

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0537987-73.2015.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MATHEUS SOUSA DOS SANTOS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): 07 ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS, POR INGRESSO INDEVIDO NO DOMICÍLIO DO ACUSADO. NÃO ACOLHIMENTO. INGRESSO FORÇADO AMPARADO EM FUNDADAS RAZÕES. ACUSADO QUE EMPREENDEU FUGA AO AVISTAR A GUARNIÇÃO POLICIAL. POSSE DE SUBSTÂNCIAS ILÍCITAS NO MOMENTO DA PRISÃO. ALÉM DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES FORAM ENCONTRADOS ELEMENTOS QUE APONTAM PARA A PRÁTICA DO TRÁFICO DE DROGAS NA RESIDÊNCIA DO APELANTE. PRÁTICA DE CRIME PERMANENTE. AUSÊNCIA DE ILICITUDE DA PROVA. PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CRIME DO ART. 33, DA LEI Nº 11.343/2006. VALIDADE DO DEPOIMENTO POLICIAL. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA E DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. SÚMULA 231, DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. TERCEIRA FASE. RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO QUE DEMONSTRAM QUE O APELANTE POSSUI COMPORTAMENTO VOLTADO PARA À TRAFICÂNCIA. NÃO EVENTUALIDADE DA CONDUTA CRIMINOSA, A QUAL É REFORÇADA PELA EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO PENAL ONDE O APELANTE FIGURA COMO RÉU. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS LEGAIS E CONSTITUCIONAIS. MANIFESTAÇÃO IMPLÍCITA E EXPLÍCITA A RESPEITO DAS NORMAS INVOCADAS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL nº 0537987-73.2015.8.05.0001, em que figura como apelante MATHEUS SOUSA DOS SANTOS, por intermédio da Defensoria Pública, e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Acordam os Desembargadores componentes da 1ª Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça da Bahia, em CONHECER o recurso, REJEITAR A PRELIMINAR DE NULIDADE, e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do relator. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 21 de Novembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0537987-73.2015.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MATHEUS SOUSA DOS SANTOS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): 05/07 RELATÓRIO Vistos. Trata-se de recurso de apelação, interposto por MATHEUS SOUSA DOS SANTOS, em face da sentença condenatória prolatada pelo Juízo da 3ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA. Em atenção ao princípio da duração razoável do processo, adoto, como próprio, o relatório da sentença de ID 32728664, autos de nº 0537987-73.2015.8.05.0001, PJE 2º Grau. Narra a denúncia (ID 32728589) que: “[...] no dia 31 de maio de 2015, por volta das 02h, na Rua do Leblon, Massaranduba, Nesta, Policiais Miliars, quando em ronda pelo local, visualizaram o Denunciado, que, ao perceber a aproximação dos Policiais, evadiu do local em desabalada correria e se homiziou em uma residência. Ato contínuo, os Prepostos do Estado seguiram no encalço do Indigitado, adentraram no imóvel acima referido, que estava com a porta aberta, realizaram a abordagem e revista no Acusado, oportunidade em que encontraram em seu poder uma pequena porção de cocaína. Dando continuidade a diligência, os Agentes Públicos realizaram buscas na residência e encontraram mais algumas porções de cocaína, 11

(onze) aparelhos de telefone celular de marcas distintas; 01 (uma) balança digital; 05 (cinco) perfumes; 01 (um) tablet; 09 (nove) relógios de marcas diferentes; e 01 (um) notebook, além da quantia de R\$ 243,50 (duzentos e quarenta e três reais e cinquenta centavos), à luz do auto de exibição e apreensão de fls. 10[...]. Após a regular instrução da ação penal originária, o Juízo primevo prolatou a sentença (ID 32728664), na qual julgou procedente a denúncia para condenar o réu MATHEUS SOUSA DOS SANTOS, da acusação de prática do delito capitulado no art. 33, caput, da Lei 11.346/2006. Irresignado, o acusado interpôs o recurso de apelação, apresentando razões no ID 32728673, nas quais requereu a declaração de nulidade da prova produzida, a absolvição em razão da ausência de provas e, na dosimetria, a incidência da atenuante da menoridade relativa e a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Em contrarrazões recursais, o Ministério Público do Estado (ID 32728677, PJE 1º grau) requereu o improvimento do recurso. Ao subirem os autos a esta Segunda Instância, opinou a douta Procuradoria de Justiça (ID 33033176) pelo conhecimento do recurso e seu improvimento, mantendo-se a sentença condenatória in totum. É o relatório. Salvador, 4 de novembro de 2022. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0537987-73.2015.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MATHEUS SOUSA DOS SANTOS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): 05/07 VOTO Vistos. Em análise dos fólios, verifico que estão presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do recurso interposto. Passo, assim, ao enfrentamento das teses recursais. I. DA AUSÊNCIA DE PROVAS ILÍCITAS E DA COMPROVAÇÃO DA AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. Em análise dos autos, vislumbro que o apelante alega que o ingresso dos policiais militares em sua residência fora realizado sem ordem judicial e sem justa causa. Por consequência, sustenta que a prova colhida nos autos estava eivada de nulidade, uma vez decorrente da violação ao domicílio do réu (art. 5º, XI, da CRFB/88). Para tanto, em sua fundamentação, afirmou que: “os próprios policiais ouvidos em sede de depoimento judicial confirmam a invasão ao domicílio, já que não estavam portando mandado de busca e não existia nenhuma situação flagrancial prévia para justificar a entrada.” A respeito, importa registrar que o crime de tráfico pode ser evidenciado por vários indícios, como a quantidade de drogas, sua forma de embalagem, a natureza da substância, como também pela prova testemunhal. Sendo um crime de atividade essencialmente clandestina, a prova flagrancial do comércio não se torna indispensável, desde que apontada sua ocorrência por outros meios de prova. Assim, não é apenas a quantidade de tóxico que define o tipo penal, mas sim a conduta do agente em razão das circunstâncias apuradas. Nas palavras de Flávio Gomes: “[...] A Lei estabeleceu uma série (enorme) de critérios para se descobrir se a droga destina-se (ou não) a consumo pessoal. São eles: natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente. [...] A quantidade de droga, por si só, não constitui, em regra, critério determinante. [...] Daí a necessidade de se valorar não apenas um critério (o quantitativo), senão todos os fixados na Lei. [...]” (Nova Lei de Drogas Comentada. São Paulo, RT, 2006, p. 132-133). É forçoso esclarecer, ab initio, que a materialidade delitiva está demonstrada nos autos pelo Auto de Exibição e Apreensão (ID 32728590, fl 02), pelo Laudo Pericial de ID 32728597, que

comprovaram que a substância apreendida em poder do acusado tratar-se-ia do benzoilmetronidazol (cocaína). Acerca da autoria, prova testemunhal, consistente no depoimento do policial militar, também é firme, congruente e coesa. A discussão nevrálgica, todavia, reside na licitude da prova colhida, notadamente, se a diligência policial, que culminou no ingresso dos agentes na residência do acusado, violou o quanto disposto no art. 5º, XI, da CRFB/88. Em sede inquisitorial, os militares SD-PM Danilo Brandão da Silva e SD/PM Angelo Marcos da Silva Santana declararam que: "[...] que por volta das 02:00 horas, estava trabalhando como patrulheiro, a bordo da viatura de prefixo operacional 1729, juntamente com o condutor e a primeira testemunha, quando efetuaram a prisão em flagrante de Matheus Sousa dos Santos, o qual ao avistar a viatura passando em rondas na Rua do Leblon, bairro Massaranduba, evadiu-se correndo e entrou numa casa, deixando a porta aberta; que o perseguiram e também entraram na casa, e ao revistá-lo encontraram com o mesmo pequena quantidade de substância parecida com cocaína; que em seguida procederam revista no residência e encontraram mais drogas no meio das roupas de Matheus: que no quarto também encontraram vários aparelhos celulares, vários relógios, uma balança digital, um note book, um caderno com anotações de valores, um tablet e a quantia de R\$243,50 (duzentos e quarenta e três reais e cinquenta centavos) em cédulas e moedas; que em seguida o condutor deu voz de prisão em flagrante a Matheus Sousa dos Santos, apresentando-o nesta Central de Flagrantes para adoção das medidas cabíveis [...]" (depoimento extrajudicial do SD-PM Danilo Brandão da Silva, ID nº 32728590 – fl. 04). "[...] que por volta das 02:00 horas, estava trabalhando como patrulheiro, a bordo da viatura de prefixo operacional 1729, juntamente com o condutor e a primeira testemunha, quando efetuaram a prisão em flagrante de Matheus Sousa dos Santos, o qual ao avistar a viatura passando em rondas na Rua do Leblon, bairro