE MÉRITO E A REANÁLISE DO DES. PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA. ADIADO COM PEDIDO DE VISTA PELO DES. ABELARDO PAULO DA MATTA NETO, COMPARTILHADA COM OS DESEMBARGADORES BALTAZAR MIRANDA SARAIVA E PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA. EM SESSÃO DE JULGAMENTO DIA 07-03-2023, JULGOU-SE PELO DESPROVIMENTO À UNANIMIDADE. Salvador, 7 de Março de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Classe: Apelação Criminal n.º 0500469-56.2020.8.05.0039 Foro de Origem: Camaçari – 1ª Vara Criminal da Comarca de Camaçari Órgão: Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Relator: Desa. Soraya Moradillo Pinto Apelante: JOEL DOS SANTOS OLIVEIRA Advogado (a): Françoise Frazão Cailleaux (Defensora Pública) Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotor (a) de Justiça: Christian Ribeiro de Menezes Procuradora de Justiça: Marly Barreto de Andrade Assunto: Tráfico de drogas e Porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida RELATÓRIO Trata-se de Apelação Criminal interposta por JOEL DOS SANTOS OLIVEIRA, em face da sentença prolatada pelo Juiz da 1ª Vara Criminal da Comarca de Camaçari/BA (ID 24828657), que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, condenando-o pela prática dos delitos previstos no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, e no art. 16, parágrafo único, IV, da Lei 10.826/2003, na forma do artigo 69, do Código Penal, impondo-lhe a pena privativa de liberdade de 08 (oito) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime fechado, e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, à base de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. Narrou a denúncia que, em 18 de abril de 2020, por volta das 23:30hs, a Polícia Militar, ao efetuar ronda na localidade Gleba H, na Rua das Azaleias, Camaçari/BA, notou o Apelante em atitude suspeita, motivo pelo qual foi realizada busca pessoal. Com o Recorrente foram encontrados: 34 (trinta e quatro) trouxas de substância semelhante a maconha, 11 (onze) pinos de substância análoga a cocaína, 01 (um) saco de substância semelhante a cocaína, uma pistola marca Taurus, calibre 380, mod. PT 58, com a numeração suprimida, um carregador com capacidade para dezenove cartuchos, municiada com seis cartuchos intactos de mesmo calibre e um cartucho deflagrado, calibre .38, e, ainda, a quantia de R\$ 41,00 (quarenta e um

reais), tendo o Laudo Pericial Preliminar constatado o caráter ilícito das drogas (24828473 – Pág. 8), as quais, juntamente com a arma, foram apreendidas (ID 24828473 – Pág. 7). Houve a prisão em flagrante do Apelante, sendo esta homologada e concedida a liberdade provisória, com imposição de medidas cautelares diversa da prisão, em 30/04/2020 (ID 24828473 – Págs. 22/23). A denúncia foi oferecida em 10/05/2020 (ID 24828474). A defesa preliminar foi apresentada em 23/02/2021 (ID 24828506). A denúncia foi recebida em 12/04/2021 (ID 24828507). A instrução do feito foi concluída com êxito, em duas assentadas, ocorridas em 19/05/2021, quando houve a oitivas das testemunhas de acusação Alexinaldo França de Jesus e Daniel da Costa Alvarez e, em 10/07/2021, com a oitiva das testemunhas de defesa Marinaldo de Andrade Dantas Júnior e Adriana Pereira de Oliveira, bem como o interrogatório do Réu (IDs 24828624 e 24828636). Sentença proferida nos termos indicados na abertura deste relatório, no ID 24828657. Inconformada com o decisum, a Defesa interpôs o presente apelo (ID 24828667), pugnando pela: 1. Nulidade das provas obtidas a partir de busca pessoal lastreada em infundada suspeita; 2. Absolvição por insuficiência de provas para sustentar a condenação pelo crime de tráfico de drogas; 3. Absolvição do crime de porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida, sob alegação de atipicidade material da conduta, ante à ausência do laudo pericial da arma apreendida, apto a comprovar a sua potencialidade lesiva; 4. Subsidiariamente, desclassificação do delito do art. 33, caput, para o do art. 28, ambos da Lei 11.343/06; 5. Subsidiariamente, desclassificação do delito do art. 33, caput, para o previsto no art. 33, § 3º, da Lei 11.343/2006; 6. Se mantida a condenação, fixação da pena no mínimo legal; 7. Aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, com a redução de pena em 2/3. Em contrarrazões recursais, o Parquet rebateu as alegações defensivas e requereu a manutenção da sentença, fazendo ressalva para a possibilidade de modificação, de ofício, da modalidade de concurso de crimes reconhecida no decisum, de material para formal, com consequente redução da pena imposta e alteração do regime inicial de cumprimento (ID 24828684). Encaminhado o caderno processual à Douta Procuradoria de Justiça, esta opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso, prequestionando as matérias contidas nos seguintes dispositivos constitucionais e legais: artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006; artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/2003; artigo 69 do Código Penal; artigos 155, 202, 240, § 2º, e 244, todos do Código de Processo Penal (ID 32287838). Vindo-me os autos conclusos, na condição de Relatora, após análise, elaborei o presente, o qual submeti à censura do nobre Desembargador Revisor, que solicitou inclusão do feito em pauta de julgamento. Indo o feito a julgamento na sessão de 08/11/2022, houve dissenso entre os membros integrantes deste Colegiado, acerca da preliminar suscitada, restando esta Relatora vencida na compreensão pelo seu acolhimento, suspendendo-se o julgamento do recurso, para apreciação do mérito na sessão seguinte. É o Relatório. Salvador, de de 2022. Desa. Soraya Moradillo Pinto Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Classe: Apelação Criminal n.º 0500469-56.2020.8.05.0039 Foro de Origem: Camaçari – 1ª Vara Criminal da Comarca de Camaçari Órgão: Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Relator: Desa. Soraya Moradillo Pinto Apelante: JOEL DOS SANTOS OLIVEIRA Advogado (a): Françoise Frazão Cailleaux (Defensora Pública) Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotor (a) de Justiça: Christian Ribeiro de Menezes Procuradora de Justiça: Marly Barreto de Andrade

Assunto: Tráfico de drogas e Porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida VOTO VOTO Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço da apelação. Passo, assim, ao exame das teses recursais. I. PRELIMINAR A. ILEGALIDADE DA BUSCA PESSOAL E NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS De logo, insta consignar que os fundamentos relacionados à questão preliminar, a seguir expostos, foram rechaçados pela maioria da Turma Julgadora, na sessão de 08/11/2022, motivo pelo qual faço o registro como voto vencido, neste tópico. Preliminarmente, aduz o Apelante que a busca pessoal realizada pelos policiais militares, e que resultou na apreensão das drogas e da arma em seu poder, não foi antecedida de fundada suspeita, de maneira que as provas obtidas a partir da abordagem e aquelas produzidas no curso da ação são nulas, o que torna imperiosa a anulação da sentença, para absolvê-lo das imputações que lhe foram feitas. Sobre a busca pessoal que ensejou a prisão em flagrante do Recorrente e a apreensão dos entorpecentes e da arma com ele encontrados, disseram os policiais militares que atuaram na diligência: “Nós estávamos fazendo uma ronda normal, estávamos de serviço, operação força tática, fazendo uma ronda de rotina, uma ronda normal. Eu lembro que o que nos chamou a atenção em relação a ele foi que, quando adentramos a localidade, era uma curva, e quando fizemos a curva, ele tava próximo a uma parede e ficou bastante assustado quando viu as viaturas, ficou bem nervoso, aí chamou a atenção da gente. Fizemos a abordagem e encontramos o material com ele. (...)”. (Trecho do depoimento judicial do SD/PM Alexinaldo França de Jesus, Disponível no PJE Mídias) “Me recorro dos fatos. O que chamou a atenção da guarnição pra efetuar a abordagem dele foi que, na verdade, essa é uma rua de acesso do bairro e estávamos em ronda nessa época da abordagem. Estavam ocorrendo alguns homicídios naquela localidade e estávamos intensificando as rondas no local, principalmente nesse horário em que foi efetuada a prisão desse cidadão. E nesse momento em que estávamos em ronda, avistamos o cidadão que, ao perceber a aproximação das guarnições, demonstrou certo nervosismo, e aí foi o que chamou a atenção. Ele não tentou fugir. Mas o comportamento dele, a feição dele, ficou diferente do normal. A abordagem ocorreu sem resistência. (...)”. (Trecho do depoimento judicial do TEN/PM Daniel da Costa Alvarez, Disponível no PJE Mídias) [Destaquei] Acerca da busca pessoal, importa observar, de início, que se trata de medida voltada a fazer prova do cometimento de ilícitos, sendo objeto de proteção constitucional, por se relacionar à intimidade e à privacidade do indivíduo. Em certas situações, especialmente naquelas que exigem urgência, a busca pessoal dispensa mandado judicial, sendo necessária, porém, a fundada suspeita para que ocorra, como prescreve o art. 244, do CPP, in verbis: “Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar”. Especificamente sobre a fundada suspeita, de que trata o dispositivo supratranscrito e cuja ausência, no caso sob julgamento, alega a Defesa do Recorrente, ensina Guilherme de Souza Nucci: “Outro ponto fundamental para legitimar a busca pessoal é haver fundada suspeita. Suspeita é uma desconfiança ou suposição, algo intuitivo e frágil, por natureza, razão pela qual a norma exige que seja fundada a suspeita, o que é mais concreto e seguro. Assim, quando um policial desconfiar de alguém, não poderá valer-se, unicamente, de sua experiência ou pressentimento, necessitando, ainda, de algo mais palpável, como a denúncia feita por terceiro de que a pessoa porta o instrumento usado para o cometimento do delito, bem como

