

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0301131-49.2015.8.05.0113 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: PAULO VIEIRA ROCHA DOS SANTOS e outros Advogado (s): ACORDÃO EMENTA APELAÇÃO CRIMINAL MINISTERIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA POR ENTENDER OCORRÊNCIA DE INVASÃO AO DOMICÍLIO. VALIDADE DAS PROVAS ADVINDAS DA ABORDAGEM POLICIAL. JUSTA CAUSA E MOTIVAÇÃO DEMONSTRADAS PELAS CIRCUNSTÂNCIAS. IDA A O IMÓVEL A FIM DE CUMPRIR MANDADO CONTRA TERCEIRO. TENTATIVA DE FUGA. APREENSÃO DE ARMA, DROGAS E MUNIÇÕES COM OS RÉUS. SERENDIPIDADE RECONHECIDA. ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DO ANIMUS ASSOCIATIVO. ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO CAPITULDO NO ART. 35 DA LEI Nº. 11.343/06. IN DUBIO PRO REO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DOS CRIMES DO ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06, E DO ART. 12, DA LEI Nº. 10.826/03, SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADAS A PARTIR DO CONJUNTO PROBATÓRIO. AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO. DEPOIMENTOS DOS POLICIAL VÁLIDOS COMO PROVA. CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A EMBASAR CONDENAÇÃO. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA PRESCRIÇÃO EM ABSTRATO DO DELITO CONSTANTE NO ART. 12 DA LEI DE ARMAS (ARTS. 109, IV, E 115, CP). DOSIMETRIA QUANTO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE DA MENORIDADE (ART. 65, I, CP). MANTIDA A PENA ANTERIOR, EM RESPEITO À SÚM. 231 DO STJ. AFASTADO O BENEFÍCIO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, EM VISTA DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME (VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS JUNTO A ARMA E MUNIÇÕES). CONCEDIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA PARA ABSOLVER OS RÉUS DA IMPUTAÇÃO QUANTO AO CRIME PREVISTO NO ART. 35 DA LEI Nº. 11.343/06, E CONDENÁ-LOS PELAS PRÁTICAS CAPITULADAS NO ART. 33, CAPUT, DA LEI DE DROGAS, E NO ART. 12 DA LEI Nº. 10.826/03, RECONHECENDO, DE OFÍCIO, A PRESCRIÇÃO PUNITIVA EM RELAÇÃO A ESTE ÚLTIMO DELITO. I – Trata-se de Apelo interposto pelo Ministério Público do Estado da Bahia contra sentença que absolveu os réus, nos termos do art. 386, II, do Código de Processo Penal. De acordo com a denúncia, os policiais, a partir de informações recebidas da CICOM, deslocaram-se ao endereço a fim de cumprir mandado contra o suposto chefe do tráfico da região. Ao chegarem ao local, perceberam a tentativa de fuga de um dos denunciados, adentrando ao imóvel e constatando a presença do outro indiciado, ambas pessoas diversas do indivíduo objeto do mandado. Realizada a busca no imóvel, lograram êxito em encontrar drogas (cocaína e maconha), arma (espingarda de fabricação artesanal) e munições (espoletas de metal, esferas de chumbo e pólvora). Laudos periciais com resultado positivo para maconha e cocaína, assim como para a aptidão de disparo da arma de fogo apreendida. II – Irresignado, o órgão ministerial requer a condenação dos réus nas penas dos arts. 33 e 35, ambos da Lei nº. 11.343/06, e art. 12, da Lei nº. 10.826/03. Para tanto, alega estarem preenchidos os requisitos citados no entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral – Tema nº. 280, pois “à medida em que um dos acusados tentou empreender fuga do imóvel, surgiu a fundada suspeita do cometimento de crime”, e, por consequência, a justa causa para a realização da busca e apreensão no local. III – Inicialmente faz-se necessário analisar a validade das provas colhidas durante a abordagem policial. Da leitura dos autos, verifica-se que, a partir de informações recebidas pelo Centro Integrado de Comunicações (CICOM), a guarnição policial deslocou-se ao endereço indicado a fim de cumprir mandado existente contra um indivíduo.

Todavia, depararam-se com outra pessoa, que, em atitude suspeita, tentou empreender em fuga, mas, ao visualizar os policiais cercando o imóvel, retornou para o seu interior. Diante disto, os agentes de segurança adentraram na residência, localizando os Apelados e, após a busca, as drogas, arma e munições referidas na peça vestibular acusatória. Nesse diapasão, embora a investigação estivesse direcionada a outra pessoa, a situação revelou a prática de delitos em flagrante, pois os objetos ilícitos foram descobertos e estavam localizados no interior da residência em que estavam presentes os réus no momento da abordagem policial. Diante desses fatos, iniciou-se uma averiguação própria e dissociada dos acontecimentos que ensejaram o deslocamento dos policiais àquela região. Logo, todas as evidências foram esquadrihadas de imediato, de sorte que o armamento, as drogas e as munições foram catalogados, apreendidos e foram colhidos os depoimentos em sede de inquérito. Assim, restam preenchidos os requisitos delineados pelo Supremo Tribunal Federal para considerar-se legal a entrada dos agentes de segurança pública em domicílio quando desprovidos de mandado para tanto. A justa causa e a motivação surgiram quando receberam a informação da CICOM de que o suposto chefe do tráfico da região estaria homiziado no imóvel, assim como ao perceberem um dos réus na tentativa de fuga. Ademais, nota-se que, diante da constatação de flagrante delito, como no caso em análise, o texto constitucional flexibiliza o direito fundamental à privacidade, o que dispensaria eventual necessidade de autorização do réu para que os milicianos adentrassem em sua habitação, ex vi do disposto no art. 5º, XI da CF/88. Cumpre salientar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de afastar a nulidade arguida quando verificada a serendipidade (AgRg no AREsp n. 2.037.992/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 13/9/2022). Portanto, afastam-se as teses de nulidade, considerando-se válidas as provas obtidas durante a abordagem policial. IV – Da análise do conjunto probatório, depreende-se estar a materialidade sobejamente demonstrada a partir do Auto de Exibição e Apreensão, no qual constam delineados a arma, as drogas e as munições apreendidas em poder dos denunciados. Quanto à autoria, contudo, cumpre observar que, do exame dos depoimentos colhidos em ambas