

Tribunal de Justiça do Estado da Bahia Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma Apelação nº: 8000219–31.2022.8.05.0052 Origem do Processo: Vara Criminal da Comarca de Casa Nova/Ba Apelante: Jose Arimateia Lima Advogado: Osvaldo Jose Ribeiro Santos Nunes de Azevedo OAB/BA: 22.956 Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Thays Rabelo da Costa Procuradora de Justiça: Cleusa Boyda de Andrade Relator: Des. Mario Alberto Simões Hirs APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (COCAÍNA–380G). PRELIMINAR NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. NEGADA. SITUAÇÃO FLAGRANCIAL DEMONSTRADA (USUÁRIO DE NOME MIKAEL BAGAGI ABORDADO E FLAGRADO LOGO APÓS A COMPRA, COM CONFIRMAÇÃO EM DEPOIMENTO POLICIAL, MOTIVANDO A ENTRADA NO DOMICÍLIO). PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. REDUÇÃO PENA BASE. CONCEDIDA. AUMENTO DA BASILAR POR CONDENAÇÃO NÃO TRANSITADA EM JULGADO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. SÚMULA 444/STJ. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PROCESSO EM CURSO. CIRCUNSTÂNCIA QUE NÃO PERMITE AFERIR A DEDICAÇÃO DO ACUSADO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES STF E STJ. ALTERADO REGIME PARA ABERTO E CONVERTIDA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. RECURSO PROVIDO EM PARTE. Acórdão Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação nº 8000219–31.2022.8.05.0052, em que são partes as acima citadas. Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO PARCIAL ao apelo, nos termos do voto do relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 10 de Outubro de 2022. Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Jose Arimateia Lima, inconformado com a sentença proferida pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Casa Nova/BA, nos autos do processo nº. 8000219–31.2022.8.05.0052, que julgou procedente a denúncia oferecida pelo Ministério Público, imputando-lhe o crime do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, condenando-o em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 730 (setecentos e trinta) dias-multa, em regime inicial fechado. A fim de evitar desnecessária tautologia, adoto o relatório da sentença, como segue: “[...] JOSÉ ARIMATEIA LIMA, qualificado nos autos, foi denunciado como incurso nos art. 33, Caput, da Lei 11.343/2006 ( Lei de Drogas). Segundo a denúncia, Policiais Militares, após receberem notícia crime com fundadas suspeitas da prática de tráfico de drogas na região do bairro Topol, em Casa Nova/BA, deslocaram-se, no dia 01 de fevereiro de 2022, por volta das 17h, e, na Rua do Açúcar, nº 44, os agentes avistaram um nacional parado na frente da referida residência e, em virtude da atitude suspeita, decidiram abordá-lo, momento em que foi identificado como sendo Mikael Miranda Bagagi; ao ser efetuado busca pessoal, constatou-se que ele “trazia consigo”, dentro do seu bolso, 01 (um) papelote de cocaína envolto num saco plástico com uma estampa de Pablo Escobar. Ato continuo os agentes perguntaram sobre a aquisição da droga e ele respondeu que teria acabado de comprar o entorpecente na moradia na qual estava na frente. Informa ainda a denúncia que o portão da residência supramencionada foi aberto por uma pessoa, momento em que Mikael informou aos policiais que teria sido ela quem havia lhe vendido a droga, razão pela qual os policiais abordaram-no, identificando-o como sendo o acusado José Arimateia Lima. Por fim, aduz que em busca pessoal e domiciliar no referido imóvel, os agentes encontraram, dentro de uma panela de alumínio, em cima do guarda roupas, 16 (dezesesseis) papelotes de cocaína, que estavam dentro de um saco de geladinho; 197g (cento e noventa

