

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300761-02.2020.8.05.0079 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Lucas Matos de Queiroz Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. PRELIMINAR DE ILICITUDE DA PROVA POR INVASÃO DE DOMICÍLIO. LEGITIMIDADE DA ATUAÇÃO POLICIAL DIANTE DA EXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA. PRECEDENTES. NULIDADE DA PROVA ORAL PRODUZIDA EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO – LEITURA DOS DEPOIMENTOS COLHIDOS EM INQUÉRITO. OBEDIÊNCIA AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. AUSÊNCIA DE VÍCIO PROCESSUAL. PRELIMINARES REJEITADAS. MÉRITO: APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DE DEDICAÇÃO HABITUAL A ATIVIDADE CRIMINOSA OU DE INTEGRAR ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CONCEDIDO O DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE, CONSIDERADO O RESULTADO DO JULGAMENTO E FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. RECURSO CONHECIDO, PRELIMINARES REJEITADAS E, NO MÉRITO, PROVIDO EM PARTE. 1. Recorrente condenado à pena total 05 anos de reclusão, regime inicial semiaberto, e 500 dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato, pela prática do crime tipificado nos art. 33 da Lei nº 11.343/06, por ter sido preso em flagrante, no dia 04/04/2020, “trazendo consigo e mantendo em depósito 25 (vinte e cinco) pinos de cocaína, pesando cerca de 18 g (dezoito gramas); uma bucha de maconha; uma pasta de cocaína, pesando cerca de 21g (vinte e uma gramas); 11 (onze) ependorfs; uma balança de precisão; dois microfones e duas bases de rádio comunicação, além da quantia de R\$ 2.158,00 (dois mil cento e cinquenta e oito reais)”. 2. Na hipótese, as circunstâncias em que ocorreu a prisão em flagrante demonstram a justa causa para que os milicianos adentrassem na residência do Recorrente, conforme as provas ratificadas na instrução processual. 3. Conforme bem pontuou o sentenciante, “em relação à falta de ordem judicial para a busca domiciliar, as circunstâncias de haver notícia anterior de tráfico de entorpecentes no local, o encontro do acusado com entorpecentes e dinheiro em via pública, assumidamente provenientes do tráfico de drogas, e a concordância do acusado em colaborar com a polícia desde o início, conforme por ele dito desde a seara policial, ao revés de tornar indispensável a existência de ordem judicial para a medida, constituiu-se na fundada razão para a diligência, que ao final e ao cabo revelou-se lícita, diante dos policiais haverem se deparado com um crime de flagrante permanente”. 4. Quanto ao ponto, não pairam dúvidas da existência de justa causa para a atuação dos milicianos, considerando as circunstâncias que antecederem a entrada no domicílio, evidenciando de modo satisfatório e objetivo, as fundadas razões que justificaram a diligência, uma vez que o Apelante, abordado em via pública, foi surpreendido na posse de entorpecentes e da quantia de R\$ 2.158,00 (dois mil, cento e cinquenta e oito reais), tendo relatado seu envolvimento com o tráfico de drogas, sem se olvidar de que a entrada na residência foi autorizada não apenas por ele, mas também pelos moradores que se encontravam na residência no momento da atuação policial. 5. A mera leitura de depoimentos prestados extrajudicialmente pela testemunha ou dos termos contidos em quaisquer das peças do inquérito policial não implica invalidade da prova testemunhal, quando garantido às partes o direito de formular perguntas, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, como no caso dos autos. Portanto, não há nulidade a ser declarada, sob alegação de violação ao princípio da oralidade. 6. O Apelante faz jus à concessão da causa especial de diminuição de pena

prevista na Lei de Drogas, visto que primário e sem antecedentes criminais, não constando nos autos elementos concretos de que se dedica a atividades criminosas. 7. O sentenciante entendeu pela não aplicação da causa de diminuição do tráfico sob argumento de que “o acusado embora seja primário, revelou em sede policial com seu advogado á época que já tinha comprado R\$1.200,00 (...) de cocaína e que pretendia comprar mais R\$2.158,00 (...) em entorpecentes, a indicar que já se dedicava, ainda que por pouco tempo, ao tráfico de entorpecentes”, bem como o fato de que “também possuía balança de precisão e rádio comunicador, tal qual aqueles usados por “olheiros” de traficantes em zonas periférias de todos país”. 