

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8003792-18.2022.8.05.0201 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: GABRIEL KAYQUE FERREIRA BASTOS Advogado (s): ANDREY BORGES SILVA SANTOS, SERGIO PAIVA registrado (a) civilmente como SERGIO PAIVA DE OLIVEIRA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006). CONDENAÇÃO: 05 (CINCO) ANOS E 03 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, E AO PAGAMENTO DE 525 (QUINHENTOS E VINTE E CINCO) DIAS-MULTA (SENTENÇA – ID. 40709612). PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS COLHIDAS, DIANTE DO INGRESSO NO DOMICÍLIO, SEM MANDADO JUDICIAL. POLICIAIS SE DIRIGIRAM AO LOCAL RECONHECIDO COMO PONTO DE TRÁFICO DE DROGAS PARA INVESTIGAR DENÚNCIA ANÔNIMA DE QUE NO ENDEREÇO DO APELANTE ESTAVA OCORRENDO TRÁFICO E INGRESSARAM NA RESIDÊNCIA COM AUTORIZAÇÃO DO PROPRIETÁRIO. INGRESSO DOMICILIAR E APREENSÃO DAS DROGAS DE FORMA LEGÍTIMA. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. INVIABILIDADE. HAVENDO COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E AUTORIA QUANTO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, NÃO HÁ COMO ACOLHER A PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE POSSE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS QUE PARA A SUA CONFIGURAÇÃO BASTA A PRÁTICA DE UM DOS DEZOITO VERBOS NUCLEARES. DOSIMETRIA – PEDIDO DE AFASTAMENTO DO PERCENTUAL REFERENTE À VALORAÇÃO NEGATIVA DAS “CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME”, COM O REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. NÃO ACOLHIMENTO. PENA BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DO ARTIGO 42 DA LEI Nº 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA O ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO. I – Trata-se de apelação criminal interposta por GABRIEL KAYQUE FERREIRA BASTOS, por intermédio de seu advogado, irresignado com a sentença (Id. 40709612), proferida pelo MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Porto Seguro-BA-BA, cujo teor julgou procedente, em parte, a pretensão acusatória para condená-lo pela prática do delito capitulado no artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime, inicialmente, semiaberto, bem assim ao pagamento de 525 (quinhentos e vinte e cinco) dias-multa, no valor equivalente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente à época do fato. II – Preliminar de nulidade das provas colhidas, diante do ingresso no domicílio, sem mandado judicial. Rejeitada. Da análise detida dos depoimentos prestados pelas testemunhas, verifica-se que a apreensão das drogas ilícitas ocorreu de forma legítima, pois observa-se que o Boletim de Ocorrência foi registrado, esclarecendo que os prepostos da Polícia Militar haviam recebido denúncia anônima, com a informação de que no endereço do Apelante estava ocorrendo tráfico de drogas, motivo pelo qual seguiram até o local e, após a permissão do Acusado, adentraram a residência e localizaram as drogas apreendidas. III – Não obstante a entrada no imóvel ter sido com o consentimento do proprietário, o que, por si só, já legitima a atuação policial, impende destacar que o crime de tráfico de drogas é de natureza permanente, permitindo-se, assim, a entrada, sem autorização judicial, quando houver fundadas razões concretas, exatamente como ocorreu na espécie vertente. IV – No que concerne ao pleito de desclassificação do delito de tráfico de drogas para o de uso previsto no artigo 28 da