as oportunidades (extra e judicial), apesar da harmonia e convergência percebida entre os relatos ofertados pelos policiais participantes do flagrante, inclusive sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, têm-se convicção para condenar os Apelados apenas quanto aos delitos previstos no art. 12 da Lei nº. 10.826/03 e no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/06. Isto porque, conforme entendimento jurisprudencial do Tribunal da Cidadania, para configurar-se a associação para o tráfico, faz-se necessário restar evidente o animus associativo, caracterizado pela estabilidade e permanência entre os indivíduos, o que não está suficientemente demonstrado no presente caso. Assim, julga-se pela absolvição dos Recorridos quanto à imputação da prática delitiva prevista no art. 35 da Lei nº. 11.343/06, por aplicação do princípio in dubio pro reo (art. 386, VII, do Código de Processo Penal). V – Antes da realização da dosimetria, é primordial a análise acerca da pretensão punitiva estatal no que se refere ao delito de posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Considerando que a pena máxima prevista para o referido crime é de 3 anos de detenção (art. 12 da Lei nº. 10.826/03), e que os autores eram menores de 21 anos na data do fato (06/02/2015), tem-se que a prescrição em abstrato para essa situação é de 4 anos (arts. 109, IV, e 115, do Código Penal), tempo já decorrido desde a data da consumação do

crime até os dias atuais. Nesse diapasão, com fulcro nos dispositivos citados, observa-se que o crime previsto no art. 12 da Lei nº. 10.826/03 está prescrito, pois não se verificam, ao longo daquele período, causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional, fazendo-se necessário reconhecer, de ofício, a extinção da punibilidade dos Apelados quanto ao referido delito. VI – Na dosimetria do crime de tráfico de drogas, deixa-se de valorar negativamente as circunstâncias constantes no art. 42 da Lei nº. 11.343/06, sob pena de bis in idem (Tema 712 do Supremo Tribunal Federal), e, inexistindo motivação para desmerecer as demais, fixa-se a pena-base, para cada um dos réus, no mínimo legal. Na segunda etapa dos cálculos, apesar de verificar-se a incidência da atenuante da menoridade (art. 65, I, Código Penal), deixa-se de reduzir a pena em razão do comando previsto na Súmula nº. 231 do Superior Tribunal de Justiça. Por fim, na terceira fase, não se concede o benefício do tráfico privilegiado aos réus (art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06), tendo em vista as circunstâncias do crime, quais sejam a apreensão de drogas variadas (maconha e cocaína), uma delas com elevada nocividade (cocaína), além de terem sido apreendidas na mesma oportunidade arma e munições, fatores que justificam o afastamento do privilégio legal (AgRg no HC n. 770.245/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022). Torna-se definitiva, portanto, a pena anteriormente estabelecida para cada um dos denunciados. VII – Por todo o exposto, julga-se pelo conhecimento e parcial provimento ao apelo, para reformar a sentença vergastada, a fim de: a) absolver os réus da imputação acerca do delito previsto no art. 35, da Lei nº. 11.343/06, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal); b) condenar os Apelados pelas práticas delitivas descritas no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/06, e no art. 12, da Lei nº. 10.826/03; c) reconhecer, de ofício, a extinção da punibilidade dos Recorridos quanto ao delito previsto no art. 12 da Lei nº. 10.826/03, por força dos arts. 107, IV, 109, IV, 114, II e 115, todos do Código Penal; d) fixar a pena, para cada um dos Apelados, de 5 (cinco) anos de reclusão, inicialmente em regime semiaberto (art. 33, § 2º, b, do Código Penal), e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo unitário, com fulcro no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/06, concedendo-lhes o direito de recorrer em liberdade. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA, RECONHECENDO DE OFÍCIO PRESCRIÇÃO PUNITIVA ESTATAL. APELAÇÃO Nº. 0301131-49.2015.8.05.0113 – ITABUNA/BA RELATOR: DESEMBARGADOR ESERVAL ROCHA ACÓRDÃO Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0301131-49.2015.8.05.0113 da Comarca de Itabuna/BA, sendo Apelante o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e apelados PAULO VIEIRA ROCHA DOS SANTOS e ISMAEL SOUSA DA SILVA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em conhecer e julgar pelo parcial provimento do recurso, reconhecendo, de ofício, a prescrição punitiva estatal de um dos delitos, na forma do relatório e do voto constantes dos autos, que integram o presente julgado. Sala das Sessões, data constante da certidão de julgamento eletrônica. Presidente Desembargador Eserval Rocha Relator Procurador (a) PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 16 de Maio de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0301131-49.2015.8.05.0113 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: PAULO VIEIRA ROCHA DOS SANTOS e outros

Advogado (s): RELATÓRIO I – O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA denunciou PAULO VIEIRA ROCHA DOS SANTOS e ISMAEL SOUSA DA SILVA pela prática dos delitos descritos nos arts. 33 e 35, ambos da Lei nº. 11.343/06, c/c art. 12, da Lei nº. 10.826/03, na forma dos arts. 29 e 69, ambos do Código Penal, narrando os seguintes fatos (IDs nºs. 40153932/40154120): (...) Consta do incluso Inquérito Policial que no dia 06 de fevereiro de 2015, os denunciados foram presos em flagrante por estarem na posse irregular de arma de fogo, de uso permitido, em desacordo com determinação legal, bem como por terem em depósito substâncias (drogas) de uso proscrito no Brasil, quais sejam, drogas ilícitas, em associação para o tráfico. Narram os autos que os policiais se deslocaram para a Rua 21 de abril, nº. 158, bairro Nova Ferradas, nesta cidade, pois segundo informações da CICOM, naquele local estaria um indivíduo procurado pela polícia, conhecido como “Tiquinho”. Entretanto, ao chegarem no local, encontraram os indivíduos, ora denunciados, na referida residência. Ato contínuo, a guarnição revistou o local e foram encontrados