8. Entretanto, da análise do acervo probatório, não é possível concluir pela existência de elementos concretos nos autos que denotam o seu envolvimento habitual em atividades criminosas. Isso porque se cuida de sentenciado primário e que não ostenta quaisquer outros registros criminais, além de os policiais responsáveis pela prisão em flagrante terem declarado em juízo que não tinham conhecimento anterior do seu envolvimento em práticas criminosas ou com o tráfico de drogas, demonstrando não ter havido investigação, monitoramento ou campana acerca das atividades e vida pregressa do réu. 9. Ademais, a declaração prestada “em sede policial com seu advogado à época que já tinha comprado R\$ 1.200,00 (...) de cocaína e que pretendia comprar mais R\$ 2.158,00 (...) em entorpecentes”, o que não restou ratificado em juízo sob o contraditório e ampla defesa, bem como não constitui fundamentação apta à conclusão de que se trata de indivíduo dedicado às atividades criminosas. Vale pontuar que tal afirmação versa sobre uma pretensão futura, não de uma constatação de fato concreto e anterior a este em apuração. De igual modo, o simples fato de que “possuía balança de precisão e rádio comunicador, tal qual aqueles usados por “olheiros” de traficantes”, não induz necessariamente à conclusão de dedicação habitual a práticas criminosas, por ser tratar de petrechos característicos à mercancia de drogas, delito pelo qual restou condenado. 10. No ponto, cumpre pontuar que, o STJ, conforme assentado no julgamento do REsp n. 1.977.027/PR, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022, resolvendo “a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06”, o entendimento da Corte é de que “A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas”, sendo que “a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime”, elementos de prova que não se fazem presentes no caso concreto. 11. Desse modo, o Recorrente tem direito subjetivo ao benefício, visto que concomitantemente preenchidos os requisitos legais (STJ – AgRg no HC n. 752.884/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato – Desembargador Convocado do Tjdft, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 26/8/2022), pois primário, sem antecedentes criminais, bem como não consta nos autos elementos concretos de que se dedica a atividades criminosas ou de que seja integrante de organização criminosa. 12. Considerando a redução da pena nesta Corte de Justiça, bem como a fixação do regime aberto para o cumprimento da reprimenda, resta concedido o direito de apelar em liberdade, com determinação para expedição do Alvará de Soltura e

comunicação ao Juízo acerca do julgamento do presente apelo. 13. Parecer da Procuradoria de Justiça pelo “conhecimento, e, no mérito, pelo IMPROVIMENTO da Apelação, a fim de que seja mantida na íntegra a decisão vergastada”. 14. Recurso conhecido, preliminares rejeitadas e, no mérito, provido em parte para aplicar a causa de diminuição de pena prevista na Lei de Drogas. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Criminal nº 0300761-02.2020.8.05.0079, da Comarca de Eunápolis – BA, na qual figuram como Apelante LUCAS MATOS DE QUEIROZ e Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em conhecer, REJEITAR AS PRELIMINARES E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, pelas razões alinhadas no voto do Relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 4 de Outubro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300761-02.2020.8.05.0079 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Lucas Matos de Queiroz Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Cuidam os autos de Apelação Criminal interposta por Lucas Matos de Queiroz em face da Sentença proferida nos autos da ação penal nº 0300761-02.2020.8.05.0079 que o condenou pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, a uma pena total de 05 anos de reclusão, regime inicial semiaberto, e 500 dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato, “deferida a detração do tempo cumprido em prisão provisória para o acusado”, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade, tendo sido absolvido da imputação de prática do delito tipificado no art. 35 da respectiva Lei. Nas razões (id. 30090954), a Defesa suscita as preliminares de nulidade da prova oral produzida em audiência de instrução e da prova obtida por meio de invasão de domicílio. Assevera que “no presente caso, antes das testemunhas de acusação prestarem seus depoimentos, as suas declarações extrajudiciais em sede de Inquérito Policial lhe foram lidas integralmente, de forma que, sob o crivo do contraditório, as testemunhas meramente ratificaram as informações trazidas por escrito, unilateralmente, pelo Estado-acusador”, o que entende acarretar “manifesto prejuízo à Defesa, pois retira a espontaneidade do depoimento oral e predispõe a testemunha a ratificar o seu próprio depoimento extrajudicial”, bem como “a incompatibilidade do feito com os artigos 203 e art. 204, ambos do Código de Processo Penal”. Salienta, ainda, que “no momento em que a palavra foi passada ao Defensor Público, o depoimento das testemunhas já havia sido irreversivelmente maculado pela leitura integral de seu depoimento extrajudicial, as condicionando a meramente repetir aquilo que lhes foi lido”. Quanto à nulidade por invasão de domicílio, argumenta que “a busca domiciliar que ensejou a prisão do Apelante e serviu de lastro para todos os demais atos processuais posteriores não foi precedida de autorização dos moradores, tão pouco, de mandado judicial”, tão pouco de fundadas razões para que os policiais adentrassem no domicílio sem a anuência daquele. No mérito, pugna pela aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, considerando que “o Apelante é primário, não restando MINIMAMENTE comprovado que ele se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, fazendo jus à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em seu grau máximo (dois terços)”. Pontua que o afastamento da

minorante restou lastreado em “com base em ilações sobre o possível futuro desenvolvimento de uma carreira criminoso pelo Apelante”. Por fim, pugna prequestiona para fins de interposição de Recurso Extraordinário, a violação ao “art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, art. 157, caput e § 1º, 203 e 204, todos do Código de Processo Penal, art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06”. Contrarrazões recursais (id. 30090957), pugnando o Ministério Público pelo improvimento do apelo, prequestionando para fins de interposição de recursos nas instâncias superiores a “Contrariedade à norma federal contida no art. 5º, inc. XI da Constituição Federal; art. 33, caput e § 4º da Lei n. 11.343/06”. A Procuradoria de Justiça, por meio de parecer de id. 32218670, opina “pelo conhecimento, e, no mérito, pelo IMPROVIMENTO da Apelação, a fim de que seja mantida na íntegra a decisão vergastada”. Após conclusão para análise, elaborou-se o relatório competente, que resta submetido ao crivo da revisão. Salvador/BA, 13 de setembro de 2022. Des. Luiz Fernando Lima – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator A10-AC PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300761-02.2020.8.05.0079 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Lucas Matos de Queiroz Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Conheço do recurso, uma vez que presentes os requisitos próprios da espécie. Consta na denúncia que, no dia 04/04/2020, por volta das 12:00h, no Bairro Sapucaeira, cidade de Eunápolis/BA, “o denunciado LUCAS MATOS DE QUEIROZ fora flagrado trazendo consigo e mantendo em depósito 25 (vinte e cinco) pinos de cocaína, pesando cerca de 18 g (dezoito gramas); uma bucha de maconha; uma pasta de cocaína, pesando cerca de 21g (vinte e uma gramas); 11 (onze) ependorfs; uma balança de precisão; dois microfones e duas bases de rádio comunicação, além da quantia de R\$ 2.158,00 (dois mil cento e cinquenta e oito reais)”. Conforme a acusação, “policiais militares realizaram ronda diante de informações que mesmo após a prisão de ELIVAN PEREIRA SANTOS, vulgo COROA, o tráfico de drogas continuava no bairro Sapucaeira, quando, por volta das 12h, avistam um indivíduo levando uma quantia em dinheiro em mãos, o qual foi abordado. Realizada busca pessoal, o mesmo levava consigo cinco pinos de cocaína e uma bucha de maconha, além da quantia de R\$ 2.158,00, a qual seria entregue a um indivíduo que estava aguardando na esquina para repassar ao traficante COROA, mas empreendeu fuga ao avistar a guarnição”. Em seguida, “o denunciado levou os policiais à sua residência, onde foram apreendidos os demais entorpecentes, além dos materiais utilizados para a narcotraficância”. Consta que, “Em sede de interrogatório policial, o denunciado confessou espontaneamente o feito criminoso, aduzindo que com o dinheiro que tinha em mãos iria “investir” em 40 gramas de cocaína e o restante em crack. Afirmou ainda que vendia cada pino de cocaína a R\$ 20,00 (vinte reais) e cada bucha de maconha a R\$ 5,00 (cinco reais), faturando cerca de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) por dia”. DA PRELIMINAR DE NULIDADE POR INVASÃO DE DOMICÍLIO Na hipótese, conforme descrito na denúncia, o que restou amplamente ratificado na instrução processual (Link de acesso externo – <https://midias.pje.jus.br/midias/web/site/login/?chave=bgYbSNbU763vxr7Wu4dZ>), as circunstâncias em que ocorreu a prisão em flagrante demonstram a justa causa para que os milicianos adentrassem na residência do Recorrente. Conforme bem pontuou o sentenciante, “em relação à falta de ordem judicial para a busca domiciliar, as circunstâncias de haver notícia anterior de tráfico de entorpecentes no local, o encontro do acusado com entorpecentes e dinheiro em via pública, assumidamente provenientes do tráfico de drogas, e a