e sete gramas) de pasta base; 169 (cento e sessenta e nove) papelotes de cocaína, em sacos plásticos com estampa de Pablo Escobar; R\$ 5.563,65 (cinco mil quinhentos e sessenta e três reais e sessenta e cinco centavos); 01 (uma) balança de precisão e 01 (um) caderno de contabilidade, sendo o acusado preso em flagrante. Inquérito policial nº 023/2022, acompanhado do auto de Prisão em Flagrante. Auto de Exibição e Apreensão às fls. 09 – Id 180338921. Laudo de constatação (provisório) da droga apreendida às fls. 11 – Id 180338921. Laudo de exame de lesões corporais do acusado (fls. 27 do Id 180338921). No Id 180341131 juntou-se cópia do Termo da Audiência de Custódia na qual foi convertida a prisão em flagrante em prisão preventiva (Id 180341131). O réu foi notificado no dia 07.03.2022 (Id 187417243). O acusado apresentou resposta à acusação, através de advogado habilitado, com rol de testemunhas (Id 189647309). Laudo de exame pericial definitivo da droga apreendida (id 189870056). A denúncia foi recebida em 06.04.2022 (Id 190420583). Certidão de antecedentes criminais do acusado emitido pela secretaria deste juízo, juntado no Id 193334769. Audiência de Instrução realizada em 05.05.2022, por videoconferência, onde foram ouvidas três testemunhas de acusação, tendo a representante do Ministério Público desistido da oitiva de uma testemunha. Foram ouvidas, ainda, duas testemunhas de defesa, e, ao final, o réu foi interrogado, encerrando-se a instrução criminal. O Ministério Público apresentou alegações finais orais, tudo por meio de gravação audiovisual, nos termos do art. 405 do CPP, abrindo-se prazo para apresentação das alegações finais por escrito pela defesa (Id 196955952). Em Alegações Finais orais o Ministério Público pugnou pela condenação do réu nos termos da denúncia, tendo em vista que restou comprovada a autoria e materialidade dos crimes previstos no artigo 33 caput da Lei 11.343/06, bem como, que seja afastado qualquer figura de tráfico privilegiado em razão dos antecedentes criminais do acusado (link da oitiva no Id 196955952). No Id 198940995 juntou-se aos autos Auto de Incineração da droga apreendida. A defesa do réu nas alegações finais, pugnou pela absolvição do réu, alegando que as provas dos autos foram obtidas ilegalmente, tendo havido invasão do domicílio do acusado, sendo, portanto, nulas. Igualmente pela absolvição do acusado pela ausência de provas. Pugnou, subsidiariamente, em caso de condenação, pela aplicação da pena no mínimo legal, e pelo direito de recorrer em liberdade (Id 200262670). [...]” (Id. 33227851) Na sentença, disponibilizada no Diário da Justiça Eletrônico em 20/06/2022, assim decidiu a Juíza de Direito: “[...] Pelo exposto, considerando as ponderações feitas acima, tenho por bem JULGAR PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal deduzida na denúncia para o fim de CONDENAR o réu como incurso nas penas do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. [...]” (Id. 33227851) Inconformada, apela a defesa, tempestivamente, objetivando a reforma do decisum (Id. 33227861). Nas suas razões, requer absolvição do apelante haja vista ilegalidade da prova obtida e dela derivada, não havendo prova da existência do fato, autoria e materialidade para sustentar uma condenação, determinando por conseguinte que seja posto em liberdade. Subsidiariamente, requer a fixação da pena base no mínimo legal, com a devida aplicação da causa de diminuição de pena (tráfico privilegiado), do art. 33, § 4º, da lei 11.343/06, com aplicação da redução na razão de dois terços, haja vista as condições pessoais do apelante e as circunstâncias fáticas consideradas nos autos, assim como a mudança do regime inicial no cumprimento da pena ou eventual substituição de pena restritiva de liberdade em restritiva de direitos. (Id.33227861) Por sua vez, em sede de contrarrazões pugna o Parquet pelo

improvemento do recurso, mantendo-se a r. sentença em seus exatos termos (Id. 33227869) Emitiu parecer a douta Procuradora de Justiça, Bel<sup>a</sup>. Cleusa Boyda de Andrade, manifestando-se pelo conhecimento e provimento parcial do apelo, para que seja reformada a pena-base aplicada, mantendo-se a sentença condenatória em seus demais termos. (Id. 34215950) É o relatório. Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso e passa-se à análise dos seus objetos. DA PRELIMINAR Arguiu, a defesa, nulidade por supostamente ser ilícita a prova obtida mediante invasão de domicílio. De antemão, afirmo não entender dessa forma. A controvérsia sobre a legalidade da violação de domicílio em casos de flagrante delito reconhecida como repercussão geral, teve seu entendimento firmado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário Nº 603.616, assim ementado: Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de 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, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016) (Grifei). O referido julgado da Suprema Corte estabeleceu a possibilidade de busca e apreensão no domicílio sem mandado judicial, sendo, no entanto, necessário preservar a inviolabilidade domiciliar, protegendo-a contra ingerências arbitrárias. Por conta disso, realiza-se um controle judicial