os seguintes objetos mantidos sob a guarda dos denunciados: uma arma de fogo, tipo espingarda de fabricação artesanal, sem marca, calibre ou numeração aparente; 39 espoletas de metal; um cilindro contendo 3,36g (três gramas e trinta e seis centigramas) de pólvora; 68g (sessenta e oito) gramas de esferas de chumbo, material típico para recarga de armas de fogo de fabricação artesanal; 22,46g (vinte e dois gramas e quarenta e seis centigramas) distribuídos em 17 (dezesete) porções de alcalóide; um tablete de 11,23g (onze gramas e vinte e três centigramas) de cannabis sativa, tudo conforme auto de exibição e apreensão e laudo de exame pericial. Neste cenário, desenha-se nítidos contornos a flagrante presença do animus associativo entre os denunciados, restando clara a situação de narcotráfico. Ademais, a quantidade das drogas, a sua diversidade e as circunstâncias em que foi praticado o crime, autorizam a concluir que as mesmas se destinavam ao comércio de drogas, tendente a auferir lucro com tal atividade ilícita. Em sede de interrogatório policial, os denunciados negam a prática delituosa. Laudos periciais com resultado positivo para maconha e cocaína, assim como para a aptidão de disparo da arma de fogo apreendida acostados aos autos (IDs nºs. 40153963, 40153964, 40154122/40152124, 40154575/40154576). Em Juízo, os recorrentes reiteraram a negativa da prática dos delitos a eles imputados, afirmando não terem ciência acerca da origem do material apreendido (IDs nºs. 40154266 e 40154326). Os policiais participantes do flagrante também compareceram na assentada corroborando a versão apresentada na delegacia (IDs nºs. 40154319/40154320, 40154562 e PJE Mídias). Na sentença (ID nº. 40154602), a ação foi julgada improcedente, absolvendo-se integralmente os réus, nos termos do art. 386, II, do Código de Processo Penal, concluindo pela ilicitude da diligência policial que resultou na apreensão do material periciado, comprometendo a demonstração da materialidade e da autoria delitivas. Irresignado, o Ministério Público do Estado da Bahia interpôs Apelação (ID nº. 40154607), pugnano pela condenação dos réus nas penas dos arts. 33 e 35, da Lei nº. 11.343/06, e art. 12, da Lei nº. 10.826/03. Para tanto, alega estarem preenchidos os requisitos citados no entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral – Tema nº. 280, pois “à medida em que um dos acusados tentou empreender fuga do imóvel, surgiu a fundada suspeita do cometimento de crime” (fl. 6), e, por consequência, a justa causa para a realização da busca e apreensão no local. Em sede de contrarrazões (IDs nºs. 40154617 e 42133838), os recorridos manifestaram-se pelo conhecimento e não

provimento do apelo. A douta Procuradoria de Justiça exarou parecer no mesmo sentido da defesa, opinando pela manutenção integral da sentença vergastada (ID nº. 42438864). Examinados, lancei este relatório e o submeti ao Exmo. Desembargador Revisor. É o relatório. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0301131-49.2015.8.05.0113 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: PAULO VIEIRA ROCHA DOS SANTOS e outros Advogado (s): VOTO PRELIMINARES II – Preenchidos os requisitos de admissibilidade do Apelo, conhece o presente recurso. MÉRITO III – 0 Apelante alega inexistir razão para o reconhecimento de nulidade na diligência policial que resultou na invalidade das provas colhidas e na consequente insuficiência probatória para evidenciar a autoria e materialidade delitivas, motivando a sentença absolutória recorrida. A fim de demonstrar suas alegações, o órgão acusatório analisou as especificidades do caso concreto à luz da decisão paradigma proferida pelo Supremo Tribunal Federal em sede de Repercussão Geral (Tema nº. 228), afirmando estarem presentes a fundada suspeita e a justa causa requeridas para vestir de licitude a busca realizada no imóvel, a partir da qual logrou-se êxito em encontrar as drogas, a arma e a munição apreendidas. Em verdade, da análise dos fólios, nota-se que guarnições policiais estavam em operação a fim de capturar indivíduo conhecido como “Tiquinho”, suposto líder do tráfico da região, quando foram informados pelo Centro Integrado de Comunicações (CICOM) acerca do lugar onde aquele estaria homiziado. Dirigindo-se à casa indicada, depararam-se com os réus no interior do imóvel, pessoas diversas da procurada. Contudo, constatada a tentativa de fuga de um deles, passaram a realizar a busca na residência, encontrando uma arma de fogo, além de munições e drogas, o que motivou a prisão em flagrante e a denúncia contra eles ofertada. Sendo assim, o caso em testilha reflete o que se conhece em doutrina por fenômeno da serendipidade, que consiste na descoberta fortuita de delitos que não são objeto da investigação. Nesse diapasão, embora a investigação estivesse direcionada a outra pessoa, a situação revelou a prática de delitos em flagrante, pois a arma (espingarda de fabricação artesanal), assim como as munições (espoletas de metal, pólvora e esferas de chumbo) e as drogas (cocaína e maconha), foram descobertas e estavam localizadas no interior da residência em que os réus se encontravam no momento da abordagem policial. Diante desses fatos, iniciou-se uma averiguação própria e dissociada dos fatos que ensejaram o deslocamento dos policiais àquela região. Logo, todas as evidências foram esquadrinhadas de imediato, de sorte que os objetos ilícitos foram catalogados e apreendidos, procedendo-se, ainda, com colheita dos depoimentos em sede de inquérito. No tocante à alegação de violação de domicílio, verifica-se, ainda, preenchidos os requisitos delineados pelo Supremo Tribunal Federal para considerar-se legal a entrada dos agentes de segurança pública em domicílio quando desprovidos de mandado para tanto. A justa causa surgiu quando receberam a informação da CICOM de que o suposto chefe do tráfico da região estaria homiziado no imóvel, assim como a motivação se perfez ao perceberem um dos réus na tentativa de fuga. Ressalta-se, também, que a descoberta acidental das drogas, da arma e das munições, mantidas na residência na qual foram encontrados os réus, deu-se tão somente em razão da informação repassada por setor da própria segurança pública (CICOM) no intuito de resultar positiva a operação policial em andamento. Ademais, nota-se que, diante da constatação de flagrante delito, como no caso em análise, o texto