Massaranduba, evadiu-se correndo e entrou numa casa, deixando a porta aberta; que o perseguiram e também entraram na casa, e ao revistá-lo encontraram com o mesmo pequena quantidade de substância parecida com cocaína; que em seguida procederam revista no residência e encontraram mais drogas no meio das roupas de Matheus: que no quarto também encontraram vários aparelhos celulares, vários relógios, uma balança digital, um note book, um caderno com anotações de valores, um tablet e a quantia de R\$243,50 (duzentos e quarenta e três reais e cinquenta centavos) em cédulas e moedas; que em seguida o condutor deu voz de prisão em flagrante a Matheus Sousa dos Santos, apresentando-o nesta Central de Flagrantes para adoção das medidas cabíveis [...]" (depoimento extrajudicial do SD/PM Angelo Marcos da Silva Santana ID nº 32728590 – fl. 05)(grifamos). Em juízo, a testemunha policial SD-PM Danilo Brandão da Silva afirmou ter atuado na prisão do apelante, bem como ratificou que o mesmo foi encontrado portando substâncias entorpecentes: "[...] que estava em ronda de rotina na localidade conhecida como "casinhas do leblon", no bairro da massaranduba, quando avistou o acusado, que ora reconhece presente nesta assentada; que ao que se recorda o acusado estava parado e ao perceber que seria abordado, dispensou uma pequena quantidade de drogas, não se recordando de que natureza; que o acusado empreendeu fuga e adentrou em um imóvel, sendo seguido e alcançado pelos policiais; que os objetos apreendidos e narrados na denúncia, exemplo da balança de precisão, já estavam no Interior do imóvel, não tendo o depoente conhecimento sobre a quem pertencia o referido imóvel; que não se recorda se o acusado em algum momento admitiu a propriedade do material apreendido ou a traficância de drogas; que pode afirmar que todo o material já estava

na residência antes da entrada do denunciado, face ao tempo em que este levou do momento da abordagem até a entrada no imóvel; que não pode afirmar se o acusado tinha conhecimento daquele material ali existente, sabendo apenas que este apenas correu diretamente para o imóvel que estava com a porta aberta; que não conhecia o acusado até então e depois deste episódio não mais viu[...]" (depoimento judicial do D-PM Danilo Brandão da Silva, ID nº 32728618)(grifamos) Também em juízo, o SD PM DANILO DE ALBUQUERQUE BARROS, declarou que: "[...] que em razão das diversas ocorrências de trafico de drogas na região antigamente conhecida como "Palafitas "ou" Baixa do Petróleo ", onde foram construídas casas da CONDER, são realizadas diligencias naquela região que envolve ainda a rua do Leblon; que no dia do fato o depoente e os demais integrantes da guarnição que comandava chegaram no local e perceberam que o acusado, que ora reconhece presente nesta assentada, ao ver a viatura tentou empreender fulga adentrando em um imóvel; que havia uma outra guarnição também presente na diligencia que dirigiu-se pelo lado oposto, ao que a guarnição do depoente logrou êxito em primeiro chega no referido imóvel; que no interior da casa, que parecia habitável estava apenas o acusado que ao ser abordado e concluída a busca pessoal foi encontrado com o mesmo droga cuja a natureza ora não se recorda; que ao depois foi realizada busca domiciliar e em um guarda roupa existente em um cômodo foram encontrados vários celulares, computadores, dinheiro e uma balança de precisão além de outras drogas; que o depoente não se recorda se o acusado admitiu a propriedade de todo material mas recorda-se que este não soube explicar a origem dos mesmos; que não se recorda que o acusado declarou residir no imóvel; que não conhecia o acusado até então, desconhecendo também da pratica de crimes anteriores pelo mesmo; que após a prisão soube pela comunidade policial que o acusado estaria" iniciando no trafico naquela localidade "; que a localidade é dominada por traficantes específicos e embora o depoente não tenha dados para afirmar que o acusado integre facção para trafico, por sua experiência pessoal afirma que dificilmente alguém poderia traficar na localidade sem a anuência do chefe local [...]" O acusado, por sua vez, embora não tenha comparecido à audiência para o seu interrogatório judicial (ID 32728617), confessou os fatos em sede policial. Vejamos: "[...] que estava chegando em casa com sua namorada e após entrar na residência foi perseguido por policias militares, os quais entraram na sua casa e lhe abordaram, e