

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0506784-70.2016.8.05.0256 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Israel de Amorim Castro Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. NULIDADE POR ILICITUDE DA PROVA E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE QUE CONDUZ AO ESTADO DE FLAGRÂNCIA DURANTE TODO O TEMPO EM QUE O FATO ESTÁ SENDO PRATICADO, E NO CASO DO TRÁFICO DE DROGAS, ENQUANTO PERDURAR A PRÁTICA DE QUALQUER DAS CONDUTAS INCRIMINADAS PELO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006. FUNDADA SUSPEITA. NOTÍCIAS POR POPULARES DA PRÁTICA DELITIVA SENDO APONTADO O LOCAL. RÁPIDA DISPERSÃO DE PESSOAS NO LOCAL APÓS A CHEGADA DA POLÍCIA. APREENSÃO DE COCAÍNA E MACONHA, NO TERRENO EXTERNO AO IMÓVEL E NO INTERIOR DA CASA. JUSTA CAUSA PARA A ADOÇÃO DA MEDIDA DE BUSCA E APREENSÃO SEM MANDADO JUDICIAL. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. TESE FIXADA PELO STF SOB O REGIME DE REPERCUSSÃO GERAL (TEMA 280). AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DO CRIME COMPROVADAS. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. AÇÕES PENAIS EM CURSO NÃO AFASTAM O TRÁFICO PRIVILEGIADO. ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REDUÇÃO DA PENA APLICADA NO PATAMAR DE 1/2 (METADE) EM RAZÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA (ART. 33, § 2º, c, DO CP). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VIABILIDADE (ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. 1. Nos termos da Constituição Federal, a inviolabilidade de domicílio não é um direito absoluto, comportando exceção em caso de, por exemplo, flagrante delito (artigo 5º, inciso XI, da CF). No caso dos autos, sendo o tráfico de drogas, delito de natureza permanente, em que a consumação se protraí no tempo, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando se tem por objetivo fazer cessar a atividade criminosa, em razão da situação de flagrância. 2. Sobre o tema, ao julgar o RE 603.616-AgR/R0, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal decidiu, sob o regime de repercussão geral (Tema 280), que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial é lícita quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas, que indiquem a situação de flagrante delito, dentro da casa. 3. Demonstradas de forma inequívoca a autoria e materialidade do crime perpetrado, impossível cogitar-se a absolvição do Acusado. 4. Conforme entendimento do STJ, não é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso, para formação da convicção de que o Réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. 5. Considerando que o legislador deixou de estabelecer os parâmetros para a fixação do quantum da incidência do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas e, conforme a jurisprudência dos Tribunais Superiores, é permitido ao magistrado mensurar a fração, desde que observado o princípio do livre convencimento motivado, entendo da forma que o Julgador de 1º grau no sentido de não deferir ao Apelante o benefício em questão na sua proporção máxima, mostrando-se adequada a fixação da fração redutora em ½ (metade), sendo este um patamar proporcional e adequado à repreensão do delito, considerando a natureza e a quantidade de drogas apreendidas. 6. Preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

ACÓRDÃO Relatados e discutidos estes autos de Apelações Criminais nº 0506784-70.2016.8.05.0256 da Comarca de TEIXEIRA DE FREITAS/BA, sendo Apelante ISRAEL DE AMORIM CASTRO e Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER o Recurso de Apelação interposto por ISRAEL DE AMORIM CASTRO, e DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, na forma do Relatório e do Voto constante dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Salvador, . PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 5 de Junho de 2023. e PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0506784-70.2016.8.05.0256 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Israel de Amorim Castro Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Acusado ISRAEL DE AMORIM CASTRO, tendo em vista sua irresignação com o conteúdo da sentença condenatória (id 41539768) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de TEIXEIRA DE FREITAS/BA, que julgou procedente a denúncia ofertada pelo Ministério Público, para o fim de condená-lo ao cumprimento das penas do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, fixando a reprimenda definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão em regime inicial semiaberto, feita a detração penal, associada ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal. Irresignada, a Defesa interpôs o recurso de apelação e, em suas razões recursais (id 41539776), pugnou pelo reconhecimento da ilicitude de todas as provas obtidas, declarando-as nulas, com a consequente absolvição do Apelante, nos termos art. 386, VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, pediu que se reconheça a incidência da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, por estarem presentes todos os requisitos legais para sua incidência. Prequestionou os dispositivos apontados como violados, para fins de interposição de recursos aos Tribunais Superiores. Instado a manifestar-se, o Parquet não apresentou as contrarrazões, conforme certidão carreada ao id 41539788 Abriu-se vista à Procuradoria