a posteriori, devendo os agentes estatais demonstrarem que havia elementos mínimos de que no local estava ocorrendo um crime, caracterizando as fundadas razões (justa causa), que os legitimaram a entrar de forma forçada no domicílio. Não se considera como tal, a mera constatação de situação de flagrância posterior ao ingresso. Percebe-se, pois, no caso dos autos, que as fundadas razões ficaram demonstradas. Segundo as testemunhas, a entrada na residência somente aconteceu após um indivíduo tê-la indicado como o local onde teria comprado a droga que foi encontrada em seu bolso. Assim, a suspeita foi concretizada com a significativa apreensão de entorpecentes bem como de apetrechos e grande monta em dinheiro, que confirmam o flagrante e apontam para a destinação comercial. Destarte, não há que se falar em ilegalidade na ação policial. De mais a mais, não existe demonstração de que os policiais envolvidos na ocorrência tivessem o interesse de prejudicar o réu, portanto, deve ser mantida a prova acusatória a fim de que seja mantida a condenação do acusado, conforme orientação do Superior Tribunal de Justiça: "É entendimento já há muito pacificado neste Sodalício, de que são válidos os testemunhos de policiais, mormente quando não dissociados de outros elementos contidos nos autos aptos a ensejar a condenação. (AgRg no AREsp 482.641/RJ, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 02/10/2014, DJe 08/10/2014)". Demonstrada a justa causa e fundadas razões para a atuação policial, não há falar em nulidade do procedimento da prisão em flagrante do réu e, muito menos, em provas ilícitas. DO MÉRITO Subsidiariamente, pretende a defesa reforma da sentença a fim de que o apelante seja absolvido, alegando para tanto inexistir prova do fato, autoria e materialidade que sustentem uma condenação. Pelo que passo a expor, confio não ter êxito a pretensão defensiva. A materialidade do crime mostrou-se alicerçada nas circunstâncias do delito emolduradas no Inquérito Policial nº 023/2022; no auto de Prisão em Flagrante (Id. 33227725, pág.02); no auto de exibição e apreensão (Id. 33227725, pág. 09); nos laudos periciais que atestaram ser a substância apreendida 16 invólucros plásticos contendo aproximadamente 14,7g (quatorze gramas e sete centigramas), 1 (um) pasta base com peso aproximado de 197g (cento e noventa e sete gramas) e 169 (cento e sessenta e nove gramas), invólucros plásticos com logomarca de Pablo Escobar, contendo substância em pó branca, todos contendo benzoilmetilecgonina, substância entorpecente de uso proscrito no Brasil e constante na lista F1 da Portaria n. 344/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde. (Id. 180338921, pág. 11 – autos de 1º grau, Id.33227741 – Pág. 2) Em juízo, foram ouvidas as testemunhas que se somam a toda apreensão realizada e comprovam a autoria do delito. A fim de evitar repetição desnecessária, segue abaixo os depoimentos transcritos na sentença pois, condizentes e fidedignos com a gravação audiovisual realizada: "[...] SD/PM MACKSON XAVIER LIMA DA SILVA (testemunha acusação) "Que participou da ocorrência que prendeu o acusado. Que já haviam algumas denúncias dos moradores de que na rua e na residência do acusado havia tráfico de drogas. Que no dia dos fatos, ao fazer rondas, avistaram um rapaz de bicicleta em frente a residência. Que feita abordagem no rapaz encontraram um papelote de drogas. Que chamou a atenção da guarnição o fato de que no papelote tinha a imagem de Pablo Escobar. Que após ser indagado, o rapaz informou que teria comprado a sustância naquela residência. Que quando o acusado saiu da casa, o rapaz apontou informando que seria ele o comerciante da droga. Que indagou o acusado acerca da propriedade da droga e inicialmente foi negada por este. Que após insistirem, o acusado afirmou a existência de drogas em sua residência.