mencionada legislação, tem-se que este também não merece acolhido, isto porque o artigo 33 da Lei nº 11.343/06, prevê 18 verbos em que a prática de qualquer uma das ações ali elencadas configura o delito de tráfico. In casu, mesmo que seja usuário de drogas, tal condição não afasta a traficância, restando incontroverso que a circunstância em que a droga foi encontrada, a quantidade e a forma de acondicionamento das drogas, que indicam a sua destinação ao tráfico e não ao uso pessoal do Apelante, sendo, portanto, incabível a pleiteada desclassificação. V – Subsidiariamente, em sendo mantida a condenação, pleiteia o Apelante, a reforma da dosimetria, para que seja afastado o percentual relativo à valoração negativa das “circunstâncias do crime”, com o redimensionamento da pena-base ao mínimo legal, alegando que “a fração ideal utilizada no cálculo de pena não foi nos parâmetros utilizado conforme adotado pelo TJBA e pelo STJ”. VI – Analisando o decreto condenatório rechaçado, infere-se que o Magistrado primevo, na primeira fase da dosimetria da pena, valorou idônea e negativamente, as circunstâncias do crime, fixando, adequadamente, a pena-base, acima do mínimo legal, tendo, como fundamento a quantidade e a natureza das substâncias apreendidas, drogas consideradas de elevada nocividade, justificando o aumento procedido. Assim sendo, considerando-se que foi valorada, negativamente, apenas uma circunstância judicial, procedeu-se o aumento de 1/8 (um oitavo) da sanção, referente a 01 (um) ano e 03 (três) meses, levando em conta, o intervalo entre a pena mínima (05) e máxima (15) do crime de tráfico de drogas, ou seja, 10 anos, se afigura proporcional a elevação procedida pela Magistrada Sentenciante. VII – Noutra senda, postula o Apelante a aplicação da causa de diminuição, descrita no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no seu patamar máximo. O Superior Tribunal de Justiça recentemente alterou seu entendimento para não admitir que inquérito policial e ações penais em curso afastem a incidência da benesse legal prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, em consonância com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Assim, aplica-se a causa especial de diminuição da pena no patamar de máximo de 2/3 (dois terços), tendo em vista que a quantidade de drogas encontrada não foi expressiva, totalizando a pena em 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão e 175 (cento e setenta e cinco) dias-multa, sendo, cada dia-multa, o equivalente a 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato, pela prática do crime de Tráfico Ilícito de Entorpecentes, previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. VIII – Quanto ao regime prisional, se tratando de pessoa primária e uma nova pena privativa de liberdade de 01 ano e 09 meses de reclusão, deve ser-lhe conferido o regime aberto, por expressa previsão legal, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, e do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, restando, destarte, prejudicado o pedido de recorrer em liberdade. IX – Por fim, sendo a nova pena aplicada inferior a quatro anos e em função da primariedade do Apelante, uma vez que não possui condenações transitadas em julgado, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas alternativas restritivas de direitos (artigo 44, incisos I a III e § 2º, do Código Penal), cuja especificação e forma de execução deverão ser estabelecidas pelo Juízo da Execução de Penas e Medidas Alternativas. X – APELO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 8003792-18.2022.8.05.0201, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Porto Seguro-BA, tendo, como Apelante, GABRIEL KAYQUE FERREIRA BASTOS, e, Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM, à unanimidade de votos, os Senhores Desembargadores, componentes da Primeira Turma da Primeira Câmara

Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO, nos termos do voto do Desembargador Relator. Salvador, . PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 17 de Julho de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8003792-18.2022.8.05.0201 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: GABRIEL KAYQUE FERREIRA BASTOS Advogado (s): ANDREY BORGES SILVA SANTOS, SERGIO PAIVA registrado (a) civilmente como SERGIO PAIVA DE OLIVEIRA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de apelação criminal interposta por GABRIEL KAYQUE FERREIRA BASTOS, por intermédio de seu advogado, irresignado com a sentença (Id. 40709612), proferida pelo MM. Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Porto Seguro-BA-BA, cujo teor julgou procedente, em parte, a pretensão acusatória para condená-lo pela prática do delito capitulado no artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime, inicialmente, semiaberto, bem assim ao pagamento de 525 (quinhentos e vinte e cinco) dias-multa, no valor equivalente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente à época do fato. Consta da exordial acusatória que: “[...] “no dia 23 de abril de 2022, por volta das 12h, na rua Oswaldo Cruz, nº 118, bairro Areial, Porto Seguro/BA, GABRIEL KAYQUE FERREIRA BASTOS, consciente e voluntariamente, guardava em depósito 01 (um) tablete grande de maconha, pesando aproximadamente 225,97 (duzentos e vinte e cinco gramas e noventa e sete centigramas) gramas; 01 (uma) ‘pedra’ de crack, pesando aproximadamente 68,17 (sessenta e oito gramas e dezessete centigramas) gramas; 01 (uma) embalagem contendo cocaína, pesando aproximadamente 88,84 (oitenta e oito gramas e oitenta e quatro centigramas) gramas e 01 (uma) balança de precisão, para fins de tráfico, tudo sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar, além de 01 (um) celular, marca Samsung – conforme auto de exibição e apreensão de ID MP 6978369 – Pág. 8, e laudos de constatação das substâncias entorpecentes, ID MP 6978372 – Pág. 1 e ss., bem como mantinha em cativeiro 02 (duas) espécimes de pássaro silvestre, espécie ‘papa-capim’ [...]” (Id. 40709127). Ultimada a instrução processual e apresentadas as alegações derradeiras pelas partes, o Magistrado a quo julgou procedente, em parte, o pedido formulado na denúncia, condenando o Apelante às penas definitivas, descritas anteriormente. Inconformado com o édito condenatório, o Apelante interpôs o presente apelo, arguindo, em suas razões recursais (Id. 40709736), preliminarmente, a declaração de nulidade das provas colhidas, diante do ingresso no domicílio, sem mandado judicial. Postula, também, a desclassificação do crime insculpido no artigo 33, da Lei nº 11.343/2006 para a conduta prevista no artigo 28 do referido Diploma Legal. Subsidiariamente, em sendo mantida a condenação, pleiteia a reforma da dosimetria, para que seja afastado o percentual relativo à valoração negativa das “circunstâncias do crime”, com o redimensionamento da pena-base, bem assim a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em sua fração máxima, com a consequente modificação do regime para o aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Por fim, requer a concessão do direito de recorrer em liberdade. Em razões de contrariedade (Id. 40709739), o Ministério Público rechaça os argumentos defensivos, e propugna pelo não provimento do recurso de apelação, para manter-se a sentença hostilizada, em todos os seus termos. Em seguida, os autos foram

