

Apelação nº 0700048-50.2021.8.05.0103 – Comarca de Ilhéus Apelante: Rafael Oliveira dos Santos Defensora Pública: Dr. Paula Verena Carneiro Cordeiro Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotor de Justiça: Dr. José Botelho Almeida Neto Origem: 1ª Vara Criminal da Comarca de Ilhéus Procuradora de Justiça: Dra. Tânia Regina Oliveira Campos Relatora: Des. Rita de Cássia Machado Magalhães ACÓRDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO, COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA (ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006 E ART. 16, § 1º, IV, DA LEI 10.826/2003, NA FORMA DO ART. 69 DO CP). PRETENSÃO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. PLEITO JÁ DEFERIDO PELA JUÍZA DE ORIGEM NA SENTENÇA OBJURGADA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS POR OFENSA AO DIREITO À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO, ANTE A AUSÊNCIA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. INACOLHIMENTO. EXISTÊNCIA DE FLAGRANTE DELITO. CRIME PERMANENTE. ENTRADA EM DOMICÍLIO AMPARADA EM SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA DECORRENTE DO PORTE DE ARMA DE FOGO CONSTATADA MEDIANTE DILIGÊNCIA POLICIAL NA RUA. INFORMAÇÃO PASSADA POR POPULARES E CONSTATADA PELA POLÍCIA. FUNDADAS RAZÕES CONFIGURADAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INALBERGAMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA EVIDENCIADAS DE FORMA INEQUÍVOCA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. ELEMENTOS DE PROVA SUFICIENTES PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE PORTE PARA CONSUMO PESSOAL DE DROGAS (ART. 28 DA LEI 11.343/2006). INALBERGAMENTO. ANÁLISE DOS CRITÉRIOS DE QUANTIDADE, LOCAL DA APREENSÃO, CONDIÇÕES PESSOAIS DO AGENTE E CIRCUNSTÂNCIAS QUE EVIDENCIAM O ENQUADRAMENTO NO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI 11.343/2006). MERA ALEGAÇÃO DE CONSUMO QUE NÃO AFASTA A FIGURA TÍPICA DO TRÁFICO. PLEITO DE EXCLUSÃO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL APLICADA AO CRIME DE PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. INACOLHIMENTO. JUSTIFICATIVA IDÔNEA E MOTIVAÇÃO DE GRAVIDADE CONCRETA APRESENTADA PELA MAGISTRADA DE ORIGEM. PRETENSÃO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REGRA DO ART. 44, INCISO I, E ART. 69, § 1º, AMBOS DO CP. PRELIMINAR REJEITADA. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. I – Cuida-se de recurso de Apelação Criminal interposto por Rafael Oliveira dos Santos, insurgindo-se contra a sentença (id. 167690359) proferida pela Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ilhéus, que o condenou pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, caput, da Lei 11.343/2006, e 16, § 1º, IV, da Lei nº 10.826/2003, em concurso material, fixando às penas definitivas em 09 (nove) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 639 dias-multa, no valor unitário mínimo. II – Extraí-se da exordial acusatória (id. 167690063), in verbis, que “no dia 10 de janeiro de 2021, por volta das 16h20min, na localidade denominada Banco da Vitória, nesta cidade e Comarca de Ilhéus, o indiciado foi surpreendido por policiais portando uma arma de fogo tipo pistola, inox, marca Taurus PT 938, calibre .380, com numeração suprimida, contendo 01 (um) carregador municiado. Consta, ainda, que o denunciado, nas mesmas circunstâncias de tempo acima mencionada, no interior de uma residência localizada na Rua Érica Alves, tinha em depósito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de comercialização, 02 (dois) fragmentos, tipo tablete, da droga popularmente conhecida como, na forma prensada, pesando 156,06g (cento e cinquenta e seis gramas e seis centigramas). Por fim, consta, que na mesma oportunidade, no interior da mesma residência, o indiciado possuía, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 03 (três) carregadores de armar de fogo com um total de 42 (quarenta e duas) munições, além de 01 (uma) farda camuflada do

exército e 01 (uma) touca do tipo balaclava.” III – Irresignado, o sentenciado interpôs Recurso de Apelação (id. 167690367, Pje 1º Grau), pugnando em suas razões (id.167690376, Pje 1º Grau), preliminarmente, pela declaração de nulidade do processo e ilicitude das provas frente a violação de domicílio. Quanto ao mérito, requer absolvição por ausência de provas e, subsidiariamente, diante da pequena quantidade de drogas e qualidade de usuário, pede a desclassificação para o tipo penal do art. 28 da Lei nº 11.343/2006. No que diz respeito ao crime do art. 16, § 1º, IV, da Lei nº 10.826/2003, pugna pela fixação da pena base no mínimo legal, afastando-se a análise desfavorável das circunstâncias do crime, formulada pelo juízo a quo em virtude de se encontrar municiada a arma de fogo apreendida. IV – Inicialmente, quanto à concessão do benefício da assistência judiciária gratuita ao Apelante, à vista da afirmação do seu estado de hipossuficiência, verifica-se que o pleito já foi deferido pela Juíza a quo (id. 167690359, fl. 9, Pje 1º Grau), que, inclusive, suspendeu o pagamento de custas processuais. Sendo assim, resta configurada ausência de interesse/necessidade na análise da referida pretensão. V – No que concerne à preliminar de nulidade da instrução criminal, porquanto a prova teria sido produzida por meio ilícito, mediante violação de domicílio, conforme jurisprudência assente no E. Superior Tribunal de Justiça, embora o art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, garanta ao indivíduo a inviolabilidade de seu domicílio, tal direito não é absoluto, pois, tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem no domicílio do Acusado. Acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário submetido à sistemática da repercussão geral, fixou a tese 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 (RE 603.616/T0, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 10/5/2016). VI – A partir dos elementos adunados aos autos, não há que se falar de ultraje à inviolabilidade do domicílio do Recorrente, uma vez que os policiais receberam uma informação de populares de que no local indicado na inicial acusatória haveria um homem portando arma de fogo em via pública, o que restou constatado, em situação de flagrância, diante da diligência policial. Na ocasião, verifica-se que o Apelante foi perseguido e capturado dentro de sua residência, em situação de flagrância, oportunidade em que também foram apreendidas, além da arma de fogo, uma pistola marca Taurus PT 938, calibre .380, com numeração suprimida e carregador municiado, 3 (três) carregadores de arma de fogo, com um total de 42 (quarenta e duas) munições e 2 (dois) fragmentos, tipo tablete de maconha, na forma prensada, pesando 156,06g (cento e cinquenta e seis gramas e seis centigramas). VII – Nesse contexto, constata-se que não houve qualquer irregularidade ou ilegalidade na conduta dos policiais, que, para além da situação de flagrância decorrente do crime de porte de arma de fogo de uso restrito, tinham fundadas razões para ingresso no imóvel diante da hipótese de guarda de drogas para fins de tráfico, tendo em vista o conteúdo de denúncia anônima acerca da comercialização de drogas nos arredores da residência. Cediço, portanto, que os agentes também tinham o dever de verificar a veracidade do relato de tráfico de drogas que, indubitavelmente, foi robustecido pela situação de flagrante que já estava em curso em relação ao delito de porte ilegal de arma. Ante o exposto, rejeita-se a preliminar aventada. VIII – Quanto ao mérito, não

merece prosperar a tese defensiva de absolvição. A materialidade e a autoria dos crimes de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006) e de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito com numeração suprimida (art. 16, § 1º, I, da Lei nº 10.826/2003) restaram sobejamente demonstradas nos autos, em especial através dos Laudos Periciais realizados na arma de fogo, cartuchos e munições, e drogas apreendidas (ids. 167690102 e 167690089, ambos Pje 1º Grau), bem como pelos depoimentos em juízo de André Luiz de Castro Midlej (id. 167690100, Pje 1º Grau) e Jorge André Santos Lima (id. 167690100, Pje 1º Grau), agentes policiais que participaram da diligência que culminou na apreensão da droga, munições e arma de fogo, e na prisão do ora Apelante. IX – Cumpre transcrever trechos de tais depoimentos, conforme destacado na sentença guerreada: “A gente tava de serviço quando recebemos denúncia de gente armada no Iraque, na Rua Érica Alves e deslocamos até o local quando o mesmo empreendeu fuga, com a arma em punho, quando adentrou na residência, a pistola estava do lado dele, no travesseiro e ao fazer busca nos cômodos, achamos os carregadores e depois fazer buscas foi encontrada essa pequena porção de maconha; ele disse que a arma era para se defender da facção rival; era para se defender de um possível ataque contra o mesmo; isso (já dava para ver com arma em punho) aí adentrou na residência; foi um pouco mais de cem gramas, mais quem encontrou foi outro colega; como ela estava acondicionada eu não me recordo, o mesmo falou que era para consumo; a arma era uma pistola, estava carregada e ainda encontramos outros carregadores sobressalentes na sapateira, todos dois municiados também; não sei informar se os colegas o conheciam; ele é, a facção que ele falou é do Raio A; na época estava uma guerra intensa, o indivíduo mudou de facção, Sebinho e teria ameaçado ele; Sebinho é do Tudo 3; não apareceu; as mesmas vestimentas com as mesmas características eles estavam sendo utilizados em vários ataques, inclusive balaclava; inclusive tem fotos que chegou por meio de whatsapp com indivíduos utilizando essas vestimentas, roupas camufladas, balaclava; foi mais usada nessa guerra mesmo entre eles; inclusive granadas; antes disso não; após a prisão, foi contato que o mesmo já tinha mandado de prisão; inclusive ele estava com tornozeleira e que ele teria arrebitado a tornozeleira; eu encontrei pistola carregada, estava o lado dele, na cama, embaixo do travesseiro, os outros carregadores numa sapateira e roupa camuflada e a balaclava numa sacola; ele estava com a arma em punho e adentrou numa residência; não tinha ninguém na casa; na foto não dava para identificar quem era, por que muitos deles estavam cobertos com a balaclava; ele falou que era tudo da propriedade dele; a arma ele falou que era para a defesa dele, a roupa também e a droga; acredito que todos os três, a gente estava embarcado ainda. (Trecho de depoimento de André Luiz de Castro Midlej).”; “Sim, me recordo; eu era o comandante da guarnição; já há algum tempo o Alto do Iraque estava nessa guerra de facções; foi quando recebemos denúncias de populares; numa determinada rua tinha elemento que portava uma arma de fogo; ao avistar nossa viatura, ele adentrou numa residência; a gente conseguiu capturar ele; próximo a ele foi encontrada uma pistola, carregadores, uma balaclava, blusa camuflada do exército e droga; quem conseguiu pegara a arma foi o SD Midlej e o SD Iuri encontrou a droga; acompanhei a diligência no imóvel; a quantidade eu não consigo precisar, mas vi que foi encontrada num recipiente na cozinha; a pistola estava debaixo de um travesseiro, os carregadores numa sapateira e a balaclava e a camisa; o que eu recordo foi que ele foi mandado para lá para proteger o morro da facção rival; ele é "Raio A"; aquele local que estava sendo

