

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 0000534-33.2019.8.05.0043 – Comarca de Canavieiras/BA Apelante: Lucas Costa Dantas Advogado: Dr. Leandro Cerqueira Rochedo (OAB/BA: 27.472) Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Dra. Mayanna Ferreira Ribeiro Floriano Origem: Vara Crime, Júri, Execuções Penais, Infância e Juventude da Comarca de Canavieiras Procuradora de Justiça: Dra. Maria de Fátima Campos da Cunha Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães ACÓRDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006) E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÕES DE USO RESTRITO (ART. 16, CAPUT, DA LEI N.º 10.826/2003). PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS COLHIDAS NOS AUTOS. ALEGATIVA DE INVASÃO DE DOMICÍLIO PELOS AGENTES POLICIAIS. INACOLHIMENTO. NÃO DEMONSTRADA A AVENTADA ILEGALIDADE NA ATUAÇÃO DOS POLICIAIS. PREFACIAL REJEITADA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INALBERGAMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS DE FORMA INEQUÍVOCA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O CRIME DE USO PRÓPRIO (ART. 28, DA LEI N.º 11.343/2006). INVIABILIDADE. ELEMENTOS DE PROVA SUFICIENTES PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO PELO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 16, CAPUT, DA LEI N.º 10.826/2003, PARA O DELITO TIPIFICADO NO ART. 12, DO MESMO DIPLOMA LEGAL. ACOLHIMENTO. DECRETOS N.º 9.785/2019 E N.º 9.847/2019. APLICAÇÃO RETROATIVA. ART. 2º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL, E ART. 5º, INCISO XL, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. MUNIÇÕES 9MM. CALIBRE DE USO PERMITIDO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DO REDUTOR COM BASE NA EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTO INIDÔNEO, CONFORME RECENTE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. JULGAMENTO DE PROCESSO AFETADO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS QUE EVIDENCIEM A DEDICAÇÃO DO RÉU A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PRETENSÃO DE MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL PARA O ABERTO. CABIMENTO. PENAS PRIVATIVAS DE LIBERDADE REDIMENSIONADAS PARA QUANTUM INFERIOR A 04 (QUATRO) ANOS. PREJUDICADA A ANÁLISE DO PEDIDO DE APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL. PRELIMINAR REJEITADA. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, para desclassificar o delito tipificado no art. 16, caput, da Lei n.º 10.826/2003, para o crime previsto no art. 12, do mesmo diploma legal, redimensionar as penas definitivas impostas ao Apelante para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito de tráfico de drogas, e 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime de posse irregular de munições de uso permitido, modificar o regime prisional inicial para o aberto, e, DE OFÍCIO, substituir as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do voto, que deverão ser definidas pelo Juízo da Execução, servindo o presente Acórdão como ALVARÁ DE SOLTURA, que deverá ser cumprido, se por outro motivo não estiver preso o Recorrente. I – Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Lucas Costa Dantas, insurgindo-se contra a sentença que o condenou às penas de 08 (oito) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática dos crimes tipificados no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, e art. 16, caput, da Lei n.º 10.826/2003, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade. II – Narra a exordial acusatória (Id. 25933516), in verbis: “1 – Consta nos autos do incluso inquérito policial que, no dia 17 (dezesete) de janeiro de 2019 (dois mil e dezenove), por

volta das 11h30, em uma residência localizada no Poste 11, casa 105, Bairro Sócrates Rezende, no Município de Canavieiras/BA, o (a/s) denunciado (a/s) foi preso (a/s) em flagrante por policiais militares, tendo em depósito e guardando certa quantidade da substância vulgarmente conhecida como 'maconha' pesando, aproximadamente, 40 g (quarenta gramas) e 18 (dezoito) munições calibre 9mm, todas intactas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fl. 13 e laudo toxicológico definitivo de fl. 23.

2 – Segundo o apurado, policiais militares receberam uma denúncia anônima informando que havia vários indivíduos comercializando substâncias ilícitas em uma residência que havia sido invadida no dia 16.01.2019 no bairro Sócrates Rezende. 3 – Ao chegaram ao local indicado, flagraram o denunciado trazendo em seu bolso, 18 (dezoito) munições de pistola calibre 9mm, todas intactas. Na residência, foi encontrado um pedaço da substância entorpecente descrita acima. 4 – Conforme se extrai do caderno apuratório, o denunciado invadiu a residência onde foi preso em flagrante, conforme ocorrência registrada pela polícia militar em fl. 18, porém o proprietário do local não registrou boletim de ocorrência na Delegacia de Polícia por medo de represálias. 5 – Por fim, ressalte-se que o denunciado responde a processo pela prática do crime de tráfico de drogas nesta comarca (processo n.º 0001198-98.2018.805.0043), já foi preso na cidade de Itabuna-BA portando uma pistola calibre 9mm (foto em fl. 19) e é suspeito de participar de um homicídio também na cidade de Itabuna".