concordância do acusado em colaborar com a polícia desde o início, conforme por ele dito desde a seara policial, ao revés de tornar indispensável a existência de ordem judicial para a medida, constituiu-se na fundada razão para a diligência, que ao final e ao cabo revelou-se lícita, diante dos policiais haverem se deparado com um crime de flagrante permanente". (Sem grifos no original). Quanto ao ponto, as testemunhas de acusação SB/PM MAQNOS SANTOS SILVA e SG/PM FHILLIPE RONCONI WAGMOCHER, em juízo, afirmaram que realizaram a prisão em flagrante do Apelante trazendo consigo, em via pública, "pinos" de cocaína e uma quantia em dinheiro (alta). Relataram que realizavam ronda no bairro Sapucaieira, em razão de denúncia anônima no sentido da existência de tráfico de drogas na localidade, sendo que o abordaram por considerá-lo em atitude suspeita. Noticiaram que o próprio Recorrente assumiu que a quantia em dinheiro seria entregue ao traficante ELIVAN PEREIRA SANTOS, de alcunha "COROA", oportunidade em que os levou à sua própria residência, local onde foi franqueada a entrada dos milicianos, tanto pelo custodiado quanto pelos próprios familiares que lá se encontravam. Nesse contexto, não pairam dúvidas da existência de justa causa para a atuação dos milicianos, considerando que o Apelante, abordado em via pública, foi surpreendido na posse de entorpecentes e da quantia de R\$ 2.158,00 (dois mil, cento e cinquenta e oito reais), tendo relatado seu envolvimento com o tráfico de drogas, sem se olvidar de que a entrada na residência foi autorizada não apenas por ele, mas também pelos moradores que se encontravam na casa no momento da diligência policial. Quando interrogado em Juízo, o Apelante, inicialmente confessou que o dinheiro apreendido consigo era para ser entregue ao "COROA", confessou a prática do tráfico, tendo iniciado a mercancia ilícita, no máximo, 03 (três) dias antes de sua prisão, a despeito de mudar a versão posteriormente. Afirmou que ao ser abordado e perguntado, colaborou com os policiais e os levou até sua casa, "fui lá no meu quarto, peguei a bolsa e entreguei para eles". Sobre a questão em debate, cumpre registrar que o STJ, quando do julgamento do HC 598.051/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 02/03/2021, firmou diretrizes acerca da validade de incursões policiais que impliquem violação de domicílio, propondo nova e criteriosa abordagem sobre o controle do alegado consentimento do morador para o ingresso em seu domicílio por agentes estatais. Na ocasião, a Turma decidiu, que "o ingresso regular em domicílio alheio, na linha de inúmeros precedentes dos Tribunais Superiores, 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, apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência – cuja urgência em sua cessação demande ação imediata – é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. (...) O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral (Tema 280), a tese de que: "A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori" (RE n. 603.616/R0, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). Em conclusão a seu voto, o relator salientou que a interpretação jurisprudencial sobre o tema precisa evoluir, de sorte a trazer mais segurança tanto para os indivíduos sujeitos a tal medida invasiva quanto para os policiais, que deixariam de assumir o risco de cometer crime de invasão de domicílio ou de abuso de autoridade, principalmente quando a diligência não tiver alcançado o resultado

esperado. 4. As 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" (STJ – HC 598.051/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 15/03/2021). (Grifos adicionados). No caso vertente, com efeito, pelo conjunto probatório, se infere que a entrada na residência do réu, além de autorizada, se deu por justa causa diante do relato deste e das circunstâncias da prisão em flagrante na posse de drogas e de considerável quantia em dinheiro, em via pública. Portanto, há elementos nos autos que permitam concluir que havia fundadas razões externalizada em atos concretos para justificar a entrada na residência. Rejeita-se, portanto, a preliminar. DA PRELIMINAR DE NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA ORALIDADE A defesa pretende seja declarada a nulidade dos depoimentos policiais prestados em juízo, sob argumento de que "antes das testemunhas de acusação prestarem seus depoimentos, as suas declarações extrajudiciais em sede de Inquérito Policial lhe foram lidas integralmente, de forma que, sob o crivo do contraditório, as testemunhas meramente ratificaram as informações trazidas por escrito, unilateralmente, pelo Estado-acusador", em "manifesto prejuízo à Defesa, pois retira a espontaneidade do depoimento oral e predispõe a testemunha a ratificar o seu próprio depoimento extrajudicial", bem como em afronta aos arts. 203 e art. 204, ambos do Código de Processo Penal. Entretanto, não há nulidade a ser declarada, visto que a leitura do depoimento prestado na delegacia não macula a prova testemunhal, quando assegurada a oportunidade de formular perguntas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como na hipótese em comento. Ademais, a alegação defensiva de que é a repetição do depoimento predispõe a testemunha a ratificar as suas anteriores declarações, por si só, não induz necessariamente que houve um induzimento das testemunhas, mas apenas uma lembrança dos fatos, como salientado pelo sentenciante. De fato, os depoimentos devem ser dotados de espontaneidade, observados os ditames do art. 204 do CPP sobre a oralidade, no entanto, consoante dispõe o referido dispositivo, "Não será vedada à testemunha, entretanto, breve consulta a apontamentos". Desse modo, a mera leitura de depoimentos prestados extrajudicialmente pela testemunha ou dos termos contidos em quaisquer das peças do inquérito policial não implica invalidade da prova testemunhal, quando garantido às partes o direito de formular perguntas, em observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, razão porque se infere a inexistência de nulidade. Nesse sentido, os seguintes precedentes: "PENAL. PROCESSUAL. FLAGRANTE PREPARADO. NÃO OCORRÊNCIA. OITIVA DA TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO. NULIDADE. LEITURA INTEGRAL PELO JUIZ DO DEPOIMENTO PRESTADO NA DELEGACIA. POSSIBILIDADE. 1. A simples situação de vigilância por policiais no local dos crimes, para verificar a veracidade das suspeitas sobre o acusado quanto à morte de diversos pacientes, não implica o reconhecimento do flagrante preparado. 2. O CPP, Art. 204, considera nulo apenas o depoimento prestado por testemunha, com consulta a escritos ou adendos, nada se referindo quanto à possibilidade de o Juiz ler integralmente o depoimento prestado pela mesma no inquérito, para depois indagá-la se confirma ou não. 3. "Habeas corpus" conhecido como substitutivo de Recurso

Ordinário; ordem indeferida". (STJ – HC n. 10.385/RJ, relator Ministro Edson Vidigal, Quinta Turma, julgado em 28/9/1999, DJ de 3/11/1999, p. 122.). "HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DECORRENTE DA LEITURA DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELAS TESTEMUNHAS NA FASE INQUISITORIAL, COM SUA RATIFICAÇÃO EM JUÍZO. NULIDADE INEXISTENTE. CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. SUPOSTO VÍCIO NÃO QUESTIONADO PELO CAUSÍDICO QUANDO DA REALIZAÇÃO DO ATO, TAMPOUCO ARGUIDA PELA DEFESA NOS ATOS PROCESSUAIS POSTERIORES. PRECLUSÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. ORDEM DE HABEAS CORPUS DENEGADA. 1. Não se vislumbra ofensa aos princípios da ampla defesa e do contraditório na ratificação judicial dos depoimentos testemunhais realizados na fase inquisitorial, possibilitando-se à defesa a realização de perguntas e reperguntas. Precedentes. 2. No processo penal, só se declara nulidade se houver efetivo prejuízo, no caso inexistente, conforme reza o art. 563 do Código de Processo Penal, que materializa a máxima francesa ne pas de nullité sans grief. 3. A suposta nulidade não foi questionada pela Defesa quando da realização do ato, ou, ainda, em alegações finais, restando a alegação fulminada pelo instituto da preclusão. 4. Ordem de habeas corpus denegada." (STJ – HC n. 242.021/ES, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 27/8/2013, DJe de 4/9/2013). Portanto, rejeita-se a preliminar. DA APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA – ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 O sentenciante entendeu pela não aplicação da benesse em questão sob argumento de que "o acusado embora seja primário, revelou em sede policial com seu advogado á época que já tinha comprado R\$1.200,00 (...) de cocaína e que pretendia comprar mais R\$2.158,00 (...) em entorpecentes, a indicar que já se dedicava, ainda que por pouco tempo, ao tráfico de entorpecentes", bem como o fato de que "também possuía balança de precisão e rádio comunicador, tal qual aqueles usados por "olheiros" de traficantes em zonas periféricas de todos país". Entretanto, da análise do acervo probatório, não é possível concluir pela existência de elementos concretos nos autos que denotam o seu envolvimento habitual em atividades criminosas. Isso porque se cuida de sentenciado primário e que não ostenta quaisquer outros registros criminais, além de os policiais responsáveis pela prisão em flagrante terem declarado em juízo que não tinham conhecimento anterior do seu envolvimento em práticas criminosas ou com o tráfico de drogas, demonstrando não ter havido investigação, monitoramento ou campana acerca das atividades e vida pregressa do réu. Ademais, a declaração prestada "em sede policial com seu advogado à época que já tinha comprado R\$ 1.200,00 (...) de cocaína e que pretendia comprar mais R\$ 2.158,00 (...) em entorpecentes", o que não restou ratificado em juízo sob o contraditório e ampla defesa, bem como não constitui fundamentação apta à conclusão de que se trata de indivíduo dedicado às atividades criminosas. Vale pontuar que tal afirmação versa sobre uma pretensão futura, não de uma constatação de fato concreto e anterior a este em apuração. De igual modo, o simples fato de que "possuía balança de precisão e rádio comunicador, tal qual aqueles usados por "olheiros "de traficantes em zonas periféricas de todos país", não induz necessariamente à conclusão de dedicação habitual a práticas criminosas, por ser tratar de petrechos característicos à mercancia de drogas, delito pelo qual restou condenado. No ponto, cumpre pontuar que, o STJ, conforme assentado no julgamento do REsp n. 1.977.027/PR, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022, resolvendo a "controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "É vedada a

utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06", o entendimento da Corte é de que "A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime", elementos de prova que não se fazem presentes no caso concreto. Desse modo, o Recorrente tem direito subjetivo ao benefício, visto que concomitantemente preenchidos os requisitos legais (STJ – AgRg no HC n. 752.884/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato – Desembargador Convocado do Tjdft, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 26/8/2022), pois primário, sem antecedentes criminais, bem como não consta nos autos elementos concretos de que se dedica a atividades criminosas ou de que seja integrante de organização criminosa. À nova dosimetria. Reiteradas a primeira e segunda fase pelos fundamentos constantes na sentença de piso, na terceira fase, considerando a presença da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, bem assim que a base foi arbitrada no patamar mínimo legal de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, "não havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, na ausência de prova em sentido contrário", em obediência ao princípio da proporcionalidade, bem como ausente recurso da acusação, cumpre proceder à redução da reprimenda na fração máxima de 2/3 (dois terços), restando a pena definitiva fixada em 01 ano e 08 meses de reclusão, e 167 dias-multa no valor unitário mínimo legal. Tendo em vista o montante de pena arbitrada nessa instância, a primariedade e o sopesamento favorável de todas as moduladoras do art. 59, do CP, a reprimenda deve ser cumprida no regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE Considerando a redução da pena nesta Corte de Justiça, bem como a fixação do regime aberto para o cumprimento da reprimenda, resta concedido o direito de apelar em liberdade. CONCLUSÃO Firme em tais considerações, conheço do recurso, REJEITO AS PRELIMINARES e, no MÉRITO, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao mesmo para APLICAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS NA FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS) E FIXAR A PENA DEFINITIVA DE 01 ANO E 08 MESES DE RECLUSÃO, E 167 DIAS-MULTA NO VALOR UNITÁRIO MÍNIMO LEGAL, REGIME ABERTO, mantida a sentença em seus demais termos. Expeça-se o competente Alvará de Soltura no BNMP. Oficie-se o Juízo da Vara de Execuções Penais de Eunápolis – Fechado e Semiaberto, autos da execução penal de nº 2000107-20.2021.8.05.0079, para dar imediato cumprimento ao presente julgado. Salvador/BA, 04 de outubro de 2022. Des. Luiz Fernando Lima – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator A10-AC