Que ingressaram na residência e a droga foi encontrada no interior de uma panela. Que não se recorda da quantidade exata encontrada, apenas lembrando que era muita substância. Que a droga estava embalada a vácuo, acondicionada de forma impressada. Que chamou a tenção da guarnição a embalagem a vácuo da droga. Que também foi encontrada mais de cinco mil reais em espécie, balança de precisão e um caderno com anotações. Que o acusado inicialmente negou a propriedade mas depois assumiu. Que na residência também encontrava-se a esposa do réu. Que não conhecia a pessoa do acusado até o dia dos fatos, porém este informou na abordagem que já teria sido preso por tráfico de drogas. Que com o rapaz (Mikael) foi encontrado apenas um papelote. Que também não conhecia a pessoa de Mikael. Que não se recorda de outras pessoas na residência. Que quem encontrou a droga foi o colega. Que a entrada na residência se deu com a aquiescência do réu, após este ter informado inicialmente que não tinha drogas e que podia olhar a casa.” (link id 196955952) SD/PM LEONARDO CORREIA DE LIMA (testemunha acusação) “Que participou das diligências que levaram a prisão do acusado. Que vinha fazendo rondas pelo bairro Topol. Que teve ciência que nas proximidades do local havia comércio de entorpecentes. Que assim que entraram numa rua, avistaram um rapaz tendo este ficado muito nervoso com a presença da guarnição. Que foi realizada abordagem e com o acusado foi encontrado um papelote contendo substância parecida com cocaína. Que no envelope havia uma imagem de Pablo Escobar. Que indagado sobre o local onde havia comprado a substância entorpecente, o rapaz identificou uma casa. Que neste momento o acusado saiu para fora da residência e foi confirmado ser este o vendedor da droga. Que no interior da residência foram encontrados mais papelotes não sabendo quantificar mas se recorda que eram muitos, mais de 10 (dez). Que foi encontrada quantia em dinheiro dividida em várias notas com valores diferentes. Que também foi encontrada balança de precisão e caderno de anotações. Que no caderno havia anotações de quantidade de drogas, valores e “saída” de drogas. Que a forma como a droga estava acondicionada era diferente do habitual. Que a substância estava impressada, tipo industrializada, inclusive com logo em cada papelote. Que chocou a guarnição o fato de que todos os papelotes possuírem exatamente a mesma quantidade. Que até a data dos fatos não conhecia o acusado de outras ocorrências. Que tinha conhecimento prévio de que na localidade havia comercialização de entorpecentes, porém não sabiam quem seria o autor. Que a abordagem ao acusado se deu com a informação de que ali havia comercialização de drogas. Que indagado o acusado se na residência havia outras drogas o mesmo ficou calado. Que o colega novamente perguntou acerca do ilícito, tendo o acusado apenas balançado a cabeça. Que na residência também tinha outro rapaz e uma mulher que acredita ser esposa do acusado. Que quem encontrou a droga foi o colega pois permaneceu mais do lado de fora. Que não se recorda quem foi o colega que encontrou o entorpecente. Que a guarnição era composta pelo declarante, Xavier e Severino. Que não foi feita a busca pessoal na mulher pois não havia policial feminina. Que a entrada na residência foi autorizada pelo acusado.” (link id 196955952) O acusado, em seu interrogatório em juízo, negou a prática delitiva e disse que a droga teria sido “plantada” pelos policiais, vejamos: “Que os fatos narrados contra si não são verdadeiros. Que estava em sua residência quando por volta das 19h chegou um rapaz perguntando se o acusado tinha droga. Que o rapaz falou que “a casa caiu” quando chegou a viatura já dando voz de prisão ao acusado. Que na guarnição tinha 03 policiais. Que ingressaram na casa do acusado e após revistas, não tendo encontrado nenhuma substância