pode ele mesmo visualizar uma saliência sob a blusa do sujeito, dando nítida impressão de se tratar de um revólver. Enfim, torna-se impossível e impróprio enumerar todas as possibilidades autorizadoras de uma busca, mas continua sendo curial destacar que a autoridade encarregada da investigação ou seus agentes podem – e devem – revistar pessoas em busca de armas, instrumentos do crime, objetos necessários à prova do fato delituoso, elementos de convicção, entre outros, agindo escrupulosa e fundamentadamente. (NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Processual Penal. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021). [Original sem grifos] Com efeito, sendo a busca pessoal medida invasiva, que alcança o próprio corpo do indivíduo, deve ser cercada de máximo cuidado, exigindo dos agentes públicos mais do que a mera desconfiança lastreada em intuições e elementos eminentemente subjetivos. Não por outro motivo o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo no sentido da necessidade de redobrada cautela nas abordagens a pessoas, tendo asseverado que o nervosismo expressado pelo acusado, com mudança de feições ou mesmo de trajeto, desacompanhado de outros elementos concretos indicativos da posse de arma ou de corpo de delito, não configura fundada suspeita apta a autorizar a busca pessoal. Adotando entendimento já albergado pela Quinta Turma, recentemente a Sexta Turma da Corte Superior fixou parâmetros para fim de aferir a legalidade da diligência realizada no caso em exame. Confira-se: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REVISTA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO RHC N. 158.580/BA. NULIDADE RECONHECIDA. ABSOLVIÇÃO. 1. Nos termos do art. 240, § 2º, do CPP, para a realização de busca pessoal pela autoridade policial, é necessária a presença de fundada suspeita no sentido de que a pessoa abordada esteja na posse de drogas, objetos ou papéis que constituam corpo de delito. 2. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que “não satisfazem a exigência legal, por si sós, meras informações de fonte não identificada (e.g. denúncias anônimas) ou intuições e impressões subjetivas, intangíveis e não demonstráveis de maneira clara e concreta, apoiadas, por exemplo, exclusivamente, no tirocínio policial. Ante a ausência de descrição concreta e precisa, pautada em elementos objetivos, a classificação subjetiva de determinada atitude ou aparência como suspeita, ou de certa reação ou expressão corporal como nervosa, não preenche o standard probatório de 'fundada suspeita' exigido pelo art. 244 do CPP” (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022). 3. Os meros informes anônimos e o fato de o acusado ser conhecido pela polícia como frequentador de local onde comumente ocorre tráfico de drogas, além de corroborarem apenas estereótipos, presunções e impressões subjetivas, não constituem fundadas razões para a realização de busca pessoal, sem a devida apuração. 4. A descoberta de objetos ilícitos a posteriori não convalida a abordagem policial. Se não havia fundada suspeita de que a pessoa estava na posse de droga ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, não há como se admitir que a mera descoberta casual de situação de flagrância, posterior à revista do indivíduo, justifique a medida. 5. Agravo regimental improvido”. (STJ – AgRg no AREsp n. 2.142.037/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022.) “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. REVISTA PESSOAL. VIOLAÇÃO AO ART. 240, § 2.º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AUSÊNCIA DE FUNDADAS SUSPEITAS. INGRESSO FORÇADO EM

DOMICÍLIO. INEXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. ILICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. RECURSO DESPROVIDO. 1. Consoante a jurisprudência desta Corte, e, nos termos do art. 240, § 2.º, do Código de Processo Penal, a busca pessoal não necessita de prévia autorização judicial quando houver fundadas suspeitas de possível delito, o que não se verificou, em princípio, no caso concreto. 2. No caso, a busca pessoal realizada pelos policiais está apoiada apenas em "atitude suspeita", consistente no mero fato de o Recorrente levar "com ele uma sacola e, ao avistar a viatura, mudou de direção". Portanto, não há elementos indiciários suficientes do cometimento de delitos, ainda que permanentes, que justifiquem a abordagem em tela. 3. Quanto à busca domiciliar, esta Corte Superior possui firme compreensão no sentido de que a apreensão de pequena quantidade de drogas na posse do Agente, em via pública, não justifica, por si só, o ingresso domiciliar sem mandado judicial. 4. Nos termos da jurisprudência da Sexta Turma desta Corte, "[a]s regras de experiência e o senso comum, somadas às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação dos agentes policiais de que o paciente teria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso em seu próprio domicílio, franqueando àqueles a apreensão de drogas e de arma de fogo e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória em desfavor do réu." (HC 566.532/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, Rel. p/ Acórdão Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 07/06/2021). 5. Agravo regimental desprovido". (STJ – AgRg no RHC n. 166.508/GO, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 3/10/2022.) "AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. BUSCA PESSOAL. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. "ATITUDE SUSPEITA". AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A disciplina legal a respeito da busca pessoal exige fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou, ainda, quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. 2. Neste caso, a busca pessoal teria sido motivada pelo fato de o agravado ter apresentado nervosismo e inquietude em face da aproximação da guarnição policial, o que motivou a abordagem. A situação descrita não permite inferir a presença de qualquer circunstância fática anterior à abordagem policial que a justificasse. Ainda que se diga que o recorrente apresentou atitude suspeita, é impossível extrair dos documentos carreados aos autos quaisquer elementos fáticos que justifiquem a decisão de realizar a abordagem e a busca corporal e veicular. 3. Agravo regimental não provido". (STJ – AgRg no HC n. 760.204/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 26/8/2022.) [Grifei] Em oportunidade recente na qual se debruçou sobre a matéria ora examinada, a Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal desta Corte de Justiça acompanhou o entendimento firmado pelo STJ, anteriormente citado, como se verifica da ementa a seguir: "TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA INEZ MARIA B. S. MIRANDA Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma Apelação n.º 0703021–90.2021.8.05.0001 Comarca de Origem: salvador PROCESSO DE origem: 0703021–90.2021.8.05.0001 Apelante: Hebert Silva Menezes advogado: Adão Rodrigues dos Santos Junior Apelado: Ministério Público promotora: iara augusta da silva Relatora: INEZ MARIA B. S. MIRANDA APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO EM FLAGRANTE. VIA PÚBLICA. BUSCA PESSOAL. ATITUDE SUSPEITA. NERVOSISMO DO AGENTE. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. ILICITUDE VERIFICADA. CONTAMINAÇÃO DAS PROVAS DERIVADAS. INEXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO QUE SUSTENTE A CONDENAÇÃO. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO CONHECIDO E, DE OFÍCIO, DECLARADA