de Justiça que, em parecer da lavra da Dra. Lícia Maria de Oliveira, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (id 42399361). Os autos vieram conclusos É o Relatório. Salvador/BA, 24 de maio de 2023. Des. Nágila Maria Sales Brito Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0506784-70.2016.8.05.0256 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Israel de Amorim Castro Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO 1. PRESSUPOSTOS RECURSAIS DEVIDAMENTE CONFIGURADOS. CONHECIMENTO DA APELAÇÃO. Primeiramente, cabe examinar a presença dos pressupostos recursais. Do exame dos autos, verifica-se que a Sentença condenatória publicada em 01/06/2020 (id 41539770) foi encaminhada para intimação no portal eletrônico em 04/06/2020 (id 41539773), sendo o Sentenciado intimado somente em 08/11/2022 (id 41539794), tendo a Defesa interposto o Recurso de Apelação no dia 21/07/2020 (id 41539776). Levando-se em conta o prazo previsto pelo artigo 593 do Código de Processo Penal, resulta evidente a tempestividade da apelação interposta pelo Apelante, a qual veio a cumprir os requisitos necessários para a sua regular tramitação, ensejando o correspondente conhecimento. 1. DO MÉRITO. DAS ALEGAÇÕES DIRETAS, NULIDADE POR ILICITUDE DAS PROVAS Requereu a Defesa a nulidade do feito, com a

consequente absolvição do Acusado, sob a alegação de que a abordagem e busca realizada pelos Policiais na residência do Apelante teria se dado de forma ilícita. De logo, cumpre mencionar que a ação penal em julgamento teve início com a prisão em flagrante do Acusado ISRAEL DE AMORIM CASTRO, no dia 18/10/2016, por volta das 22h30, na comarca de Teixeira de Freitas, quando este mantinha em depósito 01 porção maior e mais 04 papелotes de cocaína, pesando aproximadamente 70 g (setenta gramas), bem como 01 porção de maconha, com peso de 3,30g (três gramas e trinta centigramas), de maconha. No que tange ao pleito de nulidade da prova produzida durante a fase policial, tratando-se de flagrante em crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes – infração penal de natureza permanente –, as buscas e apreensões domiciliares prescindem de autorização judicial, podendo os agentes públicos adentrar o domicílio do investigado ou suspeito, independentemente de mandado judicial, para reprimir e fazer cessar a ação delituosa, a qualquer hora do dia, mesmo em período noturno. No caso dos autos, sendo o tráfico de drogas, delito de natureza permanente, cuja consumação se protraí no tempo, enquanto perdurar a prática de qualquer das condutas incriminadas pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando se tem por objetivo fazer cessar a atividade criminosa, em razão da situação de flagrância. Assim, a inexistência de mandado de busca e apreensão, no caso dos autos, em que se apura o cometimento do crime de tráfico de drogas, é insuficiente para macular a prova obtida por ocasião do ingresso dos policiais na residência do Apelante, uma vez que se estava diante de delito de natureza permanente, cujo flagrante se protraí no tempo, nos termos do artigo 303 do Código de Processo Penal, *ipsis litteris*: Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Ademais, neste caso, a situação de flagrância legitima constitucionalmente a violação do domicílio. A Carta Magna prescreve no seu artigo 5º, XI, da CF, que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial". Assim, não há que se falar em necessidade de mandado ou de consentimento do morador. Sobre o tema, ao julgar o RE 603.616–AgR/R0, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal, a fim de uniformizar a matéria, fixou a tese, sob o regime de repercussão geral (Tema 280), de que, em se tratando das situações de flagrante delito, em particular, não há ilicitude na entrada forçada em domicílio, sem mandado judicial, quando amparada em fundadas razões, justificadas a posteriori, que indiquem a ocorrência de crime no interior da residência, sob pena de apuração de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados. No caso dos autos, as diligências empreendidas pelos policiais mostraram-se regulares, haja vista que a guarnição policial, conduzida pelo SD/PM Jorge Fidelis Novais da Paixão, fazia ronda pelo Bairro Castelinho, quando uma pessoa parou a viatura informando que, naquele momento e no mesmo bairro, numa casa de terreno grande e com um pé de manga cujo proprietário seria "Rael Peixoto", estaria acontecendo vendas de entorpecentes. De posse dessa informação, a guarnição deslocou-se até o local e no momento da aproximação, dois indivíduos fugiram pela cerca que rodeava o terreno do aludida casa. Nesse momento, o denunciado Israel Amorim de Castro foi visto, e afirmou ser o proprietário do imóvel. Depois de realizadas buscas no terreno do imóvel,