encaminhados à Procuradoria de Justiça, que se manifestou através do parecer (Id. 42167168), pelo conhecimento e improvimento do presente recurso de apelação. Examinados os autos e lançado este relatório, submeto-os à apreciação do eminente Desembargador Revisor. É o relatório. Salvador/BA, data registrada no sistema. 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. 8003792-18.2022.8.05.0201 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: GABRIEL KAYQUE FERREIRA BASTOS Advogado (s): ANDREY BORGES SILVA SANTOS, SERGIO PAIVA registrado (a) civilmente como SERGIO PAIVA DE OLIVEIRA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Presentes os requisitos de admissibilidade recursal, conhece-se do Apelo. Pleiteia o Apelante, em suas razões recursais (Id. 40709736), preliminarmente, a declaração de nulidade das provas colhidas, diante do ingresso no domicílio, sem mandado judicial. Postula, também, a desclassificação do crime inculcado no artigo 33, da Lei nº 11.343/2006 para a conduta prevista no artigo 28 do referido Diploma Legal. Subsidiariamente, em sendo mantida a condenação, pleiteia a reforma da dosimetria, para que seja afastado o percentual relativo à valoração negativa das “circunstâncias do crime”, com o redimensionamento da pena-base, bem assim a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em sua fração máxima, com a consequente modificação do regime para o aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Por fim, requer a concessão do direito de recorrer em liberdade. O MM. Juízo a quo condenou o Apelante, pela prática do delito capitulado no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão, a ser cumprida, inicialmente, em regime semiaberto, e ao pagamento de 525 (quinhentos e vinte e cinco) dias-multa. PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS COLHIDAS, DIANTE DO INGRESSO NO DOMICÍLIO, SEM MANDADO JUDICIAL. Preliminarmente, o Apelante argui a nulidade das colhidas, aduzindo a ilegalidade da invasão de domicílio. Em conformidade com o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal: “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Com efeito, a Magna Carta de 1988, prevê como direito fundamental do indivíduo a impossibilidade de invasão domiciliar, ressaltando, contudo, as hipóteses de entrada consentida e em caso de flagrante delito, entre outras. Da análise detida dos depoimentos prestados pelas testemunhas, verifica-se que a apreensão das drogas ilícitas ocorreu de forma legítima, pois observa-se que o Boletim de Ocorrência foi registrado, esclarecendo que os prepostos da Polícia Militar haviam recebido denúncia anônima, com a informação de que no endereço do Apelante estava ocorrendo tráfico de drogas, motivo pelo qual seguiram até o local e, após a permissão do Acusado, adentraram a residência e localizaram as drogas apreendidas. Com efeito, denota-se que, durante a instrução processual, os Policiais Militares que participaram da diligência, em seus depoimentos, afirmaram que: “[...] teve algumas informações lá na área de tráfico de drogas na residência lá. Nós solicitamos apoio da viatura do centro e “se” deslocamos até o local. Chegamos lá, fizemos o cerco, porque não tem rua para sair por trás, batemos na porta, várias vezes, até que o mesmo respondeu e a gente se identificamos que era a polícia militar. Quando ele abriu a janela, que viu a polícia militar, ele autorizou nossa entrada. A gente foi até a

viatura, tirei o cachorro, o cachorro que é farejador, eu sou o condutor do cão. Fizemos primeiro a abordagem do rapaz, desse rapaz aí. Aí a gente pegou, perguntamos se a gente podia entrar na residência, o mesmo autorizou a entrada [...]” (Depoimento da testemunha – PM – Liliano da Silva Rezende) “[...] A gente estava em ronda, ali na área do centro, patrulhando, aí recebemos informação de um lugar que estava tendo constante tráfico de drogas. Houve deslocamento, pedimos até apoio a guarnição da área e deslocamos até o local. E a informação foi bem clara em relação à residência. Chegamos lá, batemos na porta, houve um tempo de resposta. (...) os colegas bateram na frente da porta e eu visualizei o cidadão aí tentando evadir pela janela do fundo. Esse foi o primeiro momento. Aí quando ele chegou a me ver, retornou à residência e abriu a porta. Ai eu expliquei pra ele a situação da denúncia, falei diretamente com ele e ele autorizou a entrada [...]” (Depoimento da testemunha – PM Arailton Pereira Paixão) Portanto, infere-se dos depoimentos transcritos, uníssonos quanto à autorização do Apelante para a entrada dos Policiais Militares na residência. Não obstante a entrada no imóvel ter sido com o consentimento do proprietário, o que, por si só, já legitima a atuação policial, impende destacar que o crime de tráfico de drogas é de natureza permanente, permitindo-se, assim, a entrada, sem autorização judicial, quando houver fundadas razões concretas, exatamente como ocorreu na espécie vertente. Sobre o tema, colhe-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça, aplicando o entendimento sufragado pelo Supremo Tribunal Federal: “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. EXTENSÃO DOS EFEITOS DA ABSOLVIÇÃO EM RELAÇÃO AOS CORRÉUS E AUSÊNCIA DE PROVA SEGURA QUANTO À CONDENAÇÃO DO PACIENTE. TESE JÁ APRESENTADA E DECIDIDA NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME NA SEDE MANDAMENTAL. INVASÃO DE DOMICÍLIO. SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. A alegação de fragilidade probatória para a condenação do paciente e a necessidade de extensão da sentença absolutória proferida em relação aos corréus já foi apresentada e decidida nesta Corte Superior no AResp-712.082/SP. A solução dada no agravo em recurso especial (Súmula 7) também se aplica ao habeas corpus, pois no remédio constitucional é vedado reexaminar o acervo probatório dos autos. 2. A Suprema Corte definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/R0, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJe 8/10/2010). (REsp n. 1498689/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 27/2/2018, DJe 8/3/2018). 3. Na hipótese dos autos, conquanto sem autorização judicial, os policiais, antes de adentrarem na residência do paciente, obtiveram informações de que ali estava sendo praticado o tráfico ilegal de drogas. Modificar tal premissa fática é inviável no habeas corpus. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 542.386/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 19/12/2019) Assim sendo, REJEITO a PRELIMINAR de nulidade suscitada. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006. No que concerne ao pleito de desclassificação do delito de tráfico de drogas para o de uso, previsto no artigo 28 da mencionada legislação, tem-se que este também não merece ser acolhido, isto porque o artigo 33 da Lei nº 11.343/06 prevê 18 verbos, em que a prática de qualquer uma das ações ali

elencadas, configura o delito de tráfico. In casu, mesmo que seja usuário de drogas, tal condição não afasta a traficância, restando incontroverso que a circunstância em que a droga foi encontrada, a quantidade, natureza diversa (68,14 de crack, 88,84 de cocaína e 225,97 g de maconha), balança de precisão e a forma de acondicionamento das drogas, indicam a sua destinação ao tráfico e não ao uso pessoal do Apelante, sendo, portanto, incabível a pleiteada desclassificação. 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. Demais disso, em seu interrogatório, o Apelante afirmou que recebia, quinzenalmente, a quantia de R\$ 300,00, pelo trabalho lícito que exercia, todavia, asseverou ter adquirido a droga por R\$ 900,00, com o intuito de comercializá-la. Importa registrar, ainda, em consonância com a certidão – Id. 40709606, que o Apelante já respondeu a outro processo pelo crime de tráfico de drogas, sob o nº 0700074-45.2021.8.05.0201, perante a 1ª Vara Criminal de Porto Seguro-BA, evidenciando sua inclinação para a prática desse tipo de criminalidade.

**DOSIMETRIA – PEDIDO DE AFASTAMENTO DO PERCENTUAL REFERENTE À VALORAÇÃO NEGATIVA DAS “CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME”, COM O REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE.** Subsidiariamente, em sendo mantida a condenação, pleiteia a reforma da dosimetria, para que seja afastado o percentual relativo à valoração negativa das “circunstâncias do crime”, com o redimensionamento da pena-base ao mínimo legal, alegando que “a fração ideal utilizada no cálculo de pena não foi nos parâmetros utilizado conforme adotado pelo TJBA e pelo STJ”. Analisando o decreto condenatório rechaçado, infere-se que o Magistrado primevo, na primeira fase da dosimetria da pena, valorou idônea e negativamente, as circunstâncias do crime, fixando, adequadamente, a pena-base, acima do mínimo legal, tendo, como fundamento a quantidade e natureza das substâncias apreendidas, drogas consideradas de elevada nocividade, justificando o aumento procedido, consoante trecho do decisum vergastado: **CULPABILIDADE:** em nada exacerba o tipo penal. **ANTECEDENTES:** nada consta nos autos que lhe desabone. **CONDUTA SOCIAL:** nada a considerar em desfavor da acusada. **PERSONALIDADE:** não há registros desfavoráveis nos autos; **MOTIVOS DO CRIME:** não extrapolam o previsto no tipo penal.

**CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME:** Considerando a quantidade elevada de drogas apreendidas (225,97 gramaS de maconha, 01 pedra de crack de 68,17 gramas, 88,84 gramas de cocaína), em consonância com o artigo 42 da Lei de Drogas, deve essa circunstância ser ponderada negativamente. **CONSEQUÊNCIAS DO CRIME:** nenhum elemento a ser considerado. **COMPORTAMENTO DA VÍTIMA:** nenhum elemento a se valorar. Na primeira fase, à vista dessas circunstâncias analisadas individualmente, das quais apenas UMA não é favorável ao acusado, fixo a pena-base em 06 anos e 03 meses de reclusão. Na segunda fase, reconheço a presença da atenuante da confissão espontânea, prevista no artigo 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal, reduzindo a pena em 12 meses. Por não haver agravantes aplicáveis, fica a pena intermediária dosada em 05 anos e 03 meses de reclusão. Na terceira fase, inexistindo causas de diminuição e aumento a serem aplicadas, fica a pena dosada definitivamente em 05 anos e 03 meses de reclusão. Com efeito, o artigo 42 da Lei Antidrogas estabelece que, na primeira fase do procedimento trifásico para aplicação da pena, devem ser sopesadas, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, a quantidade e a natureza das drogas. Sobre a matéria, esse é o entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: **HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE DE**

DROGAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO OCORRÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. 1. In casu, não se vislumbra ilegalidade manifesta a ser reconhecida, porquanto a Corte de origem adotou fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base em 1/3, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a quantidade das drogas apreendidas – 1 "tijolo" contendo 5,032 kg de cocaína e 1 "tijolo" contendo 1,684 kg de maconha – (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006). 2. Habeas corpus não conhecido. (STJ – HC: 381372 SP 2016/0320489– 2, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 02/02/2017, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/02/2017). Assim sendo, considerando-se que foi valorada, negativamente, apenas uma circunstância judicial, procedeu-se o aumento de 1/8 (um oitavo) da sanção, referente a 01 (um) ano e 03 (três) meses, levando em conta, o intervalo entre a pena mínima (05) e máxima (15) do crime de tráfico de drogas, ou seja, 10 anos, se afigura proporcional a elevação procedida pelo Magistrado Sentenciante. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DESCRITA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. Noutra senda, postula o Apelante a aplicação da causa de diminuição, descrita no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no seu patamar máximo, o qual preceitua que: Art. 33, § 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. 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. Da análise dos autos, verifica-se da sentença condenatória que a Magistrada a quo não reconheceu a incidência da sobredita causa especial de diminuição de pena, conforme excerto abaixo transcrito: "Considerando a quantidade e variedade das drogas apreendidas, 01 tablete grande de maconha de 225,97 gramas, 01 pedra de crack de 68,17 gramas, 01 embalagem contendo 88,84 gramas de cocaína; a forma que o material estava acondicionado, ainda não fracionado; a presença de balança de precisão; a não comprovação de trabalho lícito, resta evidenciada dedicação a atividades ilícitas por parte do réu, afastando a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006"0 artigo 33, caput e § 4º, da Lei nº 11.343/2006 declina 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, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa." 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. Entretanto, percebe-se que a Julgadora primeva utilizou do mesmo critério, qual seja, quantidade e variedade de drogas, já mencionado para elevação da pena-base, em verdadeiro bis in idem. Além disso, urge ressaltar que, embora conste na certidão – Id. 40709606, que o

Apelante já respondeu a outro processo pelo crime de tráfico de drogas, tombado sob o nº 0700074-45.2021.8.05.0201, perante a 1ª Vara Criminal de Porto Seguro-BA, por fato ocorrido em 27 de dezembro de 2020, urge ressaltar que o Superior Tribunal de Justiça, recentemente, alterou seu entendimento para não admitir que inquérito policial e ações penais em curso afastem a incidência da benesse legal, em consonância com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, conforme aresto que segue: PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO AO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 – LEI DE DROGAS. ENVOLVIMENTO COM ATIVIDADES CRIMINOSAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO. AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. DIMINUTA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. AGRAVO DESPROVIDO. 1. "Consoante precedentes, verifica-se nesta Corte a adesão ao posicionamento advindo do STF, ou seja, a existência de ações penais em andamento não justifica a conclusão de que o sentenciado se dedica às atividades criminosas para fins de obstar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06" (AgRg nos EAREsp 1852098/AM, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/10/2021, DJe 3/11/2021). 1.1. A diminuta quantidade de droga apreendida (24,4g de maconha e 4,1g de cocaína), isoladamente, sem outros elementos concretos que evidencie m dedicação à atividade criminosa, não justifica o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp: 1880046 SP 2021/0130893-5, Data de Julgamento: 07/06/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/06/2022). Sendo assim, reanalisando a dosimetria da pena, mantém-se na primeira fase a pena pena-base em 06 anos e 03 meses de reclusão e 525 dias-multa. Na segunda fase, diante da presença da atenuante da confissão espontânea, prevista no artigo 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal, mantenho a redução em 12 meses, ficando a pena intermediária dosada em 05 anos e 03 meses de reclusão. Na terceira fase, aplico a causa especial de diminuição da pena no patamar de máximo de 2/3 (dois terços), tendo em vista que a quantidade de drogas encontrada não foi expressiva, totalizando a pena em 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão e 175 (cento e setenta e cinco) dias-multa, sendo, cada dia-multa, o equivalente a 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato, pela prática do crime de Tráfico Ilícito de Entorpecentes, previsto no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA Quanto ao regime prisional, se tratando de pessoa primária e uma nova pena privativa de liberdade de 01 ano e 09 meses de reclusão, deve ser-lhe conferido o regime aberto, por expressa previsão legal, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, e do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, restando, destarte, prejudicado o pedido de recorrer em liberdade. DA SUBSTITUIÇÃO PELA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. Em pleito subsidiário, o Apelante pugna que a pena privativa de liberdade seja substituída pela restritiva de direitos. O artigo 44 do Código Penal dispõe que: "Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente." Da análise dos autos, verifica-se que a nova pena aplicada é inferior a quatro anos. Outrossim, em função da primariedade do Apelante, uma vez que não possui condenações



transitadas em julgado, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas alternativas restritivas de direitos (artigo 44, incisos I a III e § 2º, do Código Penal), cuja especificação e forma de execução deverão ser estabelecidas pelo Juízo da Execução de Penas e Medidas Alternativas. Diante do exposto, VOTO no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO, no sentido de aplicar o quanto disposto no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, em favor do Apelante, totalizando a pena em 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão e ao pagamento de 175 (cento e setenta e cinco) dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade por duas penas alternativas restritivas de direitos (art. 44, incs. I a III e § 2º, do CP), cuja especificação e forma de execução deverão ser estabelecidas pelo Juízo da Execução de Penas e Medidas Alternativas. Sala das Sessões, data assinada no sistema Presidente Relator Procurador (a) de Justiça