

Documento:675730 Poder Judiciário JUSTIÇA ESTADUAL Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins GAB. DA DESA. JACQUELINE ADORNO Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº 0002494-73.2021.8.27.2716/TO PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0002494-73.2021.8.27.2716/TO RELATORA: Desembargadora JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA APELANTE: DANILO CARDOSO RODRIGUES (RÉU) ADVOGADO: ONIVALDO SOARES CARDOSO (OAB T0009177) APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR) VOTO EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRELIMINAR – NULIDADE DA BUSCA PESSOAL – INOCORRÊNCIA – BUSCA PESSOAL REALIZADA CONFORME O DISPOSTO NOS ARTIGOS 240, § 2º E 244 TODOS DO CPP –PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – ABSOLVIÇÃO E/OU DESCLASSIFICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – DOLO EVIDENCIADO – APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 – VIABILIDADE – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – TEMA REPETITIVO Nº 1139 DO STJ – PENA BASE JÁ FIXADA NO MÍNIMO LEGAL – SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS – POSSIBILIDADE – DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE JÁ CONCEDIDO NA SENTENÇA ATACADA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1 – A busca pessoal é disciplinada pelo CPP, tratando-se de meio de prova a ser realizada quando existir fundada suspeita de ocultação de objetos relacionados à prática de crimes, caso em que independe de mandado. 2 – No caso sub judice, comprovou-se que Policiais Militares, em patrulhamento de rotina, procederam a abordagem dos indivíduos W. D. R. e G. A. R. e não do acusado, uma vez que aqueles estavam na porta da residência do apelante para aquisição de drogas. 3 – Em juízo, os castrenses justificaram suas ações, inclusive o posterior ingresso na residência do acusado, com autorização da moradora lá existente, logrando êxito em apreender as substâncias entorpecentes narradas na inicial. 4 – Além disso, não há qualquer elemento nos autos que demonstre que o procedimento adotado foi abusivo, pelo contrário, foi realizado de forma adequada e revestida de legalidade, motivo pelo qual não há nulidade. Preliminar rejeitada. 5 – A materialidade do delito de tráfico está devidamente comprovada pela prisão em flagrante do apelante, bem como pelo laudo pericial toxicológico acostado, apresentando resultado positivo para as substâncias entorpecentes narradas na inicial. 6 – A autoria também é certa. O acusado foi preso em flagrante delito e os depoimentos dos policiais militares que participaram das diligências não deixam dúvidas de que o acusado é traficante de drogas, bem como que as substâncias entorpecentes com ele encontradas eram destinadas a comercialização. 7 – Os policiais militares, ao serem ouvidos na fase judicial, afirmaram que participaram das diligências que culminaram na prisão do acusado. Confirmaram a apreensão das substâncias entorpecentes narradas na inicial, não deixando dúvidas de que as mesmas eram destinadas a comercialização. Inclusive salientaram que abordaram usuários prontos para aquisição de entorpecentes. Finalizaram informando que o acusado é contumaz na prática de tráfico de drogas naquela região do Tocantins. 8 – A palavra firme e coesa dos agentes policiais, em especial quando confirmadas em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, fornecem o substrato ao decreto condenatório. Precedente. 9 – As provas dos autos demonstram de forma clara e inconteste, a autoria e materialidade do crime inculcado do artigo 33, da Lei 11.343/06, principalmente por tratar-se de delito de ação múltipla, ante a qual basta a simples adequação da ação a uma das condutas descritas no tipo penal primário. 10 – Na terceira fase de aplicação da pena, busca a defesa a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da

Lei 11.343/06, aduzindo a presença dos requisitos autorizadores. Com razão. 11 – O Magistrado sentenciante, ao negar o mencionado benefício legal, fundamentou na existência de ação penal em desfavor do acusado, o que é vedado pela jurisprudência pátria, inclusive em tema repetitivo nº 1139, do Superior Tribunal de Justiça: “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06”. Precedente. 12 – De rigor a concessão ao apelante do privilégio descrito no § 4º do artigo 33, do Lei 11.343/06; 13 – Direito de recorrer em liberdade já concedido na sentença atacada. 14 – Recurso conhecido e parcialmente provido. V O T O Conforme já relatado, trata-se de recurso de APELAÇÃO CRIMINAL interposto por DANILO CARDOSO RODRIGUES contra sentença1 que o condenou a pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, em regime semiaberto. O recurso é próprio e tempestivo, razão pela qual se impõe o seu conhecimento. O Ministério Público do Estado do Tocantins ofereceu denúncia2 contra o nacional Danilo Cardoso Rodrigues, imputando-lhe a prática do crime descrito no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06. Após regular instrução penal, na sentença, ora recorrida, o MM. Juiz entendeu por bem julgar procedente o pedido para condenar o acusado Danilo Cardoso Rodrigues pela prática do crime descrito na inicial. Inconformado com a referida decisão, o acusado ingressou com apelo, requerendo, nas razões3 recursais, em sede de preliminar, a nulidade da busca pessoal realizada. Para tanto, aduz que a busca pessoal foi arbitrária e ilegítima, face à ausência de qualquer motivo concreto e razoável para sua validade. No mérito, pugna pela absolvição do delito de tráfico, por ausência de provas de sua configuração ou pela desclassificação dos fatos para uso. Subsidiariamente, postula o reconhecimento do privilégio previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a fixação da pena base no mínimo legal, a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, bem como a possibilidade de apelar em liberdade. Assim sendo passo a análise do apelo. Da preliminar. Em sede de preliminar, a defesa do réu Danilo alega, inicialmente, a nulidade da busca pessoal realizada sem sua autorização. Contudo, razão não lhe assiste. A busca pessoal é disciplinada pelo CPP, tratando-se de meio de prova a ser realizada quando existir fundada suspeita de ocultação de objetos relacionados à prática de crimes, caso em que independe de mandado, senão vejamos: Art. 240 § 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior. 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. No caso sub judice, comprovou-se que Policiais Militares, em patrulhamento de rotina, procederam a abordagem dos indivíduos Willian Dias Ramos e Gabriel Alves Rodrigues e não do acusado, uma vez que aqueles estavam na porta da residência de Danilo para aquisição de drogas. Em juízo, os castrenses justificaram suas ações, inclusive o posterior ingresso na residência do acusado, com autorização da moradora lá existente, logrando êxito em apreender as substâncias entorpecentes narradas na inicial. Além disso, não há qualquer elemento nos autos que demonstre que o procedimento adotado foi abusivo, pelo contrário, foi realizado de forma adequada e revestida de legalidade, motivo pelo qual não há nulidade. Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL E RESIDENCIAL. PROVAS LÍCITAS. CIRCUNSTÂNCIAS QUE JUSTIFICAM A ADOÇÃO DA MEDIDA INVASIVA. FUNDADAS RAZÕES DEMONSTRADAS (JUSTA CAUSA). CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INVIABILIDADE EM HABEAS CORPUS. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL 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. II – O paciente estava na condução de motocicleta e, ao avistar os policiais, empreendeu fuga e foi perseguido. Os policiais constataram que a motocicleta era objeto de furto e com o paciente encontraram drogas. Posteriormente, ingressaram na residência e encontraram mais entorpecentes. Esses motivos configuram a exigência capitulada no art. 204, § 1º, do CPP, a saber, a demonstração de fundadas razões para a busca domiciliar, não subsistindo os argumentos de ilegalidade da prova ou de desrespeito ao direito à inviolabilidade de domicílio. III – Esse entendimento está em consonância com a jurisprudência do STJ de que o ingresso regular em domicílio alheio, na linha de inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência – cuja urgência em sua cessação demande ação imediata – é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio" (HC n. 598.051/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 15/3/2021). IV – A orientação acima atende aos pressupostos estabelecidos no Tema n. 280, submetido pelo STF ao regime de repercussão geral no RE n. 603.616/R0, em que ficou definido que "a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori" (RE n. 603.616/R0, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 8/10/2010). Portanto, realizado o controle judicial do ato, ainda que posteriormente, não há falar, de plano, em ilicitude das provas produzidas. V – Registre-se também que o momento processual da ação penal originária – julgada a apelação criminal – inviabiliza a análise da tese defensiva em toda a sua extensão, visto que há nítida necessidade de dilação probatória, situação não permitida no rito especial do habeas corpus. Nesse sentido, os seguintes precedentes do STJ: HC n. 431.708/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 30/5/2018; AgRg no HC n. 681.870/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 20/9/2021; e AgRg no RHC n. 146.915/RJ, Sexta Turma, Rel. Min. Olindo Menezes, DJe de 31/8/2021. VI – A toda evidência, o decisum agravado, ao confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício. Agravo regimental desprovido."4 Desta forma, rejeito a preliminar alegada. No mérito, a defesa ataca o delito de tráfico narrado na exordial, afirmando que as provas colhidas não fornecem substrato probatório válido para a condenação do apelante, postulando a sua absolvição ou a desclassificação para uso de drogas. Não assiste razão a Douta Defesa. Narrou a exordial acusatória que: "(...) Consta nos inclusos autos de Inquérito Policial que no dia 20/10/2021, por volta das 18h00min, na Avenida Herculano Rodrigues, Setor Bela Vista, município de Dianópolis/