atacado pelo "Tudo 3", terceiro; provavelmente para efetuar os ataques as facções rivais e até mesmo se camuflar naquela área, uma região de mata; foi a primeira vez que eu o abordei; ele admitiu os fatos; só tinha ele mesmo; tava municada; provavelmente umas quarenta munições; era uma pistola .380; ele pertencia a facção A, quando estava recebendo ataque do terceiro; ele falou isso no momento da apreensão; eu acredito que sim, foi para onde ele apreendeu fuga; era uma rua que tinha movimento; acredito que sim; não me recordo se pessoas estavam passando no local. (Trecho de depoimento de Jorge André Santos Lima).” Oportuno salientar que a simples qualidade de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos prestados, mormente quando se apresentam coerentes e harmônicos com os demais elementos e circunstâncias colhidos dos autos, e quando oferecidos em Juízo, sendo oportunizado o contraditório. X – Inobstante a versão do recorrente em seu interrogatório judicial – o Apelante negou a prática dos delitos que lhe são imputados – os relatos apresentados pelos agentes policiais são coerentes e harmônicos, não se vislumbrando qualquer indício de que tenham prestado depoimentos falsos a respeito dos fatos, com intenção de prejudicar o Sentenciado. Ademais, o próprio Apelante confessou a prática do fato durante a investigação policial, não apresentando narrativa compatível com os demais elementos de prova para a mudança da versão na oportunidade em que foi ouvido em Juízo. Sobre o interrogatório na fase investigativa, cita-se trecho da sentença condenatória: “Que a droga apresentada a esta depol de fato lhe pertence; Que a arma seria destinada a sua proteção, pois é ameaçado por um indivíduo de nome Cebinho, o qual é foragido de Salvador; que este Cebinho já matou recentemente um outro indivíduo, conhecido como Caio e este Cebinho afirmou que o próximo seria o interrogado; que a droga seria destinada para o consumo pessoal, pois é usuário de maconha e iria utilizar toda a droga apresentada; que adquiriu a arma na feira na cidade de Itabuna; que pagou R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) na arma munições e carregadores; que adquiriu a droga pelo valor de R\$ 500,00, na localidade do Banco da Vitória; que já foi preso cinco vezes, sendo duas por porte de arma e outras por tráfico; que é usuário de maconha e crack; que está sobre livramento condicional e arrebitou a tornozeleira eletrônica que estava utilizando.” XI – Também o pleito defensivo de desclassificação do delito de tráfico (art. 33 da lei nº 11.343/2006) para o de porte para consumo (art. 28 da mesma lei) não merece acolhida. Sobre o tema, vale lembrar que a configuração do crime de tráfico não exige a efetiva prática de atos de comercialização da substância entorpecente. Pratica o delito de tráfico não apenas aquele que comercializa a droga, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção e da circulação de substância entorpecente conforme os verbos que integram o núcleo do tipo penal. O dispositivo do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 configura crime permanente, de ação múltipla e de mera conduta, sendo irrelevante a prova da traficância. São várias ações identificadas pelos diversos verbos e o delito se consuma com a prática de qualquer das hipóteses previstas. XII – In casu, verifica-se que a Magistrada a quo fundamentou o édito condenatório não apenas com base na quantidade e espécie do entorpecente apreendido, mas também considerando a sua forma de acondicionamento, local de ocorrência da apreensão e condições pessoais do réu, que já indicava reiteração delitiva nos mesmos delitos, bem como a apreensão de arma de fogo e quantidade expressiva de munição. Nesse sentido, cita-se relevante trecho da sentença: “Quanto ao local, nota-se que os policiais se dirigiram até um local conflagrado pela guerra do tráfico nesta cidade,

palco de disputa entre as facções criminosas "Tudo 3" e "Raio A". De fato, vê que foi apreendida expressiva quantidade de munições com o réu, circunstância que leva a crer que ele estava preparado para resistir a um possível invasão da facção rival com o objetivo de tomar as "bocas de fumo" do Alto do Iraque, Banco da Vitória, Ilhéus-BA. Segundo o próprio réu, a arma destinava-se a sua "defesa pessoal" contra ataques de "Cebinho". Não bastasse isso e reforçando a tese de que o réu estava ali para "segurar" o local para a facção criminosa que integra, também foi apreendida uma farda camuflada do exército e uma touca ninja do tipo balaclava. [...] Já no que toca às condições pessoais do réu, consta nos autos certidão cartorária atestando que ele já foi condenado, em primeira instância, em três oportunidades, pelo crime de tráfico de drogas (autos nº 0505210-15.2018.8.05.0103; 0502510-03.2017.8.05.0103 e 0500680-31.2019.8.05.0103), além de responder a outra ação penal por delitos relativos à lei nº 10.826/2003 (autos nº 0505140-32.2017.8.05.0103) e já ter sido condenado definitivamente pela prática do crime de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido (autos nº 0501329-30.2018.8.05.0103) (fls.39/40). Por fim, de acordo com as provas carreadas aos autos, foi apreendido 156,06g de "maconha" (fl.22), quantidade que não é ínfima, porém também não é exorbitante. Entretanto, cotejando-se todas essas circunstâncias, entendo que a droga apreendida com o réu destinava-se à mercância, tendo em vista que o local em que o réu foi preso é área disputada por facções criminosas, sendo notoriamente conhecido como "boca de fumo", tendo valor estratégico para os meliantes, tanto que disputam essa área. Além disso, nota-se que o réu afirmou ter adquirido os artefatos bélicos por R\$ 5.000,00 e a droga por R\$ 500,00, ou seja, uma despesa total de R\$ 5.500,00, que certamente não poderia ser suportado por um simples pescador." XIII – Desse modo, em que pese a defesa tenha alegado, em favor de Rafael Oliveira dos Santos, a tese subsidiária de que toda a droga apreendida era para uso próprio, no caso em análise, os demais elementos probatórios apontam para o acerto da condenação pelo crime previsto no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, não havendo que se falar em desclassificação para o delito tipificado no art. 28 da Lei nº 11.343/2006. XIV – Destaca-se, ainda, que não basta a simples alegação de que a droga seria destinada ao próprio consumo do Acusado para que reste afastada, de plano, a imputação quanto ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, eis que não é incompatível a figura do usuário-traficante – aquele que se envolve na traficância para sustentar seu vício. XV – No que se refere à dosimetria das penas, também não merece reparo o decisio vergastado. XVI – Quanto à condenação pelo delito de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006), cita-se trecho da decisão vergastada: "A Ré (sic) agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar. É reincidente, mas essa circunstância será valorada na segunda fase. Não há maiores elementos sobre a sua personalidade e conduta social. O motivo do crime é a possibilidade de lucro fácil e suas conseqüências são danosas para a sociedade, deixando-se de considerar por ora essa circunstância, já que é inerente ao tipo penal. O Estado e a sociedade em nada contribuíram para a atuação do acusado (a), uma vez que se busca, constantemente, reprimir o tráfico de drogas. À vista dessas circunstâncias, fixo a pena-base em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa. Não existem atenuantes. Sendo reincidente (fl.40) agravo a pena em 1/6, passando a dosá-la em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, não havendo outras circunstâncias a serem valoradas. A pena de multa ora imposta a (o) acusado (a) deve ser fixada em um trigésimo do