entorpecente. Que “galego”, possivelmente policial a paisana, chegou com Mikael e uma bolsa nas costas. Que “galego” foi o policial que encontrou a substância e informou a todos que teria encontrado a droga. Que a droga não era de sua propriedade e foi levada até sua casa. Que queria saber se “galego” é policial pois este não estava fardado. Que a polícia colocou uma droga na sua residência sem saber especificar o motivo. Que na delegacia de polícia negou o ilícito. Que viu a droga quando “galego” apareceu e disse a todos “não falei que eu ia encontrar!?”. Que “galego” não foi ouvido nesta audiência. Que conseguiu ver muita droga e não tem ideia do valor desta. Que é usuário de cocaína. Que foi encontrado dinheiro em sua residência. Que o valor apreendido de aproximadamente cinco mil reais era de sua propriedade, proveniente de trabalho. Que tinha notas de 10, 20, 50, e 100 reais. Que nunca tinha visto droga com a logotipo de Pablo Escobar. Que a polícia apresentou uma balança de precisão e uma caderneta mas não era de sua propriedade. Que em 2020 foi processado por tráfico de drogas mas foi absolvido. Que tem outro processo de 2018 que foi condenado após ser apreendido com 5g de substância entorpecente. Que não conhecia Mikael e só o viu no dia dos fatos. Que em sua residência estavam presentes o declarante, sua esposa e a pessoa de Vandeilson. Que a polícia ficou em sua residência até umas 21h. Que a polícia revirou a casa do acusado. Que o valor encontrado em sua residência é proveniente de renda extra e motos que revende. Que viu Mikael a primeira vez quando este chegou com o “galego”. Que a polícia empurrou a porta que estava entreaberta, anunciando que “a casa caiu”. Que não permitiu a entrada dos policiais na residência. Que na delegacia afirmou que a droga não era de sua propriedade e que não conhecia a pessoa de Mikael.” (link id 196955952) (Id.25310022) Nos autos existem provas de que o denunciado estava a praticar o ilícito previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, motivo pelo qual a conclusão a que chego é idêntica à externada pela d. Sentenciante, qual seja, que a prova colhida é satisfatória em apontar a prática do crime de tráfico de drogas. Como se pode observar os policiais militares – testemunhas arroladas pelo Parquet – relataram o ocorrido, em juízo, de forma clara e objetiva sem qualquer contradição de valor, reiterando, inclusive, o que foi dito na delegacia. Nunca é demais lembrar que a prova testemunhal, em delitos que envolvem o tráfico de entorpecentes, restringe-se, em regra, aos depoimentos dos agentes públicos envolvidos na diligência, uma vez que, entre as testemunhas civis, vigora a lei do silêncio, ante o temor gerado pelos traficantes. Acerca da validade dos depoimentos dos policiais condutores do flagrante já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça: HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. MERA ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. ANÁLISE DE PROVAS. VIA ELEITA INADEQUADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O depoimento de policiais, mormente quando corroborado pelas demais provas colhidas sob o crivo do contraditório, pode ser utilizado como meio probatório apto à fundamentar a condenação. 2. Acolher a tese de inocência defendida pelo Impetrante-Paciente, desconstituindo condenação transitada em julgado para a acusação e para a defesa, demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável na via eleita. 3. Habeas corpus não conhecido. (HC 195.200/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 03/05/2012) Para aferir a credibilidade dos depoimentos de policiais, exige-se apenas a coerência das exposições com as aduções na fase flagrantial e com os demais elementos de prova ínsitos nos autos, tudo com o escopo de convencer o magistrado da

