

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000077-14.2019.8.05.0265 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: ANTONIO FLAVIO SANTOS DA SILVA Advogado (s): WAGNER SOUZA SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO EMENTA: DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA DEFESA. CONDENAÇÃO PELA PRÁTICA DOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E RECEPÇÃO. PRELIMINAR DE ILEGALIDADE DA PRISÃO EM FLAGRANTE. REJEIÇÃO. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES QUE LEGITIMARAM O INGRESSO DOS POLICIAIS NO DOMICÍLIO DO APELANTE. LICITUDE DAS PROVAS PRODUZIDAS PELA ACUSAÇÃO. PEDIDO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. JUSTA CAUSA DELITIVAS COMPROVADAS. PLEITO PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. INVIABILIDADE. EVIDÊNCIA DO NARCOTRÁFICO. PEDIDO PARA REMANEJAR A PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL. INVIABILIDADE. EXASPERAÇÃO IDÔNEA E RAZOÁVEL. PEDIDO PARA APLICAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI ANTIDROGAS (TRÁFICO PRIVILEGIADO). NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS EXIGIDOS, POIS O APELANTE É REINCENTE E POSSUI MAUS ANTECEDENTES. PEDIDO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA. MATÉRIA A SER ANALISADA PELO JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. INVIABILIDADE. DECRETAÇÃO MEDIANTE DECISÃO FUNDAMENTADA E PERMANÊNCIA DA NECESSIDADE DE SALVAGUARDAR A ORDEM PÚBLICA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO, NA ESTEIRA DO PARECER MINISTERIAL Trata-se de Recurso de Apelação interposto por Antônio Flávio Santos da Silva, contra sentença de ID 20495249, proferida pelo MM. Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Ubatã/BA, que o condenou à pena de 10 (dez) anos e 01 (um) mês de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, em razão da prática dos delitos tipificado no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/06 (tráfico de drogas) e art. 180 do Código Penal (recepção). Em suas razões recursais, ID 20495270, o Apelante sustenta, preliminarmente, a ilegalidade de sua prisão em flagrante. No mérito, pleiteia a sua absolvição, em face da fragilidade probatória. Subsidiariamente, requer que o crime de tráfico de drogas seja desclassificado para o delito de porte de drogas para consumo pessoal. Caso não haja a desclassificação, solicita o redimensionamento da pena para o mínimo legal e o reconhecimento do tráfico de drogas na modalidade privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06). Ademais, solicita o direito de recorrer em liberdade, bem como os benefícios da Gratuidade Judiciária. De início, não se vislumbra qualquer ilegalidade na apreensão das drogas na residência do Apelante. In casu, o contexto fático justificou a entrada dos policiais na residência do Apelante, pois receberam declarações formais, na Delegacia, que o Apelante comercializava drogas no local e, inclusive, teria trocado aparelhos celulares por entorpecentes. Assim, existiram fundadas razões para que os agentes de segurança pública adentrassem na residência. Ademais, o delito de tráfico de drogas tem natureza permanente, sendo assim, a sua consumação se protraí no tempo. Logo, o flagrante pode ocorrer a qualquer momento, sem que seja exigido o mandado de busca e apreensão para o ingresso dos policiais no local onde há fortes suspeitas de que os entorpecentes estão armazenados, como ocorreu no presente feito. Igualmente, não prospera o pedido absolutório. Com efeito, as materialidades dos crimes restam demonstradas por meio dos Autos de Prisão em Flagrante de ID 20495191- pag. 2; Autos de Exibição e Apreensão de ID 20495191- pag. 6; e Laudo de Exame Pericial de ID 20495206- pag. 1 a 3. Por sua vez, a autoria delitiva evidencia-se nos depoimentos testemunhais dos policiais responsáveis pela

prisão em flagrante, colhidos em ambas as fases da persecução criminal, ID 20495234– págs. 1 e 2 e ID 20495242, bem como pelas declarações prestadas por Mateus Tiago Silva de Jesus, que assumiu ter furtado aparelhos celulares e trocado estes produtos por drogas na residência do Apelante. Como se observa, diferente do que está sendo sustentado pela defesa, há lastro probatório robusto e suficiente para consubstanciar a condenação. Ademais, não merece guarida a pretensão subsidiária de desclassificação da conduta de tráfico de drogas para o crime de porte de drogas para consumo pessoal. Afinal, as circunstâncias sociais e pessoais do Apelante são desfavoráveis, ao passo que é uma pessoa conhecida na região como traficante e possui maus antecedentes. Tais fatores denotam que a finalidade do entorpecente apreendido era realmente a comercialização, e não o consumo. Além disso, em que pese