valor do salário mínimo, eis que não há nos autos informações acerca da sua situação financeira, que deve ser corrigida monetariamente, por ocasião da execução (art. 43, caput, da Lei nº 11.343/2006).” XVII – Na primeira fase a Magistrada de origem fixou a pena base no mínimo legal, isto é, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Na segunda etapa, dada a condição de reincidência específica sobejamente demonstrada nos autos, aplicou-se o agravamento de 1/6, fixando-se a pena provisória em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa, na proporção mínima de valor, tornando-a definitiva em razão da ausência de causas de aumento e/ou diminuição da pena. Assim, embora não tenha havido impugnação da defesa, vale ratificar que nesse ponto não há razão para reforma do decisio. XVIII – Quanto ao delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito com numeração suprimida (art. 16, § 1º, IV, da Lei nº 10.826/2003), manifestou-se a magistrada de origem da seguinte forma: “Analisando as circunstâncias do art. 59 do CP, concluo que o Réu agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar. É reincidente, mas essa circunstância será valorada na segunda fase da dosimetria. Há poucos elementos nos autos acerca de sua conduta social e personalidade. Os motivos e as consequências do crime não demonstraram maior determinação delitiva do criminoso, pelo que não podem ser tomados como desfavoráveis. As circunstâncias do crime foram graves, eis que o acusado foi preso com uma arma de fogo e 42 munições, conduta que merece maior censura do que aquele que é preso portando uma única arma de fogo, ou somente as munições. À vista dessas circunstâncias, fixo a pena-base em 03 anos e 04 meses de reclusão e 56 dias multa. O valor da multa fica fixada em um trigésimo do valor do salário mínimo, pois não existem nos autos elementos que possibilitem aferir sua situação financeira (CP, 60), que deve ser corrigida monetariamente, por ocasião da execução (parágrafo 2º, artigo 49, Código Penal). Compenso a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, consoante fundamentação e ausentes causas de aumento ou de diminuição de pena, torno definitiva a pena de 03 anos e 04 meses de reclusão e 56 dias-multa.” XIX – Na primeira fase a Magistrada de origem valorou como desfavoráveis as circunstâncias do crime, considerando o fato de que o apelante foi preso com arma de fogo e 42 (quarenta e duas) munições, razão pela fixou a pena base, acima do mínimo legal, em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 56 (cinquenta e seis) dias multa. XX – Não há ilegalidade ou excesso na valoração negativa da aludida circunstância judicial, porquanto realizada fundamentadamente sob aspecto da gravidade concreta do delito praticado, além de não recair sobre fato utilizado como critério para exacerbação da pena noutro ponto do cálculo dosimétrico. Assim, a análise de desfavorabilidade relativa ao fato de estar a arma municada, além de acompanhada de relevante quantidade de munição, é medida compatível com a atividade discricionária de aplicação da pena e permitida diante do princípio da individualização. Também nesse trecho, pois, não deve ser acolhida a pretensão defensiva de reforma. XXI – Na segunda etapa, mesmo reconhecida a condição de reincidência específica, restou tal agravante compensada com a atenuante de confissão, que se deu especificamente em relação à arma de fogo, razão pela qual, à míngua de causas de aumento e/ou diminuição, fixou-se a pena definitiva nos mesmos 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 56 (cinquenta e seis) dias multa. XXII – Ademais, como visto, o ora Apelante foi condenado por dois crimes, ambos apenados com reclusão, tendo a Magistrada a quo promovido a somadas penas frente ao concurso material e fixado o

regime inicial fechado para cumprimento. Como cediço, havendo concurso material entre crimes cuja pena cominada é de reclusão, conforme dispõe o art. 69, caput, do Código Penal não se verifica ilegalidade na fixação do regime único. XXIII – Com efeito, aplicada a regra do concurso material e fixada a pena definitiva em 9 (nove) anos e 02 (dois) meses de reclusão, bem como por se tratar de réu reincidente, não merece alteração o regime inicial fixado pela Juíza de origem, pois consentâneo com o comando do art. 33, § 2º, a, do Código Penal. XXIV – Inviável, também, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Isso porque, para além da constatada reincidência em delitos dolosos, deve-se observar o quanto previsto no art. 44, I, do Estatuto Repressivo, tendo em vista que a sanção relativa ao crime de tráfico de drogas foi mantida em patamar superior a 04 (quatro) anos de reclusão. No que tange ao delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, também resta impossível a substituição por pena restritiva de direitos, nos termos do art. 69, § 1º, do Código Penal. XXV – Parecer da Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e improvimento do apelo. XXVI – PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0700048-50.2021.8.05.0103, provenientes da Comarca de Ilhéus/BA, figurando como Apelante Rafael Oliveira dos Santos e, como Apelado, o Ministério Público Do Estado Da Bahia. ACORDAM os Desembargadores integrantes da colenda Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em CONHECER do recurso, REJEITAR A PRELIMINAR e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO ao apelo, mantendo-se a sentença impugnada por seus próprios termos, e assim o fazem pelas razões a seguir expendidas. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 12 de Abril de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação nº 0700048-50.2021.8.05.0103 – Comarca de Ilhéus Apelante: Rafael Oliveira dos Santos Defensora Pública: Dr. Paula Verena Carneiro Cordeiro Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotor de Justiça: Dr. José Botelho Almeida Neto Origem: 1ª Vara Criminal da Comarca de Ilhéus Procuradora de Justiça: Dra. Tânia Regina Oliveira Campos Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães RELATÓRIO Cuida-se de recurso de Apelação Criminal interposto por Rafael Oliveira dos Santos, insurgindo-se contra a sentença (id. 167690359) proferida pela Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ilhéus, que o condenou pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, caput, da Lei 11.343/2006, e 16, § 1º, IV, da Lei nº 10.826/2003, em concurso material, fixando às penas definitivas em 09 (nove) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 639 dias-multa, no valor unitário mínimo. Em observância aos princípios da celeridade, da efetividade e da economia processual, e considerando ali se consignar, no que relevante, a realidade do processo até então desenvolvida, adota-se, como próprio, o relatório da sentença acima referenciada, a ele acrescendo o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto. Irresignado, o sentenciado interpôs Recurso de Apelação (id. 167690367, Pje 1º Grau), pugnando em suas razões (id.167690376, Pje 1º Grau), preliminarmente, pela declaração de nulidade do processo e ilicitude das provas frente a violação de domicílio. Quanto ao mérito, requer absolvição por ausência de provas e, subsidiariamente, diante da pequena quantidade de drogas e qualidade de usuário, pede a desclassificação para o tipo penal do art. 28 da Lei nº 11.343/2006. No que diz respeito ao crime do art. 16, § 1º, IV,

da Lei nº 10.826/2003, pugna pela fixação da pena base no mínimo legal, afastando-se a análise desfavorável das circunstâncias do crime, formulada pelo juízo a quo em virtude de se encontrar municiada a arma de fogo apreendida. Nas contrarrazões, pugna o Ministério Público pela manutenção da decisão recorrida (id. 167690380, Pje 1º Grau). Parecer da Procuradoria de Justiça pelo conhecimento parcial e improvimento do Apelo (id. 24536265). Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação nº 0700048-50.2021.8.05.0103 – Comarca de Ilhéus Apelante: Rafael Oliveira dos Santos Defensora Pública: Dr. Paula Verena Carneiro Cordeiro Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotor de Justiça: Dr. José Botelho Almeida Neto Origem: 1ª Vara Criminal da Comarca de Ilhéus Procuradora de Justiça: Dra. Tânia Regina Oliveira Campos Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães VOTO Cuida-se de recurso de Apelação Criminal interposto por Rafael Oliveira dos Santos, insurgindo-se contra a sentença (id. 167690359) proferida pela Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ilhéus, que o condenou pela prática dos delitos previstos nos arts. 33, caput, da Lei 11.343/2006, e 16, § 1º, IV, da Lei nº 10.826/2003, em concurso material, fixando às penas definitivas em 09 (nove) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 639 dias-multa, no valor unitário mínimo. Extrai-se da exordial acusatória (id. 167690063), in verbis, que “no dia 10 de janeiro de 2021, por volta das 16h20min, na localidade denominada Banco da Vitória, nesta cidade e Comarca de Ilhéus, o indiciado foi surpreendido por policiais portando uma arma de fogo tipo pistola, inox, marca Taurus PT 938, calibre .380, com numeração suprimida, contendo 01 (um) carregador municiado. Consta, ainda, que o denunciado, nas mesmas circunstâncias de tempo acima mencionada, no interior de uma residência localizada na Rua Érica Alves, tinha em depósito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de comercialização, 02 (dois) fragmentos, tipo tablete, da droga popularmente conhecida como, na forma prensada, pesando 156,06g (cento e cinquenta e seis gramas e seis centigramas). Por fim, consta, que na mesma oportunidade, no interior da mesma residência, o indiciado possuía, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 03 (três) carregadores de armar de fogo com um total de 42 (quarenta e duas) munições, além de 01 (uma) farda camuflada do exército e 01 (uma) touca do tipo balaclava.” Irresignado, o sentenciado interpôs Recurso de Apelação (id. 167690367, Pje 1º Grau), pugnando em suas razões (id.167690376, Pje 1º Grau), preliminarmente, pela declaração de nulidade do processo e ilicitude das provas frente a violação de domicílio. Quanto ao mérito, requer absolvição por ausência de provas e, subsidiariamente, diante da pequena quantidade de drogas e qualidade de usuário, pede a desclassificação para o tipo penal do art. 28 da Lei nº 11.343/2006. No que diz respeito ao crime do art. 16, § 1º, IV, da Lei nº 10.826/2003, pugna pela fixação da pena base no mínimo legal, afastando-se a análise desfavorável das circunstâncias do crime, formulada pelo juízo a quo em virtude de se encontrar municiada a arma de fogo apreendida. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, conhece-se do Apelo. Inicialmente, quanto à concessão do benefício da assistência judiciária gratuita ao Apelante, à vista da afirmação do seu estado de hipossuficiência, verifica-se que o pleito já foi deferido pela Juíza a quo (id. 167690359, fl. 9, Pje 1º Grau), que, inclusive, suspendeu o pagamento de custas processuais. Sendo assim, resta configurada ausência

de interesse/necessidade na análise da referida pretensão. No que concerne à preliminar de nulidade da instrução criminal, porquanto a prova teria sido produzida por meio ilícito, mediante violação de domicílio, conforme jurisprudência assente no E. Superior Tribunal de Justiça, embora o art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, garanta ao indivíduo a inviolabilidade de seu domicílio, tal direito não é absoluto, pois, tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem no domicílio do Acusado. Acerca do tema, o Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário submetido à sistemática da repercussão geral, fixou a tese 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 (RE 603.616/T0, Tribunal Pleno, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 10/5/2016). A partir dos elementos adunados aos autos, não há que se falar de ultraje à inviolabilidade do domicílio do Recorrente, uma vez que os policiais receberam uma informação de populares de que no local indicado na inicial acusatória haveria um homem portando arma de fogo em via pública, o que restou constatado, em situação de flagrância, diante da diligência policial. Na ocasião, verifica-se que o Apelante foi perseguido e capturado dentro de sua residência, em situação de flagrância, oportunidade em que também foram apreendidas, além da arma de fogo, uma pistola marca Taurus PT 938, calibre .380, com numeração suprimida e carregador municiado, 3 (três) carregadores de arma de fogo, com um total de 42 (quarenta e duas) munições e 2 (dois) fragmentos, tipo tablete de maconha, na forma prensada, pesando 156,06g (cento e cinquenta e seis gramas e seis centigramas). Nesse contexto, constata-se que não houve qualquer irregularidade ou ilegalidade na conduta dos policiais, que, para além da situação de flagrância decorrente do crime de porte de arma de fogo de uso restrito, tinham fundadas razões para ingresso no imóvel diante da hipótese de guarda de drogas para fins de tráfico, tendo em vista o conteúdo de denúncia anônima acerca da comercialização de drogas nos arredores da residência. Cediço, portanto, que os agentes também tinham o dever de verificar a veracidade do relato de tráfico de drogas que, indubitavelmente, foi robustecido pela situação de flagrante que já estava em curso em relação ao delito de porte ilegal de arma. Ante o exposto, rejeita-se a preliminar aventada. Quanto ao mérito, não merece prosperar a tese defensiva de absolvição. A materialidade e a autoria dos crimes de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006) e de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito com numeração suprimida (art. 16, § 1º, I, da Lei nº 10.826/2003) restaram sobejamente demonstradas nos autos, em especial através dos Laudos Periciais realizados na arma de fogo, cartuchos e munições, e drogas apreendidas (ids. 167690102 e 167690089, ambos Pje 1º Grau), bem como pelos depoimentos em juízo de André Luiz de Castro Midlej (id. 167690100, Pje 1º Grau) e Jorge André Santos Lima (id. 167690100, Pje 1º Grau), agentes policiais que participaram da diligência que culminou na apreensão da droga, munições e arma de fogo, e na prisão do ora Apelante. Cumpre transcrever trechos de tais depoimentos, conforme destacado na sentença guerreada: “A gente tava de serviço quando recebemos denúncia de gente armada no Iraque, na Rua Érica Alves e deslocamos até o local quando o mesmo empreendeu fuga, com a arma em punho, quando adentrou na residência, a pistola estava do lado dele, no travesseiro e ao fazer busca nos cômodos, achamos os carregadores

e depois fazer buscas foi encontrada essa pequena porção de maconha; ele disse que a arma era para se defender da facção rival; era para se defender de um possível ataque contra o mesmo; isso (já dava para ver com arma em punho) aí adentrou na residência; foi um pouco mais de cem gramas, mais quem encontrou foi outro colega; como ela estava acondicionada eu não me recordo, o mesmo falou que era para consumo; a arma era uma pistola, estava carregada e ainda encontramos outros carregadores sobressalentes na sapateira, todos dois municiados também; não sei informar se os colegas o conheciam; ele é, a facção que ele falou é do Raio A; na época estava uma guerra intensa, o indivíduo mudou de facção, Sebinho e teria ameaçado ele; Sebinho é do Tudo 3; não apareceu; as mesmas vestimentas com as mesmas características eles estavam sendo utilizados em vários ataques, inclusive balaclava; inclusive tem fotos que chegou por meio de whatsapp com indivíduos utilizando essas vestimentas, roupas camufladas, balaclava; foi mais usada nessa guerra mesmo entre eles; inclusive granadas; antes disso não; após a prisão, foi contato que o mesmo já tinha mandado de prisão; inclusive ele estava com tornozeleira e que ele teria arreventado a tornozeleira; eu encontrei pistola carregada, estava o lado dele, na cama, embaixo do travesseiro, os outros carregadores numa sapateira e roupa camuflada e a balaclava numa sacola; ele estava com a arma em punho e adentrou numa residência; não tinha ninguém na casa; na foto não dava para identificar quem era, por que muitos deles estavam cobertos com a balaclava; ele falou que era tudo da propriedade dele; a arma ele falou que era para a defesa dele, a roupa também e a droga; acredito que todos os três, a gente estava embarcado ainda. (Trecho de depoimento de André Luiz de Castro Midlej).”; “Sim, me recordo; eu era o comandante da guarnição; já há algum tempo o Alto do Iraque estava nessa guerra de facções; foi quando recebemos denúncias de populares; numa determinada rua tinha elemento que portava uma arma de fogo; ao avistar nossa viatura, ele adentrou numa residência; a gente conseguiu capturar ele; próximo a ele foi encontrada uma pistola, carregadores, uma balaclava, blusa camuflada do exército e droga; quem conseguiu pegara a arma foi o SD Midlej e o SD Iuri encontrou a droga; acompanhei a diligência no imóvel; a quantidade eu não consigo precisar, mas vi que foi encontrada num recipiente na cozinha; a pistola estava debaixo de um travesseiro, os carregadores numa sapateira e a balaclava e a camisa; o que eu recordo foi que ele foi mandado para lá para proteger o morro da facção rival; ele é "Raio A"; aquele local que estava sendo atacado pelo "Tudo 3", terceiro; provavelmente para efetuar os ataques as facções rivais e até mesmo se camuflar naquele área, uma região de mata; foi a primeira vez que eu o abordei; ele admitiu os fatos; só tinha ele mesmo; tava municiada; provavelmente umas quarenta munições; era uma pistola .380; ele pertencia a facção A, quando estava recebendo ataque do terceiro; ele falou isso no momento da apreensão; eu acredito que sim, foi para onde ele apreendeu fuga; era uma rua que tinha movimento; acredito que sim; não me recordo se pessoas estavam passando no local. (Trecho de depoimento de Jorge André Santos Lima).” Oportuno salientar que a simples qualidade de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos prestados, mormente quando se apresentam coerentes e harmônicos com os demais elementos e circunstâncias colhidos dos autos, e quando oferecidos em Juízo, sendo oportunizado o contraditório. Nessa esteira: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR EFETUADA POR POLICIAIS MILITARES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INFORMAÇÕES PRÉVIAS DE OCORRÊNCIA DE TRÁFICO DE DROGAS NA RESIDÊNCIA. PERMISSÃO DO PACIENTE PARA ENTRADA DOS

POLICIAIS NA RESIDÊNCIA. SUBSEQUENTE CONFISSÃO INFORMAL DO RÉU DE QUE OS ENTORPECENTES HAVIAM SIDO ARMAZENADOS EM LOCALDISTANTE DA RESIDÊNCIA. VALIDADE. CREDIBILIDADE DO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS EM JUÍZO. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE, ANTE A EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO, CONJUGADA COM A QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

[...] 7. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. Precedentes: AgRg no HC 606.384/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 29/09/2020; AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 05/08/2019; REsp n. 1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 17/05/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/03/2016. [...] (HC 608.558/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 07/12/2020). (grifos acrescidos). [...] 0 Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firme de que os depoimentos dos policiais, que acompanharam as investigações prévias ou que realizaram a 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. [...]. 10. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp 918.323/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019). Inobstante a versão do recorrente em seu interrogatório judicial – o Apelante negou a prática dos delitos que lhe são imputados – os relatos apresentados pelos agentes policiais são coerentes e harmônicos, não se vislumbrando qualquer indício de que tenham prestado depoimentos falsos a respeito dos fatos, com intenção de prejudicar o Sentenciado. Ademais, o próprio Apelante confessou a prática do fato durante a investigação policial, não apresentando narrativa compatível com os demais elementos de prova para a mudança da versão na oportunidade em que foi ouvido em Juízo. Sobre o interrogatório na fase investigativa, cita-se trecho da sentença condenatória: “Que a droga apresentada a esta depol de fato lhe pertence; Que a arma seria destinada a sua proteção, pois é ameaçado por um indivíduo de nome Cebinho, o qual é foragido de Salvador; que este Cebinho já matou recentemente um outro indivíduo, conhecido como Caio e este Cebinho afirmou que o próximo seria o interrogado; que a droga seria destinada para o consumo pessoal, pois é usuário de maconha e iria utilizar toda a droga apresentada; que adquiriu a arma na feira na cidade de Itabuna; que pagou R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) na arma munições e carregadores; que adquiriu a droga pelo valor de R\$ 500,00, na localidade do Banco da Vitória; que já foi preso cinco vezes, sendo duas por porte de arma e outras por tráfico; que é usuário de maconha e crack; que está sobre livramento condicional e arrebitou a tornozeleira eletrônica que estava utilizando.” Também o pleito defensivo de desclassificação do delito de tráfico (art. 33 da lei nº 11.343/2006) para o de porte para consumo (art. 28 da mesma lei) não merece acolhida. Sobre o tema, vale lembrar que a configuração do crime de tráfico não exige a efetiva prática de atos de comercialização da substância entorpecente. Pratica o delito de tráfico não apenas aquele que comercializa a droga, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção e da circulação de substância entorpecente conforme os verbos que integram o núcleo do tipo penal. O dispositivo do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 configura crime permanente,

de ação múltipla e de mera conduta, sendo irrelevante a prova da traficância. São várias ações identificadas pelos diversos verbos e o delito se consuma com a prática de qualquer das hipóteses previstas. Sobre a matéria, colaciona-se o seguinte aresto: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DERECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DEDESCCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NAESTREITA DO WRIT. MERCANCIA. PRESCINDIBILIDADE. TIPO MISTO ALTERNATIVO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O habeas corpus não é a via adequada para apreciar o pedido de desclassificação do delito, tendo em vista que, para se desconstituir a conclusão obtida pelas instâncias locais sobre a condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do remédio heróico, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória. 2. O crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo, restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 618.667/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTATURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 27/11/2020). (grifos acrescidos). In casu, verifica-se que a Magistrada a quo fundamentou o édito condenatório não apenas com base na quantidade e espécie do entorpecente apreendido, mas também considerando a sua forma de acondicionamento, local de ocorrência da apreensão e condições pessoais do réu, que já indicava reiteração delitiva nos mesmos delitos, bem como a apreensão de arma de fogo e quantidade expressiva de munição. Nesse sentido, cita-se relevante trecho da sentença: "Quanto ao local, nota-se que os policiais se dirigiram até um local conflagrado pela guerra do tráfico nesta cidade, palco de disputa entre as facções criminosas "Tudo 3" e "Raio A". De fato, vê que foi apreendida expressiva quantidade de munições com o réu, circunstância que leva a crer que ele estava preparado para resistir a um possível invasão da facção rival com o objetivo de tomar as "bocas de fumo" do Alto do Iraque, Banco da Vitória, Ilhéus-BA. Segundo o próprio réu, a arma destinava-se a sua "defesa pessoal" contra ataques de "Cebinho". Não bastasse isso e reforçando a tese de que o réu estava ali para "segurar" o local para a facção criminosa que integra, também foi apreendida uma farda camuflada do exército e uma touca ninja do tipo balaclava. [...] Já no que toca às condições pessoais do réu, consta nos autos certidão cartorária atestando que ele já foi condenado, em primeira instância, em três oportunidades, pelo crime de tráfico de drogas (autos nº 0505210-15.2018.8.05.0103; 0502510-03.2017.8.05.0103 e 0500680-31.2019.8.05.0103), além de responder a outra ação penal por delitos relativos à lei nº 10.826/2003 (autos nº 0505140-32.2017.8.05.0103) e já ter sido condenado definitivamente pela prática do crime de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido (autos nº 0501329-30.2018.8.05.0103) (fls.39/40). Por fim, de acordo com as provas carreadas aos autos, foi apreendido 156,06g de "maconha" (fl.22), quantidade que não é ínfima, porém também não é exorbitante. Entretanto, cotejando-se todas essas circunstâncias, entendo que a droga apreendida com o réu destinava-se à mercância, tendo em vista que o local em que o réu foi preso é área disputada por facções criminosas, sendo notoriamente conhecido como "boca de fumo", tendo valor estratégico para os meliantes, tanto que disputam essa área. Além disso, nota-se que o réu afirmou ter adquirido os artefatos bélicos por R\$ 5.000,00 e a droga por R\$ 500,00, ou

seja, uma despesa total de R\$ 5.500,00, que certamente não poderia ser suportado por um simples pescador.” Desse modo, em que pese a defesa tenha alegado, em favor de Rafael Oliveira dos Santos, a tese subsidiária de que toda a droga apreendida era para uso próprio, no caso em análise, os demais elementos probatórios apontam para o acerto da condenação pelo crime previsto no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, não havendo que se falar em desclassificação para o delito tipificado no art. 28 da Lei nº 11.343/2006. Destaca-se, ainda, que não basta a simples alegação de que a droga seria destinada ao próprio consumo do Acusado para que reste afastada, de plano, a imputação quanto ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, eis que não é incompatível a figura do usuário-trafficante – aquele que se envolve na traficância para sustentar seu vício. No que se refere à dosimetria das penas, também não merece reparo o decisio vergastado. Quanto à condenação pelo delito de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006), cita-se trecho da decisão vergastada: “A Ré (sic) agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar. É reincidente, mas essa circunstância será valorada na segunda fase. Não há maiores elementos sobre a sua personalidade e conduta social. O motivo do crime é a possibilidade de lucro fácil e suas consequências são danosas para a sociedade, deixando-se de considerar por ora essa circunstância, já que é inerente ao tipo penal. O Estado e a sociedade em nada contribuíram para a atuação do acusado (a), uma vez que se busca, constantemente, reprimir o tráfico de drogas. À vista dessas circunstâncias, fixo a pena-base em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa. Não existem atenuantes. Sendo reincidente (fl.40) agravo a pena em 1/6, passando a dosá-la em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, não havendo outras circunstâncias a serem valoradas. A pena de multa ora imposta a (o) acusado (a) deve ser fixada em um trigésimo do valor do salário mínimo, eis que não há nos autos informações acerca da sua situação financeira, que deve ser corrigida monetariamente, por ocasião da execução (art. 43, caput, da Lei nº 11.343/2006).” Na primeira fase a Magistrada de origem fixou a pena base no mínimo legal, isto é, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Na segunda etapa, dada a condição de reincidência específica sobejamente demonstrada nos autos, aplicou-se o agravamento de 1/6, fixando-se a pena provisória em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa, na proporção mínima de valor, tornando-a definitiva em razão da ausência de causas de aumento e/ou diminuição da pena. Assim, embora não tenha havido impugnação da defesa, vale ratificar que nesse ponto não há razão para reforma do decisio. Quanto ao delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito com numeração suprimida (art. 16, § 1º, IV, da Lei nº 10.826/2003), manifestou-se a magistrada de origem da seguinte forma: “Analisando as circunstâncias do art. 59 do CP, concluo que o Réu agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar. É reincidente, mas essa circunstância será valorada na segunda fase da dosimetria. Há poucos elementos nos autos acerca de sua conduta social e personalidade. Os motivos e as consequências do crime não demonstraram maior determinação delitiva do criminoso, pelo que não podem ser tomados como desfavoráveis. As circunstâncias do crime foram graves, eis que o acusado foi preso com uma arma de fogo e 42 munições, conduta que merece maior censura do que aquele que é preso portando uma única arma de fogo, ou somente as munições. À vista dessas circunstâncias, fixo a pena-base em 03 anos e 04 meses de reclusão e 56 dias multa. O valor da multa fica fixada em um trigésimo do valor do salário mínimo, pois não existem nos autos elementos