constitucional flexibiliza o direito fundamental à privacidade, o que dispensaria eventual necessidade de autorização do réu para que os milicianos adentrassem em sua habitação, ex vi do disposto no art. 5º, XI da CF/88. Cumpre salientar que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de afastar a nulidade arguida quando verificada a serendipidade, conforme julgados do referido Tribunal Superior acerca de situações semelhantes à presente: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INGRESSO POLICIAL. ALEGAÇÃO DE OCORRÊNCIA DE ROUBO. ENCONTRO FORTUITO. SERENDIPIDADE. NÃO APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO NO HC N. 598.051/SP. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. ADEQUAÇÃO. MINORANTE. APLICAÇÃO DEVIDA. NE BIS IN IDEM. READEQUAÇÃO DA PENA DEFINITIVA. REGIME MENOS GRAVOSO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. 1. Tendo como referência o recente entendimento firmado por esta Corte, nos autos do HC n. 598.051/SP, o ingresso policial forçado em domicílio, resultando na apreensão de material apto a configurar o crime de tráfico de drogas, deve apresentar justificativa circunstanciada em elementos prévios que indiquem efetivo estado de flagrância de delitos graves, além de estar configurada situação que demonstre não ser possível mitigação da atuação policial por tempo suficiente para se realizar o trâmite de expedição de mandado judicial idôneo ou a prática de outras diligências. 2. No caso em tela, os "policiais militares receberam informações dando conta de um possível roubo em andamento e compareceram ao local indicado, quando então visualizaram três veículos na garagem da casa. Ante a suspeita levantada, entraram na residência e surpreenderam os denunciados embalando drogas". 3. Logo, a investigação acerca de denúncia de roubo de veículos levou, fortuitamente, ao encontro de verdadeiro laboratório de drogas em que foram apreendidos no local 12kg (doze quilogramas) de cocaína, 1kg (um quilograma) de crack, e 1,700kg (um quilograma e setecentos gramas) de maconha, tudo isso sendo manipulado por 6 agentes. 4. Consoante dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente". 5. Há justificativa idônea para a exasperação em 100% da pena-base, porquanto o paciente foi flagrado em comparsaria com outros 5 agentes manipulando e mantendo em depósito 12kg (doze quilogramas) de cocaína, 1kg (um quilograma) de crack, e 1,700kg (um quilograma e setecentos gramas) de maconha. 6. Entretanto, valorada a quantidade e variedade de drogas na primeira fase da dosimetria, não se pode valer o magistrado da mesma circunstância para afastar a aplicação da minorante do tráfico dito privilegiado, sob pena de indevido bis in idem. 7. Fixada a pena definitiva em 2 anos, 9 meses e 10 dias, com aumento da pena-base, e tecnicamente primário o paciente, fixa-se o regime inicial semiaberto e substitui-se a pena corporal por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo da execução. 8. Ordem parcialmente concedida. (HC n. 642.482/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 18/5/2022.) AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AVENTADA NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. INOCORRÊNCIA. APTIDÃO DA INICIAL ACUSATÓRIA. AGRAVANTE GENÉRICA PREVISTA NO ART. 70, II, I, DO CÓDIGO PENAL MILITAR. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que "é ônus da defesa, quando alega violação ao disposto no artigo 2º, inciso II, da Lei 9.296/1996, demonstrar que existiam, de fato, meios investigativos

alternativos às autoridades para a elucidação dos fatos à época na qual a medida invasiva foi requerida, sob pena de a utilização da interceptação telefônica se tornar absolutamente inviável" (AgRg no HC 533.348/CE, Rel. Ministro JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 1º/10/2019, DJe 10/10/2019). 2. As instâncias ordinárias destacaram que as investigações foram deflagradas para apurar delito imputado a outra pessoa, sendo que, no seu curso, sobreveio o encontro inesperado de provas acerca da ocorrência do crime objeto da presente ação penal. No contexto, depreende-se dos fundamentos adotados pelo Tribunal estadual que não há se falar em fishing expedition, pois, no caso dos autos, as provas foram descobertas de maneira fortuita, a partir de prévia investigação regularmente instaurada, cujos atos invasivos foram realizados e autorizados nos termos da legislação pertinente. 3. Segundo a Teoria do Encontro Fortuito de Provas (princípio da serendipidade), admitida pela jurisprudência desta Corte, independentemente da ocorrência da identidade de investigados ou réus, consideram-se válidas as provas encontradas casualmente pelos agentes da persecução penal, relativas à infração penal até então desconhecida, por ocasião do cumprimento de medidas de investigação de outro delito regularmente autorizadas, ainda que inexista conexão ou continência com o crime supervenientemente encontrado, desde que não haja desvio de finalidade na execução das diligências das quais se originaram os elementos probatórios. 4. Revisar o entendimento firmado nas instâncias ordinárias, para se concluir pela existência de outros meios para o esclarecimento dos fatos, bem como de que a descoberta de crimes diversos, no curso da investigação, não ocorreu de forma fortuita, como requer a parte recorrente, demandaria, necessariamente, o reexame de matéria fático-probatória, o que, em sede de recurso especial, constitui medida vedada pelo óbice da Súmula 7/STJ. 5. A inicial acusatória apresentada é suficientemente clara e concatenada, encontram-se descritos os fatos criminosos, com todas as circunstâncias necessárias a delimitar a imputação, sendo devidamente assegurado o exercício da ampla defesa, não revelando vícios formais. Além disso, é cediço que as alegações de inépcia da denúncia perderam força argumentativa diante da superveniência da sentença que acolheu a pretensão acusatória, proferida após análise do conjunto probatório mediante o exercício pleno da ampla defesa e do contraditório durante a instrução processual. 