coubesse à defesa o ônus de demonstrar que a droga se destinava ao consumo do Apelante, não foi feita nenhuma prova nesse sentido. Ainda, não merece reparo a primeira fase do cálculo dosimétrico, afinal a pena-base do crime de tráfico de drogas foi devidamente exasperada em 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão em virtude do Apelante possuir maus antecedentes. Em seguida, a reprimenda foi aumentada em 01 (um) ano e 08 (oito) meses devido a reincidência, tornando-a definitiva em 07 (sete) anos e 11 (onze) meses de reclusão. De igual modo, em razão dos maus antecedentes e da reincidência, a pena do crime de receptação foi exasperada para 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão. Em face do concurso material de delitos, as aludidas reprimendas foram unificadas em 10 (dez) anos e 01 (um) mês de reclusão. Como se observa, inexiste excesso no cálculo dosimétrico que demande a intervenção por este Juízo ad quem. A seu turno, não merece acolhimento o pleito recursal para aplicar o redutor concernente ao tráfico privilegiado, pois o Apelante é reincidente e possuidor de maus antecedentes, não preenchendo, assim, os requisitos exigidos pelo art. 33, § 4o, da Lei Antidrogas. Mister salientar, por oportuno, que a situação vertente diverge da tratada pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede do REsp 1977027/PR, com repercussão geral reconhecida, que deu ensejo ao Tema 1139, cuja tese foi firmada no sentido de que “é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4o, da Lei nº 11.343/03”. A propósito, a referida causa de diminuição de pena está sendo afastada, neste feito, diante da existência de sentenças penais transitadas em julgado em desfavor do Apelante. Cumpre destacar que o pedido de concessão do benefício pertinente à assistência judiciária gratuita deverá ser apreciado pelo Juízo da Vara de Execução Penal, e não por esta Corte Estadual de Justiça. Decerto, é durante a execução da pena que o magistrado conseguirá averiguar se o Apelante, naquele momento, tem ou não condições econômicas de arcar com as custas processuais. Por fim, deve ser afastado o pedido de revogação da prisão preventiva. Deveras, a periculosidade do Recorrente é incontestável, haja vista que possui outras condenações penais definitivas e, mesmo assim, praticou este delito de tráfico de drogas, demonstrando que tem a personalidade voltada para a criminalidade e o total desrespeito às leis. Assim, existem elementos idôneos que justificam a manutenção da segregação cautelar para salvaguardar a ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal. Pelo escandido, inexiste ilegalidade ou equívoco a ser reparado na sentença obliterada. Recurso de Apelação CONHECIDO e IMPROVIDO, na esteira do Parecer ministerial. ACÓRDÃO Vistos relatados e discutidos estes autos de Apelação nº. 0000077–14.2019.8.05.0265, que tem como Apelante, ANTÔNIO FLÁVIO SANTOS DA SILVA, e como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA

BAHIA. Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, em CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Apelação interposto, nos termos do voto do Relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 3 de Abril de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000077-14.2019.8.05.0265 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: ANTONIO FLAVIO SANTOS DA SILVA Advogado (s): WAGNER SOUZA SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposto por ANTONIO FLÁVIO SANTOS DA SILVA, contra sentença de ID 20495249, proferida pelo MM. Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Ubatã/BA, que o condenou à pena de 10 (dez) anos e 01 (um) mês de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, em razão da prática dos delitos tipificados no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/06 (tráfico de drogas) e art. 180 do Código Penal (receptação). Isto sucede porque, segundo narra a exordial acusatória de ID 20495190: “[...] No dia 24/02/2019, por volta de 10 horas, na 12 Travessa São José, s/n, Bairro São Raimundo, Ubatã/BA o ora denunciando mantinha em depósito drogas ilícitas visando a comercialização em desacordo com a legislação pátria além de possuir objetos ciente de sua origem ilícita. Consta do incluso Inquérito Policial que o Sr. Maurílio de Jesus apresentou seu filho Mateus Tiago Silva de Jesus à Delegacia de Polícia local informando que estaria envolvido na prática de roubos de aparelhos de telefone celular ocorridos no dia 23 de fevereiro de 2019. Mateus em seu interrogatório confessou a prática dos ilícitos juntamente com Erisvan Paixão da Silva e o adolescente Yuri Felipe da Silva Neri (apurados em inquérito policial diverso) e informou que havia realizado a troca dos aparelhos