veracidade da imputação, harmonia aqui observada. Vale rememorar que o crime do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 é de ação múltipla ou conteúdo variável, ou seja, basta para a sua consumação penal a realização de qualquer das condutas descritas no tipo penal, como ocorre no caso concreto, independentemente da realização, de forma direta, do comércio das substâncias entorpecentes. Dessarte, o exame dos elementos probatórios existentes nos autos é suficiente para confirmar o envolvimento do apelante no crime de tráfico de entorpecentes, não sendo possível deferir pedido formulado pela defesa acerca da sua absolvição, isso porque a prova bem como as circunstâncias, demonstram que a droga numa grande quantidade estava em seu poder. Subsidiariamente, requer a defesa fixação da pena base no mínimo legal, com a devida aplicação da causa de diminuição de pena (tráfico privilegiado), do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na razão de dois terços, haja vista as condições pessoais do apelante e as circunstâncias fáticas consideradas nos autos. Pugna, também, pela mudança do regime inicial no cumprimento da pena ou eventual substituição de pena restritiva de liberdade em restritiva de direitos. O pleito merece prosperar, em parte. Vamos à análise da dosimetria lançada aos autos: “[...] Na primeira fase, analisando as circunstâncias judiciais, quais sejam, a culpabilidade, os antecedentes criminais, a conduta social e a personalidade da parte acusada; e ainda, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, bem como o comportamento da vítima, verifico que são as próprias do delito, vislumbrando duas específicas desfavoráveis em relação ao acusado no que tange a conduta social e aos antecedentes criminais, vez que teria sua vida inclinada à prática de crimes, inclusive, com condenação pela prática do mesmo delito de tráfico de drogas, devendo ser reconhecido os maus antecedentes na primeira fase de dosimetria da pena. O art. 42, da Lei nº 11.343/2006, estabelece que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. Assim, resta-nos consignar que foi apreendida 16 invólucros plásticos contendo aproximadamente 14,7g (quatorze vírgula sete gramas), massa bruta pesando 197 (cento e noventa e sete gramas) e 169 (cento e sessenta e nove) invólucros plásticos, todos contendo cocaína, quantidade elevada. (Laudo Id 189870056). Dessa forma, sopesadas individualmente cada umas circunstâncias em referência, e, por entender necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime, fixo a pena base em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Na segunda fase, não concorrem circunstâncias atenuantes ou agravantes. Na terceira e última fase da dosimetria, ausentes causas especiais de aumento e diminuição da pena, tornando-a definitiva em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, face a ausência de outras circunstâncias. Condono o réu ainda ao pagamento de multa no valor de 730 (setecentos e trinta) dias-multa, equivalendo o dia-multa a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo à época do fato, devidamente atualizado, levando em consideração a sua situação econômica, conforme evidenciado nos autos. Fixo o regime fechado para início do cumprimento da pena, considerando o disposto no art. 33, § 2º do Código Penal. [...]” (Id. 33227851 – Pág. 9) Passo à análise da dosimetria da pena: 1ª Fase Entendo que a Juíza sentenciante equivocou-se ao valorar negativamente a conduta social e os antecedentes criminais, utilizando-se do fundamento de que o apelante “teria sua vida inclinada à prática de crimes, inclusive, com condenação pela prática do mesmo delito de tráfico de drogas”, pois não se trata de condenação com trânsito e julgado. A vasta jurisprudência

não mostra ser viável o aumento da pena-base baseada em processos em curso, com vedação expressa pela súmula 444 do STJ: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Afastada a valoração negativa da conduta social e dos maus antecedentes e mantido o aumento da pena-base baseado no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, citado pela sentenciante, uma vez que foi o apelante preso com grande quantidade de dinheiro, de drogas, e com outros apetrechos, fixo a basilar em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, nas mesmas proporções aplicadas na sentença. 