6. Consoante entendimento assente no Superior Tribunal de Justiça, não é predeterminante o fato de o militar estar em serviço com a ideia de exigir vantagem indevida em razão da função, não havendo se falar, portanto, em indevido bis in idem. 7. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp n. 2.037.992/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 13/9/2022.) (grifos nossos). Portanto, a apuração procedida na fase extrajudicial está respaldada em elementos consistentes e fora devidamente submetida ao contraditório e à ampla defesa, inexistindo ilegalidade a ser reconhecida no presente caso, fazendo-se necessário o provimento do apelo para declarar a validade das provas colhidas, passando ao exame destas. A materialidade encontra-se sobejamente demonstrada através do Auto de Exibição e Apreensão, no qual constam terem sido encontrados no imóvel em que os réus estavam "uma espingarda de fabricação artesanal, sem marca ou numeração aparentes, com alça de cromo, além de 39 (trinta e nove) espoletas; um cilindro contendo pólvora; um saco plástico com cerca de 50 gramas de esferas pequenas de chumbo e um pedaço de barbante parcialmente desfiado", além de "um coldre de revólver, 17 (dezessete) pinos de pó branco, semelhante a cocaína, um

tablete de substância semelhante a maconha" (IDs nºs. 40153956 e 40153958). Laudos periciais com resultado positivo para maconha e cocaína, assim como para a aptidão de disparo da arma de fogo apreendida acostados aos autos (IDs nºs. 40153963, 40153964, 40154122/40152124, 40154575/40154576). Quanto à autoria, faz-se necessário, inicialmente, analisar os testemunhos apresentados pelos policiais participantes do flagrante em ambas as oportunidades. O Policial Antônio Isaac Fernandes, que atuou como condutor no flagrante, quando na delegacia, afirmou (IDs nºs. 40153938/40153939): Que hoje durante a operação Celsius chegou a informação via Cicon, que o indivíduo conhecido pelo vulgo "Tiquinho" que estava sendo procurado nesta operação, estaria em uma casa na Rua 21 de Abril, nº. 158, bairro Nova Ferradas; que, por determinação do Coordenador da Operação, o DPC Evy Paternostro, a sua equipe deslocou para o local mencionado e a casa foi cercada por integrantes da Polícia Militar Rondesp, os quais fizeram a contenção e sua equipe adentrou a casa a fim de capturar indivíduos que tinham mandados de prisão a cumprir nesta operação; que com a chegada da polícia, um dos indivíduos sendo este de nome Ismael tentou evadir pelo telhado e este ao perceber que a casa estava cercada retornou para dentro do imóvel; que dentro do imóvel primeiramente foi localizado os indivíduos Ismael e Paulo e além deles, em um quarto, havia uma bolsa preta pertencente à Ismael onde no seu interior foi encontrado 17 (dezessete) pinos transparentes com um pó branco no interior, aparentando ser cocaína, um tablete mediano de substância semelhante a maconha; que ao abordar o segundo indivíduo, Paulo Vieira Rocha dos Santos, este estava próximo a uma geladeira onde atrás estava caída uma espingarda de fabricação caseira e sem numeração e municiada; que atrás da geladeira também estava uma bolsinha contendo uma boa quantidade de espoletas, esferas de chumbo e pólvora; que ainda em revista da casa foi encontrado debaixo do colchão um coldre de revólver; que segundo informações colhidas no local o indivíduo Paulo Vieira Rocha dos Santos, conhecido por "Paulinho", faz parte da facção criminosa Raio A e tem como função guardar as armas de fogo do indivíduo conhecido por "Tiquinho"; que diante do estado de flagrância ambos os indivíduos e material ilegal apreendido foram encaminhados a esta Central de Flagrantes para a lavratura do procedimento criminal cabível (...) (grifos nossos). O Investigador de Polícia Civil Roberto Antônio de Jesus, na mesma oportunidade, declarou (IDs nºs. 40153940/40153941): (...) através de uma denúncia do CICOM, foi informado de que "Tiquinho" estaria homiziado numa residência, localizada a Rua 21 de abril, nº. 158, Bairro Nova Ferradas, neste cidade e diante das informações supracitadas, por volta das 13:50h, se deslocaram ao endereço acima descrito; que ao chegar ao referido endereço, a polícia militar se dirigiu aos fundos do imóvel, enquanto o depoente bateu na porta da frente da casa, juntamente com demais policiais, os quais e identificaram como policiais civis, e foi solicitado que abrissem a porta, todavia não foram atendidos, momento em que um indivíduo que estava no interior do imóvel tentou fugir pelos fundos e ao avistar os policiais militares retornou, adentrando a residência; que em ato contínuo, o depoente e demais policiais adentraram a casa pela porta da frente, a qual estava encostada, momento em que avistou o indivíduo, posteriormente identificado por PAULO VIEIRA ROCHA DOS SANTOS, vulgo "Paulinho", no interior da casa tentando dispensar algo na cozinha, próximo a geladeira; que passou a revistar o imóvel, encontrando, inicialmente, na cozinha, atrás da geladeira, uma espingarda de fabricação artesanal, a qual estava caída ao chão; que dando continuidade às buscas,



no interior da casa, foi encontrada uma bolsa de cor branca, contendo espoleta, chumbo, pólvora e bucha, munição para a referida espingarda e uma mochila de cor preta, contendo (17) pinos de uma substância com aparência de cocaína e uma certa quantidade de substância com aparência de maconha, sendo que no interior da referida mochila continha os pertences (roupas) de ISMAEL SOUSA DA SILVA; (...) (grifos nossos). Em Juízo, os referidos agentes de segurança pública prestaram as seguintes informações (PJE Mídias e IDs nºs. 40154319/40154320): (...) havia investigações em curso pelo SI da COORPIN com vistas ao desmantelamento de um "grupo organizado" liderado por "Tiquinho", o qual seria líder do tráfico na região de Nova Ferradas. Fui convocado para participar da operação que veio culminar com a prisão dos réus. Não participei das investigações preliminares, nada podendo afirmar a esse respeito. Vários policiais participaram da operação, inclusive militares