TO, o DENUNCIADO vendeu, teve em depósito e trouxe consigo drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar Segundo restou apurado, nas circunstâncias de tempo e local acima descritas, o DENUNCIADO foi abordado por policiais militares em frente a sua residência, quando comercializava entorpecentes a Gabriel Alves Rodrigues e Wiliam Dias Ramos. Após franqueada a entrada pelo DENUNCIADO em sua morada, foram localizadas 17,1g (dezesete gramas e uma decigrama) de substância entorpecente denominada cocaína, dividida em 1 (uma) porção pétrea maior e 16 (dezesseis) porções menores, bem como 50 (cinquenta) unidades de sacos plásticos para embalagens. A materialidade delitiva e os indícios de autoria estão demonstrados nos autos do inquérito policial em epígrafe pelo Laudo de Exame Químico Preliminar de Substância (ev. 8\_LAUD01), pelo Laudo de Vistoria, Constatação e Avaliação de Danos em Objetos (ev. 38\_LAU1) e pelos depoimentos das testemunhas (ev. 7)." A materialidade do delito de tráfico está devidamente comprovada pela prisão em flagrante do apelante, bem como pelo laudo pericial toxicológico acostado, apresentando resultado positivo para as substâncias entorpecentes narradas na inicial. A autoria também é certa. O acusado foi preso em flagrante delito e os depoimentos dos policiais militares que participaram das diligências não deixam dúvidas de que o acusado é traficante de drogas, bem como que as substâncias entorpecentes com ele encontradas eram destinadas a comercialização. Jeneses Pereira Cardoso e Emílio Nunes Bezerra, ao serem ouvidos na fase judicial, afirmaram que participaram das diligências que culminaram na prisão do acusado. Confirmaram a apreensão das substâncias entorpecentes narradas na inicial, não deixando dúvidas de que as mesmas eram destinadas a comercialização. Inclusive salientaram que abordaram usuários prontos para aquisição de entorpecentes. Finalizaram informando que o acusado é contumaz na prática de tráfico de drogas naquela região do Tocantins. A palavra firme e coesa dos agentes policiais, em especial quando confirmadas em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, fornecem o substrato ao decreto condenatório. Nesse sentido: "“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. OFENSA AO PRINCÍPIO DE INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO. TEMA NÃO DEBATIDO NA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. NULIDADE. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA EM DEPOIMENTO POLICIAL. PROVA IDÔNEA. COMÉRCIO EFETIVO. PRESCINDIBILIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUÇÃO EM 1/3. NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE INEXPRESSIVA. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício. 2. O pleito referente à ofensa ao princípio de inviolabilidade do domicílio não foi objeto de exame no acórdão impugnado, o que impede seu conhecimento, diretamente, por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. 3. A pretensão de absolvição do delito do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 por insuficiência de provas não pode ser apreciada por este Tribunal Superior, na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos (Precedente). 4. Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em

flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade. 5.(...) 9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa.”5(grifo nosso). PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. No que tange ao pleito de desclassificação da conduta para o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, o acórdão combatido, ao manter a condenação pelo tráfico de drogas, consignou que o conjunto probatório aponta para a prática do crime, não somente em razão das substâncias apreendidas (porções fracionadas de maconha, com peso de 55 g), mas também diante da prova testemunhal e circunstâncias da apreensão. 2. Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela desclassificação do crime de tráfico de drogas para o do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ. 3. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido.”6 (grifo nosso). Como bem ressaltou o magistrado sentenciante: “(...) Ressalte-se que o depoimento de policiais é meio idôneo para a formação do édito condenatório, principalmente se em harmonia com as demais provas dos autos. Logo, não há que se falar em fragilidade do conjunto probatório, o que inviabiliza a aplicação do brocardo in dubio pro reo e, consequentemente, a absolvição sob este fundamento. A materialidade delitiva restou devidamente comprovada ante o Auto de Prisão em Flagrante ( IP nº 0002132-71.2021.8.27.2716 – evento 01); Auto de Exibição e Apreensão (IP – evento 01 – anexo P FLAGRANTE 3 – fls. 7); Exame Cautelar (IP – evento 01 – anexo P FLAGRANTE3 – fls. 19); depoimento das testemunhas e as demais provas colhidas na fase inquisitorial e judicial, que atestaram que o acusado tinha em depósito 17,1 gramas de cocaína e vários saquinhos usados para embalar drogas e uma lâmina. É crível mencionar que o Laudo Definitivo de Exame Pericial de Constatação de Substância (ev. 51 do IP nº 0002132-71.2021.8.27.2716) atestou que a droga periciada estava em parte compactada e em parte pulverizada, o que corrobora o atestado pelos policiais militares, no sentido de que o Acusado foi flagrado enquanto “cortava” a cocaína e a distribuía em embalagens plásticas. Ademais, o Laudo Pericial e o Auto de Exibição e Apreensão corroboram que parte da droga foi encontrada já dividida em 16 (dezesesseis) porções, além da apreensão de 50 (cinquenta) unidades de sacos plásticos para a embalagem da substância entorpecente. Com efeito, mesmo diante da negativa de traficância do acusado, as provas são firmes ao apontar que o mesmo tinha em sua residência, substância entorpecente e embalagens para venda. Em relação a alegação do réu ser apenas usuário, como denota-se do art. 28, § 2º, da Lei em comento, a situação de usuário é auferida pela natureza da droga, condições em que se desenvolveu a ação e circunstâncias pessoais do acusado. Dessa maneira, esta não deve

prosperar, pois conforme bem revelou as testemunhas, não foram encontrados objetos que denotem somente situação de uso. No mesmo sentido, o acusado é conhecido pelo tráfico de drogas e foi apreendida quantia de dinheiro no valor de R\$ 50,00 (cinquenta reais), demonstrando que o mesmo é envolvido com a mercancia de drogas (...). Assim, as provas dos autos demonstram de forma clara e inconteste, a autoria e materialidade do crime insculpido do artigo 33, da Lei 11.343/06, principalmente por tratar-se de delito de ação múltipla, ante a qual basta a simples adequação da ação a uma das condutas descritas no tipo penal primário. Na terceira fase de aplicação da pena, busca a defesa a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, aduzindo a presença dos requisitos autorizadores. Com razão. Isto porque, o Magistrado sentenciante, ao negar o mencionado benefício legal, fundamentou na existência de ação penal em desfavor do acusado, o que é vedado pela jurisprudência pátria, inclusive em Tema Repetitivo nº 1139, do Superior Tribunal de Justiça: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06." "RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais. 2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso. 3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza. 4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena. 5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles. 6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito

dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante. 7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis. 8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto. 9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para fins penalógicos. 10. Não se deve confundir a vedação à proteção insuficiente com uma complacência diante da atuação insuficiente dos órgãos de persecução penal. É certo que não podem ser criados obstáculos injustificáveis à atuação do Estado na defesa dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada, todavia isso não legitima a dispensa do cumprimento dos ônus processuais pelos órgãos de persecução penal, não autoriza a atuação fora da legalidade e não ampara a vulneração de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir provas concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice. 11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma "análise de contexto" para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, não há que se recorrer a inquéritos e/ou ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e ações penais em curso na tentativa de demonstrar a dedicação criminosa, é porque os demais elementos de prova são insuficientes, sendo necessário formular a ilação de que o Acusado "não é tão inocente assim", o que não se admite em nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a ilicitude do fundamento, que decorre do raciocínio presuntivo contra o Réu que ele encerra, não se altera em face de outros elementos dos autos. 12. Para os fins do art.