2ª Fase Inexistentes agravantes e atenuantes, mantenho como pena intermediária o quantum fixado para pena-base. 3ª Fase Requereu a defesa do apelante o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Penso que o pleito mereça prosperar. É manifesto que para aplicação da conhecida pela doutrina como privilegiadora do tráfico, o apelante deve preencher cumulativamente, os requisitos legais do parágrafo quarto do citado artigo, quais sejam: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa. No que tange a aplicação de tal privilegiadora, a MM Magistrada deixou de conceder-lhe sob os seguintes argumentos: “[...] Outrossim, quanto a redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que prevê a possibilidade da redução da pena de um sexto a dois terços quando o agente for primário, ostente bons antecedentes, não se dedique à atividade criminosa e nem integre organização criminosa, no caso dos autos não se encontram presentes tais requisitos autorizadores da medida, posto que o acusado, em que pese ser tecnicamente primário, não possui bons antecedentes, foi condenado em outra ação penal, no dia 20.10.2021, a sentença ainda não transitou em julgado, inclusive pela prática do mesmo delito de tráfico de drogas, dedicando sua vida à prática de delitos, e ainda levando em conta a espécie de droga apreendida, bem como todas as demais circunstâncias do crime, não entendo ser aplicável. [...]” (Id. 33227851 – Pág. 8) Como se observa, para chegar à conclusão de que o apelante se dedicava à atividade criminosa, a Juíza a quo baseou-se em condenação existente por tráfico de drogas não transitada em julgado. Em que pese meu entendimento anterior, a atual orientação de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça é no sentido da impossibilidade de utilização de inquéritos e ações penais sem trânsito em julgado para justificar o afastamento do redutor do tráfico, devendo ser adotada tal mudança de posicionamento, por razões de segurança jurídica. Confirmam-se o HC n. 173.806/MG, Ministro Marco Aurélio, Primeira Turma, julgado em 18/2/2020; e o ARE n. 1.231.853 AgR, Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 3/3/2020, além dos arestos abaixo: HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE VINCULAÇÃO A CRITÉRIOS PURAMENTE MATEMÁTICOS. AUMENTO PROPORCIONAL, CONSIDERADAS AS PENAS MÍNIMAS E MÁXIMAS COMINADAS PELO LEGISLADOR AO DELITO E A EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. MINORANTE AFASTADA UNICAMENTE PORQUE O RÉU RESPONDE A OUTRAS AÇÕES PENAIAS PELO CRIME DE TRÁFICO. FUNDAMENTO INIDÔNEO SEGUNDO A JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AFASTAMENTO DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS QUE SE IMPÕE, COM RESSALVA DO MEU POSICIONAMENTO PESSOAL. FIXAÇÃO DO REGIME MAIS GRAVOSO, NO CASO, O SEMIABERTO, DIANTE DA VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA.



[...] 4. O único fundamento utilizado pela Corte a quo para afastar a incidência da minorante do tráfico privilegiado foi a existência de ações penais em curso em desfavor do Paciente. Com efeito, o acórdão impugnado foi expresso ao dizer que as circunstâncias do crime e a grande quantidade de droga apreendida não são fundamentos aptos para impedir a diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. 5. A Suprema Corte, em recentes precedentes, consignou que na ausência das demais situações impeditivas da causa de diminuição da pena, tão-somente a existência de ações penais sem trânsito em julgado não pode justificar a negativa de minorante, na esteira do entendimento, firmado sob a sistemática da repercussão geral, de que, " ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. "(RE 591.054, Tema 129, Relator Marco Aurélio, Pleno, DJe 26/02/2015). 6. Desse modo, com a ressalva do meu entendimento pessoal, impõe-se a reforma da dosimetria da pena, com a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em seu patamar máximo, sob pena de bis in idem, já que a quantidade de droga foi utilizada para fixar a reprimenda inicial acima do mínimo (ARE 666.334/RG, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJe 06/05/2014).