A NULIDADE DA BUSCA PESSOAL. ABSOLVIÇÃO DO AGENTE, COM FULCRO NO ART. 386, II, DO CPP. A mera percepção subjetiva do agente público, isolada de algum dado concreto que justifique a violação aos preceitos constitucionais da privacidade e intimidade, resguardados no art. 5º, X, da Constituição Federal de 1988, não autoriza a revista pessoal, por não caracterizar, a hipótese, “fundada suspeita”, exigida pelo art. 244 do CPP. Patente a ofensa indevida a direitos fundamentais do agente, faz-se necessário o reconhecimento da nulidade do ato e, por conseguinte, dos elementos probatórios ilícitos por derivação, devendo o réu ser absolvido por ausência de prova da existência do fato. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 0703021-90.2021.8.05.0001, da comarca de Salvador, em que figura como apelante Hebert Silva Menezes e apelado o Ministério Público. Acordam os Desembargadores componentes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do estado da Bahia, conforme resultado expresso na certidão de julgamento, em conhecer do recurso e, de ofício, declarar a ilegalidade da busca pessoal, para absolver o réu da imputação formulada na denúncia, nos termos do voto da Relatora. Salvador, data e assinatura registradas no sistema INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATORA 08 (APELAÇÃO CRIMINAL 0703021-90.2021.8.05.0001) (TJ-BA – APL: 07030219020218050001, Relator: INEZ MARIA BRITO SANTOS MIRANDA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 30/06/2022) [Destaquei] Assim, tomando como balizas os ensinamentos doutrinários e os atuais precedentes da Corte Superior e deste Tribunal de Justiça, anteriormente transcritos, imperioso concluir que, no caso sob julgamento, no qual o Apelante foi alvo de busca pessoal por ter aparentado nervosismo e mudado de semblante ao avistar as guarnições da Polícia, não restou caracterizada a fundada suspeita da posse de arma ou de corpo de delito, sendo certo que a descoberta dos objetos ilícitos apreendidos foi uma eventualidade, resultante de uma abordagem aleatória dos policiais militares, do que se extrai a ilegalidade do referido ato e a nulidade das provas alcançadas, as quais, tendo embasado o juízo condenatório, conduzem à anulação da própria sentença recorrida. Por esses argumentos, entendo ser forçoso acolher a preliminar suscitada, para declarar a nulidade das provas da materialidade obtidas ilicitamente, bem como das provas delas decorrentes e, em consequência, anular a sentença condenatória e absolver o Apelante dos crimes que lhe foram imputados, nos termos do art. 386, II, do CPP. Entretanto, tendo sido rejeitada a presente preliminar pelo Órgão Colegiado, por maioria, na sessão judicante do dia 08/11/2022, passo à análise da matéria de fundo, a fim de dar cumprimento ao art. 939, do CPC, aplicável subsidiariamente, por força do art. 3º, do CPP. II. MÉRITO A. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DO CRIME PREVISTO NO ART. 33, CAPUT, E DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO 28, AMBOS DA LEI N.º 11.343/2006 No mérito, o Apelante inicialmente alega que os autos não reúnem acervo probatório indubitado e suficiente para sustentar o juízo condenatório, o que torna imperiosa a reforma da sentença, para absolvê-lo. Aduz a Defesa que, sob o crivo do contraditório, o Apelante foi taxativo em dizer que parte das drogas encontradas em sua posse pertencia a outra pessoa, de alcunha “Chan”, afirmando que somente metade do material apreendido era seu, para uso próprio. A esse respeito, de logo cumpre esclarecer que, tendo sido considerada regular a busca pessoal pelo Colegiado, e lícitas as provas então obtidas, estas, somadas às demais alcançadas nas fases policial e judicial, são suficientes para demonstrar a prática do crime de tráfico imputado ao Apelante. Com efeito, a

materialidade delitiva restou comprovada através do Auto de Exibição e Apreensão (ID 24828473 – Pág. 7) e do Laudo Pericial Preliminar (ID 24828473 – Pág. 8), que, assinado por perito criminal, identificou o material apreendido em poder do Apelante como cocaína e maconha, ambas substâncias entorpecentes proibidas no país. Já a autoria quanto ao delito de tráfico de drogas também restou comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante (ID 24828473 – Pág. 2) e pelos depoimentos de testemunhas ouvidas tanto na fase policial quanto em juízo. Quando da prisão em flagrante, o policial militar TEN/PM Daniel da Costa Alvarez, condutor do flagranteado, afirmou (ID 24828473 – Pág. 3): “(...) Que o declarante estava realizando patrulhamento nesta cidade, especificamente no Bairro: GLEBA H, na Rua Azaléia, momento em que avistou um indivíduo em atitude suspeita em via pública; que o local estava sem movimento e já era tarde, início da madrugada, o que levou o declarante a proceder com a abordagem pessoal; que o suspeito trazia consigo uma bolsa de pequeno porte; que realizada abordagem, a equipe policial flagrou o indivíduo em posse de todo o material entorpecente descrito no Auto de Exibição e Apreensão, além de uma arma de fogo de numeração suprimida; que o indivíduo foi indagado sobre a posse do material, tendo afirmado que seria destinado ao tráfico de drogas; que a arma lhe pertence; que o indivíduo identificado como JOEL DOS SANTOS OLIVEIRA foi indagado se teria participação no homicídio que vitimou a pessoa Carlisson de Jesus Santana, fato ocorrido na Rua Cambuí, Bairro Burissatuba, nesta cidade; que o referido afirmou que tinha sido o responsável pela morte do homem citado acima, tendo cometido o crime no dia 17/04/2020, juntamente com a pessoa de vulgo CHAN; que em virtude do fato, conduziu JOEL a esta unidade policial para adoção das medidas de praxe”. [Grifei] Em harmonia estão depoimentos dos policiais militares SD/PM Alexinaldo França de Jesus e SD/PM Gleidson Souza de Azevedo, prestados em Delegacia e acostados nos IDs 24828473 – Pág. 4 e 24828473 – Pág. 5, respectivamente, dispensando-se a transcrição, devido ao teor semelhante às declarações acima apresentadas. O Réu, por sua vez, ainda na fase policial, negou a propriedade das drogas consigo apreendidas, afirmando que estavam em sua posse para serem guardadas, a pedido de uma terceira pessoa, traficante conhecido como “Chan” (ID 24828473 – Págs. 9/10): “Que na noite de hoje estava se dirigindo a sua residência momento em que foi abordado por Policiais Militares; que estava em posse do material entorpecente e da arma de fogo; que os materiais pertencem ao indivíduo de vulgo CHAN, não sabendo a qualificação dele; que esse indivíduo pediu para o interrogado guardar a arma e as drogas; que sabe que CHAN é morador do Bairro de AREMBEPE; que usa maconha e cocaína; que não pertence a Facção Criminosa; Que isso não é verdade; que não teve participação nesse homicídio; que somente ouviu comentário a respeito desse homicídio, no entanto, não sabe quem participou desse crime; que não sabe afirmar sobre esse fato; que a arma pertence a esse indivíduo CHAN; que este é traficante na localidade de AREMBEPE, nesta cidade; que já pegou droga na mão dele; que essa arma o interrogado iria guardar A PEDIDO DE CHAN.” [Destaquei] Em juízo, a testemunha de acusação SD/PM Alexinaldo França de Jesus declarou: Às perguntas da acusação: “(...) Logo de início, visualizamos ele com uma bolsa normal. Quando procedemos a abordagem, ele estava portando uma arma, uma pistola, e dentro dessa bolsa, se não me engano era uma bolsa preta, tinha algumas substâncias ilícitas também, drogas, dentro dessa mochila, dessa sacolinha. A arma era uma pistola inox. Era uma pistola Taurus, se não me engano era uma PT 58, inox. Tinha carregador. Eu acho que tinha munições também. Não lembro da quantidade.

Mas tava municuada. Eu lembro que ela tava com a numeração suprimida. Ele mesmo afirmou que essa arma foi usada pra um homicídio que ocorreu ali no bairro, acho que no Buri Satuba, se não me engano. Ele acabou falando que tinha se envolvido nessa situação e que a arma estava nesse homicídio. Eu lembro que ele afirmou que tinha participado desse homicídio. Eu lembro que dentro da bolsa tinha uma certa quantidade de maconha, algumas dolinhas de maconha, e, se não me engano, tinha uns pinos também usados para armazenar cocaína, com uma substância análoga com pó. Não lembro se ele admitiu que aquele material entorpecente era destinado ou tinha a finalidade de tráfico, se era dele, se era de alguém, se estava guardando ou se ele estava vendendo. Eu não conhecia o senhor Joel antes dessa abordagem, nem havia feito outras abordagens anteriores. Eu não me recordo se foi dito sobre o envolvimento dele com facções, com o tráfico ou o crime de uma forma geral. Não sei precisar se na ocasião foi falado alguma coisa, se ele já tinha tido algum tipo de passagem. Não me recordo. Eu lembro que ele falou que trabalhava para um tal de Chan. Esse Chan seria traficante. Ele falou que trabalhava pra ele, agora se a droga era dele... Esse traficante conhecido como Chan já é conhecido. Eu lembrei após, quando tiveram umas fotos dele, e aí a gente recordou de Chan. O local de atuação do traficante Chan é justamente aquela região ali da Gleba H". (Trecho do depoimento judicial do SD/PM Alexinaldo França de Jesus, Disponível no PJE Mídias) [Destaquei] Já a testemunha de acusação TEN/PM Daniel da Costa Alvarez disse, sob o crivo do contraditório: Às perguntas da acusação: "(...) Lembro de ter encontrado em poder de Joel uma pistola inox. Eu lembro que era marca Taurus, agora não lembro o modelo. Mas eu lembro que era uma pistola inox e uma nécessaire com as drogas, que estavam dentro dessa nécessaire preta. Dentro dela tinha maconha e cocaína, não me recordo agora a quantidade exata de substância, mas eu me lembro que tinha maconha e cocaína. A arma de fogo estava na cintura dele. Me recordo que a marca dessa pistola era Taurus. De calibre, salvo engano, 380. Lembro que tinha carregador. Estava carregada e municuada. Eu não me recordo se estava com a numeração raspada ou não. Eu lembro das características da arma, mas essa parte da numeração, não. Dentro dessa pochete foram encontradas substâncias análogas a maconha e a cocaína. Alguns pinos e uns papелotes. É o que a gente chama de dolas de maconha, uns papелotezinhos. Teve um homicídio, salvo engano na noite anterior, foi uns 2 dias antes, não me recordo exatamente. E o calibre utilizado nesse homicídio coincidia com essa pistola que foi utilizada, que tava com ele, na verdade, que estava no porte dele. Aí interrogamos. Ele disse que a arma foi usada nessa situação, nesse homicídio. Não me recordo se ele disse que foi ele, se não foi ele. Eu me lembro que ele assumiu que a arma tinha sido usada nesse crime. O lugar do crime de homicídio foi no Buri Satuba, Não lembro o nome da rua, mas o bairro foi o Buri Satuba. O homicídio. Eu não me recordo se ele afirmou que a arma era dele ou se a arma era de alguém e estava aos cuidados dele. As drogas ele afirmou que estavam com ele, pra vender. Admitiu que eram dele pra vender. Eu não conhecia Joel antes dessa abordagem. Tomei conhecimento a respeito do envolvimento dele com o tráfico depois que o conduzi à delegacia de polícia. Eu desconheço essa informação de que ele trabalha com facção ou com um traficante especificamente. Porém eu acho que ele veio de Salvador, salvo engano. Ele veio de Salvador e tava aqui em Camaçari. Quando a gente chegou na delegacia, o agente puxou a ficha dele lá no sistema e saiu a questão do endereço dele de Salvador. Agora também não me recordo de passagens anteriores ou essa questão de facção, do vínculo que ele tinha

com facções”. (Depoimento disponível no PJE Mídias) [Grifei] Arrolada pela defesa, a testemunha Marinaldo de Andrade Dantas Junior afirmou, em juízo: Às perguntas da Defesa: “Sobre o dia dos fatos, era noite, era tarde da noite. O horário especificamente eu não me recordo. Foi quando eu estava no culto e alguém veio chamar a tia dele, veio informar a tia dele. Foi quando nós saímos e tinha duas guarnições de uma polícia do Estado da Bahia, chamada PETO, se eu não estou enganado, e os policiais estava extremamente agressivo, já abordando ele, verbalmente. Tanto abordando ele como outro jovem. Só que depois de eles começarem a abordar verbalmente, eles começaram a abordar agredindo fisicamente. Aí eu até tentei falar. Não vi ele ser agredido. Não foi ele que foi agredido, quem foi agredido foi outro rapaz. Quem foi o outro rapaz, no momento eu não vi. Não sei quem foi. Não conheço, não. Eu sou do Estado de Minas Gerais, então eu vou muito à Bahia para pregar, para fazer a obra missionária. Aí eu ainda tentei conversar com os policiais, tentei conversar, o que tava acontecendo. Um deles foi até irônico, perguntou se eu era advogado dele. Eu disse: “Não, só quero saber o que está acontecendo”. Foi quando eles colocaram ele na viatura e rodaram com ele pela cidade mesmo de Camaçari, sendo que agrediram ele também. Porque, da forma que eu vi, ele entrou na viatura sem lesão nenhuma, no momento que eu estava presente. Ele entrou sem ter lesão nenhuma. Mas depois, ele apareceu com algumas lesões. Então eu acredito que ele não ia agredir a si só, por si mesmo. Eu não sei de algum novo envolvimento de Joel com o tráfico ou com atividade criminosa. Quando eu estava lá, eu sempre via, ele entrava sempre lá, ele trabalhava no fundo da casa da tia dele, numa fábrica de tijolos. Eu sempre vi ele um rapaz trabalhador. Eu nunca vi ele nem sequer fumando um cigarro”. Às indagações da acusação: “Não me lembro de ter visto a apreensão da arma e do material entorpecente em poder do acusado. A única cena que eu me recordo foi quando os policiais arrombaram a casa. Invadiram a casa. Eu só me lembro desse fato. Mas eu não posso dizer que eu vi a polícia saindo com a arma, saindo com quantidade de drogas. Isso aí eu não posso afirmar, porque eu não vi. No momento que eu ia me aproximar, a própria polícia impediu”. (Depoimento disponível no PJE Mídias) Já a testemunha de defesa Adriana Pereira de Oliveira disse, em seu depoimento judicial: Às perguntas da defesa: “Foi um dia de sábado, eu estava no culto, aí vinha umas irmãs. Foi até uma adolescente, que não vou citar o nome. Aí elas pegou e falou assim: “Cadê a pastora, sua mãe, porque a polícia está ali abordando Joel”. Aí eu fiquei nervosa, saí do culto e fui ver. Realmente, tinha duas viaturas. Só que eu tava tão nervosa que eu não vi a numeração das viaturas. Aí saí e tava ele e um colega dele. Aí ele pegou e encostou ele em uma antiga Merceria Santos, que foi de uma senhora que a gente conhecia, que já faleceu. E ficou abordando os dois, conversando com os dois. Mas só que eu não me aproximei, eu fiquei de cá, do apartamento, olhando. Aí teve um policial que já tirou o colega que tava com ele, botou para cá, para perto de uma igreja, esqueci o nome da igreja. Aí começou a abordar o outro. Ainda deu até um tapa na cara do outro, que eu fiquei em choque. E disse: “Meu Deus do Céu, eles não têm o direito de fazer isso! Eles têm que só abordar e não ter agressão física, porque a justiça é que vai ver o que vai fazer.” Aí ficou abordando, interrogando. Eu vi que ao revistar ele, encontraram com ele uma bolsa na mão. Arma eu não vi, sinceramente. De cá eu fiquei olhando. Eu vi uma bolsa. Acho que tinha uma pochete preta, assim pequena. Não deu para ver tirando alguma coisa de dentro, porque estava um pouco escuro. Mas dava para ver. Não tava muito escuro. Essas luzes de poste, fraca. Aí ficou abordando ele. Aí eu entrei

e fui chamar minha mãe. Aí foi minha mãe e o irmão que agora está em Minas Gerais. O nome dele é Júlio Dantas. Ele também é servo de Deus. Aí eu entrei e voltei de novo. Começou a chover. Aí entrei, peguei a sombrinha. Minha mãe foi lá, conversou com eles e tudo. Depois a viatura saiu e ficou só uma. Aí ficou muitos em cima dele, de Joel. O outro rapaz, ele saiu com outro. E levou Joel, digo, e ficou com Joel. Ele foi abordado junto com o rapaz que eu não conheço. Essa bolsa eu vi na mão de Joel, mas eu não sei os pertences que tinha dentro. Aí minha mãe foi, conversou com eles e tudo. Ficou lá conversando. Não sei o que foi que minha mãe estava conversando, porque eu não me aproximei. E também não pode ficar próximo. Porque é polícia, tem que respeitar. Aí eu entrei e fui orar. Daqui a pouco minha mãe entrou mais o irmão. Quando minha mãe entrou, quando chegou lá, não tava mais. Já tinha levado ele. Aí a gente ficou preocupada. Ele tava com celular. Eu fiquei ligando a noite toda. Não consegui dormir. Fiquei ligando, porque ele tava aqui, trabalhando com meu tio, que trabalha nessas empresas que que faz tijolo. Ele tava trabalhando com meu tio. Que eu saiba, é a primeira vez que Joel responde algum processo. Porque ele veio trabalhar com meu tio. Como ele tava trabalhando com meu tio, ele não tinha necessidade. A gente ficava avisando para ele, para se afastar dessa amizade. Mas ele falava: "Não". Que era amigo dele. Eu disse: "Nosso amigo é só Jesus". Ele trabalhava e todo dia, meio-dia, ele ia na casa da minha mãe, pegar o almoço dele. Todos os dias. Porque eu moro um pouco distante da minha mãe. Aí todos os dias eu tava lá eu via. Às vezes era até eu que botava a marmitinha dele. Ele pegava comida dele e comia. Levava pro trabalho e comia lá. E de noite, tinha vez que ele aparecia lá, ficava com a gente lá. Mas tinha dia que ele não ia. A gente achava até estranho". (Depoimento disponível no PJE Mídias) [Grifei] O Réu, por sua vez, sob o crivo do contraditório, mudou parcialmente a versão dos fatos, admitindo a propriedade de metade das drogas consigo encontradas, para uso próprio, e atribuindo a outra metade ao indivíduo de nome "Chan": Às indagações do Juiz: "São verdadeiras essas acusações de tráfico e porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida. Quando eles me pegaram, nada minha mão eles pegaram. Mas na hora, pegou lá dentro da casa. Lá dentro da casa que eu tinha alugado. Essa droga e arma que foram encontradas não eram minhas. Pegou lá, então diz que é minha. Tem que assumir. Mas a droga, a metade era minha para o meu uso mesmo. A outra metade é do rapaz que tinha mandado eu guardar. Guardar essa arma. Eu não queria nem guardar. Ele falou: "Guarda lá, que depois eu pego lá, velho". Foi na hora que eu fui sair para casa de minha tia, que eu ia por lá, aí rolou esse negócio aí, essa situação aí. Metade da droga encontrada e a arma de fogo ele mandou guardar lá. Mas dizer que eu tenho movimento com o tráfico, nunca tive, não. Sempre gostei de trabalhar. Foi o meu erro. Eu aceitei guardar a arma e droga na minha casa porque eu conhecia ele, conhecia esse rapaz. Ele mandou: "Oh, velho, guarde lá, que amanhã eu pego. Aí eu guardei lá. Eu guardei. Pra não coisar. Guardei e falei: "Oh, velho, então amanhã você pega lá. Pra não deixar esse negócio lá, viu?" Quando foi no outro dia, quando foi de noite, no mesmo dia, quando eu saí pra casa de minha tia, aí rolou essa treta. Essa pessoa que pediu para guardar a droga e a arma é Chan. O nome dele é Chan. Ele não pagou para eu guardar. Nesse tempo atrás eu fumava. Aí nesse dia, eu peguei umas 20 trouxa na mão dele, pra mim vender. Pra mim vender, não. Pra mim fumar. Aí ele falou: "Oh, velho, guarda esse negócio aí. Sobre isso aqui, guarde pra mim lá, que depois eu pego aqui essa arma". Ai eu falei: "Oh, rapaz, não vou guardar isso aqui, não". Ele: "Eu vou lá e volto". Aí eu falei: "Pô,

velho, não demore, não.” Aí eu guardei lá. Foi meio-dia ainda. Ainda me deu essa bolsa. Quando eu saí de casa que rolou essa abordagem aí. Quando eu fumava antes, eu pegava droga na mão dele, pra mim fumar. Aí nesse dia eu peguei. Ele não tinha a quantidade, aí eu peguei em balinha na mão dele. Pra mim fumar. Trabalhava e sempre gostava de fumar um negócio. Aí eu comprei na mão dele. Aí ele falou: “Velho, guarde essa bolsinha para mim lá. Guarde esse negócio para mim lá, mais tarde eu pego na sua mão.” Aí eu fui. Eu ainda falei com ele: “Rapaz, não demore, não”. Quando eu cheguei em casa eu abri a bolsa para ver, eu vi essa arma aí. Eu nunca fui preso outras vezes”. Às perguntas da acusação: “Eu acho que a arma era prata. Era uma pistola. Eu acho que tava municiada. Quando eu cheguei lá na delegacia, o policial falou que essa arma foi esse negócio de homicídio. Eu falei: “Rapaz, eu não sei, não. Eu sei que mandaram eu guardar esse negócio. Esse negócio de homicídio não tem nada a ver. Eu nunca me envolvi nesse negócio aí”. Meu erro foi só fiz guardar lá. Os policiais foi quem informaram para mim lá no dia. Eu lembro que também tinha nessa bolsa uns pinos, eu acho. Era cocaína. Era pó. E maconha também”. (Interrogatório disponível no PJE Mídias) [Destaquei] Do confronto dos trechos transcritos, somados às demais provas carreadas aos autos, percebe-se que o acervo probatório se revela capaz de comprovar a materialidade delitiva e a autoria que recai sobre o Apelante, eis que sua negativa sobre a prática dos fatos delituosos se apresentou isolada e dissociada dos demais elementos de prova produzidos nas duas fases da persecução penal. Importa destacar que os depoimentos prestados pelos agentes policiais, no exercício de suas funções, merecem confiabilidade e credibilidade, sobretudo quando coerentes e harmônicos entre si e sustentados pelo conjunto probatório dos autos, deles não emergindo qualquer sinal da intenção dos policiais militares que atuaram no flagrante de prejudicar o Recorrente, imputando-lhe injustificadamente o cometimento dos crimes. Eis a jurisprudência pacífica do STJ acerca do tema: “AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. TESTEMUNHO DOS POLICIAIS. VALOR PROBANTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. As instâncias ordinárias, soberanas na análise do material probatório da lide, entenderam comprovadas a autoria e a materialidade delitiva. Para que fosse possível a análise da pretensão absolutória, seria imprescindível o reexame dos elementos fáticos, o que não se admite na estreita via do habeas corpus, que possui rito célere e cognição sumária. 2. O pedido de absolvição por ausência de provas suficientes para sustentar a condenação implica no reexame aprofundado de todo o acervo fático- probatório, providência totalmente incompatível com os estreitos limites do habeas corpus (AgRg no HC n. 650.949/RJ, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 25/10/2021). 3. É pacífica a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que os depoimentos prestados por policiais têm valor probante, na medida em que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes [...] e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação injustificada do investigado, como na espécie. Precedentes. (AgRg no AREsp n. 1.997.048/ES, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 21/2/2022). 4. Agravo regimental improvido”. (STJ – AgRg no HC n. 716.902/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 4/8/2022.) “PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS.

AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. SÚMULA 182 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DA PRÁTICA DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. ELEMENTOS DE PROVA A SUSTENTAR O JUÍZO CONDENATÓRIO. MODIFICAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. CREDIBILIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. VALOR PROBANTE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO. I – Registre-se que a não impugnação específica e pormenorizada dos fundamentos da decisão agravada inviabiliza o conhecimento do agravo, por violação ao princípio da dialeticidade. Portanto, não é suficiente para a cognição do agravo regimental assertivas de que todos os requisitos foram preenchidos ou reiteração do mérito da controvérsia. [...] V – Com efeito, a Corte de origem atestou a prática da associação para o tráfico, destacando a confissão do corréu, os depoimentos dos policiais, a existência de denúncia anônima, interceptações telefônicas, registro de conversas extraídas dos aparelhos celulares dos acuados, a grande quantidade de drogas apreendidas, a semelhança do acondicionamento dos entorpecentes encontrados com acusados e a apreensão de petrechos usados para o tráfico de drogas. Desta feita, afastar a condenação do delito de associação para o tráfico, como pretende a defesa, demanda reexame de provas, medida interdita na via estreita do habeas corpus. A propósito: AgRg no REsp n. 1804625/R0, Sexta Turma, Rel^a. Min^a. Laurita Vaz, DJe de 05/06/2019; e HC n. 502.868/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 20/05/2019. VII – De mais a mais, registre-se que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. A propósito: AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 05/08/2019; REsp n. 1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 17/05/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 17/03/2016. Agravo regimental conhecido parcialmente e, nesta extensão, desprovido”. (STJ – AgRg no HC n. 684.145/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 26/10/2021, DJe de 3/11/2021.) [Sem grifos nos originais] Já as testemunhas de defesa trouxeram informações incapazes de sustentar a tese da absolvição por insuficiência de provas, pois sequer presenciaram de perto o momento da abordagem e da apreensão do material apreendido. Frise-se que a conduta imputada ao Recorrente, de trazer consigo 34 (trinta e quatro) porções individualizadas de maconha, pesando 46, 5 g (quarenta e seis gramas e cinco decigramas) no total, 11 (onze) porções de cocaína e um saco plástico com a mesma substância, perfazendo 5,1 g (cinco gramas e um decigrama), conforme o Laudo Pericial Preliminar, está dentre as várias previstas no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, que é de conteúdo múltiplo: “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena: reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias multa”[Grifei] Embora não tenha restado comprovada a efetiva venda das drogas apreendidas pelo Apelante, no momento da sua prisão em flagrante, não há dúvidas de que pelo menos as trazia consigo em quantidade e condições de acondicionamento que apontam para essa finalidade, de modo que a conduta praticada se subsume a pelo menos um dos

verbos do tipo penal em apreço. Por outro lado, diante da natureza, quantidade e características das substâncias apreendidas em poder do Apelante, mostra-se inviável a pretensão subsidiária de desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de posse de drogas destinadas ao consumo próprio. Vale destacar que, além de terem sido encontradas variedade e quantidade razoável de drogas com o Apelante, embaladas em porções individualizadas, prontas para consumo, houve a apreensão de dinheiro em espécie e de uma arma de fogo em seu poder, em via pública, tarde da noite, de modo que as circunstâncias dos fatos, somadas aos testemunhos colhidos durante a instrução processual, sobretudo dos policiais que atuaram no flagrante, apontam para a prática de tráfico de entorpecentes, ainda que o Recorrente tenha negado esse fato e afirmado ser apenas usuário de drogas. Cumpre consignar que o contexto fático deve ser sopesado pelo julgador, a fim de aferir se as drogas encontradas em poder do agente se destinavam ao consumo, sendo certo que as circunstâncias do caso concreto, anteriormente citadas, revelam a fragilidade do argumento de posse para uso próprio. Confira-se: “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertências sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. (...) § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”. [Destaquei] Sobre o tema: “PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO RÉU. 1)– DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06. DESPROVIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E EVIDÊNCIAS DOS AUTOS QUE COMPROVAM QUE AS DROGAS APREENDIDAS E TRANSPORTADAS PELO RÉU (140 GRAMAS DE ‘MACONHA’, 33 GRAMAS DE ‘COCAÍNA’ E 01 COMPRIMIDO DE ECSTASY) ERAM DESTINADAS A TERCEIROS. CONDIÇÃO DE USUÁRIO QUE NÃO AFASTA, POR SI SÓ, A PRÁTICA DA NARCOTRAFICÂNCIA. CONDUTA DE TRÁFICO CONFIGURADA. CONDENAÇÃO MANTIDA. 2)– PENA. 2.1. BASILAR. AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DO VETOR NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. DESCABIMENTO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. QUESITOS PREVISTOS NO ART. 42 DA LEI 11.343/06. 2.2. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO ACOLHIMENTO. RÉU QUE NEGOU A PRÁTICA DO CRIME. PENA MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO”. (TJ-PR – APL: 00247270420178160035 São José dos Pinhais 0024727-04.2017.8.16.0035 (Acórdão), Relator: Sonia Regina de Castro, Data de Julgamento: 28/10/2021, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 29/10/2021) [Destques acrescidos] Diante dessas considerações, uma vez que as provas reunidas são fortes o suficiente para indicar a prática da traficância pelo Apelante, revela-se descabida a desclassificação pleiteada para o crime previsto no art. 28, da Lei nº 11.343/2006, devendo ser mantida a sua condenação pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes. Por tais razões, ficam afastadas as teses de absolvição por falta de provas e desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito de posse de entorpecentes para consumo próprio. B. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA RELATIVA AO PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA, POR AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL Inicialmente, cumpre ressaltar a ocorrência de erro material na sentença atacada, pois, ao condenar o

Apelante, o juiz a quo o considerou como incurso nas sanções do 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei n.º 10.826/2003, quando, na verdade, o correto seria a condenação nas penas do art. 16, § 1º, IV, da referida norma, haja vista os fatos terem ocorrido em 18/04/2020, quando já se encontrava em vigor a redação atual do art. 16 em comento. Assim, constatada a existência de erro material, impõe-se a correção de ofício. Passo à análise da pretensão recursal, no ponto. A Defesa ventilou a tese de atipicidade material da conduta atribuída ao Apelante, relativa ao porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida, ante a ausência de laudo pericial do artefato apreendido, cuja lesividade não restou comprovada. Cabe asseverar que, acerca do tema, já existe entendimento pacificado pela jurisprudência, no sentido de ser dispensável a realização de perícia para a caracterização do crime de porte ilegal de arma de fogo, tendo em vista que o delito em questão é de perigo abstrato, que visa a proteção da paz social e da segurança pública, sendo inegável que a conduta incriminada demonstra, por si só, a existência de risco à coletividade. Nesse sentido: “Agravos regimentais em habeas corpus. 2. Posse ou porte ilegal de arma de fogo de uso restrito. 3. Desnecessidade de realização de perícia para comprovar a potencialidade lesiva da arma de fogo como pressuposto à configuração do delito do art. 16 da Lei 10.826/2003. 4. Crime de mera conduta, suficiente aposse ou o porte ilegal. 5. Precedentes. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – HC 147566 AgR, Relator (a): GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 23/03/2018, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 06-04-2018 PUBLIC 09-04-2018) “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. INEXISTÊNCIA DE LAUDO PERICIAL. IRRELEVÂNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. REVOLVIMENTO PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. DECISÃO RECORRIDA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. SÚMULA 83/STJ. 1. Consoante a jurisprudência da Terceira Seção, consolidada no julgamento do EResp n. 1.005.300/RS, tratando-se de crime de perigo abstrato, é prescindível a realização de laudo pericial para atestar a potencialidade da arma apreendida e, por conseguinte, caracterizar o crime de porte ilegal de arma de fogo (EResp 1005300/RS, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/ Acórdão Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 14/08/2013, DJe 19/12/2013). 2. Perquirir-se sobre a inexistência de provas, como quer o recorrente, para a comprovação da materialidade delitiva (ainda que não se negue a apreensão da arma), demandaria revolvimento fático-probatório, obstaculizado pela Súmula 7/STJ. Estando o acórdão recorrido em consonância com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, impõe-se a incidência da Súmula 83/STJ. 3. Agravo regimental improvido”. (STJ – AgRg no AREsp n. 1.856.956/AL, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 28/9/2021, DJe de 4/10/2021.) “DIREITO E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ART. 16 DA L EI N. 10.826/2003. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ABSOLVIÇÃO AFASTADA. PRÁTICA NO CONTEXTO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1.” “[...] os crimes previstos nos arts. 12, 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003 são de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física e sim a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com a posse de munição, ainda que desacompanhada de arma de fogo, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de