na revista que fizeram no imóvel encontrou dentro do bolso de sua calça que estava no guarda-roupa a droga citada acima; que a polícia também encontrou dinheiro com a venda da droga; que a droga foi adquirida na Lajinha há uma semana por R\$ 100,00, e o interrogado pretendia vendê-la por R\$ 250,00;que ele começou a negociar há cerca de uma semana, e que só o fez porque precisava ganhar dinheiro;que então a polícia o trouxe a esta Central de Flagrantes; que os celulares apresentados pela polícia pertencem ao interrogado que fez" bolo "(negociado) com o mesmo". (interrogatório extrajudicial de Matheus Sousa Dos Santos ID nº 32728590 – fl. 06)(grifamos). Da análise dos depoimentos acima transcritos, entendo que não há que se falar em ação policial violadora do art. 5º, XI, da CRFB/88, inexistindo nulidade a ser reconhecida. Com efeito, as provas constantes dos fólhos se convergem no sentido de que os agentes policiais estavam em ronda de rotina quando o apelante, ao notar a presença dos mesmos, tentou descartar os entorpecentes que trazia consigo e, em ato contínuo, empreendeu fuga adentrando no referido imóvel. Além disso, o réu deixa claro em sua narrativa que de fato possuía entorpecentes em sua residência com a

finalidade comercializá-los. Dessa forma, os elementos probatórios coligidos indicaram, como visto alhures, que os policiais militares, ao realizarem diligências, de maneira efetiva e oportuna, promoveram o ingresso na residência da apelante. Tal ingresso, diferentemente do quanto alegado pelo acusado, fora consubstanciado pela presença de fundadas suspeitas, haja vista a forma dos acontecimentos, que se deram após a recorrente desobedecer a ordem policial de parada e fugir para o interior do imóvel, tendo, inclusive, segundo o relato policial, dispensado uma parte dos entorpecentes na fuga. Em situações como a narrada na inicial acusatória não é viável o retardo da ação policial, condicionando a busca domiciliar à obtenção de ordem judicial, já que, durante o interregno para acionamento do Poder Judiciário e expedição do mandado de busca, o descarte da substância entorpecente na rede de esgoto seria certo, prejudicando a coleta da prova material acerca do tráfico. Vê-se, assim, que o acusado foi preso em flagrante delito, pois trazia consigo substâncias ilícitas, além de guardar outras substâncias entorpecentes e elementos inerentes ao tráfico, estes encontrados em sua residência. É digno observar que a inviolabilidade de domicílio não constitui direito fundamental absoluto, de modo que o próprio texto constitucional aponta as hipóteses fáticas de sua relativização. In casu, como o crime de que trata o art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, é de natureza permanente, encontrava-se presente a situação de flagrância, razão pela qual a ação policial não demandava prévia obtenção de mandado judicial. Tais circunstâncias amparam o ingresso dos agentes de segurança pública na residência do acusado e subsome-me à tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, vejamos: Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em

domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016) (g.n.). Portanto, entendo presentes as fundadas razões para o ingresso na residência da apelante, de sorte que inexiste fundamento jurídico para o reconhecimento da nulidade das provas obtidas, sendo legítima a condenação a ele imposta. Noutro giro, em que pese a irresignação recursal, é cediço que as declarações emanadas pelos agentes públicos, no exercício da função, são dotadas de presunção relativa de veracidade. Desta forma, não havendo elementos concretos a desacreditar os depoimentos prestados pelos policiais responsáveis pela prisão do apelado, tem-se que a prova acusatória produzida é válida. Nesta linha, leciona Julio Fabbrini Mirabete: “[...] não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha. Realmente, o depoimento de policial só não tem valor quando se demonstra ter interesse na investigação e não encontra sustentação alguma em outros elementos probatórios.” (Processo Penal. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 306). (g.n.) Vale destacar, neste sentido, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é assente no sentido de que: “[...] é válida a prova constante em depoimento policial, pois a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. (...) “os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante constituem prova idônea, como a de qualquer outra testemunha que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestados em juízo, sob o crivo do contraditório, aliado ao fato de estarem em consonância com o conjunto probatório dos autos.” (RTJ 68/64) (g.n.). Na hipótese, inexistem elementos que apontem o interesse particular dos agentes na condenação do réu e a prova testemunhal se coaduna com os elementos materiais. Assim, apesar da tese do apelante, as provas coligidas apontam, à saciedade, a autoria e materialidade dos crimes descritos na denúncia, não havendo que se falar em dúvida razoável para o afastamento da condenação. II. DA DOSIMETRIA DA PENA. Na dosimetria da pena, o apelante pugna pela aplicação da atenuante da menoridade relativa, prevista no art. 65, I, do CP, bem como a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da lei 11.343/06, em seu patamar máximo (dois terços). Com efeito, sabe-se que na primeira fase da dosimetria, estabelece-se a pena-base atendendo-se às circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal. No crime de tráfico de drogas, todavia, por força do art. 42, da Lei 11.343/2006, o juiz deve considerar, com preponderância ao art. 59, do CP, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. No caso dos autos, o juízo a quo não valorou qualquer circunstância judicial, fixando a pena-base no mínimo legal, correspondente a cinco anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Já na segunda fase da dosimetria, o juízo primevo reconheceu a incidência da atenuante da menoridade relativa, tendo deixado de reduzir a pena em razão do teor da súmula nº 231, do STJ: “[...] observa-se que o sentenciado

contava com menos de 21 anos ao tempo do crime, contudo deixo de aplicar a atenuante da menoridade prevista no art. 65, I, do Código Penal, em razão da pena-base se encontrar no mínimo legal e teor da Súmula 231 do STJ. Não existe circunstância agravante a ser considerada.” (sentença, ID nº 32728664) Neste ponto, é evidente o acerto da magistrada de origem, posto que a referida Súmula é categórica no sentido de que “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Lado outro, não agiu com acerto o juízo de primeiro grau quanto ao não reconhecimento da atenuante da confissão. Com efeito, a jurisprudência que atualmente vige em ambas as Turmas do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, se a confissão do réu for utilizada como fundamento para condenação, ele faz jus ao reconhecimento da atenuante genérica, ainda que tenha se retratado em juízo. Vejamos: “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. MAUS ANTECEDENTES. AVALIAÇÃO NEGATIVA MANTIDA. DIREITO AO ESQUECIMENTO AFASTADO. INOVAÇÃO RECURSAL. INOCUIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 2. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firmado no Enunciado Sumular n. 545, de que a confissão espontânea do réu sempre atenua a pena, na segunda fase da dosimetria, ainda que tenha sido parcial, qualificada ou retratada em juízo, desde que utilizada para fundamentar a condenação (AgRg no RESp 1.643.268/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, Julgado em 7/3/2017, DJe 17/3/2017). [...] 4. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no HC n. 716.773/SC, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 24/05/2022, DJe de 26/05/2022.) “AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. DOSIMETRIA DA PENA. SEGUNDA FASE. ATENUANTE DA CONFISSÃO. CONFISSÃO PARCIAL. RECONHECIMENTO. NECESSIDADE. [...] 3. Nos termos da Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, seja ela judicial ou extrajudicial, e mesmo que o réu venha a dela se retratar, quando a manifestação for utilizada para motivar a sua condenação (AgRg no AgRg no HC n. 700.192/SC, Ministro Olindo Menezes – Desembargador convocado do TRF/1ª Região, Sexta Turma, DJe 21/2/2022). [...] 5. Agravo regimental improvido.” (AgRg no HC n. 736.096/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 09/08/2022, DJe de 15/08/2022.) Na hipótese, a análise da sentença condenatória dá conta de que o juízo de origem valeu-se da confissão do acusado como elemento de convicção, para corroborar os depoimentos dos policiais militares: “[...] O réu não foi ouvido em juízo, em razão de não se fazer presente à audiência, apesar de devidamente intimado, ao que foi decretada sua revelia. Contudo em sede policial confessou os fatos narrados na Denúncia [...]” (sentença, ID nº 32728664) Consequentemente, imperioso se faz o reconhecimento da atenuante da confissão em favor do apelante, entretanto, não poderá resultar em diminuição de pena pelo mesmo fundamento aplicado à atenuante supracitada referente a menoridade, de modo que a análise dosimétrica da pena, até então, não reclama qualquer ajuste. Na terceira fase, o apelante pugna, em síntese, pela aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Com efeito, sabe-se que o § 4º do art. 33, da Lei 11.343/2006, prevê a figura do “traficante privilegiado”, também denominada de “traficância eventual” e possui a natureza jurídica de causa de diminuição de pena a ser aplicada na terceira fase da dosimetria da pena. Tal benesse serve, portanto, “como fator de distinção entre os neófitos e os criminosos contumazes, que representam maior periculosidade social” (GRECO, Rogério. Curso de Direito

Penal: parte especial, volume III – 11. ed, Niterói, RJ: Impetus, 2014, pág. 275). Assim, estabelece o texto legal: § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (g.n.). Da leitura do texto normativo, infere-se que para ter direito à aludida minorante é necessário o preenchimento de quatro requisitos: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) não dedicação a atividades criminosas; e d) não integração à organização criminosa. A jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça é uníssona quanto a necessidade de preenchimento de todos dos requisitos, de forma cumulativa, pelo réu, para que este faça jus à benesse. É o que dispõe a seguinte Tese: “A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas só pode ser aplicada se todos os requisitos, cumulativamente, estiverem presentes”. (g.n.) (Vide HC 320278/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, Julgado em 01/09/2015,DJE 15/09/2015; HC 326462/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Julgado em 25/08/2015,DJE 11/09/2015; HC 328775/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgado em 25/08/2015,DJE 11/09/2015). Em análise dos autos, o d. Juízo negou a aplicação da minorante com a seguinte fundamentação: “[...] A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. No caso sob exame, percebe-se claramente que esta não é a hipótese dos autos, pois, o acusado possui mais uma Ação Penal em andamento na 1ª Vara de Tóxicos, demonstrando sua dedicação progressiva à atividade criminosa, motivo que justifica o afastamento da aplicação do redutor. Não consta causa de aumento, a qual possa interferir na dosimetria ora aplicada [...]”(Sentença ID 32728664, fls. 6, grifamos). Nesse ponto, registre-se que os Tribunais Superiores firmaram o entendimento de que “inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar o tráfico privilegiado” (vide STJ – AgRg no HC: 660560 CE 2021/0115008-4, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 05/10/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/10/2021). Com efeito, apesar de inidôneo o fundamento invocado, não se pode olvidar que, diante do amplo efeito devolutivo do recurso de apelação, o juízo ad quem poderá modificar a fundamentação empregada na sentença, ainda que se tratando de recurso exclusivo da Defesa, sem que se configure reformatio in pejus, desde que a reprimenda não seja agravada. É o entendimento do STJ: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. APELAÇÃO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SUPLEMENTAÇÃO DE FUNDAMENTOS PELO TRIBUNAL. QUALIFICADORAS SOBEJANTES. DESLOCAMENTO. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO QUANTUM DA PENA DEFITIVA. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVA DA. I – O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que,“ o efeito devolutivo da apelação permite ao julgador de substituir a fundamentação empregada pelo magistrado sentenciante e assim manter a quantidade de pena imposta, sem que isso configure violação ao princípio da ne reformatio in pejus (artigo 617 do CPP), desde que isso não implique em aumento da pena fixada pelo juízo sentenciante “[...] Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1918068/MG, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 04/11/2021) AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 155, § 4º, IV, DO CÓDIGO



PENAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. APELAÇÃO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SUPLEMENTAÇÃO DE FUNDAMENTOS PELO TRIBUNAL. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. [...]

2. A jurisprudência desta Corte admite a suplementação de fundamentação pelo Tribunal que revisa a dosimetria da pena, sempre que não haja agravamento da pena do réu, em razão do efeito devolutivo amplo de recurso de apelação, não se configurando, nesses casos, a reformatio in pejus. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1802200/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 24/05/2021) Nesse prisma, acerca da aplicação da minorante, segundo o Supremo Tribunal Federal, “a conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade da droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas”. (STF, RHC nº 94.806, relatora Ministra Cármen Lúcia). A prova de tal circunstância, todavia, é de extrema dificuldade, mormente porque, nas palavras do Ministro Luiz Fux, “os criminosos não circulam com uma carteira de identificação de pessoa dedicada a atividades criminosas” (STF, HC nº 101.519, rel. Min. Luiz Fux). Desse modo, cumpre ao magistrado, orientado pelo princípio da persuasão racional, individualizar a pena e, de maneira fundamentada, indicar os elementos fáticos que denotam que o acusado não se lançou pela primeira vez no mundo criminoso, mas que a sua conduta representa maior perigo à coletividade e, portanto, é digna de maior reprovação. Em que pese a primariedade do réu, restou acertada a não aplicação do redutor previsto no artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006, porquanto consideradas as circunstâncias do delito, aliadas à existência de outras ações penais contra o acusado, conclui-se pela impossibilidade de concessão da benesse em favor do acusado. Com efeito, segundo SD PM DANILO DE ALBUQUERQUE BARROS “a localidade é dominada por traficantes específicos e embora o depoente não tenha dados para afirmar que o acusado integre facção para tráfico, por sua experiência pessoal afirma que dificilmente alguém poderia traficar na localidade sem a anuência do chefe local”. Ademais, no presente caso, o apelante foi flagrado mantendo em depósito material identificado como cocaína, substância de alto poder nocivo, a qual estava devidamente fracionada em trinta e três porções, prontas para venda e consumo imediato. Além disso, foram apreendidos apetrechos relacionados ao tráfico, tal qual a balança de precisão. Dessa forma, o depoimento testemunhal, o local e as circunstâncias em que a ação se efetuiu apontam que a negativa da minorante deve prevalecer, haja vista as circunstâncias fáticas que denotam a dedicação habitual à vida criminosa. Tais fatos, inquestionavelmente, impõem a negativa da benesse legal. Nesse sentido, é a jurisprudência dos Tribunais: Apelação. Tráfico de drogas. Recurso defensivo. Defesa do réu Danilo. Pleito absolutório diante da fragilidade probatória. Pedido de desclassificação da conduta para aquela prevista pelo artigo 28 da Lei n. 11.343/06. Pleitos subsidiários: a) aplicação da pena base em seu mínimo legal; b) reconhecimento da figura do tráfico privilegiado; c) afastamento da pena de multa aplicada; d) concessão dos benefícios da justiça gratuita. Defesa do réu Davidson. Pleito absolutório por fragilidade probatória. Pleitos subsidiários: a) aplicação da pena base em seu mínimo legal; b) reconhecimento da figura do tráfico privilegiado; c) fixação de regime prisional diverso do fechado. 1. Concessão da justiça gratuita ao réu Danilo. Presunção de veracidade das alegações de insuficiência de recursos financeiros. Artigo 99, parágrafo

3º, do CPC. 2. Condenação adequada. Prova da materialidade e de autoria. Depoimentos dos policiais uniformes e convergentes. Credibilidade que não foi afetada diante da ausência de prova em sentido contrário. Modelo probatório que não se filiou ao sistema das provas legais segundo o qual os meios de prova registrariam valores aprioristicamente determinados pelo legislador. Livre convencimento motivado. Réu Davidson que confessou a prática delitiva. 3. Dosimetria que merece reparos. 3.1 – Do réu Davidson – Quantidade e natureza da droga apreendida que permite a aplicação da pena base acima do mínimo legal e com o acréscimo de 1/8. Afastamento da circunstância agravante prevista pelo artigo 61, inciso II, alínea j, do Código Penal. Estado de emergência sanitária que não facilitou a execução da conduta delituosa Atenuante da confissão espontânea, ainda que parcial – redução em 1/6. Súmula n. 231 do STJ. Apreensão de 1382 pedras de crack. Circunstâncias que apontam para a convergência de indícios de envolvimento do acusado em organização criminosa e de dedicação a atividades ilícitas. Impossibilidade de configuração do tráfico privilegiado o qual pressupõe cenário de pequena e/ou eventual traficância. Precedentes. Manutenção do regime inicial fechado. Substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Incabível. 3.2 – Do réu Danilo – Quantidade e natureza da droga apreendida. Maus antecedentes ostentados pelo acusado. Aplicação da pena base acima do mínimo legal e com o acréscimo de 1/7. Agravante da reincidência – exasperação em 1/6. Apreensão de 1382 pedras de crack. Circunstâncias que apontam para a convergência de indícios de envolvimento do acusado em organização criminosa e de dedicação a atividades ilícitas. Reincidência que impede a aplicação da figura do tráfico privilegiado e que justifica a imposição de regime prisional mais severo, afastando a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Inviável afastamento da pena de multa. 4. Recursos conhecidos e parcialmente providos. (TJ-SP – APR: 15005491820218260545 SP 1500549-18.2021.8.26.0545, Relator: Marcos Alexandre Coelho Zilli, Data de Julgamento: 24/03/2022, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 24/03/2022) Apelação. Tráfico de drogas. Recurso da Defesa. Preliminar. Ilícitude probatória. Mérito. Absolvição. Pedido alternativo: a) reconhecimento do tráfico privilegiado; b) imposição de regime diverso do fechado; c) substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; d) isenção da pena de multa; e) gratuidade de justiça. 1. Ilícitude probatória não configurada. Depoimentos firmes dos policiais civis indicando as circunstâncias da prisão em flagrante do acusado e a autorização para ingresso domiciliar dada pelo próprio acusado e por sua companheira que também residia naquela propriedade. Diligência realizada na residência do acusado que culminou com o encontro das substâncias entorpecentes. Consentimento do morador previamente manifestado. Permissivo constitucional. Ausência de violação à garantia da inviolabilidade domiciliar. 2. Mérito. Materialidade demonstrada pela apreensão dos entorpecentes e pelo resultado do exame químico-toxicológico. Autoria certa. Depoimentos dos policiais civis confirmando a denúncia anônima e as circunstâncias da prisão em flagrante do acusado, bem como a autorização para o ingresso domiciliar. Versão inconsistente apresentada pelo réu. 3. Dosimetria. Pena-base fixada no mínimo legal. Impossibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado. Indicativos evidentes de que o réu dedicava-se a atividades ilícitas. Acusado preso em flagrante guardando 65 tijolos contendo mais de 58 Kg de maconha, além de cocaína à granel e em porções individualizadas as quais seriam posteriormente distribuídas em outros pontos de venda. Encontro de

diversos petrechos e R\$3.400,00 em dinheiro. Elementos probatórios que evidenciam a sua dedicação a atividades criminosas. 4. Regime fechado mantido. Impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Concessão da gratuidade de justiça. 5. Recurso parcialmente provido. (TJ-SP – APR: 15006237720208260587 SP 1500623-77.2020.8.26.0587, Relator: Marcos Alexandre Coelho Zilli, Data de Julgamento: 16/07/2021, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 16/07/2021) Portanto, ausentes causas de aumento e/ou diminuição, a pena definitiva deve ser estabelecida em 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Inviável a substituição da pena por restritiva de direitos em razão do não preenchimento dos requisitos objetivos do art. 44, do CP. Deve ser mantido o direito de recorrer em liberdade concedido pelo juízo primevo. Por fim, quanto ao pedido de prequestionamento, formulado pela Defensoria Pública, é digno destacar que ao julgador não é imposta a apreciação de todas as normas, artigos e princípios suscitados pelas partes, mas apenas dos motivos que levaram à conclusão fundamentada e objetiva da controvérsia, sobretudo quando a abordagem das matérias propostas trouxe manifestações implícitas e explícitas sobre as pretensas violações. III. DA CONCLUSÃO Ante o exposto, voto por CONHECER o recurso, REJEITAR A PRELIMINAR DE NULIDADE, e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR