

Tribunal de Justiça do Estado da Bahia Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma Apelação nº 0000006–31.2017.8.05.0055 Origem do Processo: Comarca de Central Apelante: Luiz Carlos Amorim Nascimento Advogado: Átila de Almeida Oliveira (OAB/BA N. 28.119) Advogado: Kennedy Vieira Rodrigues (OAB/DF N. 68.633) Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotor de Justiça: Ivan Carlos Novaes Machado Procuradora de Justiça: Eny Magalhães Silva Relator: Juiz Substituto de 2º Grau Álvaro Marques de Freitas Filho APELAÇÃO CRIME. ART. 33

DA LEI N. 11.343/2006 (ONZE PAPELOTES DE COCAÍNA) E ART. 12 DA LEI N. 10.826/2003 (DUAS ESPINGARDAS ARTESANAIS ENCONTRADAS EM SUA RESIDÊNCIA). PRELIMINAR. ILEGALIDADE DA PROVA COLHIDA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CRIMES PERMANENTES. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA QUE SE ESTENDE NO TEMPO. ACUSADO QUE FOI ABORDADO PELOS POLICIAIS EM VIA PÚBLICA PORTANDO SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CONFISSÃO DO RECORRENTE DE QUE POSSUÍA ARMAS DE FOGO EM SEU DOMICÍLIO. LEGALIDADE DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. REJEITADA A PRELIMINAR SUSCITADA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS FARTAMENTE DEMONSTRADAS. DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. A EXISTÊNCIA DE AÇÃO PENAL DIVERSA NÃO CONFIGURA FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA A ENSEJAR O AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REDUZIDA A PENA DEFINITIVA PARA 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. MODIFICADO O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O ABERTO E PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL CABÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. DETRAÇÃO DA PENA POR PRISÃO CAUTELAR EM PROCESSO DIVERSO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO DA AÇÃO PENAL DISTINTA QUE NÃO TRANSITOU EM JULGADO. RECURSO CONHECIDO. DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO NOS TERMOS DO VOTO. Acórdão Vistos, Relatados e Discutidos os autos da Apelação n. 0000006–31.2017.8.05.0055, em que são partes as acima citadas. Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em REJEITAR A PRELIMINAR de ilegalidade das provas colhidas e, no mérito, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao apelo, nos termos do voto do relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 17 de Novembro de 2022. RELATÓRIO Trata-se de Recurso interposto pela Defesa de Luiz Carlos Amorim Nascimento, tendo em vista a irresignação com o conteúdo da sentença proferida pelo MM. Juíza de Direito da Vara Crime da Comarca de Central/Ba, nos autos do Processo nº 0000006–31.2017.8.05.0055, visando a reforma do decisum. Evitando desnecessária tautologia, adoto o relatório da sentença de ID 31054238, in verbis. “O Ministério Público do Estado da Bahia, por intermédio de seu representante legal, no uso de suas atribuições, com base no incluso inquérito policial, ofereceu denúncia contra LUIZ CARLOS AMORIM DO NASCIMENTO, atribuindo-lhe a prática, em tese, da conduta descrita no artigo 33 da Lei 11.343/06 (Lei Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas) e artigo 12 da Lei 10.826/03 (Lei do Sistema Nacional de Armas), conforme narrativa da peça acusatória, nos seguintes termos: “Infere-se do procedimento informativo que no dia 20 de Novembro de 2016, por volta das 03h00min, nas imediações da Praça de Central, onde estava ocorrendo um evento festivo, o denunciado foi abordado por policiais, haja em vista que foi visto dispersando um pacote com a aproximação dos Policiais, substâncias que posteriormente foi constatada como sendo Cocaína, conforme Laudo de Exame Pericial acostado às fls. 33/34 dos autos. Aflora-se dos

autos que, os policiais dirigiram-se para a residência do denunciado, onde encontraram mais entorpecente do tipo cocaína e duas espingardas de fabricação artesanal, conforme Laudo de Exame Pericial, fl. 32 do presente procedimento. Ato contínuo, o denunciado foi preso em flagrante. Agindo assim, o denunciado está incurso nas penas do artigo 33 da Lei 11.343/06 (Lei Nacional de Políticas Públicas Sobre Drogas) e artigo 12 da Lei 10.826/03 (Lei do Sistema Nacional de Armas)." A denúncia foi recebida em 05.04.2017 (Id 162463911 -p. 1). Em virtude de encontrar-se em local incerto, fora determinada a citação por edital do réu (Id 162463914 - p. 2). Citado por edital, o réu não compareceu em juízo nem constituiu advogado, razão pela qual fora determinada a suspensão do processo e do curso do prazo prescricional, tendo sido decretada a prisão preventiva (Id 162463920 - p.1). Certidão de 181146343 informando cumprimento do mandado de prisão do réu e local em que o réu encontra-se custodiado (Penitenciária III de Franco da Rocha - Id Num. 181146343 - Pág. 1). Prolatada decisão determinando a retomada do curso do prazo prescricional e do curso normal do processo, bem como a intimação do acusado para apresentar resposta à acusação (Id Num. 181185430 - Pág. 2). Apresentada resposta à acusação. Reavaliada a prisão preventiva e designada audiência de instrução (Id Num. 182801961 - Pág. 7). Em audiência, fora colhido o depoimento da testemunha de acusação PM Edivan Barnabé da Silva. Reavaliada a prisão preventiva. Em audiência de instrução em continuidade, fora procedida à oitiva da testemunha de acusação PM Getúlio Felipe de Souza Barros e realizado o interrogatório do réu (Id Num. 188993876 - Pág. 1). Em alegações finais, o Ministério Público pugnou pela condenação do réu nos art. 33, caput, da Lei 11. 343/2006 e art. 12 da Lei nº 10.826/03, enquanto que a defesa pleitou a sua absolvição pelo crime do art. 33, caput, da Lei 11.343/06, em decorrência da aplicação do princípio "in dubio pro reo" e, eventualmente, em caso de condenação, o reconhecimento do tráfico privilegiado; ao tempo em que pleiteou a absolvição pelo crime do art. 12 da Lei n. 10826/03." Sobreveio decisão de ID 31054238, julgando procedente a pretensão punitiva, para condenar Luiz Carlos Amorim do Nascimento como incurso nas sanções previstas no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 e art. 12 da Lei n. 10.826/2003, determinando a pena definitiva em e 05 (cinco) anos de reclusão, 1 (ano) de detenção e ao pagamento de 510 (quinhentos e dez) dias-multa. O regime inicial foi fixado no semiaberto. Por fim, foi negado ao réu o direito de recorrer em liberdade. Irresignada, a Defesa ingressou com o presente recurso, ID 31054239, protestando pela apresentação das razões recursais na superior instância. A apelação foi recebida, ID 31054245. Em suas razões, ID 31054250, a Defesa alegou a ausência de provas quanto ao crime de tráfico de drogas, uma vez que o recorrente negou a posse de substância entorpecente e as provas produzidas são duvidosas, ensejando a aplicação do princípio do in dubio pro reo. Subsidiariamente, requereu o reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, tendo em vista que o apelante é primário e não se dedica ou integra facção criminosa e o fato de responder a outras ações penais não impede a sua aplicação. Pediu, ainda, a detração do tempo de pena provisória cumprida em processo diverso. Em relação ao crime de posse de arma de fogo, pugnou pela violação do domicílio do réu, o que implica na ilegalidade das provas colhidas. Aduz que o acusado não autorizou a entrada dos policiais em sua residência, bem como não tinham autorização judicial e não estava em situação de flagrância, violando o preceito constitucional da inviolabilidade do domicílio. Assim, sustentou que a prova ilícita importa

em nulidade absoluta, eivando de vício os depoimentos dos policiais em juízo, já que decorrentes de prova ilícita, ensejando a sua absolvição. Em seguida, requereu a fixação de regime de cumprimento de pena menos gravoso que o fechado, tendo em vista que ao valorar as circunstâncias judiciais, estas não foram consideradas de forma negativa, devendo ser fixado o regime semiaberto, em observância ao teor da Súmula 440 do Superior Tribunal de Justiça. Em sede de contrarrazões, ID 31054251, o Ministério Público pugnou pelo conhecimento da apelação e, no mérito, para que seja negado provimento, mantendo-se a decisão condenatória em todos os seus termos. Consta certidão, ID 34097387, fl. 20, exarada por Oficial de Justiça informando que o réu Luiz Carlos Amorim Nascimento foi devidamente intimado da sentença condenatória. Instada a manifestar-se, a ilustre Procuradora de Justiça, Bela. Eny Magalhães Silva, lançou Parecer ID 35339826, opinando pelo improvimento do apelo, a fim de que seja mantida, na íntegra, a sentença condenatória. É o relatório. VOTO Devidamente observados os pressupostos de admissibilidade do recurso, conheço da apelação interposta. Em sede de preliminar, a Defesa suscitou a ilegalidade da prova em razão da violação do domicílio do réu. Assevera que houve invasão da residência do acusado, sem que houvesse autorização para tanto, indicando que a entrada dos policiais ocorreu de forma forçada, sem que houvesse situação de flagrância. Argumenta que a justificativa de ser o crime de tráfico de drogas e a posse de arma de fogo delitos permanentes, não autoriza, por si só, a violação de domicílio, notadamente quando não há situação autorizada pela lei. Em que pese os argumentos expendidos pela Defesa, a preliminar não merece prosperar, devendo-se manter a prova colhida na íntegra. Extrai-se dos autos que, no dia 20 de novembro de 2016, por volta das 03:00 horas, nas imediações da praça de Central/Ba, onde ocorria um evento festivo, o réu foi abordado por policiais militares, após ter sido visto dispensando um pacote contendo 11 (onze) papелotes de cocaína. Ato contínuo, o réu e os policiais se deslocaram até a sua residência, onde foram encontradas duas espingardas de fabricação artesanal e mais entorpecentes, o que acarretou a prisão em flagrante do acusado. Ao ser interrogado perante a autoridade policial, o recorrente relatou que ao ser abordado pelos policiais, confessou a existência de arma de fogo em sua residência, levando os policiais até o local, onde foram encontradas duas espingardas e mais droga. Em juízo, ID 31054231, o denunciado informou que os policiais acharam a droga no chão e abordaram o acusado e mais quatro pessoas, que os quatro foram liberados e o interrogado não; que os policiais foram em sua casa e acharam duas espingardas; não foram encontradas drogas em sua residência, só as armas de fogo. Ao serem ouvidos em juízo, os policiais militares que efetuaram a prisão apresentaram a mesma versão, não havendo contradições em seus relatos, indicando como se deu a prisão em flagrante, bem como a confissão do acusado de que possuía duas armas de fogo em sua residência, conduzindo os policiais até o local. O policial militar Getúlio Felipe de Souza Barros, ID 31054231, afirmou que se recorda da diligência; confirmou seu depoimento em sede inquisitorial. Em sede inquisitorial, ID 31054086, fls. 03/04, asseverou que: “na data de hoje dia 20/11/2016, por volta das 03h, o condutor estava de serviço, no comando da guarnição da Caesa, composta pelos policiais SD PM DIAS, SD PM GREGORIO e o SD PM EDIVAN, em patrulhamento pela cidade de Central, quando ao passarmos pelo centro da cidade, mais precisamente em uma Praça, onde estava ocorrendo um evento festivo, em um clube, quando avistamos um indivíduo em atitude suspeita, esse ao avistar a viatura dispersou um

pacote, que a guarnição presenciou o indivíduo dispersando o pacote, e fez a abordagem ao mesmo, e quando foram verificar o que este havia dispersado encontraram um pacote, com onze papелotes de uma substância esbranquiçada, provável entorpecente, conhecido vulgarmente como sendo cocaína; Que, questionaram o indivíduo sobre o entorpecente, este disse que não havia jogado nada e que o suposto entorpecente não era dele, mas depois confessor ter comprado a droga nas mãos do indivíduo de alcunha 'PU'. QUE, o indivíduo levou os policiais a sua residência, onde lá ao fazermos a vistoria para ver se encontrávamos mais entorpecentes, encontramos duas espingardas de fabricação artesanal; Que, diante do que localizado, demos voz de prisão ao indivíduo e por se tratar de plantão Central, fizemos a condução desta a esta unidade policial, para as providências cabíveis e pertinentes ao caso, que o indivíduo se identificou como sendo LUIS CARLOS AMORIM DO NASCIMENTO." De igual modo, o policial militar Edvan Barnabé da Silva, em sede inquisitorial, ID 31054086, fls. 07/08, disse que: "na data de hoje dia 20/11/2016, por volta das 03h, o depoente estava na guarnição comandada pelo Tenente GETÚLIO BARROS, guarnição composta pelo depoente e pelos SD PM GREGÓRIO e o SD PM DIAS, em patrulhamento pela cidade de Central. quando ao passarmos pelo centro da cidade, mais precisamente em uma Praça, onde estava ocorrendo um evento festivo, em um clube, quando avistamos um indivíduo em atitude suspeita, esse ao avistar a viatura dispersou um pacote, que a guarnição presenciou o indivíduo dispersando o pacote, e fez a abordagem ao mesmo, e quando foram verificar o que este havia dispersado encontraram um pacote, com onze papелotes de uma substância esbranquiçada, provável entorpecente, conhecido vulgarmente como sendo cocaína; Que questionaram o indivíduo sobre o entorpecente, este disse que não havia jogado nada e que o suposto entorpecente não era dele, mas depois confessor ter comprado a droga nas mãos do indivíduo de alcunha 'PU', QUE, o indivíduo levou os policiais a sua residência, onde lá ao fazermos a vistoria para ver se encontrávamos mais entorpecentes, encontramos duas espingardas de fabricação artesanal chumbo e pólvora: Que, diante do que localizado, demos voz de prisão ao indivíduo e por se tratar de plantão Central, fizemos a condução desta a esta unidade policial, para as providências cabíveis e pertinentes ao caso, que o indivíduo se identificou como sendo LUIS CARLOS AMORIM DO NASCIMENTO." Perante a autoridade judicial, ID 31054204, a referida testemunha confirmou o depoimento em sede inquisitorial, noticiando que estavam passando na praça, quando avistaram um cidadão dispensando um pacote, quando pegaram o pacote, tinham 11 (onze) papелotes de substância parecida com cocaína. Insta destacar que tanto os depoimentos dos policiais, quanto o interrogatório do acusado, declararam que a abordagem foi concretizada em via pública, ante a atitude suspeita do recorrente de dispensar um pacote, levando-o a revelar que possuía duas armas de fogo em sua residência, conduzindo os policiais até o local, onde foram encontradas duas espingardas artesanais e outra quantidade de droga. Assim, verifica-se que não houve violação à residência do sentenciado, tendo em vista que o recorrente conduziu os policiais até a sua residência, caracterizando justa causa para o ingresso no local. Ora, no caso em apreço, era evidente a existência de elementos indicativos da prática de crime a justificar a violação domiciliar, pois, antes do ingresso dos policiais na residência do sentenciado, o mesmo foi encontrado, durante uma abordagem em via pública, portando quantidade de cocaína distribuída em papелotes individuais. Outrossim, é cediço que o delito de tráfico de droga e a posse ilegal de arma de fogo são crimes permanentes, sendo dispensável o

mandado judicial para que ocorra a busca pessoal ou residencial, quando fundadas suspeitas da prática do ilícito no imóvel, notadamente quando o acusado confessa possuir armas de fogo em sua casa, não havendo, no presente caso, qualquer ilegalidade. Neste sentido, insta colacionar julgado que corrobora o quanto esposado: “PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO DOMICILIAR. FLAGRANTE DELITO. LEGALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, apreciando o Tema n. 280 da sistemática da repercussão geral, à oportunidade do julgamento do RE n. 603.616/R0, 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 as quais indiquem a situação de flagrante delito. 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. 2. No presente caso, existindo elementos indicativos da prática de crime no local a autorizar a violação domiciliar, mostra-se desnecessário o prévio mandado de busca e apreensão, como no presente caso, em que, antes do ingresso dos policiais na residência dos envolvidos, foram encontrados, durante uma abordagem em via pública, pequena quantidade de crack com o acusado Diego e dinheiro em espécie com Hamilton. Salienta-se ainda que, após Hamilton, durante a abordagem, ter confirmado seu nome, tendo mentido antes sobre sua identidade aos policiais, verificou-se a existência de um mandado de prisão expedido em seu desfavor. 3. Ademais, a moldura fática delineada nas instâncias ordinária é de que a busca pessoal efetivada não decorreu exclusivamente de um mero nervosismo de um dos acusados, como alegado no recurso, mas de todo um contexto que fundou a convicção dos policiais no sentido de fundada suspeita da prática de crime, uma vez que um dos envolvidos, ao passar pela viatura, demonstrou bastante nervosismo com a presença da equipe e, na sequência, o meio de transporte passou a trafegar em maior velocidade. Assim, em razão da atitude suspeita, seguiram a moto, realizando a abordagem em via pública. 4. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no REsp n. 1.999.868/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022.)” (grifos aditados) Ademais, a narrativa apresentada pelos agentes policiais demonstra a presença de justa causa para ingressar no imóvel, diante da confissão do acusado de que possuía armas de fogo na localidade. Ressalta-se, ainda, que o recorrente em nenhum momento alegou ter sido coagido pelos policiais para conduzi-los até a sua residência, tendo confessado a posse das armas no momento de sua abordagem. Portanto, constata-se que a atuação policial foi fundada na confissão do acusado. Logo, não se vislumbra a presença de qualquer ilegalidade a macular a prova colhida durante a abordagem do flagranteado e ensejar o reconhecimento da nulidade do auto de prisão em flagrante e das provas dele decorrente, notadamente, quando demonstrado que o réu autorizou a entrada dos policiais no imóvel. Afastada, por conseguinte, a alegação de nulidade aduzida pela Defesa. Em atenção ao efeito devolutivo dos recursos, consigno que a materialidade restou suficientemente comprovada pelo Auto de Exibição e Apreensão de ID 31054086, fl. 10; e pelos laudos

periciais de ID 31054094, que atestam a capacidade de realização de disparos das armas de fogo e a presença da substância benzoilmetilecgonina (cocaína) no material analisado. Já a autoria dos ilícitos ficou evidente nos autos, de acordo com os depoimentos dos policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante do recorrente. É recorrente no Superior Tribunal de Justiça que o tipo penal descrito no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 não faz nenhuma exigência no sentido de que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, seja necessária a demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de comercialização do entorpecente, eis que para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito na lei é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente. Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. No caso em apreço, reavaliando o conjunto probatório, este indica, de forma insofismável, a prática do delito que lhe foi imputado na exordial acusatória. A verossimilhança da acusação encontra correlação com os fatos descritos pelas testemunhas, a ensejar a condenação. Portanto, para a configuração da traficância é desnecessária a prova da comercialização, bastando que o agente seja surpreendido portando, trazendo consigo, guardando ou transportando a substância ilícita, bem assim que os elementos indiciários e as circunstâncias da apreensão evidenciem a atividade delituosa. O crime de posse de arma de fogo também restou caracterizado com a apreensão de duas espingardas na residência do recorrente, conforme confessado por este e confirmado pelos policiais militares. No caso, ficou evidenciado nos autos que o apelante portava, no momento de sua abordagem, e mantinha em sua residência substâncias entorpecentes de uso proscrito e armas de fogo sem autorização legal. É cediço que a doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de admitir a validade do testemunho dos policiais, sobretudo quando os agentes participaram da prisão em flagrante e são ratificados pelos demais elementos probatórios coligidos aos autos. Nesta esteira de pensamento, vejamos julgado abaixo colacionado: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 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 das substâncias apreendidas (56,59 gramas de "crack"), 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 desprovido. (STJ. AgRg no AREsp 1877158/T0, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021)". (grifos aditados) Na mesma linha de pensamento, já decidiu esta Colenda Turma: "APELAÇÃO DEFENSIVA. LEI DE DROGAS. APELANTE CONDENADO COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06, A UMA PENA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, E AO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, NO VALOR DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE NA ÉPOCA DOS FATOS. NEGADO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRETENSÕES RECURSAIS: I) ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NÃO VISLUMBRADA. CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO QUE SE MOSTRA SUFICIENTE A DEMONSTRAR A AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. ELEMENTOS CONSUBSTANCIADOS NO AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO, NOS LAUDOS DE EXAME PERICIAIS E NOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA DIANTE DO INDEFERIMENTO QUANTO AO ROL DE TESTEMUNHAS DA DEFESA AFASTADO. ALÉM DE TER SIDO ACOSTADO EXTEMPORANEAMENTE À DEFESA PRÉVIA, AUSENTE COMPROVAÇÃO QUANTO AO EFETIVO PREJUÍZO CAUSADO AO APELANTE. NÃO SE DESINCUMBIU A DEFESA DO ÔNUS DE EXPLICAR A FORMA COMO AS REFERIDAS TESTEMUNHAS PODERIAM ELUCIDAR OS FATOS IMPUTADOS AO APELANTE. ANÁLISE DO BROCARDO PAS DE NULLITE SANS GRIEF. INTELIGÊNCIA DO ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VALIDADE DOS TESTEMUNHOS POLICIAIS. SUFICIENTE CONVICÇÃO FORMADA DURANTE AMBAS AS FASES DA PERSECUÇÃO PENAL. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MERCANCIA. PRECEDENTES DO STJ. CONDENAÇÃO QUE DEVE SER MANTIDA NOS EXATOS TERMOS DA SENTENÇA. (...) APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0526352-56.2019.8.05.0001, Segunda Câmara. Segunda Turma. Relator (a): JOÃO BOSCO DE OLIVEIRA SEIXAS, Publicado em: 03/09/2021)". Nesta senda, a verossimilhança da acusação encontra inegável correlação com os fatos descritos pelas testemunhas, ainda que na condição de policiais que realizaram a prisão em flagrante, posto que tal fato não compromete seu depoimento, tendo em vista que a Defesa, ao longo do processo, não apresentou nenhum elemento probatório que descredenciasse ou invalidasse as oitivas em juízo, dos agentes policiais. Na espécie, mais do que comprovado que o agir do apelante se adéqua aos tipos penais previstos no art. 33 da Lei n. 11.346/2006 e art. 12 da Lei n. 10.826/2003. DA DOSIMETRIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS Na dosimetria da pena, a magistrada de 1ª instância ao analisar as circunstâncias do art. 59 do Código Penal inferiu que: "Analisadas as diretrizes do art. 59 do CP, verifico que a CULPABILIDADE é normal à espécie, uma vez que ínsita e própria do tipo penal. Não possui ANTECEDENTES CRIMINAIS comprovados nos autos. Quanto à CONDUTA SOCIAL, não há elementos que me permitam valorá-la. A PERSONALIDADE do réu, igualmente, não pode ser valorada, tendo em vista a ausência de elementos nestes autos. O MOTIVO DETERMINANTE do delito constitui-se pelo desejo de obtenção de lucro fácil, o qual já é punido pela própria tipicidade do delito. As CIRCUNSTÂNCIAS encontram-se relatadas nos autos, nada tendo a se valorar como sendo um plus de reprovação da conduta. As CONSEQUÊNCIAS do crime são normais à espécie, nada tendo a se valorar que extrapole os limites previstos pelo próprio tipo penal. Não há que se cogitar acerca do COMPORTAMENTO DA VÍTIMA, ante a natureza do delito. Sendo assim, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso (arts. 49 e 60 do CP). (...) - Art. 12 da Lei nº 10.826/2003 Analisadas as diretrizes do art. 59 do CP, verifico que a CULPABILIDADE é normal à espécie, uma vez que ínsita e própria do tipo

penal. Não possui ANTECEDENTES CRIMINAIS comprovados nos autos. Quanto à CONDUTA SOCIAL, não há elementos que me permitam valorá-la. A PERSONALIDADE do réu, igualmente, não pode ser valorada, tendo em vista a ausência de elementos nestes autos. O MOTIVO DETERMINANTE do delito constitui-se pelo desejo de obtenção de lucro fácil, o qual já é punido pela própria tipicidade do delito. As CIRCUNSTÂNCIAS encontram-se relatadas nos autos, nada tendo a se valorar como sendo um plus de reprovação da conduta. As CONSEQUÊNCIAS do crime são normais à espécie, nada tendo a se valorar que extrapole os limites previstos pelo próprio tipo penal. Não há que se cogitar acerca do COMPORTAMENTO DA VÍTIMA, ante a natureza do delito. Sendo assim, fixo a pena-base em 1 (um) ano de detenção e pagamento de 10 (dez) dias-multa, no equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso (arts. 49 e 60 do CP).” Vê-se que as penas-base foram aplicadas no mínimo legal, ante a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis. DAS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES Na segunda fase, não foram reconhecidas agravantes e atenuantes, mantendo a pena provisória no mínimo legal. DAS CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO DE PENA Na derradeira etapa da dosimetria da reprimenda, a juíza a quo não reconheceu causas de aumento ou de diminuição de pena, fixando a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 510 (quinhentos e dez) dias-multa para o crime de tráfico de drogas, e em 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa para o delito de posse ilegal de arma de fogo. Neste ponto, a Defesa pugna pelo reconhecimento da causa de diminuição do tráfico privilegiado, sustentando que o fato de responder a outra ação penal não é impeditivo para o seu reconhecimento. Como se sabe, o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 permite que as penas do crime de tráfico de drogas sejam 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. A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem se orientado no sentido de que “Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes”. (STJ. AgRg no HC 549.345/MS, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 16/03/2020). O Superior Tribunal de Justiça, recentemente, tem alterado seu entendimento acerca da utilização de ações penais em curso como fundamento idôneo para ensejar o afastamento do tráfico privilegiado. Assim, nas decisões mais recente, fixou a tese de que “Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles.” (STJ. REsp n. 1.977.180/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022.) Corroborando o exposto, colaciono o seguinte precedente: “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. AÇÕES PENAIS EM CURSO. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTO APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I – A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá

requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a. II – A Quinta Turma desta Corte, alinhando-se ao entendimento sufragado no Supremo Tribunal Federal, além de buscar nova pacificação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, consignou 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)“(HC n. 6644.284/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 27/9/2021). III – In casu, a existência de uma condenação anterior (não definitiva), bem como o fato de o flagrante ter sido realizado quando em gozo de liberdade provisória concedida pela prática, em tese, da conduta de tráfico de drogas, ainda não confirmada por condenação definitiva, não são hábeis a afastar a referida redutora. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no HC n. 725.854/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 30/5/2022.)”. Havendo, portanto, outros processos ou investigações criminais pendentes de definitividade, não funcionam como fundamentação idônea a afastar a causa de diminuição conhecida como tráfico privilegiado, não sendo possível concluir que o agente é habitual na prática delituosa em decorrência de ações penais em curso. Com efeito, constata-se que o apelante responde a ação penal tombada sob o n. 0000258-10.2012.8.05.0055 pela prática do crime de homicídio simples, na modalidade tentada. Diante desse quadro, a verificação da existência de processo penal em curso contra o réu constitui fundamento eficiente a rechaçar o pedido defensivo, para afastar a aplicação da redutora descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, como bem asseverado pela magistrada em sua decisão terminativa de mérito. Destarte, acolho o pleito defensivo, para reformar a sentença condenatória e aplicar a causa de diminuição do tráfico privilegiado. Considerando que a quantidade de droga apreendida não foi indicada nos autos, aplico a minorante em seu grau máximo, a saber, 2/3 (dois terços) modificando a pena definitiva para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 170 (cento e setenta) dias–multa para o crime do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, e em 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias–multa para o delito de posse ilegal de arma de fogo. REGIME PRISIONAL Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, com a modificação da reprimenda e em observância ao art. 33, § 2º, c, do Código Penal, altero para o regime aberto, posto que a pena aplicada é inferior a quatro anos. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS No caso em comento, verifica-se que estão preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, sendo suficiente para a reeducação a substituição das penas privativas de liberdade por duas restritivas de direitos, nos termos a serem fixados pelo Juízo da Execução Penal. DETRAÇÃO Por derradeiro, a Defesa pugnou pelo reconhecimento da detração do tempo de prisão cautelar referentes a outros processos, em que o recorrente foi impronunciado. O pedido não merece prosperar. É sabido que ao juízo da fase de conhecimento cabe, após a dosimetria completa da pena, reavaliar o regime prisional, computando-se o tempo de prisão cautelar suportada pelo acusado no curso do processo, conforme disposição do art. 387, § 2º do Código de Processo Penal. Verificando que o desconto do lapso temporal em que o agente permaneceu acautelado provisoriamente não importa em qualquer modificação

do regime prisional estabelecido, cabe ao juízo da execução penal efetivar a detração. No caso dos autos, a Defesa pretende computar o tempo de prisão cautelar em processo diverso, em razão da impronúncia do acusado, todavia, consoante ressaltado pelo Promotor de Justiça em suas contrarrazões, a ação penal em comento não transitou em julgado, não sendo possível, neste momento, efetivar a detração da pena. Por conseguinte, ante a ausência de trânsito em julgado da decisão que impronunciou o apelante, não é possível fazer a detração do tempo em que ficou preso provisoriamente por processo diverso. Ante o exposto, exaurida a análise das questões invocadas em sede recursal, o voto é para CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL do recurso interposto pela Defesa, nos termos do voto, para reformar a pena aplicada com o reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, fixando a pena definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 170 (cento e setenta) dias-multa para o crime do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, e em 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa para o delito de posse ilegal de arma de fogo, modificando, conseqüentemente, o regime de cumprimento de pena para o aberto, bem como substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo da Execução Penal, servindo a presente decisão como ALVARÁ DE SOLTURA, que deverá ser encaminhado à unidade prisional onde o apelante encontra-se custodiado, recomendando-se ao responsável pela referida unidade que, antes da soltura, averigue, junto aos cadastros de prisão do país, se o recorrente não tem algum tipo de prisão decretada em outra unidade da federação ou mesmo nesta. Sala das Sessões, data registrada no sistema.

Presidente _____ Relator

Procurador (a) de Justiça