e federais rodoviários. Que eu me recorde, o policial Antônio Isac participou de uma busca na residência de um dos réus, não sabendo eu informar a qual deles pertencia. (...) Isac encontrou certa quantidade de droga; Não me lembro a quantidade, nem a espécie, nem o acondicionamento do entorpecente apreendido. Acho que foi cocaína, mas não tenho certeza, pois eu não estava no momento em que a droga foi encontrada. Os dois réus se encontravam no local no momento das buscas. Também foi encontrado um coldre de um revólver de calibre 38 e uma espingarda de socar na mesma residência. Ambos os ora réus foram conduzidos à DEPOL. (...) "Tiquinho" era o alvo especial da operação. O imóvel em que os ora réus encontrados não pertencia a "Tiquinho". Houve o cerco a uma região daquela localidade. Um dado momento um dos policiais avistou um dos réus (não sabendo qual deles) tentando evadir da residência em tela pelo quintal, razão pela qual ela foi invadida. Não sei informar se havia outros moradores ou ocupantes no referido imóvel. (...) Sei informar apenas que a droga foi encontrada num quarto, não sabendo de quem, o coldre num outro dormitório, e a espingarda atrás de uma geladeira. Eu estava na casa no momento da apreensão da droga, mas esta fora realizada por Isac. Ele foi quem me disse havê-la encontrado no quarto. Quanto a espingarda, eu a encontrei atrás da geladeira. (...) Foi encontrada certa quantidade de pólvora e chumbo (...) (IPC Robertp Antônio de Jesus – IDs nºs. 40154319 e 40154320) – grifos nossos). (...) Foi uma operação que houve no Bairro de Nova Ferradas em Itabuna, em cumprimento de Busca e Apreensão e Mandado de Prisão contra alguns elementos ligado ao tráfico em Itabuna, e eu fiz parte de uma das equipes que estava lá cumprindo esses mandados. Em um determinado momento a gente estava concentrado lá em uma das praças do Bairro e chegou uma informação via rádio, CICOM, de que o indivíduo que a gente estava procurando, conhecido por "Tiquinho" estava em uma casa situada no bairro, e aí a gente se deslocou até esse local, havia policiais militares lá fazendo a contenção, e eu e mais alguns colegas da polícia civil de Itabuna e adentramos o imóvel onde tinha dois indivíduos dentro, um deles tentou evadir subindo ao telhado, mas foi contido por policiais que estavam fazendo a guarda, e ao conter os dois elementos, em um quarto, na entrada da casa, eu encontrei em uma sacola alguns pinos de uma substância aparentando ser cocaína, um tablete de maconha, não me recordo a quantidade, e a bolsa pertencia a um desses elementos, não me recordo qual dos dois. O outro elemento, o que estava tentando evadir, (...) ele estava próximo à geladeira, e atrás da geladeira eu encontrei uma espingarda. Não sei se estava de posse dele ou se ele jogou, o fato é que a espingarda estava caída atrás da geladeira, aí eu fiz essa apreensão

junto com outro colega em Itabuna. (...) Ele [Tiquinho] era o líder do tráfico lá na localidade, Bairro Nova Ferradas, e um dos elementos, (...) era o responsável por guardar os armamentos (...). Eu achei um coldre, não sei se de revólver ou de pistola, essa espingarda, a quantidade aparentando ser cocaína e a quantidade da erva aparentando ser maconha. (IPC ANTÔNIO ISAAC FERNANDES NUNES – PJE mídias – grifos nossos). Os denunciados, por sua vez, apesar de negarem a autoria dos delitos a ele imputados em todas as oportunidades, apresentaram versões distintas na delegacia e em Juízo (IDs nºs. 40153942/40153950, 40154266 e 40154326). Em um momento relataram ter um deles ido até a parte do quintal da casa e de lá visto os policiais, retornando para o interior do imóvel, no outro, já negam a ocorrência deste fato. Na unidade policial não citam a existência de terceiros na casa, na assentada, já declaram a presença de outros indivíduos, supostos proprietários do imóvel no momento da abordagem. Nota-se que os depoimentos dos policiais ouvidos em Juízo são coerentes e harmônicos entre si, convergindo quanto à motivação da ida até a residência, assim como a abordagem ter-se realizado a partir da constatação da tentativa de fuga de um dos réus, logrando êxito em encontrar arma de fogo, munições e drogas no interior da residência. Ressalte-se os relatos de que as drogas teriam sido localizadas em uma mochila junto a roupas pertencentes a Ismael, enquanto um dos policiais teria visualizado Paulo dispensar algo, e, ao proceder a busca, encontrou a espingarda e munições atrás da geladeira, próximo ao citado réu. Valendo destacar, ainda, que a narrativa apresentada pelos agentes em audiência é compatível com as versões delineadas na fase de investigação. Nessa perspectiva, sobre a validade dos depoimentos dos policiais, o Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento pacificado no sentido de que: "são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. (AgRg no Ag 1336609/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 14/08/2013)." (AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.970.832/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 4/4/2022.). Ademais, como se sabe, o delito de tráfico de entorpecentes é de ação múltipla, bastando para a sua caracterização que a conduta do agente seja subsumida em um dos verbos descritos no art. 33 da Lei 11.343/06. Não se exige, portanto, a venda de entorpecentes a terceiro para que ocorra a consumação do delito. Ainda que não flagrada a comercialização das aludidas substâncias, traduzida nas condutas de "vender" ou "expor à venda", nenhuma dúvida resta de que Valdete trazia consigo a droga, ação típica descrita no referido dispositivo legal. Assim, percebe-se estar suficientemente demonstrada a prática dos delitos de tráfico de drogas e da posse ilegal de arma de fogo de uso permitido, a partir da apreensão da arma de fogo, das munições e das drogas, assim como dos relatos colhidos tanto na fase extra, quanto na judicial, sob o crivo da ampla defesa e do contraditório. No entanto, cumpre observar que, acerca da imputação do cometimento do delito previsto no art. 35 da Lei nº. 11.343/06, da análise do conjunto probatório não se infere certeza da autoria e prática delitiva por parte dos réus. Percebe-se inexistir qualquer evidência sobre a associação entre os recorridos com a finalidade de traficar drogas. O que está claro é uma única ocorrência na qual houve a apreensão de drogas, arma e munições em posse dos Apelados. Não se está aqui afirmando que os depoimentos prestados pelos indiciados se encontram em perfeita harmonia, porém o ônus da prova não cabe a eles, mas sim à acusação, e a simples