que possibilitem aferir sua situação financeira (CP, 60), que deve ser corrigida monetariamente, por ocasião da execução (parágrafo 2º, artigo 49, Código Penal). Compenso a agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea, consoante fundamentação e ausentes causas de aumento ou de diminuição de pena, torno definitiva a pena de 03 anos e 04 meses de reclusão e 56 dias-multa." Na primeira fase a Magistrada de origem valorou como desfavoráveis as circunstâncias do crime, considerando o fato de que o apelante foi preso com arma de fogo e 42 (quarenta e duas) munições, razão pela fixou a pena base, acima do mínimo legal, em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 56 (cinquenta e seis) dias multa. Não há ilegalidade ou excesso na valoração negativa da aludida circunstância judicial, porquanto realizada fundamentadamente sob aspecto da gravidade concreta do delito praticado, além de não recair sobre fato utilizado como critério para exacerbação da pena noutro ponto do cálculo dosimétrico. Assim, a análise de desfavorabilidade relativa ao fato de estar a arma municada, além de acompanhada de relevante quantidade de munição, é medida compatível com a atividade discricionária de aplicação da pena e permitida diante do princípio da individualização. Também nesse trecho, pois, não deve ser acolhida a pretensão defensiva de reforma. Sobre o tema, a jurisprudência do STJ: PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO PISO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. EXCESSO NO AUMENTO PROCEDIDO. PENA REVISTA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO MANTIDO. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 2. A individualização da pena, como atividade discricionária do julgador, está sujeita à revisão apenas nas hipóteses de flagrante ilegalidade ou teratologia, quando não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade. 3. Para fins do art. 59 do Código Penal, as circunstâncias do crime devem ser entendidas como os aspectos objetivos e subjetivos de natureza accidental que envolvem a conduta delituosa. In casu, o decreto condenatório demonstrou que o modus operandi do delito revela gravidade concreta superior à ínsita aos crimes de porte de arma de fogo de uso restrito, pois o paciente foi surpreendido com uma submetralhadora em lanchonete na rede "Mcdonald's", artefato de altíssimo poder vulnerante, desprovido de código de rastreamento e devidamente municada com dez cartuchos íntegros, tendo o laudo pericial atestado que a arma apresentava vestígios de disparo recente. [...] 5. Quanto ao regime, estabelecida a pena-base acima do mínimo legal, por ter sido desfavoravelmente valorada circunstância do art. 59 do CP, admite-se a fixação de regime prisional mais gravoso do que o indicado pelo quantum de reprimenda imposta ao réu. Nesse passo, conquanto tenha sido revista a pena imposta, a presença de circunstância judicial desfavorável, de per si, justifica a manutenção do regime prisional semiaberto. 6. Writ não conhecido e ordem concedida, de ofício, tão somente para reduzir a pena do paciente a 3 anos, 4 meses e 15 dias de reclusão, ficando mantido, no mais, o teor do decreto condenatório. (HC 463.936/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/09/2018, DJe 14/09/2018) HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CULPABILIDADE. ELEMENTO INTEGRANTE DA PRÓPRIA ESTRUTURA DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. MAUS ANTECEDENTES, MÁ CONDUTA SOCIAL E PERSONALIDADE VOLTADA À PRÁTICA DELITIVA. NEGATIVIDADE JUSTIFICADA. EXISTÊNCIA DE DIVERSAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS ANTERIORES. MOTIVOS DO CRIME. ARGUMENTAÇÃO GENÉRICA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. JUSTIFICATIVA CONCRETA E IDÔNEA. REGIME ABERTO. PRETENDIDA IMPOSIÇÃO.

IMPOSSIBILIDADE. REINCIDÊNCIA E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EM PARTE EVIDENCIADO. SANÇÃO REDIMENSIONADA. [...] 5. Constatando-se que a pistola apreendida em poder do paciente estava municiada com quinze cartuchos intactos, não há constrangimento ilegal na valoração negativa das circunstâncias do delito. 6. Mostra-se inviável estabelecer o regime aberto de execução quando verificado que não era devida sequer a imposição do regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, tendo em vista que o paciente é reincidente e ostenta circunstâncias judiciais desfavoráveis. Inteligência da Súmula 269/STJ. 7. Ordem parcialmente concedida para reduzir em parte a pena-base do paciente, tornando a sua reprimenda definitiva em 3 anos e 3 meses de reclusão e pagamento de 16 dias-multa. (HC 186.073/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 28/08/2012, DJe 12/09/2012) Na segunda etapa, mesmo reconhecida a condição de reincidência específica, restou tal agravante compensada com a atenuante de confissão, que se deu especificamente em relação à arma de fogo, razão pela qual, à míngua de causas de aumento e/ou diminuição, fixou-se a pena definitiva nos mesmos 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 56 (cinquenta e seis) dias multa. Ademais, como visto, o ora Apelante foi condenado por dois crimes, ambos apenados com reclusão, tendo a Magistrada a quo promovido a soma das penas frente ao concurso material e fixado o regime inicial fechado para cumprimento. Como cediço, havendo concurso material entre crimes cuja pena cominada é de reclusão, conforme dispõe o art. 69, caput, do Código Penal não se verifica ilegalidade na fixação do regime único. Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. Com efeito, aplicada a regra do concurso material e fixada a pena definitiva em 9 (nove) anos e 02 (dois) meses de reclusão, bem como por se tratar de réu reincidente, não merece alteração o regime inicial fixado pela Juíza de origem, pois consentâneo com o comando do art. 33, § 2º, a, do Código Penal. Inviável, também, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Isso porque, para além da constatada reincidência em delitos dolosos, deve-se observar o quanto previsto no art. 44, I, do Estatuto Repressivo, tendo em vista que a sanção relativa ao crime de tráfico de drogas foi mantida em patamar superior a 04 (quatro) anos de reclusão. No que tange ao delito de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, também resta impossível a substituição por pena restritiva de direitos, nos termos do art. 69, § 1º, do Código Penal. Art. 69. [...] § 1º. Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código. Isto posto, voto no sentido de CONHECER do recurso, REJEITAR A PRELIMINAR e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO ao apelo, mantendo-se a sentença impugnada por seus próprios termos. Sala de Sessões, _____ de _____ de 2022. Presidente Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães Relatora Procurador (a) de Justiça