de telefone celular apreendidos em drogas ilícitas (5 porções de maconha e 5 porções de cocaína) com o traficante e ora denunciado [...]” Ultimada a instrução processual, sobreveio a sentença hostilizada. Em suas razões recursais, ID 20495270, o Apelante sustenta, preliminarmente, a ilegalidade de sua prisão em flagrante. No mérito, pleiteia a sua absolvição, em face da fragilidade probatória. Subsidiariamente, requer que o crime de tráfico de drogas seja desclassificado para o delito de porte de drogas para consumo pessoal. Caso não haja a desclassificação, solicita o redimensionamento da pena para o mínimo legal e o reconhecimento do tráfico de drogas na modalidade privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06). Ademais, solicita o direito de recorrer em liberdade, bem como os benefícios da Gratuidade Judiciária. Em sede de contrarrazões, ID 20495274, a Promotoria de Justiça pugna pela manutenção incólume da sentença. No mesmo sentido, ao subirem os autos a esta instância ad quem, a Douta Procuradoria de Justiça apresentou parecer testilhado no ID 31473677, opinando pelo conhecimento e improvemento do Apelo. Estando os autos prontos para julgamento, vieram-me conclusos. É o breve relatório. Salvador/BA, 21 de março de 2023. Des. Jefferson Alves de Assis – 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000077-14.2019.8.05.0265 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: ANTONIO FLAVIO SANTOS DA SILVA Advogado (s): WAGNER SOUZA SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Preenchidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço a presente Apelação e passo ao seu exame. I –Preliminar de ilegalidade da prisão em flagrante. Rejeição.

Existência de fundadas razões que legitimaram o ingresso dos policiais no domicílio do Apelante. Licitude das provas produzidas pela acusação De início, cumpre salientar que não se vislumbra qualquer ilegalidade na apreensão das drogas na residência do Apelante. É cediço que a garantia constitucional de inviolabilidade de domicílio é excepcionada nos casos de flagrante delito, não se exigindo, em tal hipótese, mandado judicial ou autorização do morador para que os policiais possam ingressar na residência. Nesse sentido, segue o enunciado do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal de 1988: Art. 5º. [...] IX – A casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial; In casu, o contexto fático justificou a entrada dos policiais na residência do Apelante, pois receberam declarações formais, na Delegacia, que o Apelante comercializava drogas no local e, inclusive, teria trocado aparelhos celulares por entorpecentes. Assim, existiram fundadas razões para que os agentes de segurança pública adentrassem na residência. Ademais, o delito de tráfico de drogas tem natureza permanente, sendo assim, a sua consumação se protraí no tempo. Logo, o flagrante pode ocorrer a qualquer momento, sem que seja exigido o mandado de busca e apreensão para o ingresso dos policiais no local onde há fortes suspeitas de que os entorpecentes estão armazenados, como ocorreu no presente feito. Nessa linha intelectual, segue aresto do Superior Tribunal de Justiça: AGRADO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PRISÃO PREVENTIVA. TRÁFICO DE DROGAS (4,9 KG DE MACONHA). GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. ALEGAÇÕES DE AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE MATERIALIDADE E AUSÊNCIA SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. MATÉRIAS NÃO ANALISADAS PELA CORTE ESTADUAL. INDEVIDA SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NÃO CONHECIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO. RISCO DE ESTADO DE LIBERDADE DO PACIENTE PARA A ORDEM PÚBLICA. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. POSSIBILIDADE. ALEGAÇÃO DE INDEVIDA INVASÃO DE DOMICÍLIO. SITUAÇÃO DE URGÊNCIA. OCORRÊNCIA. POSSIBILIDADE. JUSTA CAUSA EVIDENCIADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA. 1. No caso, não se conhece das alegações de ausência de indícios de materialidade e ausência situação de flagrância, porque não foram analisadas pela Corte local. Isso porque não cabe habeas corpus para tratar de questão que não foi objeto de análise pelo Tribunal a quo, sob pena de indevida supressão de instância (AgRg no HC n. 620.167/PI, Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe 29/4/2021). 2. Deve ser mantida a decisão na qual se indefere liminarmente a impetração quando não evidenciado o constrangimento ilegal alegado na inicial, em especial quando as instâncias ordinárias apresentaram fundamentação suficiente para manutenção do acautelamento preventivo. 3. Hipótese na qual o decreto preventivo evidenciou prova da existência do delito, indícios suficientes de autoria, contemporaneidade da necessidade da medida, pois se trata de acautelamento provisório decretado a partir de prisão em flagrante delito, e o receio de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado à ordem pública, ressaltando a quantidade de entorpecente apreendido: cerca de cinco quilos (fl. 118). 4. Finalmente, configurada justa causa para incursão policial em domicílio sem de mandado judicial, pois fundada em diligência policial preliminar que apontou a ocorrência do delito. Precedente. 5. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 762.495/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 12/12/2022, DJe de 14/12/2022.) Assim, inexistente motivo para declarar a nulidade da prisão em flagrante ou de qualquer prova isolada. I – Pedido absolutório. Inviabilidade. Justa causa delitivas comprovada Igualmente,

não prospera o pedido absolutório. Com efeito, as materialidades dos crimes restam demonstradas por meio dos Autos de Prisão em Flagrante de ID 20495191– pag. 2; Autos de Exibição e Apreensão de ID 20495191– pág. 6; e Laudo de Exame Pericial de ID 20495206– pag. 1 a 3. Por sua vez, a autoria delitiva evidencia-se nos depoimentos testemunhais dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante, colhidos em ambas as fases da persecução criminal, ID 20495234– págs. 1 e 2 e ID 20495242, bem como pelas declarações prestadas por Mateus Tiago Silva de Jesus, que assumiu ter furtado aparelhos celulares e trocado estes produtos por drogas na residência do Apelante. A propósito, seguem esclarecedores trechos das aludidas provas orais: “Que é agente municipal; que no dia anterior a prisão do acusado havia ocorrido alguns roubos na cidade; que um senhor foi até a Delegacia e a apresentou seu filho como responsável pelo roubo; que a o filho do senhor era a pessoa era Mateus, que o mesmo disse que trocou esses celulares por drogas com Antônio; que foram até a rua de Antônio e Mateus indicou onde seria a casa; que na casa do acusado tem um campo de visão da frente até o fundo; que viu o acusado dispensar algo no fundo; que o investigador foi lá no fundo e achou a droga; que foi uma sacola com uma boa quantidade de droga; que a maior parte era maconha; que foi encontrado dois ou três aparelhos; que já conhecia a pessoa de Antônio porque ele já havia sido preso antes (...).” [Trecho do depoimento da testemunha Wesli Santos Souza] “Que chegou um senhor chamado Maurilio e seu filho Mateus dizendo que tinha que estava sendo ameaçado por ter furtado aparelho celular na noite anterior; que Mateus assumiu o furto dos celulares com Iuri e que tinha trocado esses celulares por droga com a pessoa de Antônio; que Mateus levou eles até o lugar da casa; que ao chegarem na porta da casa viram Antônio partir para o quintal e dispensou algo; que viram o acusado dispensar algo no fundo; que o acusado disse que tinha dispensado uma bituca de cigarro; que foi ao quintal e encontrou um pacote de drogas (...); que tinha aparelho celular dentro do quarto (...).” [Trecho do depoimento da testemunha Itamar Amorim de Santana] “Que na mesma data pela manhã estiveram em sua fazenda dois indivíduos em uma moto Boros vermelha acusando seu filho de ter roubado vários celulares nesta cidade, fato que aconteceram no final de semana, ou seja sábado à noite; Que o depoente acompanhado dos agentes Públicos CLAUDIO e UESLEI passaram a questionar MATEUS sobre tais roubos que aconteceram e que o mesmo confessou que ele na companhia de ELIZON (oi conduzido) e IURE de fato haviam praticado roubos.e que dois dos celulares) roubados no centro da cidade ele havia trocado por três papелotes de cocaína e três papелotes de maconha na mão do traficante chamado BEL, o qual mora noBairro Júlio Aderne, próximo a construção de Edson Neves e que alegou ainda que outro aparelho celular trocou por droga no camamuzinho, no local próximo ao posto de saúde, num local onde estava vários traficante, não sabendo dizer citar nomes (...).” [Trecho das declarações de MATEUS TIAGO SILVA DE JESUS] Nesse ponto, importante frisar que o entendimento jurisprudencial é consolidado no sentido de atribuir eficácia probatória aos depoimentos prestados por agentes de segurança pública. Para tanto, basta que haja coerência nas narrativas, os depoimentos sejam submetidos ao contraditório e ampla defesa, bem como inexistam indícios que ponham em dúvida a imparcialidade e credibilidade dos milicianos. Nessa trilha, o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE VERIFICADAS. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. VALIDADE DA PROVA. 1. A Corte de origem asseverou que os depoimentos prestados pelos agentes da

lei, tanto em solo policial quanto em Juízo, restaram coerentes e verossímeis, no sentido de que tiveram notícia da prática de tráfico de drogas no bairro Tamandaré, já conhecido nos meios policiais como ponto de venda de entorpecentes, "tendo o denunciante, ainda, fornecido uma descrição das vestimentas dos criminosos e que ambos eram jovens, bem como indicado o local onde os narcóticos eram acondicionados". 2. Ademais, "Diego teria dispensado quatro porções de maconha quando percebeu a chegada da Polícia Militar" e que "O restante das drogas estava escondido em um barranco, onde foram encontradas, no meio do mato, 21 porções de maconha embaladas de forma análoga àquela atribuída a Diego". 3. Com efeito, "o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova"(AgRg no HC 672.359/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/6/2021). 4. Ademais, adotar-se conclusão diversa daquela trazida pelo Tribunal de origem demandaria necessário revolvimento fático-probatório, providência incompatível com a estreiteza procedimental do writ. 5. Agravo improvido. (AgRg no HC n. 751.416/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 25/11/2022.) Como se observa, diferente do que está sendo sustentado pela defesa, há lastro probatório robusto e suficiente para consubstanciar a condenação do Apelante. Mesmo porque, embora o Apelante negue a comercialização, o tipo penal previsto no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/06, não só incrimina quem "vende" drogas, mas também quem pratica qualquer uma das 17 (dezesete) outras condutas, dentre as quais, a de "possuir" e "guardar". Para que não restem dúvidas, segue a dicção da norma em comento: 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. Por todo o exposto, não há como acolher a pretensão recursal absolutória. III – Pleito para desclassificar a conduta de tráfico de drogas para o crime de porte de drogas para consumo pessoal. Inviabilidade. Evidência do narcotráfico Ademais, não prospera a pretensão subsidiária de desclassificação da conduta de tráfico de drogas para o crime de porte de drogas para consumo pessoal. Afinal, as circunstâncias sociais e pessoais do Apelante são desfavoráveis, ao passo que é uma pessoa conhecida na região como traficante e possui maus antecedentes. Tais fatores denotam que a finalidade do entorpecente apreendido na posse do Apelante era realmente a comercialização, e não o consumo, nos termos do art. 28, § 2o, da Lei nº. 11.343/06, que assim dispõe: 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. Ademais, ainda que o Apelante seja usuário (como a defesa alega), isso não o impede de comercializar a substância proscrita. Decerto, é notoriamente comum os usuários se valerem da venda dos entorpecentes para conseguirem sustentar o seu vício. Destarte, não basta a genérica alegação da condição de usuário para que seja afastada a imputação do crime de tráfico de drogas. No caso sub oculi, a defesa não logrou êxito em comprovar que a substância

proscritaefetivamente se destinava ao consumo pessoal do Apelante. Ao contrário, oselementos probatórios permitem a condenação pelo crime tipificado no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/06, como foi feito na sentença. Sendo assim, estando devidamente comprovada a materialidade e autoria delitiva para o crime de tráfico de drogas, não há como proceder adesclassificação perquirida. IV–Pedido para remanejar a pena–base para o mínimo legal. Inviabilidade. Exasperação idônea e razoável Ainda, não merece reparo a primeira fase do cálculo dosimétrico, afinal a pena–base do crime de tráfico de drogas foi devidamente exasperada em 01 (um) ano e 03 (três) meses de reclusão em virtude do Apelante possuir maus antecedentes. Em seguida, a reprimenda foi aumentada em 01 (um) ano e 08 (oito) meses devido a reincidência, tornando–a definitiva em 07 (sete) anos e 11 (onze) meses de reclusão. De igual modo, em razão dos maus antecedentes e da reincidência, a pena do crime de receptação foi exasperada para 01 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão. Em face do concurso material de delitos, as aludidas reprimendas foram unificadas em 10 (dez) anos e 01 (um) mês de reclusão. Como se observa, inexistente excesso no cálculo dosimétrico que demande a intervenção por este Juízo ad quem. V–Pedido para aplicara causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas (tráfico privilegiado). Não preenchimento dos requisitos exigidos, pois o Apelante é reincidente e possui maus antecedentes A seu turno, não merece acolhimento o pleito recursal para aplicar o redutor concernente ao tráfico privilegiado, pois o Apelante é reincidente e possuidor de maus antecedentes, não preenchendo, assim, os requisitos exigidos pelo art. 33, § 4o, da Lei Antidrogas, cujo enunciado assim dispõe: Art. 33. Omissis. [...] § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça dispõe: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. FUNDADAS RAZÕES PARA INGRESSO POLICIAL. AUTORIZAÇÃO. DOSIMETRIA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RÉU REINCIDENTE. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. 1. Não há falar em invasão ilegal de domicílio, tendo em vista que a entrada dos agentes públicos foi autorizada pela proprietária do imóvel, que confirmou o fato em juízo. 2. A pena base foi fixada em 6 (seis) anos de reclusão, tendo em vista o tipo de droga e sua capacidade nociva, o comportamento reprovável do apenado, que tentou inverter os fatos imputando a conduta criminosa aos policiais, bem como pelo fato de ter cometido o crime estando em livramento condicional em razão de outro crime. 3. A utilização da agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena (art. 61, I – CP) não impede que seja utilizada na terceira, para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º – Lei 11.343/2006). Trata-se de situação processual utilizada com finalidades diversas e com expressas previsões legais. Precedentes. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 662.329/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 8/3/2022, DJe de 11/3/2022.) Mister salientar, por oportuno, que a situação vertente diverge da tratada pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede do REsp 1977027/PR, com repercussão geral reconhecida, que deu ensejo ao Tema 1139, cuja tese foi firmada no sentido de que “é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4o, da Lei nº 11.343/03”. A propósito, a causa de diminuição de pena

está sendo afastada, neste feito, diante da existência de sentenças penais transitadas em julgado em desfavor do Apelante. VI – Pedido de concessão do benefício da Gratuidade Judiciária. Matéria a ser analisada pelo Juízo da Vara de Execução Penal Cumpre destacar que o pedido de concessão do benefício pertinente à assistência judiciária gratuita deverá ser apreciado pelo Juízo da Vara de Execução Penal, e não por esta Corte Estadual de Justiça. Decerto, é durante a execução da pena que o magistrado conseguirá averiguar se o Apelante, naquele momento, tem ou não condições econômicas de arcar com as custas processuais. No mesmo entendimento, o Superior Tribunal de Justiça: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO EXCLUSIVA DA DEFESA. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO. REFAZIMENTO DA DOSIMETRIA COM INOVAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO. MANUTENÇÃO DAS BALIZAS DA PENA ANTERIORMENTE FIXADA. REFORMATIO IN PEJUS INDIRETA. NÃO OCORRÊNCIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. "Não há impedimento de que, sem agravamento da situação penal do réu, o Tribunal, a quem se devolveu o conhecimento da causa por força de recurso exclusivo da defesa, possa emitir sua própria e mais apurada fundamentação sobre as questões jurídicas ampla e dialeticamente debatidas no juízo a quo, objeto da sentença impugnada" (HC n. 302.488/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 20/11/2014, DJe 11/12/2014). 2. O alegado estado de miserabilidade jurídica do réu, a fim de viabilizar isenção de qualquer consectário legal como, por exemplo, as custas processuais, deve ser aferido no juízo da execução. Precedentes. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1242830/AM, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 14/09/2018) Nessa envergadura, se for o caso, o pleito deverá ser formulado, oportunamente, pela defesa perante o Juízo da Vara de Execução Penal, por ser este o competente para apreciá-lo. VII – Pedido de revogação da prisão preventiva. Inviabilidade. Decretação mediante decisão fundamentada e permanência da necessidade de salvaguardar a ordem pública Por fim, deve ser afastado o pedido de revogação da prisão preventiva. Deveras, a periculosidade do Recorrente é incontestada, haja vista que possui outras condenações penais definitivas e, mesmo assim, praticou este delito de tráfico de drogas, demonstrando que tem a personalidade voltada para a criminalidade e o total desrespeito às leis. Assim, existem elementos idôneos que justificam a manutenção da segregação cautelar para salvaguardar a ordem pública, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, in verbis: Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Pelo escandido, inexistente ilegalidade ou equívoco a ser reparado na sentença obliterada. VIII – Dispositivo Ex positis, voto pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO do Recurso de Apelação. Salvador/BA, de de 2023. Des. Jefferson Alves de Assis – 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator