

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0510209-55.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MATHEUS PEREIRA DOS SANTOS Advogado (s): EDUARDO BARRETTO CHAVES, FLAVIO COSTA DE ALMEIDA, ROBERTO BORBA MOREIRA FILHO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR NULIDADE DAS PROVAS EM RAZÃO DA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. IMPOSSIBILIDADE. ACUSADO QUE TAMBÉM FOI ABORDADO EM VIA PÚBLICA, NA POSSE DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS QUE PARA A SUA CONFIGURAÇÃO BASTA A PRÁTICA DE UM DOS DEZOITO VERBOS NUCLEARES. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS). NÃO ACOLHIMENTO. APELANTE QUE POSSUI CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. MANUTENÇÃO DA PENA DEFINITIVA APLICADA NA SENTENÇA CONDENATÓRIA (05 ANOS DE RECLUSÃO E 500 DIAS-MULTA).

1. Trata-se de recurso de Apelação interposto por Matheus Pereira dos Santos, contra a Sentença proferida pela Juízo da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, pela prática do crime tipificado no art. 33, da Lei n. 11.343/2006. 2. Pleito de absolvição em razão da violação de domicílio. No caso dos autos, embora o acusado tenha sido previamente abordado em via pública, verifica-se que de fato não foram indicados elementos suficientes para demonstrar a existência de fundada suspeita acerca da prática delitiva no imóvel do acusado, uma vez que não foram realizadas investigações prévias que indicassem movimentações suspeitas, nem houve qualquer autorização judicial neste sentido. Assim, devem ser consideradas ilícitas as provas colhidas no imóvel, na forma do art. 157 do CPP. Por outro lado, conforme devidamente pontuado pelo magistrado sentenciante, é válida a prova produzida a partir da busca pessoal realizada em via pública, uma vez que esta se baseou na existência de denúncias de populares, de forma que, com base nas informações recebidas, a guarnição se dirigiu ao local, onde se encontrava o referido indivíduo com as características informadas, o qual foi abordado e identificado como sendo o apelante. Feita a revista pessoal, foram apreendidos com o recorrente 8,04 g de maconha e 10 porções de cocaína. Assim, a autoria e a materialidade delitiva restaram devidamente comprovadas nos autos, não havendo que se falar em absolvição. 3. Alega, a defesa do apelante, que o paciente é usuário de drogas, devendo o delito de tráfico de drogas ser desclassificado para o delito previsto no artigo 28 da lei 11.343/2006. Contudo, embora a quantidade de droga apreendida seja pequena, a forma como estas se encontravam acondicionadas (embaladas individualmente), a natureza de uma das substâncias apreendidas (cocaína), a qual possui um alto grau de nocividade, bem como os depoimentos policiais no sentido de que receberam denúncias de populares acerca da prática ilícita pelo recorrente, indicam, com segurança, a destinação das substâncias ao tráfico, e não ao uso pessoal do apelante, sendo, portanto, incabível a pleiteada desclassificação. 4. Outrossim, entendo que o apelante não faz jus à aplicação do benefício do tráfico privilegiado, visto que possui condenação na Ação Penal de n. 0564630-63.2018.8.05.0001, também por tráfico de drogas, com trânsito em julgado em 13 de dezembro de 2022, o que atesta sua dedicação às atividades criminosas e justifica a não aplicação do referido benefício. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº

0510209-55.2020.8.05.0001, oriunda da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador, tendo como Apelante MATHEUS PEREIRA DOS SANTOS e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO APELO, pelas razões e termos expostos no voto que se segue. Salvador, 9 de abril de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 30 de Abril de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0510209-55.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MATHEUS PEREIRA DOS SANTOS Advogado (s): EDUARDO BARRETTO CHAVES, FLAVIO COSTA DE ALMEIDA, ROBERTO BORBA MOREIRA FILHO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO MATHEUS PEREIRA DOS SANTOS fora denunciado pelo ilustre Representante do Ministério Público dos autos, como incursos nas penas do artigo art. 33, da Lei n. 11.343/2006. Consta da Denúncia que: "(...) na data de 24 de setembro de 2020, por volta das 18h30min, na Rua da Imperatriz, bairro da Boa Viagem, nesta cidade, Policiais Militares faziam ronda de rotina, quando receberam denúncias de populares sobre um indivíduo deficiente físico, com apenas uma perna, traficando na referida localidade. Em diligência, os agentes públicos avistaram o referido indivíduo com as características informadas, o qual foi abordado e identificado como MATHEUS PEREIRA DOS SANTOS, ora denunciado. Na revista pessoal, os policiais flagraram MATHEUS PEREIRA DOS SANTOS trazendo consigo: 05 (cinco) porções de maconha, acondicionadas individualmente em plástico incolor fechado com nós, com massa bruta total de 8,04 g (oito gramas e quatro centigramas) e 10 (dez) porções de cocaína; além de 01 (um) celular Samsung, na cor preta, 01 (uma) corrente de metal, na cor amarela, e 01 (um) relógio de pulso. Durante a revista, o denunciado MATHEUS PEREIRA DOS SANTOS revelou a existência de outra quantidade de substância entorpecente em sua residência, situada nas proximidades, na rua da Imperatriz, n. 110, conduzindo os agentes públicos até a sua casa. Na residência apontada pelo denunciado, os policiais, ao efetuarem a busca no imóvel, constataram que MATHEUS PEREIRA DOS SANTOS guardava, no referido local, mais 33 (trinta e três) porções de cocaína, acondicionadas individualmente em plástico incolor, amarradas com linha verde, totalizando 82,64 g (oitenta e dois gramas e sessenta e quatro centigramas) de massa bruta; além de alguns sacos plásticos pequenos e linha, tudo consoante demonstram o auto de exibição e apreensão de fl. 09 e o laudo de constatação de fl. 27. As drogas apreendidas foram periciadas em caráter preliminar, tendo o laudo (fl. 27) concluído que se tratam de maconha e cocaína (...)". Finalizada, pois, a instrução criminal, e apresentadas as alegações finais, sobreveio a referida sentença, que julgou procedente o pedido constante na denúncia, para condenar o Apelante como incurso nas penas do art. 33, da Lei 11.343/2006, à pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão, bem como ao pagamento 500 dias-multa, cada uma no valor de 1/30 do salário-mínimo vigente na época dos fatos. Inconformado, o réu interpôs o presente recurso de Apelação (ID. 54596225) pugnando, inicialmente, que seja o Apelante absolvido do crime contra ele imputado, por insuficiência probatória, nos termos do art. 386, inciso VII, do CPP. Caso não provido o pleito pretérito, requer a desclassificação dos fatos para o art. 28, da Lei Antidrogas. Subsidiariamente, requer que seja aplicada na fase dosimétrica a causa de

diminuição de pena inserta no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 no máximo patamar legal, qual seja, 2/3. Por fim, considerando que o Apelante é pessoa pobre e humilde, sem condições de arcar com condenação em custas processuais e a pena de multa, pugna pela dispensa do pagamento de custas e de multas. O Ministério Público, por seu turno, apresentou contrarrazões recursais (ID. 54596259), manifestando-se pelo conhecimento e não provimento do recurso interposto, mantendo-se a sentença em sua totalidade. A Procuradoria de Justiça se manifestou opinando pelo conhecimento e não provimento do recurso de Apelação (ID. 55565687). Examinados os autos e lançado este relatório, submeto-os à apreciação do eminente Desembargador Revisor. É o relatório. Salvador/BA, 9 de abril de 2024. Des. Aliomar Silva Britto – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0510209-55.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MATHEUS PEREIRA DOS SANTOS Advogado (s): EDUARDO BARRETTO CHAVES, FLAVIO COSTA DE ALMEIDA, ROBERTO BORBA MOREIRA FILHO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO O recurso preenche todos os pressupostos necessários à sua admissibilidade, por isso dele conheço. Trata-se de recurso de Apelação interposto por Matheus Pereira dos Santos, contra a Sentença proferida pela Juízo da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, pela prática do crime tipificado no art. 33, da Lei n. 11.343/2006. 1. DO PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. Salienta a defesa do apelante que, “diante do reconhecimento da ilegalidade da invasão do domicílio do Recorrente, com a consequente extração das provas obtidas posteriormente e em decorrência da aludida invasão, deverá o Recorrente ser absolvido.” Extraí-se da peça acusatória que na data de 24 de setembro de 2020, por volta das 18h30min, na Rua da Imperatriz, bairro da Boa Viagem, Policiais Militares faziam ronda de rotina, quando receberam denúncias de populares sobre um indivíduo deficiente físico, com apenas uma perna, traficando na referida localidade. Em diligência, os agentes públicos avistaram o referido indivíduo com as características informadas, o qual foi abordado e identificado como Matheus Pereira dos Santos, ora apelante. Na revista pessoal, os policiais apreenderam 05 (cinco) porções de maconha, acondicionadas individualmente em plástico incolor fechado com nós, com massa bruta total de 8,04 g (oito gramas e quatro centigramas) e 10 (dez) porções de cocaína; além de 01 (um) celular Samsung na cor preta, 01 (uma) corrente de metal, na cor amarela, e 01 (um) relógio de pulso. Narra ainda a denúncia que, após a abordagem em via pública, o recorrente revelou a existência de outra quantidade de substância entorpecente em sua residência, conduzindo os agentes públicos até a sua casa, onde foram encontradas mais 33 (trinta e três) porções de cocaína, acondicionadas individualmente em plástico incolor, amarradas com linha verde, totalizando 82,64 g (oitenta e dois gramas e sessenta e quatro centigramas) de massa bruta; além de alguns sacos plásticos pequenos e linha, tudo consoante demonstram o auto de exibição e apreensão. Alega, a defesa do recorrente, a ilegalidade das provas produzidas, tendo em vista a invasão de domicílio por parte das autoridades policiais que realizaram a ocorrência, sem mandado judicial ou autorização do apelante. Salienta que, constatada a ilegalidade da busca, é consequência lógica a declaração da nulidade total da prova obtida a partir dela, assim como de qualquer prova subsequente obtida a partir dessa prova ilícita, devendo o apelante ser absolvido. Impende registrar, inicialmente, que os crimes tipificados

nos artigos 16 da Lei 10.826/2003 (posse irregular de arma de fogo, sem autorização e em desacordo com determinação legal), bem como do artigo 33, "caput", da Lei 11.343/2006 (tráfico de drogas), são de natureza permanente. Isto é, se prolongam no tempo, de modo que a consumação dos tipos não cessa com a realização do comportamento ali previsto, estando o agente em situação de flagrância enquanto durar a permanência. Por sua vez, o princípio da inviolabilidade de domicílio busca respeitar a tranquilidade dos moradores no lar e proteger a intimidade, mas é excepcionado em caso de flagrante delito, consoante disposição do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal. Nessa esteira, cometendo o investigado um crime permanente, está sujeito à situação de flagrante delito, podendo os policiais, portanto, adentrar à sua residência com o fim de obstar o cometimento do ilícito, não sendo a garantia constitucional da inviolabilidade do domicílio absoluta, podendo ser excepcionada na hipótese de flagrante delito. Outrossim, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "[a]s circunstâncias que antecederem a violação do domicílio devem evidenciar, de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justifiquem tal diligência e a eventual prisão em flagrante do suspeito, as quais, portanto, não podem derivar de simples desconfiança policial, apoiada, v. g., em mera atitude 'suspeita', ou na fuga do indivíduo em direção a sua casa diante de uma ronda ostensiva, comportamento que pode ser atribuído a vários motivos, não, necessariamente, o de estar o abordado portando ou comercializando substância entorpecente" (HC n. 598.051/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 15/3/2021) No entanto, no caso dos autos, embora o acusado tenha sido previamente abordado em via pública, portando certa quantidade de entorpecentes, entendo que não foram indicados elementos suficientes para demonstrar a existência de fundada suspeita acerca da prática delitiva no imóvel, uma vez que não foram realizadas investigações prévias que indicassem movimentações suspeitas na referida residência, nem houve qualquer autorização judicial neste sentido. Outrossim, cumpre destacar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a apreensão de drogas com o indivíduo em via pública não configura fundadas razões para ingresso no domicílio." (AgRg no HC n. 729.503/G0, relator Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022). Neste sentido, cumpre trazer à baila os seguintes julgados: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. PACIENTE ENCONTRADO COM 4 PORÇÕES DE MACONHA. SITUAÇÃO QUE NÃO JUSTIFICA A BUSCA DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DILIGÊNCIA NULA. 2. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Após terem abordado e submetido o agravado à busca pessoal, os policiais se deslocaram à residência do paciente em razão de terem encontrado com ele 4 porções de substância análoga à maconha, bem como pelo fato de que ele teria afirmado ter mais drogas guardadas no domicílio. Contudo, "a apreensão de drogas em poder de agente submetido a busca pessoal não autoriza o ingresso em domicílio sem prévio mandado judicial, mormente por estar o réu em custódia – ainda que momentânea – do aparato policial, circunstância que torna inviável sua atuação no sentido de embaraçar a investigação enquanto perdurar sua limitação ambulatorial" (AgRg no REsp n. 1.994.151/MG, relator Ministro ANTÔNIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 19/8/2022). 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC n. 797.244/G0, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 23/5/2023, DJe de 29/5/2023). AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO

DE ENTORPECENTES. NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO. NARRATIVA INVEROSSÍMIL. APREENSÃO DE DROGAS NÃO AUTORIZA IMEDIATO INGRESSO EM DOMICÍLIO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1."Se, de um lado, se deve, como regra, presumir a veracidade das declarações de qualquer servidor público, não se há de ignorar, por outro lado, que o senso comum e as regras de experiência merecem ser consideradas quando tudo indica não ser crível a versão oficial apresentada, máxime quando interfere em direitos fundamentais do indivíduo e quando se nota um indisfarçável desejo de se criar uma narrativa amparadora de uma versão que confira plena legalidade à ação estatal"(AgRg no HC n. 732.128/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 7/10/2022, trecho do voto condutor, grifei).

2. No caso em tela, os agentes policiais alegaram que, ao se aproximarem da residência, um dos agravantes dispensou 0,2 g (dois decigramas) de crack, o que motivou a abordagem e o ingresso no domicílio, onde encontraram mais 11 g (onze gramas) da mesma substância. 3. Não parece crível a alegação dos policiais de que conseguiram divisar uma pessoa dispensar ao chão uma porção de 0,2g (dois decigramas) de droga, e isso às 23h, em plena noite, o que sugere ser a narrativa mera construção posterior para legitimar a grave ação de invasão de domicílio. 4. Ademais, esta Sexta Turma tem diversos julgados no sentido de que a apreensão de drogas em posse de um agente não torna prescindível a necessidade de mandado judicial para a invasão de domicílio, porquanto o fato de o suspeito estar com restrição ambulatorial – ainda que momentaneamente, uma vez que detido em flagrante – afasta qualquer possibilidade de que esteja, naquele momento, causando risco à investigação. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.232.297/MG, relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 20/6/2023, DJe de 23/6/2023).

Ademais, a despeito das autoridades policiais terem afirmado que o apelante informou possuir mais drogas na sua residência, autorizando a entrada no imóvel, a jurisprudência pátria já se manifestou no sentido de que "as regras de experiência e o senso comum, somadas às peculiaridades do caso concreto, não conferem verossimilhança à afirmação de que [o réu] teria autorizado, livre e voluntariamente, o ingresso em seu próprio domicílio, franqueando àqueles a apreensão de drogas e, conseqüentemente, a formação de prova incriminatória "(HC n. 598.051/SP, rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe 15/3/2021). Nesse contexto, entendo que agiu acertadamente o Juízo de piso ao afirmar que "Quanto ao deslocamento até a casa do denunciado, pelo que se depreendem dos autos, os policiais não tinham mandado de busca e apreensão para se dirigirem e adentrarem no imóvel do réu. Ora, não é crível que o réu, preso em via pública, iria auto incriminar-se, admitindo aos policiais que em sua residência possuía mais drogas". Portanto, devem ser consideradas ilícitas as provas colhidas no imóvel, na forma do art. 157 do CPP. No entanto, embora reconhecida a violação de domicílio, entendo que, conforme devidamente pontuado pelo magistrado de piso, é válida a prova produzida a partir da busca pessoal realizada em via pública, uma vez que, conforme os depoimentos constantes nos autos, esta ocorreu mediante a existência de denúncias de populares, acerca de um indivíduo deficiente físico, com apenas uma perna, que se encontrava traficando na Rua da Imperatriz, bairro de Boa Viagem, de forma que, com base nas informações recebidas, a guarnição se dirigiu ao local, onde se encontrava o referido indivíduo com as características informadas, o qual foi abordado e identificado como sendo o apelante. Feita a revista

peçoal, foram apreendidos com o recorrente 8,04 g de maconha e 10 porções de cocaína. A materialidade se encontra cabalmente comprovada nos autos através do auto de exibição e apreensão, constatando a apreensão total, em poder do réu, de 8,04g (oito gramas e quatro centigramas) de maconha, distribuídos em 05 (cinco) porções, acondicionadas individualmente em plástico incolor fechado com nós, 10 (dez) porções de cocaína, 01 (um) celular Samsung, na cor preta, 01 (uma) corrente de metal, na cor amarela, e 01 (um) relógio de pulso, bem como pelo Laudo definitivo, que testou positivo para cocaína e maconha. Outrossim, no tocante a autoria, a análise da prova testemunhal produzida tanto na fase inquisitorial quanto em Juízo, também nos leva à inexistência de dúvidas quanto a prática do delito pelo réu. O SGT/PM Vanderson da Cruz Rodrigues afirmou em juízo: "(...) que se recorda dos fatos narrados na denúncia e reconhece o Acusado presente na chamada de vídeo; que os policiais receberam uma denúncia de que um rapaz de uma perna só estaria traficando drogas na localidade descrita na denúncia e foram verificar; que, chegando num local, o Recorrente, que só tem uma perna, estava a bordo de uma bicicleta, a qual conduzia muito bem, apesar da falta de uma das pernas; que os policiais interceptaram o Acusado e o abordaram, constatando que trazia consigo drogas; que o Recorrente já era conhecido do depoente de abordagem anterior relacionada a tráfico de drogas; que o Recorrente sempre costuma reagir a abordagem, mas o depoente não tem certeza se o Recorrente reagiu do dia descrito na denúncia; que indagado ao Recorrente com relação as drogas que trazia, o Recorrente informou que tinha mais drogas em casa; que a guarnição se deslocou até a casa do Recorrente; que a mãe do Recorrente permitiu a entrada e revista da casa, onde foram encontradas mais drogas. (...)” O SD/PM Thiago Beirão, afirmou, por sua vez: "(...) que houve apreensão de maconha e cocaína; que a mãe do Apelante e uma sobrinha presenciaram a abordagem; que o Acusado estava sozinho no momento da abordagem; que o Acusado trazia drogas nas vestes; que as drogas estavam fracionadas; que o Acusado não informou nada sobre a droga. (...)” Quanto ao delito de tráfico, há que se enfatizar que o tipo penal descrito no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, é considerado crime de conteúdo variado ou de natureza múltipla, bastando a prática de um dos núcleos descritos na norma para configurar o cometimento do crime de tráfico de drogas, sendo, portanto, desnecessário que o agente seja flagrado no momento exato em que comercializada a droga. Portanto, entendo que a autoria e a materialidade restaram devidamente comprovadas nos autos, destacando-se os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão, que atestam o envolvimento do apelante com o tráfico ilícito de entorpecentes, não havendo como negar a finalidade comercial da droga e revelando o dolo do acusado. Vale destacar, ainda, o potencial lesivo de uma das drogas apreendidas (cocaína), e a forma como as substâncias se encontravam acondicionadas (embaladas individualmente), elementos que estão diretamente relacionados ao tráfico de drogas, contido no citado artigo 33, da Lei 11.343/2006. Neste passo, entendo que não há que se falar em absolvição, seja por violação de domicílio ou por insuficiência de provas, tendo em vista que os elementos presentes nos autos não deixam dúvidas acerca da conduta delituosa do acusado. 2. DA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. Alega, a defesa do apelante, que o paciente é apenas usuário de drogas, devendo o delito de tráfico ser desclassificado para o delito previsto no artigo 28 da lei 11.343/2006. Contudo, entendo que tal alegação não merece prevalecer. Isto porquê, embora o apelante tenha alegado serem as drogas destinadas para uso, tal

condição não afasta a traficância, uma vez que, não obstante a quantidade apreendida seja pequena, a forma como estas se encontravam acondicionadas (embaladas individualmente), a natureza de uma das substâncias apreendidas (cocaína), a qual possui um alto grau de nocividade, bem como os depoimentos policiais no sentido de que receberam denúncias de populares acerca da prática ilícita pelo recorrente, indicam, com segurança, a destinação das drogas ao tráfico e não ao uso pessoal do apelante, sendo, portanto, incabível a pleiteada desclassificação. Cumpre destacar que o recorrente possui, inclusive, condenação com trânsito em julgado pelo delito de tráfico de drogas, nos autos do processo de número 0564630-63.2018.8.05.0001, bem como responde à outros processos pela prática do mesmo delito. Assim, a mera alegação de ser o apelante dependente químico, desprovida de prova no sentido, desautoriza a desclassificação dos fatos para o delito mais brando, previsto no artigo 28 da referida lei. Diante das circunstâncias de sua prisão, bem como pelo conjunto probatório carreado aos autos, vislumbra-se que o apelante não é mero usuário de drogas, não sendo possível a desclassificação do crime de tráfico para o previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006.

**3. DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 (TRÁFICO PRIVILEGIADO).** O artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 dispõe que: "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: § 4º 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. (Vide Resolução nº 5, de 2012)" Para o agente possuir o direito subjetivo à causa de diminuição de pena, é imperioso que todos os quatro requisitos elencados no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, estejam presentes cumulativamente, quais sejam: agente primário; bons antecedentes; não dedicação a atividades criminosas; e não integração de organização criminosa. Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça recentemente alterou seu entendimento para não admitir que inquérito policial e ação penal em curso afastem a incidência da benesse legal, em consonância com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, conforme aresto que segue:

**PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ACUSADA QUE RESPONDE A OUTRAS AÇÕES PENAIIS EM ANDAMENTO. FUNDAMENTO INVÁLIDO. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO ENTRE AS TURMAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.** 1. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. 2. Em sessão realizada no dia 14/12/2016, a Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, havia firmado entendimento no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso poderiam ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas. 3. Todavia, o Supremo Tribunal Federal já se

manifestou reiteradas vezes que inquéritos e processos em curso não devem ser aferidos em desfavor do agente na dosimetria da pena, sob pena de violação ao princípio da não culpabilidade. Apoiado nesse entendimento, vem decidindo ser inadmissível a utilização de ação penal em curso para afastar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o que está sendo aplicado, também, pela Sexta Turma. 4. Nesse contexto, esta Quinta Turma, no julgamento do HC 664.284/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, ocorrido em 21/9/2021, DJe 27/09/2021, visando a uniformização do posicionamento de ambas as Turmas sobre o tema, decidiu 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). 5. No presente caso, constata-se que os processos criminais (processos criminais, autos nº 0709191-38.2016.8.02.0001, 0708024-49.2017.8.02.000 e 0001738-13.2012.8.02.0053), utilizados pela Corte local como fundamento para evidenciar a dedicação da agravante a atividades criminosas, encontram-se em andamento, ou seja, sem trânsito em julgado, o que impede o uso dessa anotação para negar reconhecimento ao benefício do tráfico privilegiado, devendo esse ser aplicado. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1949204/AL, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 25/10/2021) Neste sentido, entendo que o apelante não faz jus à aplicação do referido benefício, visto que possui condenação na Ação Penal de n. 0564630-63.2018.8.05.0001, por tráfico de drogas, com trânsito em julgado em 13 de dezembro de 2022, o que atesta sua dedicação às atividades criminosas e justifica a não aplicação do tráfico privilegiado. Desta forma, neste ponto, não há nenhuma reforma a ser realizada, devendo ser mantido o afastamento do benefício legal. Assim, entendo que deve ser mantida a pena definitiva fixada na sentença, totalizando 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, cada uma no valor de 1/30 do salário-mínimo vigente na época dos fatos. Diante de tudo quanto exposto, VOTO no sentido de CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO APELO, mantendo a condenação do apelante nos termos da sentença. Sala de Sessões, 30 de abril de 2024. Presidente Relator Procurador (a) de Justiça