com a permissão do ora Apelante, foi encontrado um invólucro de cor preta, contendo aproximadamente 70g (setenta gramas) de cocaína, e no interior da residência do Denunciado foi encontrado, em um quarto, 01 (uma) bucha de maconha e 04 (quatro) papелotes de cocaína. Verifica-se que na hipótese dos autos, a partir da análise da circunstâncias fáticas, restou plenamente caracterizado o estado de flagrância, bem como a existência de fundadas razões, amparada em elementos concretos de suspeita da prática de delito de tráfico, uma vez que o ingresso autorizado dos policiais na residência do Apelante ocorreu após informações dadas por moradores da localidade, acerca do comércio de entorpecentes no local, e, ainda, diante da fuga de dois sujeitos pela cerca da casa, ao notarem a aproximação da guarnição policial, estando presente, neste caso, a justa causa para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, uma vez que, existindo elementos indicativos da prática de crime no local a autorizarem a violação domiciliar, mostra-se desnecessário o prévio mandado de busca e apreensão. É o que se depreende dos depoimentos dos Policiais em Juízo, consoante gravação no PJE Mídias: Estávamos em ronda no Bairro Castelinho quando uma pessoa se dirigiu à nossa viatura, bem próximo à rua do cidadão, Israel, dando conta de que estava acontecendo tráfico de drogas na rua, em frente ao endereço dele; que essa pessoa disse mais ou menos a rua, e deu as características da casa (uma casa com uma cerca e um pé de manga no quintal), dizendo que quando a gente entrasse com a viatura, a gente já ia ver o pessoal na prática; disse que o apelido dele era "Rael Peixeiro"; que não conhecia ele; que quando se aproximaram, os dois correram, saltando a cerca de arame farpado; que adentramos a cerca, e localizamos o Israel, que se apresentou como o proprietário do imóvel; a gente fez a busca pelo quintal, pra ver se o pessoal tinha deixado algo antes de correr; que acharam na parede, num burquinho, uma quantidade de droga, e uma quantidade maior de cocaína embaixo da casa do cachorro; que depois a mãe dele chegou, e explicou o que estava acontecendo, e aproveitou para indicar a ela que comparecesse à delegacia com um advogado; procederam à busca no interior do imóvel, com a autorização dele, mas não se lembra se encontraram mais alguma coisa; que na operação encontraram cocaína e maconha, mas não lembra da quantidade, mas que foi uma quantidade maior e umas menores; que Israel estava na porta lateral que dá a cesso ao beco; que tinha umas três casa no terreno; (Depoimento do SD/PM JORGE FIDELIS NOVAIS DA PAIXÃO) Que faziam ronda na cidade, e receberam a informação que no local estaria ocorrendo o crime de tráfico de drogas; que essas pessoas disseram o nome dele (Israel); que não conheciam ele; que se deslocaram até o local para verificar a informação; que quando chegaram tinham alguns indivíduos que correram pata o fundo do quintal; que fizeram a abordagem e conseguiram localizar o senhor; que depois fizeram a busca na residência e encontraram uma quantidade de droga enterrada num beco fora da casa; que a droga era cocaína, mas não lembra a quantidade; que ele assumiu que a droga era dele; que o local tem uma cerca de madeira e arame e um portão pequeno, mas a lateral é murada; que não lembra se havia outras casas no terreno; que outros colegas da viatura já conheciam ele; que encontram droga no beco e também dentro de casa. (Depoimento do SD/PM ADRIANO SOARES DA SILVA) O Apelante, ao ser interrogado pela autoridade policial, negou ser traficante de drogas e se apresentou como carregador de melancia. Alegou que, ao ouvir o barulho da sirene da viatura, saiu à porta de casa, momento em que avistou dois indivíduos correndo da rua para o terreno de sua casa, passando pela cerca e pulando o muro de trás. Afirmou que a droga destinava-se para consumo

peçoal, e que o terreno é composto por três casas separadas, e que uma delas pertence à sua irmã. Em juízo, o Acusado mais uma vez negou a prática de tráfico de drogas: Que no dia dos fatos estava em casa, quando ouviu um barulho, saiu na porta da residência, deu de cara com os policiais, que o abordaram; que eles pediram para entrar na casa, tendo permitido que eles entrassem. Que dentro da casa os policiais só encontraram uma bucha de maconha para o uso próprio, e que após um tempo procurando no quintal, eles apareceram com um pacote de cocaína em uma sacola preta; que no terreno tinha outras casas, e que na casa do fundo morava um rapaz chamado Ocássio, que já morreu. Que no dia tinha mais duas pessoas, Ocássio e outra mulher; que não conhece ninguém chamado “Rael Peixoto”, mas que ele é Israel; que já foi preso por porte ilegal de arma, e uma vez com uma bucha de maconha e por estar sem habilitação para dirigir (PJE Mídias). A testemunha arrolada pela Defesa, KAMILA FERNANDES DE BRITO, que morava em uma das casas do terreno com a irmã do Acusado, confirmou que os policiais falaram que estavam realizando a busca no local, por terem recebido informação e por terem visto duas pessoas saltando a cerca. Disse que viu os policiais encontrarem a droga no quintal. Afirmou, ainda, que os policiais revistaram e quebraram tudo, e que recebeu um tapa na cara ao perguntar se os policiais tinham mandado, mas não deu queixa policial acerca disso. As outras testemunhas arroladas pela Defesa – EVALDO SILVA FELIX e OLEGÁRIA ALVES RODRIGUES – foram ouvidas em termos de declarações, por terem afirmado possuir amizade íntima e forte com o Acusado, tendo apenas falado a respeito da conduta do Apelante, a quem julgam ser uma pessoa trabalhadora, e de bom caráter. Com efeito, se por um lado a oitiva das testemunhas arroladas pela Acusação corrobora a inicial acusatória, a prova oral produzida pela Defesa não comprova as alegações da Defesa, de que o Apelante fora vítima de uma invasão de domicílio, sobretudo porque o próprio Acusado confirmou ter autorizado