927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06". A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017). 13. Recurso especial provido."7 (grifo nosso). Assim sendo, de rigor a concessão ao apelante do privilégio descrito no § 4º do artigo 33, do Lei 11.343/06. Nova dosimetria da pena. Pena base já fixada no mínimo legal e mantida na segunda fase de aplicação da pena. Na terceira fase, não há causas de aumento, contudo, aplicável a causa de diminuição do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06. Assim, reduzo a reprimenda na fração de 2/3 (dois terços), concretizando a reprimenda do apelado em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, mais pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias multa, à razão mínima. Quanto ao regime prisional, fixo o aberto, vez que atendidos os requisitos do art. 33, § 2º, 'c' e § 3º do Código Penal, quais sejam, não reincidência e pena inferior a quatro anos. Observo, ainda, que o réu faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos: a pena é inferior a quatro anos, o delito não foi perpetrado com violência ou grave ameaça à pessoa, o acusado é primário e suas circunstâncias judiciais são integralmente favoráveis, consoante artigo 44 do Código Penal. Assim, substituo a reprimenda por duas restritivas de direitos, quais sejam: prestação pecuniária no valor de um salário mínimo vigente à época dos fatos e prestação de serviços à comunidade, cujos termos serão definidos pelo juízo de execução penal de Dianópolis/TO. Direito de recorrer em liberdade já concedido na sentença atacada. Ex positis, voto no sentido de conhecer do recurso por próprio e tempestivo, DANDO-LHE PARCIAL PROVIMENTO para, mantendo a sentença condenatória proferida da instância singela, reconhecer a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06, fixando a pena definitiva do acusado Danilo Cardoso Rodrigues em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, mais pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias multa, à razão mínima, em regime aberto, substituindo a primeira por duas restritivas de direitos, quais sejam: prestação pecuniária no valor de um salário mínimo vigente à época dos fatos e prestação de serviços à comunidade, cujos termos serão definidos pelo juízo de execução penal de Dianópolis/TO. Documento eletrônico assinado por JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA, Relatora, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 675730v5 e do código CRC 4f3dac9f. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA Data e Hora: 13/12/2022, às 14:56:34

1. E-PROC – SENT1 – evento 69– Autos nº 0002494–73.2021.827.2716. 2. E-PROC– DENÚNCIA1– evento1– Autos nº 0002494–73.2021.827.2716. 3. E-PROC – RAZAPELA1 – evento 85 – Autos nº 0002494–73.2021.827.2716. 4. AgRg no HC n. 764.556/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 11/10/2022, DJe de 19/10/2022. 5. HC 404.514/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/03/2018, DJe 12/03/2018. 6. AgRg no AREsp n. 2.096.763/TO, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma,



julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022. 7. REsp n. 1.977.180/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022. 0002494-73.2021.8.27.2716 675730 .V5 Documento:675732 Poder Judiciário JUSTIÇA ESTADUAL Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins GAB. DA DESA. JACQUELINE ADORNO Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº 0002494-73.2021.8.27.2716/T0 PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0002494-73.2021.8.27.2716/T0 RELATORA: Desembargadora JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA APELANTE: DANILO CARDOSO RODRIGUES (RÉU) ADVOGADO: ONIVALDO SOARES CARDOSO (OAB T0009177) APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR) EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRELIMINAR – NULIDADE DA BUSCA PESSOAL – INOCORRÊNCIA – BUSCA PESSOAL REALIZADA CONFORME O DISPOSTO NOS ARTIGOS 240, § 2º E 244 TODOS DO CPP –PRELIMINAR REJEITADA – MÉRITO – ABSOLVIÇÃO E/OU DESCLASSIFICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – DOLO EVIDENCIADO – APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 – VIABILIDADE – FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA – TEMA REPETITIVO Nº 1139 DO STJ – PENA BASE JÁ FIXADA NO MÍNIMO LEGAL – SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVAS DE DIREITOS – POSSIBILIDADE – DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE JÁ CONCEDIDO NA SENTENÇA ATACADA – RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1 – A busca pessoal é disciplinada pelo CPP, tratando-se de meio de prova a ser realizada quando existir fundada suspeita de ocultação de objetos relacionados à prática de crimes, caso em que independerá de mandado. 2 – No caso sub judice, comprovou-se que Policiais Militares, em patrulhamento de rotina, procederam a abordagem dos indivíduos W. D. R. e G. A. R. e não do acusado, uma vez que aqueles estavam na porta da residência do apelante para aquisição de drogas. 3 – Em juízo, os castrenses justificaram suas ações, inclusive o posterior ingresso na residência do acusado, com autorização da moradora lá existente, logrando êxito em apreender as substâncias entorpecentes narradas na inicial. 4 – Além disso, não há qualquer elemento nos autos que demonstre que o procedimento adotado foi abusivo, pelo contrário, foi realizado de forma adequada e revestida de legalidade, motivo pelo qual não há nulidade. Preliminar rejeitada. 5 – A materialidade do delito de tráfico está devidamente comprovada pela prisão em flagrante do apelante, bem como pelo laudo pericial toxicológico acostado, apresentando resultado positivo para as substâncias entorpecentes narradas na inicial. 6 – A autoria também é certa. O acusado foi preso em flagrante delito e os depoimentos dos policiais militares que participaram das diligências não deixam dúvidas de que o acusado é traficante de drogas, bem como que as substâncias entorpecentes com ele encontradas eram destinadas a comercialização. 7 – Os policiais militares, ao serem ouvidos na fase judicial, afirmaram que participaram das diligências que culminaram na prisão do acusado. Confirmaram a apreensão das substâncias entorpecentes narradas na inicial, não deixando dúvidas de que as mesmas eram destinadas a comercialização. Inclusive salientaram que abordaram usuários prontos para aquisição de entorpecentes. Finalizaram informando que o acusado é contumaz na prática de tráfico de drogas naquela região do Tocantins. 8 – A palavra firme e coesa dos agentes policiais, em especial quando confirmadas em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, fornecem o substrato ao decreto condenatório. Precedente. 9 – As provas dos autos demonstram de forma clara e inconteste, a autoria e materialidade do crime insculpido do artigo 33, da Lei 11.343/06, principalmente por tratar-se de delito de ação múltipla, ante a qual basta a simples adequação da ação a uma das

condutas descritas no tipo penal primário. 10 – Na terceira fase de aplicação da pena, busca a defesa a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, aduzindo a presença dos requisitos autorizadores. Com razão. 11 – O Magistrado sentenciante, ao negar o mencionado benefício legal, fundamentou na existência de ação penal em desfavor do acusado, o que é vedado pela jurisprudência pátria, inclusive em tema repetitivo nº 1139, do Superior Tribunal de Justiça: “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06”. Precedente. 12 – De rigor a concessão ao apelante do privilégio descrito no § 4º do artigo 33, do Lei 11.343/06; 13 – Direito de recorrer em liberdade já concedido na sentença atacada. 14 – Recurso conhecido e parcialmente provido. ACÓRDÃO A a Egrégia 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins decidiu, por unanimidade, conhecer do recurso por próprio e tempestivo, DANDO-LHE PARCIAL PROVIMENTO para, mantendo a sentença condenatória proferida da instância singela, reconhecer a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06, fixando a pena definitiva do acusado Danilo Cardoso Rodrigues em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, mais pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias multa, à razão mínima, em regime aberto, substituindo a primeira por duas restritivas de direitos, quais sejam: prestação pecuniária no valor de um salário mínimo vigente à época dos fatos e prestação de serviços à comunidade, cujos termos serão definidos pelo juízo de execução penal de Dianópolis/TO, nos termos do voto do (a) Relator (a). Palmas, 13 de dezembro de 2022. Documento eletrônico assinado por JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA, Relatora, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 675732v5 e do código CRC b44dc8. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA Data e Hora: 13/12/2022, às 16:12:57

0002494-73.2021.8.27.2716 675732 .V5 Documento:675729 Poder Judiciário JUSTIÇA ESTADUAL Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins GAB. DA DESA. JACQUELINE ADORNO Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº 0002494-73.2021.8.27.2716/TO PROCESSO ORIGINÁRIO: Nº 0002494-73.2021.8.27.2716/TO RELATORA: Desembargadora JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA APELANTE: DANILO CARDOSO RODRIGUES (RÉU) ADVOGADO: ONIVALDO SOARES CARDOSO (OAB TO009177) APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR) RELATÓRIO Trata-se de recurso de APELAÇÃO CRIMINAL interposto por DANILO CARDOSO RODRIGUES contra sentença<sup>1</sup>, proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dianópolis/TO, que o condenou a pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, em regime semiaberto. A acusação imputa nestes autos, em desfavor do acusado, a prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes, ocorrida no dia 20 de outubro de 2021, por volta das 18 horas, na Avenida Herculano Rodrigues, Setor Bela Vista, Dianópolis/TO. Inconformado com a referida decisão, o acusado ingressou com apelo, requerendo, nas razões<sup>2</sup> recursais, em sede de preliminar, a nulidade da busca pessoal realizada. Para tanto, aduz que a busca pessoal foi arbitrária e ilegítima, face à ausência de qualquer motivo concreto e razoável para sua validade. No mérito, pugna pela absolvição do delito de tráfico, por ausência de provas de sua

configuração ou pela desclassificação dos fatos para uso.

Subsidiariamente, postula o reconhecimento do privilégio previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, a fixação da pena base no mínimo legal, a conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, bem como a possibilidade de apelar em liberdade. O Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões<sup>3</sup>, pugnando pelo improvimento do apelo. Com vista ao Órgão de Cúpula Ministerial, o mesmo emitiu parecer<sup>4</sup>, manifestando-se pelo conhecimento e improvimento do apelo interposto pelo acusado. É o relatório. Nos termos do artigo 38, inciso III, alínea a, do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal de Justiça, À DOUTA REVISÃO. Documento eletrônico assinado por JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA, Relatora, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 675729v6 e do código CRC 68951f15. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA Data e Hora: 24/11/2022, às 12:8:50

1. E-PROC – SENT1 – evento 69– Autos nº

0002494–73.2021.827.2716. 2. E-PROC – RAZAPELA1 – evento 85 – Autos nº

0002494–73.2021.827.2716. 3. E-PROC – CONTRAZ1– evento 95 – Autos nº

0002494–73.2021.827.2716. 4. E-PROC – PARECMP1 – evento 07.

0002494–73.2021.8.27.2716 675729 .V6 Extrato de Ata Poder

Judiciário Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins EXTRATO DE ATA DA SESSÃO ORDINÁRIA DE 13/12/2022 Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº 0002494–73.2021.8.27.2716/T0 RELATORA: Desembargadora JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA REVISOR: Desembargador HELVECIO DE BRITO MAIA NETO PRESIDENTE: Desembargadora MAYSA VENDRAMINI ROSAL PROCURADOR (A): MARIA COTINHA BEZERRA PEREIRA APELANTE: DANILO CARDOSO RODRIGUES (RÉU) ADVOGADO: ONIVALDO SOARES CARDOSO (OAB TO009177)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR) Certifico que a 2ª CÂMARA CRIMINAL, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, proferiu a seguinte decisão: A 1ª TURMA JULGADORA DA 2ª CÂMARA CRIMINAL DECIDIU, POR UNANIMIDADE, CONHECER DO RECURSO POR PRÓPRIO E TEMPESTIVO, DANDO-LHE PARCIAL PROVIMENTO PARA, MANTENDO A SENTENÇA CONDENATÓRIA PROFERIDA DA INSTÂNCIA SINGELA, RECONHECER A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33, DA LEI 11.343/06, FIXANDO A PENA DEFINITIVA DO ACUSADO DANILO CARDOSO RODRIGUES EM 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO, MAIS PAGAMENTO DE 166 (CENTO E SESSENTA E SEIS) DIAS MULTA, À RAZÃO MÍNIMA, EM REGIME ABERTO, SUBSTITUINDO A PRIMEIRA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, QUAIS SEJAM: PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA NO VALOR DE UM SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE, CUJOS TERMOS SERÃO DEFINIDOS PELO JUÍZO DE EXECUÇÃO PENAL DE DIANÓPOLIS/TO. RELATORA DO ACÓRDÃO: Desembargadora JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA Votante: Desembargadora JACQUELINE ADORNO DE LA CRUZ BARBOSA Votante: Desembargador HELVECIO DE BRITO MAIA NETO Votante: Desembargadora MAYSA VENDRAMINI ROSAL MARIA SUELI DE SOUZA AMARAL CURY Secretária