laudo pericial. Por esses motivos, via de regra, inaplicável [...] o princípio da insignificância aos crimes de posse e de porte de arma de fogo ou munição, sendo irrelevante inquirir a quantidade de munição apreendida"(HC n. 430.276/MG). 2. Basta o porte ou a posse de arma de fogo, de munição ou de acessório, de uso permitido ou restrito, em desacordo com determinação legal ou regulamentar para a incidência do tipo penal, uma vez que a impossibilidade de uso imediato dos artefatos não descaracteriza a natureza criminoso da conduta. [...] 5. Agravo regimental desprovido". (STJ – AgRg no REsp n. 1.695.811/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 20/9/2021.) [Destaquei] Diante o exposto, revela-se inviável o acolhimento da tese de absolvição por atipicidade material da conduta do Apelante, em face da inexistência de laudo pericial da arma de fogo apreendida em seu poder. C. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 33, § 3º, DA LEI N.º 11.343/2006 A Defesa pleiteia, ainda, a desclassificação do crime do art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, para o do parágrafo terceiro do mesmo dispositivo legal. Entretanto, a pretensão não merece ser conhecida, por inobservância do princípio da dialeticidade recursal. De fato, embora o Recorrente tenha formulado tal pleito desclassificatório ao final do apelo, não trouxe qualquer fundamentação nesse sentido, a fim de embasar a pretendida reforma da sentença, resultando num pedido genérico, dissociado do contexto fático e das provas produzidas no processo, bem assim dos argumentos trazidos pelo Juiz sentenciante. Dessa forma, por não ter a Defesa apresentado qualquer fundamento a amparar a pretensão recursal, esta não merece ser conhecida. D. REFORMA DA DOSIMETRIA DA PENA D.1. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006, COM REDUÇÃO DA PENA EM 2/3 Pleiteia ainda a Defesa, em caso de manutenção da condenação, a reforma da dosimetria alcançada na sentença, de modo que, inicialmente, pretende ver aplicada a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, com redução da pena na fração de 2/3. De logo cumpre asseverar que pretensão não se revela admissível. Isso, porque, conforme a prova dos autos e consignado na sentença hostilizada, o Apelante foi surpreendido trazendo na cintura uma arma de fogo carregada e municiada (pistola de calibre 38), com numeração suprimida, de modo que esse fato, somado às circunstâncias em que foi preso em flagrante – em via pública, tarde da noite, na posse de certa quantidade de drogas variadas (maconha e cocaína), já divididas em porções, prontas para o consumo – constituem elementos concretos que amparam a conclusão de sua dedicação a atividades criminosas, obstando, por consequência, a pretendida aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. Nesse sentido: “DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DA PACIENTE ? KENIA. IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO AO PACIENTE ? TIAGO. PRETENSÃO RECHAÇADA. PRISÃO EM FLAGRANTE. APREENSÃO DE 01 (UMA) SUBMETRALHADORA DE FABRICAÇÃO CASEIRA 06 (SEIS) CARTUCHOS CALIBRE 380. CONVICÇÃO DA CORTE ORIGINÁRIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. MODIFICAÇÃO A DEMANDAR INCURSÃO NO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE ? TIAGO. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO. I – E assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos. [...] III – Pleito de aplicação do

tráfico privilegiado ao paciente ? Tiago. Pretensão rechaçada. A despeito da quantidade de droga apreendida – 3,9 g de cocaína –, há outro elemento apto a afastar o tráfico privilegiado. Conforme exposto pelas instâncias ordinárias, foi encontrado, por ocasião da prisão em flagrante, na posse do paciente 01 (uma) submetralhadora de fabricação caseira 06 (seis) cartuchos calibre 380. Observa-se que a jurisprudência desta Corte Superior tem mantido o afastamento do tráfico privilegiado, na hipótese em que o comércio espúrio é cometido em contexto em que há apreensão de arma de fogo. Precedentes: AgRg no HC n. 738.450/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 19/5/2022; e AgRg no HC n. 720.065/CE, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 13/5/2022. IV – Nesse contexto, a Corte originária se convenceu de que o paciente se dedicava, efetivamente, às atividades criminosas, porque não se tratava de traficante ocasional. Ademais, rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus. Precedentes. [...] Agravo regimental parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido”. (STJ – AgRg no HC n. 734.897/MG, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022.) “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CONDENAÇÃO CONCOMITANTE PELA PRÁTICA DOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS E POSSE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO INDICADORAS DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. REEXAME DE PROVAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 é aplicável desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. 2. A condenação do agente por outro delito, de forma concomitante com o tráfico de drogas, pode ser considerada pelo magistrado na aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, por indicar, a depender das circunstâncias do caso concreto, a dedicação a atividades criminosas. 3. No caso, a causa de diminuição de pena do § 4º não foi aplicada, em razão da condenação por crime de posse de arma de fogo com a numeração suprimida praticado no mesmo contexto do crime de tráfico de drogas. 4. Agravo regimental desprovido”. (STJ – AgRg no HC n. 738.450/RS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 19/5/2022.) “AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PLEITO DE APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS. PRECEDENTES. 1. No caso, ao vedar a incidência do redutor especial da pena (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), as instâncias ordinárias sopesaram tanto a natureza e a quantidade de drogas quanto as circunstâncias do flagrante – apreensão de arma de fogo –, que, na perspectiva do órgão julgador, demonstram a dedicação do paciente a atividades criminosas. 2. Nesse contexto, não há ilegalidade no acórdão; ao contrário, a jurisprudência desta Corte tem admitido que tais aspectos (as circunstâncias da prisão em flagrante ou o modus operandi do delito, além da quantidade de drogas e comprovação da estabilidade e permanência do vínculo associativo) sejam sopesados na análise dos requisitos previstos no dispositivo em comento. 3. Sendo a reprimenda definitiva imposta superior a 4 anos e sem exceder a 8, o regime inicial semiaberto deve ser mantido, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal. 4. O quantum de pena imposta (superior a 4 anos) não autoriza a substituição

por restritivas de direitos, em respeito ao art. 44, I, do Código Penal. 5. Agravo regimental improvido". (STJ – AgRg no HC n. 720.065/CE, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 13/5/2022.) [Grifos acrescidos] Por tais razões, revela-se correta a conclusão a que chegou o juiz de primeiro grau, no sentido de afastar a incidência da minorante do tráfico privilegiado, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, de maneira que não merece reparo, quanto a esse mérito, o decisum recorrido. D.2. FIXAÇÃO DA PENA NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL, SE MANTIDA A CONDENAÇÃO A Defesa do Apelante ainda pleiteia fixação da pena imposta no mínimo legal, se mantida a condenação, pretensão que não se mostra viável, posto que as reprimendas definitivas aplicadas na sentença recorrida, no caso, 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, pelo crime previsto no art. 16, § 1º, IV, da Lei n.º 10.826/2006, e 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, pelo delito previsto no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, já se encontram no patamar mínimo estabelecido pela legislação especial para os crimes pelos quais o Apelante restou condenado. Incabível, portanto, a pretensão recursal em comento. E. CONCURSO MATERIAL ENTRE OS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA Verifica-se que o juiz sentenciante, após dosar as penas aplicadas ao Apelante, em razão do cometimento dos crimes de tráfico de drogas e de porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida, reconheceu o concurso material entre os delitos, motivo pelo qual somou as reprimendas impostas. Nesse ponto, após proceder a uma melhor análise do caso sob julgamento, tenho por acertado aderir à compreensão divergente oferecida pelo ilustre Desembargador Vistor Baltazar Miranda Saraiva (ID 41356836), entendendo que, inobstante os respeitáveis argumentos do Parquet em suas contrarrazões recursais, deve ser mantido o concurso material entre os crimes previstos no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, e no art. 16, § 1º, IV, da Lei n.º 10.826/2006, posto que não restou efetivamente comprovada a vinculação entre as condutas de praticar a narcotraficância e portar arma de fogo, a demonstrar que o armamento era utilizado pelo Apelante como forma de intimidação difusa e coletiva, com a finalidade de garantir, permitir ou proteger a consecução da mercancia ilícita de entorpecentes, circunstâncias que, se evidenciadas, autorizariam o afastamento do concurso material e a aplicação da causa especial de aumento prevista no art. 40, IV, da Lei n.º 11.343/2006, o que não é o caso. Nesse sentido: "AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRETENDIDO AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA. ART. 40, VI, DA LEI 11.343/2006. VIABILIDADE. INCERTEZA QUANTO AO EFETIVO EMPREGO DA ARMA PELO PACIENTE. 1. Ao fazer incidir a majorante pelo emprego de arma de fogo, prevista no art. 40, IV, da Lei 11.343/06, a Corte local, a partir das circunstâncias da prisão, valeu-se da suposição de que a arma encontrada, a qual fora"utilizada como forma de intimidação difusa e coletiva para assegurar a prática de tráfico na região"estava disponível para uso pelo paciente. Contudo, não traz adita elementos concretos e seguros acerca do efetivo emprego da arma, pelo imputado, na prática do tráfico de entorpecentes, razão pela qual, em reavaliação de prova, deve ser afastada sua incidência. 2. Agravo regimental provido". (STJ – AgRg no HC n. 693.556/RJ, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1/7/2022.) "PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CONSUNÇÃO ENTRE OS CRIMES PRATICADOS. NÃO OCORRÊNCIA. CONCLUSÃO DA CORTE DE ORIGEM. REVISÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO

REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que, se no momento da apreensão, a arma estiver sendo usada como parte do processo de intimidação difusa ou coletiva para viabilizar a prática do tráfico, correta a aplicação da majorante do art. 40, IV, da Lei de drogas, com a absorção do crime de porte ou posse ilegal de arma pelo delito de tráfico de drogas, em detrimento do concurso material. 2. No presente caso, a Corte de origem decidiu pela condenação dos delitos dos artigos 12 e 14 da Lei n. 10.826/03, e não pela incidência da causa de aumento do art. 40, inciso IV, da Lei nº 11.343/06. É que, embora o acusado fora preso em flagrante cometendo o delito de tráfico ilícito de drogas e, nas mesmas circunstâncias, ter havido disparos contra a polícia, com duas pistolas de calibre 9mm arrecadadas dentro da casa de onde foram efetuados os disparos, também foram encontradas, em outra casa, anexa a primeira, outra pistola de mesmo calibre, além de várias munições de calibre 9mm, .380 e g.65 ocultas juntamente com as barras de crack, configurando, assim, os delitos da Lei n. 10.826/03. Dessa forma, não pode ser aplicada apenas a causa especial de aumento prevista no art. 40, inciso IV, da Lei 11.343/2006 em substituição à condenação pelos delitos dos artigos 12 e 14 da Lei 10.826/2003, uma vez que foram encontradas em outra casa uma pistola e munições de calibres diferentes, que não estariam sendo usadas como processo de intimidação difusa ou coletiva para viabilizar o narcotráfico, constituindo, pois, delitos autônomos. 3. Rever os fundamentos utilizados pelo Tribunal de Justiça, para decidir pelo afastamento dos crimes da Lei n. 10.826/2003, como requer a defesa, importa revolvimento de matéria fático-probatória, vedado em recurso especial, segundo óbice da Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental não provido". (STJ – AgRg no AREsp n. 2.014.637/ES, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022.)

“EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA – ABSOLVIÇÃO PELA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS – DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS EM PERFEITA CONSONÂNCIA COM O ACERVO PROBATÓRIO – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECONHECIMENTO DA MAJORANTE DO ART. 40, IV, DA LEI DE TÓXICOS – IMPROCEDÊNCIA – FRAÇÃO DE REDUÇÃO DAS PENAS RELATIVA À MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – OBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 42 DA LEI DE TÓXICOS – ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS – NÃO CABIMENTO. A segura prova testemunhal, aliada ao exame detido dos demais elementos colhidos durante a instrução criminal, é suficiente para se revelar a ocorrência e a autoria dos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes e porte ilegal de arma de fogo com numeração raspada. Não estando comprovado o emprego de arma de fogo para traficância, como forma de intimidação, não há que se falar em reconhecimento da majorante do art. 40, IV, da Lei 11.343/06. O quantum de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos deve ser estabelecido em conformidade com o art. 42 do mesmo diploma legal, devendo o juiz considerar a natureza e quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. Tendo em vista o quantum da reprimenda – superior a 4 anos –, é incabível o abrandamento do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a teor dos art. 33, § 2º, b, e art. 44, ambos do CP”. (TJ-MG – APR: 10000220104889001 MG, Relator: Alberto Deodato Neto, Data de Julgamento: 10/05/2022, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 11/05/2022) “APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. SENTENÇA DE PARCIAL PROCEDÊNCIA. INSURGÊNCIAS

RECÍPROCAS. Tráfico de drogas A infração de que trata a regra contida no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, não é caracterizada pela venda, tão-somente, resultando incriminadas diversas outras condutas, como as de simplesmente levar consigo ou ter em depósito a substância entorpecente, desde que com o propósito de mercancia. Desimporta, assim, tenha o agente efetivado – ou não – o comércio, mostrando-se suficiente, para tanto, que a prova produzida evidencie tal intento, como evidenciado no caso presente, em que dispunha o acusado de expressiva quantidade de drogas diversas, uma de especial nocividade. Porte ilegal de arma de fogo Ausentes elementos a indicar o efetivo emprego da arma de fogo apreendida para o tráfico de drogas, não há cogitar da observância da majorante de que trata o inciso IV do artigo 40 da Lei Antidrogas. Crime autônomo reconhecido. Réu condenado. APELO DO RÉU DESPROVIDO. APELO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PROVIDO. (TJ-RS – APR: 00317048920218217000 PORTO ALEGRE, Relator: Honório Gonçalves da Silva Neto, Data de Julgamento: 11/11/2021, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: 31/01/2022). [Destaquei] Assim, à luz da jurisprudência supracitada, conclui-se quando ao caso dos autos que, embora a arma tenha sido apreendida no mesmo contexto fático do tráfico de drogas, não restou efetivamente comprovado que houve o emprego do artefato com o fim de garantir o sucesso da narcotraficância por parte do Apelante, tudo a revelar a prática de delitos autônomos. Em vista disso, deve ser mantido o concurso material aplicado na sentença hostilizada, mostrando-se inviável o reconhecimento da causa especial de aumento do emprego de arma de fogo, prevista no art. 40, IV, da Lei n.º 11.343/06. Por tais motivos, conservo inalterada a pena definitiva de 08 (oito) anos de reclusão, somada a 510 (quinhentos e dez) dias multas, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos, imposta ao Apelante na sentença condenatória, em razão do concurso material. Contudo, faz-se necessário rever, de ofício, o regime inicial de cumprimento da pena, vez que o Juiz de primeiro grau fixou o regime fechado, sem que tenha oferecido fundamentação concreta a amparar tal entendimento, sobretudo por não ter havido valoração em desfavor do Apelante de quaisquer das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do CP. Por essa razão, em atendimento ao quanto previsto no art. 33, § 2º, b, do CP, altero, de ofício, o regime inicial de cumprimento da pena imposta ao Apelante para o semiaberto. Mantêm-se inalterados os demais termos da sentença recorrida. III. CONCLUSÃO Ante o exposto, voto no sentido de CONHECER PARCIALMENTE do recurso, e, tendo sido rejeitada por maioria a preliminar, no mérito, NEGAR PROVIMENTO AO APELO, promovendo, DE OFÍCIO, a CORREÇÃO DO ERRO MATERIAL na tipificação do delito de porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida, contido na sentença, de modo que conste o Apelante como condenado pelos delitos previstos no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, e art. 16, § 1º, IV, da Lei n.º 10.826/2003, na forma do art. 69, do CP, assim como a ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA para o semiaberto, mantido, nos demais termos, o decisum hostilizado. É como voto. Ex positis, acolhe esta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o voto através do qual se CONHECE PARCIALMENTE DO RECURSO e, AFASTANDO, por maioria, A PRELIMINAR SUSCITADA, no mérito NEGA PROVIMENTO ao apelo interposto, realizando, DE OFÍCIO, a CORREÇÃO DE ERRO MATERIAL na tipificação contido na sentença e a ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA, mantendo-se inalterados os demais termos da sentença recorrida. Salvador, 07 de março de 2023. Desa. Soraya Moradillo Pinto Relatora