a busca na sua residência. Vê-se que o ingresso dos policiais na residência do paciente não ocorrera de forma arbitrária, já que agiram com fundados indícios do crime de tráfico de drogas, o qual, por ser permanente, admite o flagrante, bem como a entrada desautorizada na casa. Em caso muito parecido, o STJ entendeu pela legalidade do flagrante. Vejamos: (...) Pretende a defesa, no presente caso, o reconhecimento da nulidade das provas obtidas de forma ilícita e a absolvição do recorrente. Ao contrário do sustentado pela parte recorrente, deve ser mantida a legalidade da prova do delito apreendida, uma vez que o mandado de busca e apreensão é desnecessário quando se trata de situação de flagrante delito por crime permanente, como no presente caso (tráfico de drogas). É que, embora o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal garanta ao indivíduo a inviolabilidade de seu domicílio, tal direito não é absoluto, uma vez que, sendo o delito de natureza permanente, assim compreendido aquele em que a consumação se prostrai no tempo, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando se tem por objetivo fazer cessar a atividade criminosa, dada a situação de flagrância.(...) (STJ – REsp: 1983540 PR 2022/0028660-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Publicação: DJ 14/03/2022) Nessa linha de raciocínio, o ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência, é que se mostra

possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. Abaixo, os seguintes julgados da Corte Superior: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. OMISSÃO DA CORTE DE ORIGEM. NÃO OCORRÊNCIA. VIOLAÇÃO DO ART. 381, INCISO II, DO CPP. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. LEGALIDADE DA PROVA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 5. Neste caso, está presente a justa causa para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, uma vez que os policiais militares só ingressaram na residência após um dos acusados ter admitido o depósito de drogas e armas em seu interior, além dos investigadores de polícia Jeferson Xavier Fernandes de Souza e Thiago Gomes Machado terem afirmado em juízo que tanto Thiesero como Marllon já eram alvo de investigações há dois meses e que, sendo conhecido o local onde haveria drogas em depósito, passaram a fazer campanas (e-STJ fls. 570/571). Considerando, portanto, a natureza permanente do delito do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, e a presença da justa causa para ensejar o ingresso dos agentes de polícia no domicílio do réu, não há qualquer ilegalidade a ser sanada.(...) 7. Agravo regimental não provido (AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 1.591.898/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 13/10/2020, DJe 20/10/2020). PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO EM FLAGRANTE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA. PRISÃO PREVENTIVA. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. EXCESSO DE PRAZO. PREJUDICIALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO (...) 2. O ingresso forçado em domicílio é legítimo quando justificado pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem ocorrer, no interior da residência, situação de flagrante delito, como ocorreu no presente caso, em que os policiais, após receberem informações da prática de tráfico de drogas no local do flagrante, teriam localizado, em revista pessoal, drogas, dinheiro e um telefone celular e, então, realizaram busca na residência do paciente, local no qual foi apreendida grande quantidade de maconha e cocaína, dinheiro e aparelhos celulares. (...) 7. Habeas corpus não conhecido (HC 469.543/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 26/11/2019, DJe 5/12/2019). PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. INOCORRÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. (...) 3. No caso em exame, a justa causa para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial evidencia-se no fato de que os policiais militares, impulsionados por denúncia anônima sobre a ocorrência de comércio de drogas, foram até o local onde se encontrava o réu que, de pronto, tentou empreender fuga, lançando uma sacola de plástica sobre a laje da casa em que estava, na qual foram encontrados 26 microtubos de cocaína e 4 porções de maconha. 4. Considerando a natureza permanente do delito de tráfico e estando devidamente registrada a justa causa para ensejar o ingresso dos agentes de polícia no domicílio do réu, como acima destacado, conclui-se que não se identifica a manifesta ilegalidade sustentada pela defesa. 5. Agravo regimental não provido (AgRg no HC 516.746/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 15/8/2019, DJe 20/8/2019). (...) Assim, existindo elementos indicativos da prática de crime no local a autorizarem a violação domiciliar (...) informações de que o local estava sendo utilizado como depósito de maconha, por um indivíduo conhecido por João Henrique Fernandes Franco. Ao chegarem no local, os policiais sentiram um

forte odor de maconha (...) – mostra-se desnecessário o prévio mandado de busca e apreensão, mormente se o flagrante obteve êxito, como na espécie dos autos, em que houve a apreensão de vultosa quantidade de drogas (70 kg de maconha) (e-STJ fl. 343). Considerando, portanto, a natureza permanente do delito do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, e a presença da justa causa para ensejar o ingresso dos agentes de polícia no domicílio do réu, não há qualquer ilegalidade a ser sanada. Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso VIII, do CPC, c/c o art. 255, § 4º, II, do RISTJ e Súmula 568/STJ, nego provimento ao recurso especial. (RECURSO ESPECIAL Nº 1921191-MG (2021/0036402-0), Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA Relator, Julgado em 16 de abril de 2021.(grifos nossos) Sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal, apreciando o Tema n. 280 da sistemática da repercussão geral, à oportunidade do julgamento do RE n. 603.616/RO, reafirmou tal entendimento, com o alerta de que, para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a presença da caracterização de justa causa, consubstanciada em razões que indiquem a situação de flagrante delito. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. ART. 5º, XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FLAGRANTE DELITO. TEMA 280 DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 603.616-AgrR/RO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. OFENSA REFLEXA. SÚMULA 279/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – As razões do agravo regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. II – Nos termos da Constituição Federal, a inviolabilidade de domicílio não é um direito absoluto, comportando exceção em caso de, por exemplo, flagrante delito. Ao julgar o RE 603.616-AgrR/RO, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, esta Suprema Corte decidiu, sob o regime de repercussão geral, que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial é lícita quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa há situação de flagrante delito. III – Para dissentir do acórdão impugnado e verificar a procedência dos argumentos consignados no apelo extremo, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 279/STF. IV – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – RE: 1298036 RS 0257165-50.2019.8.21.7000, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 08/03/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: 11/03/2021). (Grifos acrescidos). Veja-se, também o seguinte julgado do TJMG: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DEMORA NA COMUNICAÇÃO DA PRISÃO EM FLAGRANTE À AUTORIDADE JUDICIÁRIA. MERA IRREGULARIDADE SANADA QUANDO DA CONVERSÃO DA PRISÃO. PRISÃO PREVENTIVA. RELAXAMENTO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO OCORRÊNCIA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PRESENÇA DOS REQUISITOS FÁTICOS (ART. 312 DO CPP) E INSTRUMENTAIS (ART. 313, I E II, DO CPP) DA MEDIDA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA DOS FATOS APURADOS. CONSIDERÁVEL QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. AGENTE REINCENTE. APLICAÇÃO DE MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. DESCABIMENTO. 1. Restam superadas as alegações de nulidade da prisão em flagrante ante a sua conversão em preventiva, havendo, assim, novo título a justificar a segregação cautelar. Precedentes do STJ. 2. Não há que se falar em ilegalidade da invasão de domicílio quando a entrada dos agentes policiais na residência do acusado se dá em virtude de situação de flagrância, nos termos do artigo 5º, XI, da Constituição da República de 1988. 3. O crime de tráfico de drogas é de caráter permanente, prolongando-se temporalmente sua execução, pelo que o agente é considerado em constante situação de flagrância, enquanto perdurar a prática de qualquer das condutas

incriminadas pelo artigo 33 da Lei 11.343/06. 4. Tendo sido o paciente preso preventivamente pela suposta prática do delito de tráfico de drogas, presentes a prova da materialidade delitiva e os indícios suficientes de autoria, inexistente constrangimento ilegal na decisão que, fundamentadamente, decretou a sua segregação cautelar, visando a garantir a ordem pública. 5. O princípio do estado de inocência, estatuído no artigo 5º, LVII, da Constituição da República, não impede a manutenção da prisão provisória, quando presentes os requisitos dos artigos 312 e 313 do Código de Processo Penal. 6. A Lei 12.403/2011 alterou todo o sistema de medidas cautelares do Código de Processo Penal, preconizando de forma expressa o princípio da proporcionalidade, composto por dois outros, quais sejam: adequação e necessidade. 7. A prisão preventiva, espécie de medida cautelar, passou a ser exceção na sistemática processual, dando, o quanto possível, promoção efetiva ao princípio constitucional da não-culpabilidade. Todavia, embora medida extrema, a manutenção da segregação cautelar pode ser determinada, sempre que presentes os requisitos exigidos pelo Código de Processo Penal, em seus artigos 312 e 313. 8. A reincidência do agente demonstra a facilidade que o mesmo tem de infringir a Lei Penal, motivo pelo qual a manutenção do cárcere se mostra necessária, com vistas a se evitar a reiteração delitiva. 9. Sendo o crime de tráfico de drogas apenado com reprimenda máxima, privativa de liberdade, superior a quatro anos, é admissível a manutenção da segregação provisória, como forma de garantia da ordem pública e visando a evitar a reiteração delitiva. 10. Não se mostrando adequadas e suficientes, no caso concreto, as medidas cautelares diversas da prisão, não poderão ser aplicadas, mormente quando presentes os requisitos para a manutenção da prisão preventiva. (TJ-MG – HC: 10000211322193000 MG, Relator: Marcílio Eustáquio Santos, Data de Julgamento: 18/08/2021, Câmaras Criminais / 7ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 18/08/2021). (Grifos acrescidos). Assim, considerando que o próprio Apelante declarou em juízo ter permitido a entrada dos policiais em sua residência, e ainda, tendo em vista a natureza permanente do delito do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, e a presença da justa causa para ensejar o ingresso dos agentes de polícia no domicílio do réu, não há qualquer ilegalidade a ser sanada, inexistindo nulidade do feito por ilicitude das provas obtidas por meio de violação de domicílio. Adentrando-se na análise das provas produzidas, a materialidade delitiva encontra-se demonstrada por meio do Auto de Prisão e Flagrante (id 41539473, fl. 03); Auto de Exibição e Apreensão (id 41539473, fl. 09); Laudo de Constatação (id 41539473, fl. 25); Laudos Periciais (id 41539473, fl. 26/28); depoimentos colhidos em sede policial (id 41539473, fls. 04/05, e 07/10), e em juízo (id 41539673, gravado no PJE Mídias), além dos interrogatórios do Acusado nas duas fases do feito (id 41539473, fls. 11/12, e id 41539698, gravado no PJE Mídias). A Perícia constatou que o exame do material com a quantidade de 56,79g (cinquenta e seis e setenta e nove gramas) de massa bruta, sob a forma sólida, de cor esbranquiçada, distribuídas em cinco (05) porções, sendo quatro do tipo “papelote”, e uma porção maior em forma de pedra, resultou positivo para a presença de Benzoilmetilecgonina (cocaína). Constatou-se, também, que o material consistente na massa bruta de substância vegetal seca, de coloração verde-amarronzada, em uma única porção, na quantidade de 3,30g (três gramas e trinta centigramas), resultou positivo para cannabis sativa (maconha). Sabe-se que tais substâncias entorpecentes de uso proscrito no Brasil, encontram-se inseridas nas Listas F1 e F2 da Portaria 344/98 do Ministério da Saúde. No que toca à autoria atribuída ao Apelante, as provas contidas

nos autos demonstram que ele, de fato, praticou o delito de tráfico de drogas, não sendo cabível a sua absolvição. É de se observar que as versões apresentadas pelos policiais na fase inquisitorial restaram confirmadas em Juízo, apresentando-se consentâneas, de modo a demonstrar o modus operandi da prisão e a forma como as drogas foram encontradas, e tornam inequívoca a prática delitiva de tráfico de drogas por parte do ora Apelante. Nesse contexto, os relatos das testemunhas, tanto perante a autoridade policial, logo em seguida aos fatos, como em juízo, preponderam sobre a negativa do Acusado, mormente quando não há notícia de qualquer motivo para uma acusação gratuita. A análise da prova testemunhal produzida em juízo encontra-se em compasso com todas as demais provas produzidas ao longo da instrução processual, não pairando qualquer dúvida acerca da idoneidade da ação policial desenvolvida, bem como da efetiva localização das substâncias ilícitas em poder do Acusado, corroborando os argumentos acerca da inexistência de dúvida quanto à prática de comércio de entorpecentes por este. Os policiais, como qualquer outra testemunha, assumem o compromisso de dizer a verdade (artigo 203 do CPP). Se fizerem afirmação falsa, calar ou ocultar a verdade, o Juiz instrutor, com força no artigo 211 do CPP, determinará a instauração de inquérito para apurar o Falso Testemunho. Com efeito, não é razoável admitir-se que o Estado possa credenciar pessoas para exercerem função repressiva e, sem elementos cabais de prova, negar-lhes crédito quando de sua estrita atividade. Segundo a Jurisprudência, é válido o testemunho prestado por agente policial, não contraditado nem desqualificado, na medida em que provém de agente público no exercício de suas funções e não destoa do conjunto probatório. Corroborando tal entendimento, vem assim decidindo o Superior Tribunal de Justiça: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. No que tange ao pleito de absolvição ou desclassificação da conduta para o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, o acórdão combatido, ao manter a condenação pelo tráfico de drogas, consignou que o conjunto probatório aponta para a prática do crime, não somente em razão da substância apreendida (75 g de cocaína), mas também diante da prova testemunhal. 2. Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela absolvição ou desclassificação do crime de tráfico de drogas para o do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 3. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1840915/SE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 21/05/2021). (Grifo nosso). Assim, não logrou êxito o Acusado em comprovar suas alegações nem em desconstituir as provas existentes em seu desfavor, ônus exclusivo da Defesa, nos termos do art. 156 do CPP. A tese de negativa de autoria destoa por completo do material probatório carreado aos autos apenas, revelando a expressão de legítimo direito constitucional de autodefesa, não sendo tal fato, por si só, capaz de ilidir as demais provas produzidas durante a instrução criminal. Na hipótese, observa-se que a decisão atacada mostra-se em perfeita harmonia com a prova colhida, inexistindo qualquer fragilidade capaz de maculá-la.

3. DA DOSIMETRIA. DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS Subsidiariamente, a Defesa pugnou pela incidência da causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, em seu patamar máximo, com os consequentes reflexos no regime de cumprimento e na aplicação do art. 44 do Código Penal. Na Sentença recorrida, o Julgador afastou a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, com a seguinte fundamentação: "Doravante, passo a analisar a possibilidade de aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Consoante certidão de fl. 150, na Vara de Execuções Penais e Júri de Teixeira de Freitas, também tramitam em desfavor do réu outras 6 ações penais, 2 delas pelo crime de homicídios simples e 4 pelo delito de homicídio qualificado, o que demonstra dedicação às atividades criminosas, na forma do entendimento consolidado pelo STJ (EResp 1431091 SP, 3ª Seção, Relator Ministro Felix Fischer, julgado 14/12/2016). Por tal razão, afasto a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06". Consabido que, nos termos do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, "as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa." In casu, como bem registrou o Sentenciante, apesar de o Apelante ostentar em sua ficha criminal seis ações penais, todas pela prática do delito de homicídio, um desses na modalidade tentada, em andamento, sendo todos os delitos posteriores ao crime em julgamento, não podem ser utilizadas para impedir que o Acusado goze de um benefício penal em crime prévio. Nessa linha de entendimento, veja-se como o STJ vem decidindo: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE. INDEFERIMENTO. CONDENAÇÃO POR FATO POSTERIOR. ABORDAGEM DO AGENTE EM LOCAL CONHECIDO COMO PONTO DE TRÁFICO. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. QUANTIDADE INEXPRESSIVA DE DROGAS. MODULAÇÃO DA MINORANTE EM PATAMAR DISTINTO DO MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. 1. A negativa da minorante do tráfico privilegiado com fundamento em condenação por fato posterior ao objeto do processo constitui flagrante violação ao art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. 2. "A apreensão de drogas e dinheiro em local conhecido como ponto de tráfico são elementos inerentes ao próprio tipo penal (AgRg no HC n. 577.528/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 3/9/2020)", não podendo ser considerada como demonstração de exercício de traficância habitual" (AgRg no HC 580.641/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 05/10/2021, DJe 08/10/2021). 3. A quantidade e a natureza das drogas apreendidas de 16,4g de cocaína e 4,3g de crack não permitem atestar, por si sós, a dedicação do apenado às atividades delituosas ou, ainda, modular a fração do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AgRg no AREsp n. 1.991.186/SC, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1/7/2022.) AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. FATOS POSTERIORES. TRÂNSITO EM JULGADO. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 444 DO STJ E NOVO ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA E DA SEGUNDA TURMAS DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, no exercício de discricionariedade vinculada, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao quantum ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador. 2. Os

requisitos específicos para reconhecimento do tráfico privilegiado estão expressamente previstos no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a saber, que o beneficiário seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. 3. Inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar ou modular a fração de diminuição de pena do tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral). O mesmo entendimento se aplica às condenações transitadas em julgado relacionadas a fatos posteriores. 4. Configura constrangimento ilegal a presunção de que o agente se dedica a atividades criminosas pela simples existência de inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação criminal definitiva; da mesma maneira, configura constrangimento ilegal a modulação da fração de redução de pena do tráfico privilegiado com base em considerações exclusivamente acerca desses fundamentos. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.891.998/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 17/6/2022.) Com relação à referida causa de diminuição de pena, até pouco tempo atrás, os Tribunais Superiores admitiam a utilização de ações penais em curso para caracterizar a dedicação à atividade criminosa e, portanto, rechaçar o benefício do tráfico privilegiado. Recentemente, no entanto, esse entendimento foi revisado, primeiro pelo Supremo Tribunal Federal e, em seguida, alinhando-se à Suprema Corte, o Superior Tribunal de Justiça adotou a mesma linha de inteligência não mais admitindo o afastamento da figura do tráfico privilegiado com base exclusivamente em ações penais em curso, sob pena de violação ao princípio da não culpabilidade. A seguir, os precedentes das Cortes Superiores: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIMINAL. INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE. RE 591.054-RG/SC. AGRADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. Precedente. II – A aplicação da causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal. III– Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – RE 1.283.996 AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, T2, j. 11/11/2020 e p. 03/12/2020). (Grifos acrescidos). PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. TRÁFICO PRIVILEGIADO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA QUE NÃO PODE SER AFASTADA APENAS COM BASE NO FATO DO SENTENCIADO POSSUIR AÇÕES PENAS EM ANDAMENTO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. No acórdão paradigma, consignou-se que ações penais em andamento justificam, de forma idônea, o afastamento do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. 2. No acórdão embargado, por seu turno, adotou-se posicionamento contrário, em razão de precedentes de ambas as Turmas do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ? STF considerarem inidôneo o afastamento da referida causa de diminuição de pena com base apenas em ações penais em andamento, em atenção ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. 3. Consoante precedentes, verifica-se nesta Corte a adesão ao posicionamento advindo do

STF, ou seja, a existência de ações penais em andamento não justifica a conclusão de que o sentenciado se dedica às atividades criminosas para fins de obstar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. 4. Agravo Regimental desprovido. (AgRg nos EAREsp 1.852.098/AM, S3, j. 27/10/2021 e p. 03/11/2021); (Grifamos). AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REFORMA DO ACÓRDÃO. ACOLHIMENTO DO PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTO INIDÔNEO ADOTADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS PARA AFASTAR A REDUTORA DE PENA. CRIMES DO ART. 28 DA LEI ANTIDROGAS E DO ART. 14 DA LEI N. 10.826/03 PRATICADOS PELO PRIMEIRO PACIENTE. UMA MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO APREENDIDA. DESVINCULAÇÃO DA CONDUTA DO CONTEXTO DE TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi negada pelas instâncias ordinárias em razão unicamente da existência de ações penais em curso, o que não é mais admitido pela jurisprudência desta Corte. 2. Entendimento do Supremo Tribunal Federal de "que 'A causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal' (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020). Posicionamento adotado também pela Sexta Turma deste Tribunal Superior" (HC 664.284/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/9/2021). (...) (AgRg no AgRg no HC 667.899/RS, Rel. Min. Joel Ilan, T5, j. 08/03/2022 e p. 14/03/2022) Na hipótese vertente, percebe-se que, além dos processos penais em curso, não há outros elementos concretos a indicar a dedicação à atividade criminosa do Acusado, tampouco a sua participação em organização criminosa, razão por que aplico a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. É certo que o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da mencionada Lei. Na hipótese, embora seja relevante as naturezas das drogas (cocaína e maconha) e a quantidade das drogas apreendidas – 56,79g (cinquenta e seis gramas e setenta e nove centigramas) de cocaína e 3,30g (três gramas e trinta centigramas) de maconha –, não se mostra suficiente para inferir a dedicação do Apelante ao tráfico de drogas, mas permite a modulação de incidência da causa de diminuição, sendo adequada ao caso a fração de 1/2, atento aos vetores do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. No mesmo sentido, o STJ: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Deve ser mantida a decisão agravada, pois a pena-base foi fixada no mínimo legal para evitar que a quantidade da droga fosse sopesada na primeira e terceira fases da dosimetria, sob pena de bis in idem, optando-se por valorar a referida circunstância apenas na última etapa da dosagem da pena. Assim, a quantidade da droga apreendida – aproximadamente 297g (duzentos e noventa e sete gramas) de cocaína –, embora não possa isoladamente afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é

suficiente modular seu quantum em 1/2. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp: 1964894 SP 2021/0289706–7, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 15/02/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/02/2022). O Apelante é tecnicamente primário e possui bons antecedentes, mostrando-se atendidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, razão por que, neste caso, o pleito da Defesa deve ser parcialmente atendido, aplicando-se a referida causa de diminuição, na fração de 1/2 (um meio), perfazendo a pena definitiva em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, associada à pena pecuniária de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos. 4. DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA Levando-se em conta a quantidade de pena aplicada – 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, –, é de rigor, respeitando-se o princípio constitucional da individualização da pena e, também, da proporcionalidade, que a reprimenda corporal seja cumprida inicialmente no regime aberto (art. 33, § 2º, 'c', do CP). 5. DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS Preenchidos os requisitos do art. 44, do CP, concedo a substituição da pena privativa de liberdade imposta ao Apelante por duas restritivas de direitos, ficando a cargo do Juízo das Execuções Penais a sua implementação. 6. PREQUESTIONAMENTO Ante a questão acerca do prequestionamento apresentada pela Defesa, saliento que não ocorreu ofensa aos dispositivos de lei invocados, de sorte que o posicionamento constante deste Acórdão representa a interpretação feita pela Colenda Turma Julgadora quanto à matéria posta em discussão, revelando-se na forma de seu convencimento, pelo que não se deve cogitar negativa de vigência a tais dispositivos. Afigura-se, portanto, desnecessária a abordagem pelo órgão julgador de todas as matérias debatidas ou dispositivos legais suscitados pelas partes, mesmo diante do prequestionamento. Por fim, no tocante ao pedido de manifestação acerca dos dispositivos legais mencionados para fins de prequestionamento, verifica-se ter sido suficientemente discutida e analisada, no Acórdão, toda matéria recursal levantada. CONCLUSÃO Ante o exposto, CONHEÇO e DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso de Apelação interposto pela Defesa para aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, no patamar de $\frac{1}{2}$ (metade), perfazendo a pena definitiva em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, associada à pena pecuniária de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, fixar o regime aberto para o início do cumprimento da reprimenda, substituir a pena privativa de liberdade imposta ao Apelante por duas restritivas de direitos, ficando a cargo do Juízo das Execuções Penais a sua implementação. Salvador/BA, 24 de maio de 2023. Desa. Nágila Maria Sales Brito Relatora