dúvida acerca da autoria já não permite a condenação, pois trata-se da liberdade de um indivíduo, um dos direitos mais caros à humanidade. Saliente-se que o entendimento dos Tribunais Superiores é no sentido de haver a necessidade da comprovação da estabilidade e da permanência na associação dos indivíduos com o intuito de praticar o delito para se configurar o crime previsto no art. 35, da Lei nº. 11.343/06, senão, vejamos: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. CRIME DO ART. 35 DA LEI DE DROGAS. NECESSIDADE DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. PRECEDENTES. ABSOLVIÇÃO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REQUISITOS PREENCHIDOS. AGRADO MINISTERIAL DESPROVIDO. 1. Sem a demonstração concreta do ânimo do Acusado de associar-se de forma estável e permanente com outros Agentes, mostra-se indevida a condenação pelo delito tipificado no art. 35 da Lei n. 11.343/2006 com fundamento no fato de o Acusado ter sido preso em flagrante, por posse de arma de fogo municada, em localidade dominada por facção criminosa. 2. Considerando os fatos narrados e os precedentes desta Corte Superior sobre a matéria, tem-se que a Jurisdição ordinária deixou de descrever não apenas o concurso necessário de agentes, mas também fatos que demonstrassem o dolo e a existência objetiva de vínculo estável (sólido) e permanente (duradouro) entre o Agravado e outros indivíduos, notadamente porque foi preso em flagrante, denunciado e condenado sozinho. 3. Concluir que a Jurisdição ordinária não se valeu do melhor direito para condenar o Agravado não implica reavaliar fatos e provas, mas apenas reconhecer que, no caso, não estão descritos os elementos do tipo do art. 35 da Lei de Drogas. 4. Considerando a absolvição pelo crime previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, o Paciente faz jus à incidência do redutor previsto no § 4.º do art. 33 da mesma lei, notadamente por ser primário e portador de bons antecedentes, como reconhecido pelas instâncias ordinárias, e porque não foram apresentados outros fundamentos para o afastamento da referida causa de diminuição. 5. Em que pese a manutenção da pena-base no patamar mínimo, a quantidade e a natureza da droga apreendida não justificam qualquer modulação da minorante, pois não extrapolam aquelas circunstâncias comuns ao delito de tráfico. Desse modo, o redutor deve incidir no grau máximo, pois não foram indicadas outras circunstâncias aptas a justificar a fixação de outra fração. 6. Agrado regimental desprovido. (AgRg no HC n. 731.019/RJ, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 23/3/2023, DJe de 30/3/2023.) (grifos acrescidos) No processo criminal as provas devem ser robustas e baseadas em dados concretos de tal forma a identificarem tanto a autoria quanto a materialidade a fim de que se possa concluir com convicção estar correta a condenação. O caso sob análise, no entanto, demonstra fragilidade no arcabouço probatório, suscitando dúvida acerca da autoria do delito, justificando a aplicação do princípio in dubio pro reo e, portanto, a absolvição dos Apelados quanto ao crime de associação para o tráfico (art. 386, VII, do Código de Processo Penal). Por outro lado, como anteriormente dito, não há razão para questionar a suficiência do conjunto probatório a ensejar a condenação quanto aos delitos previstos no art. 33, da Lei nº. 11.343/06, e no art. 12, da Lei nº. 10.826/03, posto estarem devidamente demonstradas a autoria e materialidade delitivas. Isso posto, passa-se à análise da mensuração das penas. Inicialmente, cumpre observar ser de 3 (três) anos a pena máxima prevista para o delito de posse irregular de arma de fogo de uso permitido. Conforme disposto no art. 109, IV, do Código Penal, a prescrição da pretensão punitiva estatal, neste caso, ocorre em 8 (oito) anos. Registre-se que a data de nascimento de Ismael

Sousa da Silva é 24/02/1995 (ID nº. 40153945) e a de Paulo Vieira Rocha dos Santos é 17/09/1996 (ID nº. 40153950). Considerando que o fato sob análise ocorreu em 06/02/2015, verifica-se que ambos eram menores de 21 (vinte e um) anos de idade, reduzindo pela metade o prazo prescricional (art. 115 do Código Penal), quatro anos, portanto. Assim, é forçoso reconhecer que a pretensão punitiva estatal restou fulminada em decorrência da prescrição da pena em abstrato em 06/02/2019. Isso porque, desde a data da consumação do crime (06/02/2015) e a atualidade, passaram-se mais de 4 (quatro) anos. Nesse diapasão, com fulcro nos dispositivos citados, todos do Código Penal, observa-se que o crime de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, pelo qual foram denunciados os Recorridos, está prescrito, pois não se verificam, ao longo daquele período, causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional. Portanto, por força do art. 109, IV, reconhece-se, de ofício, a extinção da punibilidade dos Apelados quanto ao delito previsto no art. 12 da Lei nº. 10.826/03. Superadas tais questões, passa-se à dosimetria da pena acerca do crime de tráfico de drogas. A culpabilidade dos condenados não se revelou anormal, a ponto de justificar uma elevação da pena acima do mínimo legal. Não foram comprovados maus antecedentes dos réus. Inexistem nos autos elementos suficientes para aferição da conduta social e da personalidade dos recorrentes. Os motivos são os que movem a realização do delito. Quanto às circunstâncias e consequências do crime, ressalto que deixo de exasperar a pena-base, com fulcro no art. 42, da Lei nº. 11.343/06, em vista da natureza da substância apreendida, pois sabe-se o elevado potencial nocivo da cocaína, sob pena de bis in idem (Tema 712 do Supremo Tribunal Federal). Não há como analisar o comportamento da vítima, pois esta é a própria coletividade. Assim, da análise das especificidades do caso concreto, não se vislumbra qualquer circunstância judicial a ser valorada nesta etapa, fixando-se a pena-base no mínimo legal, para cada um dos réus, em 5 (cinco) anos de reclusão, inicialmente em regime semiaberto (art. 33, § 2º, b, do Código Penal), e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo unitário. Na segunda etapa dos cálculos, verifica-se a inexistência de agravantes e a incidência da atenuante da menoridade, pois ambos os Apelados eram menores de 21 (vinte e um) anos na data do fato (art. 65, I, Código Penal). Contudo, deixo de reduzir a pena em razão do comando previsto na Súmula nº. 231 do Superior Tribunal de Justiça. Por fim, na terceira fase, deixo de conceder o benefício do tráfico privilegiado aos réus (art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06), tendo em vista as circunstâncias do crime, quais sejam a apreensão de drogas variadas (maconha e cocaína), uma delas com elevada nocividade (cocaína), além de terem sido apreendidas na mesma oportunidade arma e munições, fatores que justificam o afastamento do privilégio legal. É nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. REGIME PRISIONAL. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A Corte estadual negou a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas com base nas circunstâncias do fato delituoso, as quais evidenciaram que a ré estava se dedicando ao tráfico de drogas. O reexame dessa questão demanda a incursão aprofundada em matéria fática, inviável de ser revista em habeas corpus. 2. Ressalte-se que a utilização da quantidade/natureza da droga apreendida para elevar a pena-base (primeira fase) não configura bis in idem, uma vez que a benesse

preconizada no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi afastada pela Corte de origem não apenas com esteio na quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos, mas também em razão das circunstâncias do delito que demonstraram que a agente se dedicava às atividades criminosas, no caso, a apreensão de petrechos para o tráfico e elevada quantia em dinheiro 3. A quantidade, variedade e a natureza da droga apreendida, aliadas aos outros elementos probatórios coligidos aos autos, demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena. 4. Indeferido o pleito de aplicação da minorante e mantida a pena definitiva em 6 anos de reclusão, a pretensão de substituição da reprimenda corporal não merece subsistir, em razão da ausência do preenchimento do requisito objetivo previsto no artigo 44, I, do Código Penal – CP. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 769.817/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 28/11/2022, DJe de 1/12/2022.) AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NÃO ATENDIMENTO DAS DIRETRIZES EXIGIDAS PARA O RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA PROCESSUAL ELEITA. PRECEDENTES. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. – Nos termos do art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. – A incidência da minorante do tráfico privilegiado foi denegada porque as instâncias de origem reconheceram expressamente que o paciente não era iniciante no submundo do tráfico de drogas, haja vista não apenas a variedade e expressiva quantidade de entorpecentes apreendidos e já prontos para comercialização – 422, 10g de maconha; 854,3g de crack e 1.277,20g de cocaína (e-STJ, fl. 18), mas principalmente devido à apreensão de armas, munição e petrechos de mercancia, tais como duas balanças de precisão, sacos plásticos, cartelas de lâminas, microtubos vazios, saquinhos, três rádios comunicadores, marca Baofeng BF775 e um rádio comunicador, marca Motorola –; tudo isso a indicar que ele não se tratava de traficante eventual, não fazendo, portanto, jus à referida minorante. – Desconstituir tal assertiva, como pretendido, demandaria, necessariamente, a imersão vertical na moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes. – Inalterado o montante da sanção em 10 anos de reclusão, fica mantido o regime inicial fechado e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, por expressa determinação legal, nos termos do art. 33, § 2º, a, e art. 44, I, ambos do Código Penal. – Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 770.245/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022.) (grifos nossos). Diante das considerações até aqui expostas, estabeleço a pena de cada um dos Recorridos em 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto (art. (art. 33, § 2º, b, do Código Penal), e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo unitário, com fulcro no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/06. Em face da quantidade de pena imposta ser superior a 4 (quatro) anos, deixo de

promover a substituição da sanção privativa de liberdade por penas restritivas de direito (art. 44, I, do Código Penal). Por fim, concede-se aos Apelados o direito de recorrer em liberdade, tendo em vista que responderam parte do processo nesta condição. CONCLUSÃO III – Por todo o exposto, julga-se pelo conhecimento e parcial provimento ao apelo, para reformar a sentença vergastada, a fim de: a) absolver os réus da imputação acerca do delito previsto no art. 35, da Lei nº. 11.343/06, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal); b) condenar PAULO VIEIRA ROCHA DOS SANTOS e ISMAEL SOUSA DA SILVA PAULO pelas práticas delitivas descritas no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/06, e no art. 12, da Lei nº. 10.826/03; c) reconhecer, de ofício, a extinção da punibilidade dos Recorridos quanto ao delito previsto no art. 12 da Lei nº. 10.826/03, por força dos arts. 107, IV, 109, IV, 114, II e 115, todos do Código Penal; d) fixar a pena, para cada um dos recorridos, de 5 (cinco) anos de reclusão, inicialmente em regime semiaberto (art. 33, § 2º, b, do Código Penal), e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo unitário, com fulcro no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/06, concedendo-lhes o direito de recorrer em liberdade. Sala das Sessões, data constante da certidão de julgamento eletrônica. Presidente Desembargador Eserval Rocha Relator Procurador (a)