[...] 9. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para fixar a pena do Paciente em 3 (três) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida no regime semiaberto, e pagamento de 316 (trezentos e dezesseis) dias-multa, à razão do valor mínimo legalmente estabelecido pela sentença. (HC n. 559.880/RS, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 2/3/2021). AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ADMISSÃO DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO RECORRIDA. CONHECIMENTO. MÉRITO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RECONHECIMENTO. AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA AFASTAR A MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE DE DROGAS. REFORÇO ARGUMENTATIVO. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Não se vislumbra óbice à admissão do agravo em recurso especial quando suficientemente impugnados pela parte todos os fundamentos da decisão agravada. Inteligência do art. 932, III, do CPC e da Súmula n. 182/STJ. 2. Conforme jurisprudência desta Corte, a quantidade não relevante, no caso, 43,63g (quarenta e três gramas e sessenta e três centigramas) de cocaína e 6,5g (seis gramas e cinco decigramas) de maconha, e a ausência de circunstâncias adicionais desfavoráveis não ensejam a exasperação da pena-base, a vedação da minorante do tráfico na sua fração máxima de 2/3, o recrudescimento do regime prisional ou a negativa à substituição das penas. Precedentes. 3. A mais recente orientação de ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal é a de que, em regra, inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem fundamentação idônea apta a respaldar a não aplicação do redutor especial de pena relativo ao reconhecimento da figura privilegiada do crime de tráfico de drogas. A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em recente pronunciamento, apresentou entendimento alinhado à Suprema Corte nos autos do AgRg no AREsp n. 1.801.313/SP, relatora Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 9/3/2021, DJe 19/3/2021, considerando-se inválido, no caso concreto, o fundamento utilizado pelo Tribunal de origem para afastar o benefício, calcado no fato de que o réu havia sido preso recentemente também por tráfico de drogas. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp n. 1.839.145/SP, Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 8/6/2021, DJe 17/6/2021 – grifo nosso) Diante desse cenário, entendo ser cabível a causa de diminuição de pena prevista no §

4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, no seu patamar máximo, considerando a primariedade técnica do réu. Sendo assim, aplico a causa de diminuição de pena do tráfico privilegiado em 2/3 (dois terços), resultando a pena do apelante José Arimateia Lima, em 2 (dois) anos, 1 (um) mês de reclusão e 183 (Cento e oitenta e três) dias-multa. Pelo quantum de pena fixada arbitro, o regime inicial aberto, de acordo com o art. 33, § 2º, alínea c do Código Penal. Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, o apelante também faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (art. 44, § 2º CP), a serem definidas pelo juiz de execução penal. Isto posto, por todos os motivos acima elencados, CONHEÇO do recurso e, DOU-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para redimensionar a pena do apelante José Arimatéia Lima, alcunha “Zezinho”, brasileiro, casado, pedreiro, CPF 016.273.265-10, RG 11613121 70 – SSP-BA, nascido em 07/06/1983, no Município de Casa Nova-BA, filho de Angelina Lima e de pai não declarado, residente na Rua do Açúcar, no 44, bairro Topol, em Casa Nova/BA, para 02 (dois) anos, 01 (um) mês de reclusão e 183 (Cento e oitenta e três) dias-multa, em regime aberto e, converter a pena restritiva de liberdade em duas restritivas de direitos, a ser determinada e implementada pelo Juízo da Execução Penal, servindo esta decisão como ALVARÁ DE SOLTURA e notificação ao apelante do quanto decidido, que deverá ser encaminhada à unidade prisional onde encontra-se custodiado, independentemente da expedição de qualquer outro documento, recomendando-se ao responsável pela referida unidade que, antes da soltura, averigue, junto aos cadastros de prisão do país, se o paciente não tem algum tipo de prisão decretada em uma outra unidade da federação ou mesmo nesta. É como voto. Sala das Sessões (data registrada no sistema) Presidente (assinatura digital) Relator (assinatura digital) Procurador de Justiça (assinatura digital)