III – Em suas razões de inconformismo, em apertada síntese, suscita o Apelante, preliminarmente, a nulidade das provas colhidas nos autos, em razão da invasão de domicílio; no mérito, requer a absolvição por insuficiência de provas; subsidiariamente, a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito tipificado no art. 28, da Lei n.º 11.343/2006, a desclassificação do crime previsto no art. 16, caput, da Lei n.º 10.826/2003, para o delito tipificado no art. 12, do mesmo diploma legal; a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006; a modificação do regime prisional inicial para o aberto e a aplicação da detração penal.

IV – Prefacialmente, em que pese as alegativas formuladas pela defesa, não há que se falar em nulidade das provas colhidas nos autos, eis que o ingresso dos agentes policiais no imóvel no qual foram encontradas as munições e a droga foi autorizado pelo próprio Acusado, conforme se extrai do seu interrogatório realizado em juízo: Estava dentro da sua casa, quando os Policiais pararam o carro na porta e disseram que havia uma denúncia de que estaria ocorrendo tráfico de drogas naquele local; eles falaram que queriam averiguar; então falou para eles: "pode olhar tudo aí"; ficou segurando sua filha no colo; o outro [referindo-se ao Policial] tomou sua filha e o colocou no chão, ajoelhado, e lhe agrediram; depois, entraram lá no quarto e saíram dizendo que acharam essas balas e essa droga. Questionado pela Juíza, o Acusado negou a autoria delitiva e falou: "Dra., se eu tivesse droga dentro lá de minha casa, eu ia abrir a porta para a Polícia entrar e ver e falar pode averiguar?". Durante o interrogatório, o Réu disse, ainda, que mora em Canavieiras há 06 (seis) meses; que é de Itabuna; que foi morar em Canavieiras por causa da família; que seu avô alugou a casa para ele morar com a esposa e a filha; que estava trabalhando, vendendo CD e DVD na Praça Maçônica; que tinha uma arma para se defender; que a residência que estava morando era da amiga do seu avô; que já foi preso anteriormente; que já foi preso por furto, suspeita de homicídio, por porte ilegal de arma e agora por essa ocorrência; que, em Itacaré, estava assinando pelo processo

de furto; que não confirma o interrogatório prestado na Delegacia; que permaneceu em silêncio na Delegacia; que o advogado que contratou lhe instruiu a ficar em silêncio; que não tinha condições de falar porque havia sido muito agredido; que não falou absolutamente nada na Delegacia; que não conhecia os Policiais que o prenderam; que não tem nada contra os Policiais; que não faz uso de nenhuma substância entorpecente. (link da gravação audiovisual, Id. 32756159). V – Embora tenha dito que permaneceu em silêncio perante a Autoridade Policial, consta, nos autos, o teor do interrogatório do Acusado na Delegacia, ocasião em que se encontrava acompanhado pelo advogado. Dr. Jonas Amorim (OAB/BA: 53.689): “[...] Se mudou recentemente para o endereço citado acima, local onde foi encontrado pelos policiais, esclarecendo que após fazer uma limpeza no quintal da casa encontrou as munições citadas na qual as guardou para jogar fora; Que encontrou as munições há aproximadamente dois dias; Que está nessa casa há quatro dias e antes de se mudar para esta residência morava no Jardim Burundanga; Que devido a estar trabalhando na venda de CDs na rua esqueceu-se de se desfazer das munições logo de imediato; Que as munições não eram todas de 9 mm, sendo algumas de cal. 380; Que nega a propriedade da droga, vez que não havia nenhum tipo de droga na residência; Que quando os policiais chegaram na residência eles encontraram as munições em cima da mesa; Que não se recorda do nome do proprietário de que alugou a casa, mas sabe informar de que ele mora na vizinhança; Que nega a utilização da casa para a utilização de tráfico, mesmo porque só tem quatro dias que estava residindo nesse local, não sabendo informar quem residia anteriormente no local; Que já foi preso uma vez por crime de roubo; Que não faz uso de drogas; Que possui uma filha menor de idade e esta não é portadora de deficiência”. (Id. 25933517, Pág. 10). VI – Nesse ponto, vale transcrever trecho da sentença condenatória: “Consta dos autos que o acusado estava em uma casa supostamente alugada por seu avô, quando os policiais chegaram no local para averiguar uma denúncia de tráfico de drogas. Extraí-se que os policiais solicitaram permissão para adentrar na residência, o que foi deferido pelo acusado. Consta em seu interrogatório realizado em Juízo, durante a instrução, que ele autorizou a entrada dos policiais na residência. Consta ainda, que o acusado confessou que possui uma arma para se defender. Da busca feita na residência, os policiais lograram êxito em encontrar toda a substância e as munições apreendidas, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 13. Destaca-se que a abordagem se deu devido a uma denúncia anônima informando que o local era ponto de tráfico de drogas, além de se tratar de invasão de domicílio por parte do acusado, conforme consta na denúncia. Verifica-se que no presente caso os policiais adentraram na residência do acusado por expressa autorização dele. [...]”. Por conseguinte, não restando demonstrada a nulidade aventada pela defesa, afasta-se a sobredita preliminar. VII – No mérito, não merece acolhimento o pleito absolutório. A materialidade e autoria delitivas restaram suficientemente demonstradas pelo conjunto probatório, merecendo destaque o auto de exibição e apreensão (Id. 25933517, Pág. 14), o laudo de exame pericial da droga (Id. 25933517, Pág. 24), o laudo de exame pericial das munições (Id. 25933758) e os depoimentos judiciais das testemunhas arroladas pela acusação. Oportuno registrar que a função de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos prestados, mormente quando se apresentam coerentes e harmônicos com os demais elementos e circunstâncias colhidos dos autos, e quando oferecidos em juízo, sendo oportunizado o contraditório. Importa salientar que a quantidade de diligências semelhantes realizadas

diariamente pelos Policiais justifica a ausência de recordação quanto a alguns detalhes da abordagem, o que, todavia, não possui o condão de macular a prova, especialmente, quando se observa que os relatos, em sua essência, são uníssonos. Ademais, não se vislumbra qualquer indício de que os referidos agentes públicos tenham prestado depoimentos falsos a respeito dos fatos, com intenção de prejudicar o Sentenciado. VIII – Vale lembrar que, para a configuração do crime de tráfico não se exige a efetiva prática de atos de comercialização da substância entorpecente. Pratica o delito de tráfico não apenas aquele que comercializa a droga, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção e da circulação de substância entorpecente. O tipo penal contido no art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, é crime permanente, de ação múltipla e de mera conduta, sendo irrelevante a prova da traficância. São várias ações identificadas pelos diversos verbos e o delito se consuma com a prática de qualquer das hipóteses previstas. No caso, as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção que concluem pelo acerto da condenação, não havendo, portanto, que se falar em absolvição. IX – No que se refere à desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito tipificado no art. 28, da Lei n.º 11.343/2006, não merece acolhimento a pretensão deduzida pelo Apelante. Na espécie, conforme já exposto, as provas carreadas ao feito mostram-se suficientes para a prolação de decreto condenatório pelo crime de tráfico de drogas, cumprindo observar que o Réu, em seus interrogatórios, nas fases policial e judicial, negou ser usuário de substâncias entorpecentes. Outrossim, não basta a simples alegação de que a droga seria destinada ao consumo próprio do Acusado para que reste afastada, de plano, a imputação quanto ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes. X – Relativamente ao crime tipificado no art. 16, caput, da Lei n.º 11.343/2006, impõe-se sua desclassificação para o delito previsto no art. 12, da mesma lei. Com o advento do Decreto n.º 9.847/2019, que trouxe nova complementação à Lei n.º 10.826/2003, passou-se a considerar de uso permitido as armas de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, não atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules (art. 2º, inciso I). Ademais, foi determinado que o Comando do Exército estabelecesse os parâmetros de aferição e a listagem dos calibres nominais, bem como a classificação das armas de fogo e das munições quanto ao uso permitido ou restrito (art. 2º, § 2º, do Decreto n.º 9.847/2019). Em 12/08/2019, sobreveio a publicação da Portaria n.º 1.222/2019, emitida pelo Comando do Exército, trazendo, no anexo A, a listagem de calibres nominais de armas e munições de uso permitido, na qual consta: Calibre Nominal: 9x19mm Parabellum, Classificação: Permitido. Como cediço, o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, em observância ao disposto no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, dispõe que “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. XI – Nesse contexto, verificando que o Apelante foi condenado pela posse ilegal de munições de uso restrito, em virtude de terem sido encontradas – em sua posse – munições de calibre 9mm, mister se faz a desclassificação do delito tipificado no art. 16, caput, da Lei n.º 10.826/2003 para o crime previsto no art. 12, do mesmo diploma legal, uma vez que as referidas munições passaram a ser definidas como de uso permitido, conforme já explicitado. Necessária, assim, a readequação das reprimendas, que restam definitivamente fixadas em 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo. XII – Passa-se, a seguir,

à apreciação da dosimetria das penas. Com relação ao crime de tráfico de drogas, na primeira fase, após avaliar as circunstâncias judiciais, a Juíza a quo fixou as penas-base no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, tornando-as definitivas em razão da ausência de atenuantes ou agravantes, bem como de causas de aumento ou de diminuição de pena. A Magistrada singular afastou a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, expondo a seguinte motivação: “Apesar de não suscitado pela defesa, verifico que o réu não faz jus a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da lei 11.343/06, apesar da certidão de antecedentes criminais atestar que o acusado é primário e possuidor de bons antecedentes (súmula 444 do STJ). A certidão de fls. 29, mostra que o acusado possui outro processo em andamento na Comarca de Itacaré (Autos n.º 0000025-59.2019.805.0114), restando provado que o acusado se dedica à atividade criminosa. Pelo que ele não faz jus a causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, tendo em vista que não preenche os requisitos exigidos”. XIII – A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 10/08/2022, alinhando-se ao entendimento mais recente sufragado no Supremo Tribunal Federal, fixou tese em recursos repetitivos, no sentido de que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (REsp 1.977.027 e REsp 1.977.180). Confirmando-se: Proclamação Final de Julgamento no RECURSO ESPECIAL n.º 1.977.027/PR, do Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra Laurita Vaz (data do julgamento: 10/08/2022): A Terceira Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções, nos termos desta decisão, e fixou a seguinte 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”, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora (STJ, processo afetado ao rito dos recursos repetitivos). XIV – Desse modo, em consonância com o recente entendimento jurisprudencial firmado nos Tribunais Superiores, forçoso reconhecer, no presente caso, a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. Quanto à modulação da fração de redução, cumpre observar que a quantidade de droga apreendida não foi elevada (cerca de 40 gramas de maconha), o que justifica a aplicação do redutor em seu grau máximo (2/3). Isto posto, com relação ao delito de tráfico de drogas, as reprimendas restam, definitivamente, fixadas em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, readequando-se o regime prisional inicial para o aberto. Quanto ao crime tipificado no art. 12, da Lei n.º 10.826/2003, como visto, o Recorrente restou condenado às penas definitivas de 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, impondo-se estipular o regime aberto para o início de cumprimento da sanção corporal. Tratando-se de fixação de regime inicial de cumprimento da pena, deve ser aplicado o regime correspondente para cada um dos crimes, pois se aplica o disposto nos arts. 69 e 76, do Código Penal, e, não, o art. 111, da Lei de Execução Penal, que cuida da hipótese de unificação das penas na execução. XV – O art. 44, § 2º, do Código Penal dispõe que, na condenação igual ou inferior a 01 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por 01 (uma) pena restritiva de

direitos; se superior a 01 (um) ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por 01 (uma) pena restritiva de direitos e multa ou por 02 (duas) restritivas de direitos. Assim, substitui-se, de ofício, a pena privativa de liberdade imposta pela prática do crime de tráfico de drogas (01 ano e 08 meses de reclusão) por 02 (duas) restritivas de direitos, e a sanção corporal imposta pela prática do delito de posse irregular de munições de uso permitido (01 ano de detenção) por 01 (uma) restritiva de direitos. As penas restritivas de direitos deverão ser definidas pelo Juízo da Execução, ao qual competirá adequar as referidas penas com outras reprimendas cujo cumprimento esteja em curso. XVI – Considerando o redimensionamento das penas privativas de liberdade, a modificação do regime prisional para o aberto e a substituição por penas restritivas de direitos, deverá o Apelante aguardar, em liberdade, o trânsito em julgado da condenação, restando prejudicada a análise do pedido de aplicação da detração penal. XVII – Parecer da Procuradoria de Justiça, pelo conhecimento e provimento parcial do Recurso de Apelação, tão somente para que seja desclassificado o delito previsto no art. 16, caput, da Lei n.º 10.826/2003, para o crime tipificado no art. 12, da mesma lei. XVIII – PRELIMINAR REJEITADA. APELO CONHECIMENTO E PARCIALMENTE PROVIDO, para desclassificar o delito tipificado no art. 16, caput, da Lei n.º 10.826/2003, para o crime previsto no art. 12, do mesmo diploma legal, redimensionar as penas definitivas impostas ao Apelante para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito de tráfico de drogas, e 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime de posse irregular de munições de uso permitido, modificar o regime prisional inicial para o aberto, e, DE OFÍCIO, substituir as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do voto, que deverão ser definidas pelo Juízo da Execução, servindo o presente Acórdão como ALVARÁ DE SOLTURA, que deverá ser cumprido, se por outro motivo não estiver preso o Recorrente. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 0000534-33.2019.8.05.0043, provenientes da Comarca de Canavieiras/BA, em que figuram, como Apelante, Lucas Costa Dantas, e, como Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Colenda Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em conhecer do recurso, REJEITAR A PRELIMINAR, no mérito, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO DEFENSIVO, para desclassificar o delito tipificado no art. 16, caput, da Lei n.º 10.826/2003, para o crime previsto no art. 12, do mesmo diploma legal, redimensionar as penas definitivas impostas ao Apelante para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito de tráfico de drogas, e 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime de posse irregular de munições de uso permitido, modificar o regime prisional inicial para o aberto, e, DE OFÍCIO, substituir as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do voto, que deverão ser definidas pelo Juízo da Execução, servindo o presente Acórdão como ALVARÁ DE SOLTURA, que deverá ser cumprido, se por outro motivo não estiver preso o Recorrente, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto da Desembargadora Relatora. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 30 de Agosto de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE

JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 0000534-33.2019.8.05.0043 – Comarca de Canavieiras/BA Apelante: Lucas Costa Dantas Advogado: Dr. Leandro Cerqueira Rochedo (OAB/BA: 27.472) Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Dra. Mayanna Ferreira Ribeiro Floriano Origem: Vara Crime, Júri, Execuções Penais, Infância e Juventude da Comarca de Canavieiras Procuradora de Justiça: Dra. Maria de Fátima Campos da Cunha Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães RELATÓRIO Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Lucas Costa Dantas, insurgindo-se contra a sentença que o condenou às penas de 08 (oito) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática dos crimes tipificados no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, e art. 16, caput, da Lei n.º 10.826/2003, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade. Em observância aos princípios da celeridade, da efetividade e da economia processual, e considerando ali se consignar, no que relevante, a realidade processual até então desenvolvida, adota-se, como próprio, o relatório da sentença (Id. 25933922), a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto. Irresignado, o Sentenciado interpôs Recurso de Apelação (Id. 25933962, Pág. 1), suscitando, em suas razões (Id. 25933962, Págs. 2/17), preliminarmente, a nulidade das provas colhidas nos autos, em razão da invasão de domicílio; no mérito, requer a absolvição por insuficiência de provas; subsidiariamente, a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito tipificado no art. 28, da Lei n.º 11.343/2006, a desclassificação do crime previsto no art. 16, caput, da Lei n.º 10.826/2003, para o delito tipificado no art. 12, do mesmo diploma legal; a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006; a modificação do regime prisional inicial para o aberto e a aplicação da detração penal. Nas contrarrazões, pugna o Parquet pelo provimento parcial do Apelo, apenas para desclassificar o delito previsto no art. 16, caput, da Lei n.º 10.826/2003, para o crime tipificado no art. 12, do mesmo diploma legal (Id. 25933935). Parecer da douta Procuradoria de Justiça, pelo conhecimento e provimento parcial do Recurso de Apelação, tão somente para que seja desclassificado o delito previsto no art. 16, caput, da Lei n.º 10.826/2003, para o crime tipificado no art. 12, da mesma lei (Id. 25933948). Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 0000534-33.2019.8.05.0043 – Comarca de Canavieiras/BA Apelante: Lucas Costa Dantas Advogado: Dr. Leandro Cerqueira Rochedo (OAB/BA: 27.472) Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Dra. Mayanna Ferreira Ribeiro Floriano Origem: Vara Crime, Júri, Execuções Penais, Infância e Juventude da Comarca de Canavieiras Procuradora de Justiça: Dra. Maria de Fátima Campos da Cunha Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães VOTO Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Lucas Costa Dantas, insurgindo-se contra a sentença que o condenou às penas de 08 (oito) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática dos crimes tipificados no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, e art. 16, caput, da Lei n.º 10.826/2003, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade. Narra a exordial acusatória (Id. 25933516), in verbis: “1 – Consta nos autos do incluso inquérito policial que, no dia 17 (dezessete) de janeiro de 2019 (dois mil e dezenove), por volta das 11h30, em uma residência localizada no Poste 11, casa 105,

Bairro Sócrates Rezende, no Município de Canavieiras/BA, o (a/s) denunciado (a/s) foi preso (a/s) em flagrante por policiais militares, tendo em depósito e guardando certa quantidade da substância vulgarmente conhecida como 'maconha' pesando, aproximadamente, 40 g (quarenta gramas) e 18 (dezoito) munições calibre 9mm, todas intactas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão de fl. 13 e laudo toxicológico definitivo de fl. 23.

2 – Segundo o apurado, policiais militares receberam uma denúncia anônima informando que havia vários indivíduos comercializando substâncias ilícitas em uma residência que havia sido invadida no dia 16.01.2019 no bairro Sócrates Rezende.

3 – Ao chegaram ao local indicado, flagraram o denunciado trazendo em seu bolso, 18 (dezoito) munições de pistola calibre 9mm, todas intactas. Na residência, foi encontrado um pedaço da substância entorpecente descrita acima.

4 – Conforme se extrai do caderno apuratório, o denunciado invadiu a residência onde foi preso em flagrante, conforme ocorrência registrada pela polícia militar em fl. 18, porém o proprietário do local não registrou boletim de ocorrência na Delegacia de Polícia por medo de represálias.

5 – Por fim, ressalte-se que o denunciado responde a processo pela prática do crime de tráfico de drogas nesta comarca (processo n.º 0001198-98.2018.805.0043), já foi preso na cidade de Itabuna-BA portando uma pistola calibre 9mm (foto em fl. 19) e é suspeito de participar de um homicídio também na cidade de Itabuna". Em suas razões de inconformismo, em apertada síntese, suscita o Apelante, preliminarmente, a nulidade das provas colhidas nos autos, em razão da invasão de domicílio; no mérito, requer a absolvição por insuficiência de provas; subsidiariamente, a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito tipificado no art. 28, da Lei n.º 11.343/2006, a desclassificação do crime previsto no art. 16, caput, da Lei n.º 10.826/2003, para o delito tipificado no art. 12, do mesmo diploma legal; a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006; a modificação do regime prisional inicial para o aberto e a aplicação da detração penal. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, conhece-se do Apelo. Prefacialmente, em que pese as alegativas formuladas pela defesa, não há que se falar em nulidade das provas colhidas nos autos, eis que o ingresso dos agentes policiais no imóvel no qual foram encontradas as munições e a droga foi autorizado pelo próprio Acusado, conforme se extrai do seu interrogatório realizado em juízo: Estava dentro da sua casa, quando os Policiais pararam o carro na porta e disseram que havia uma denúncia de que estaria ocorrendo tráfico de drogas naquele local; eles falaram que queriam averiguar; então falou para eles: "pode olhar tudo aí"; ficou segurando sua filha no colo; o outro [referindo-se ao Policial] tomou sua filha e o colocou no chão, ajoelhado, e lhe agrediram; depois, entraram lá no quarto e saíram dizendo que acharam essas balas e essa droga. Questionado pela Juíza, o Acusado negou a autoria delitiva e falou: "Dra., se eu tivesse droga dentro lá de minha casa, eu ia abrir a porta para a Polícia entrar e ver e falar pode averiguar?". Durante o interrogatório, o Réu disse, ainda, que mora em Canavieiras há 06 (seis) meses; que é de Itabuna; que foi morar em Canavieiras por causa da família; que seu avô alugou a casa para ele morar com a esposa e a filha; que estava trabalhando, vendendo CD e DVD na Praça Maçônica; que tinha uma arma para se defender; que a residência que estava morando era da amiga do seu avô; que já foi preso anteriormente; que já foi preso por furto, suspeita de homicídio, por porte ilegal de arma e agora por essa ocorrência; que, em Itacaré, estava assinando pelo processo

de furto; que não confirma o interrogatório prestado na Delegacia; que permaneceu em silêncio na Delegacia; que o advogado que contratou lhe instruiu a ficar em silêncio; que não tinha condições de falar porque havia sido muito agredido; que não falou absolutamente nada na Delegacia; que não conhecia os Policiais que o prenderam; que não tem nada contra os Policiais; que não faz uso de nenhuma substância entorpecente. (link da gravação audiovisual, Id. 32756159). Embora tenha dito que permaneceu em silêncio perante a Autoridade Policial, consta, nos autos, o teor do interrogatório do Acusado na Delegacia, ocasião em que se encontrava acompanhado pelo advogado. Dr. Jonas Amorim (OAB/BA: 53.689): “[...] Se mudou recentemente para o endereço citado acima, local onde foi encontrado pelos policiais, esclarecendo que após fazer uma limpeza no quintal da casa encontrou as munições citadas na qual as guardou para jogar fora; Que encontrou as munições há aproximadamente dois dias; Que está nessa casa há quatro dias e antes de se mudar para esta residência morava no Jardim Burundanga; Que devido a estar trabalhando na venda de CDs na rua esqueceu-se de se desfazer das munições logo de imediato; Que as munições não eram todas de 9 mm, sendo algumas de cal. 380; Que nega a propriedade da droga, vez que não havia nenhum tipo de droga na residência; Que quando os policiais chegaram na residência eles encontraram as munições em cima da mesa; Que não se recorda do nome do proprietário de que alugou a casa, mas sabe informar de que ele mora na vizinhança; Que nega a utilização da casa para a utilização de tráfico, mesmo porque só tem quatro dias que estava residindo nesse local, não sabendo informar quem residia anteriormente no local; Que já foi preso uma vez por crime de roubo; Que não faz uso de drogas; Que possui uma filha menor de idade e esta não é portadora de deficiência”. (Id. 25933517, Pág. 10). Nesse ponto, vale transcrever trecho da sentença condenatória: “Consta dos autos que o acusado estava em uma casa supostamente alugada por seu avô, quando os policiais chegaram no local para averiguar uma denúncia de tráfico de drogas. Extraí-se que os policiais solicitaram permissão para adentrar na residência, o que foi deferido pelo acusado. Consta em seu interrogatório realizado em Juízo, durante a instrução, que ele autorizou a entrada dos policiais na residência. Consta ainda, que o acusado confessou que possui uma arma para se defender. Da busca feita na residência, os policiais lograram êxito em encontrar toda a substância e as munições apreendidas, conforme auto de exibição e apreensão de fls. 13. Destaca-se que a abordagem se deu devido a uma denúncia anônima informando que o local era ponto de tráfico de drogas, além de se tratar de invasão de domicílio por parte do acusado, conforme consta na denúncia. Verifica-se que no presente caso os policiais adentraram na residência do acusado por expressa autorização dele. [...]”. Por conseguinte, não restando demonstrada a nulidade aventada pela defesa, afasta-se a sobredita preliminar. No mérito, não merece acolhimento o pleito absolutório. A materialidade e autoria delitivas restaram suficientemente demonstradas pelo conjunto probatório, merecendo destaque o auto de exibição e apreensão (Id. 25933517, Pág. 14), o laudo de exame pericial da droga (Id. 25933517, Pág. 24), o laudo de exame pericial das munições (Id. 25933758) e os depoimentos judiciais das testemunhas arroladas pela acusação – transcritos no édito condenatório e reproduzidos a seguir: Depoimento da testemunha Emerson Sales dos Santos: “Que não conhecia o acusado Lucas Costa Dantas, vulgo ‘Jhon Pereba’; que confirma o depoimento prestado na delegacia; que quando chegaram no local não teve contato com o dono dessa residência; que esse local do poste 11 já é conhecido como ponto de

tráfico de drogas; que não sabe informar quem depôs primeiro na delegacia; que abordaram Lucas na porta da residência; que não fez a abordagem e que encontrou munição no bolso de Lucas; que não sabe informar quem fez; que não se lembra qual o local da residência em que foi encontrado o pedaço de maconha; que viu a maconha; que a maconha estava embolada em um saquinho; não sabe dizer se havia algum equipamento que indicasse que aquilo estava destinado ao tráfico; que tomou conhecimento do fato apenas pela CICON; que não teve nenhum contato com o dono da casa na delegacia ou posteriormente”. Depoimento da testemunha Marcelino Lisboa de Oliveira: “Que participou dessa diligência; que não conhecia o acusado Lucas Costa Dantas, vulgo ‘Jhon Pereba’, que confirma o depoimento prestado na delegacia; que esse local do poste 11 já é conhecido como ponto de tráfico de drogas; que dificilmente tem uma rua do bairro Sócrates Rezende que não é ponto de tráfico de drogas; que é um bairro que já é constante e rotineiro ter nas ruas boca de fumo; que encontraram Lucas dentro da residência; que não se lembra quem fez a abordagem pessoal em Lucas; que estavam ele e mais dois policiais; que encontraram no bolso dele; que depois fizeram uma busca na casa e encontraram um pedaço de maconha; que os três policiais fizeram a busca; que não se recorda aonde foi encontrada a maconha; que ele estava fazendo uma busca na cozinha da casa e os outros dois colegas na sala e no quarto; que viu a maconha na delegacia; que não se recorda a quantidade de maconha encontrada; que além da denúncia não houve nenhum outro relato sobre estar ocorrendo tráfico de drogas naquele local; que a população do Sócrates tem medo de retaliação e por isso dificilmente tem alguma informação de lá”. Depoimento da testemunha Júlio David e Silva Soares: “Que não conhecia o acusado de outras diligências de outras abordagens; que confirma o depoimento prestado na delegacia; que receberam a informação de que o acusado havia invadido uma residência através do CICON, que é a central de Itabuna; que o proprietário da residência ou alguém responsável pela residência teria ligado e informado que tinha uma quadrilha; que essa quadrilha tinha chegado de Itabuna e tinha invadido essa residência; que estavam na residência traficando desde a madrugada anterior; que a pessoa que fez a denúncia tomou conhecimento por vizinhos; que a informação foi passada para eles através do CICON; que quando chegaram no local da ocorrência não tiveram contato com o dono da casa; que no depoimento na delegacia foi ouvido primeiro; que acredita ter encontrado Lucas do lado de dentro da casa, na sala; que a porta da residência estava aberta; que não fez a busca pessoal no acusado; que não se lembra quem fez; que não se recorda se foi quem localizou a maconha; que não se recorda em qual local foi localizada a maconha na casa; que Lucas foi abordado na sala; que não se recorda se a maconha estava subdividida”. Oportuno registrar que a função de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos prestados, mormente quando se apresentam coerentes e harmônicos com os demais elementos e circunstâncias colhidos dos autos, e quando oferecidos em juízo, sendo oportunizado o contraditório. Nessa esteira: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. No que tange ao pleito de absolvição ou desclassificação da conduta para o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, o acórdão combatido, ao manter a condenação pelo tráfico de drogas, consignou que o conjunto probatório aponta para a prática do crime, não somente em razão das substâncias apreendidas (56,59 gramas de “crack”), mas também diante da prova

testemunhal. 2. Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela absolvição ou desclassificação do crime de tráfico de drogas para o do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 3. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg no AREsp 1877158/T0, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021). (grifo acrescido). Importa salientar que a quantidade de diligências semelhantes realizadas diariamente pelos Policiais justifica a ausência de recordação quanto a alguns detalhes da abordagem, o que, todavia, não possui o condão de macular a prova, especialmente, quando se observa que os relatos, em sua essência, são uníssonos. Ademais, não se vislumbra qualquer indício de que os referidos agentes públicos tenham prestado depoimentos falsos a respeito dos fatos, com intenção de prejudicar o Sentenciado. Vale lembrar que, para a configuração do crime de tráfico não se exige a efetiva prática de atos de comercialização da substância entorpecente. Pratica o delito de tráfico não apenas aquele que comercializa a droga, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção e da circulação de substância entorpecente. O tipo penal contido no art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, é crime permanente, de ação múltipla e de mera conduta, sendo irrelevante a prova da traficância. São várias ações identificadas pelos diversos verbos e o delito se consuma com a prática de qualquer das hipóteses previstas. Sobre o tema, colaciona-se o seguinte aresto: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. TEMA NÃO DEBATIDO NA ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CONDUTA DE USUÁRIO. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. RÉU REINCENTE. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O pleito referente à ofensa ao princípio de inviolabilidade do domicílio não foi objeto de exame no acórdão impugnado, o que impede seu conhecimento, diretamente, por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância. 2. A pretensão de desclassificação do delito do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 para o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não pode ser apreciada por este Tribunal Superior, na via estreita do habeas corpus, por demandar o exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos. 3. É firme o entendimento desta Corte Superior de que ‘o crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento’ (HC 382.306/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/2/2017, DJe 10/2/2017). [...] 7. Agravo regimental não provido.” (STJ, AgRg no HC 667.338/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 21/06/2021). (grifo acrescido). No caso, as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção que concluem pelo acerto da condenação, não havendo, portanto, que se falar em absolvição. No que se refere à desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito tipificado no art. 28, da Lei n.º 11.343/2006, não merece acolhimento a pretensão deduzida pelo Apelante. Na espécie, conforme já exposto, as

provas carreadas ao feito mostram-se suficientes para a prolação de decreto condenatório pelo crime de tráfico de drogas, cumprindo observar que o Réu, em seus interrogatórios, nas fases policial e judicial, negou ser usuário de substâncias entorpecentes. Outrossim, não basta a simples alegação de que a droga seria destinada ao consumo próprio do Acusado para que reste afastada, de plano, a imputação quanto ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes. Acerca da matéria, a jurisprudência: “Apelação criminal. Artigo 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006. Condenação. Recurso. Juízo de prelibação parcialmente positivo. Mérito. Autoria e materialidade evidenciadas. Depoimento dos policiais militares. Relevante valor probante. Fé pública. Ausência de comprovação de intenção de prejudicar os réus. Desnecessidade da prova de mercancia. Crime de natureza permanente, ação múltipla e mera conduta. Condição de usuário. Irrelevância. Manutenção do édito condenatório. Dosimetria da pena. Terceira fase. Elevação do grau de redução da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Inviabilidade. Natureza e quantidade dos entorpecentes. Isenção de custas processuais. Não conhecimento. Matéria afeta ao juízo da execução. Direito de apelar em liberdade. Não conhecimento. Ausência de interesse recursal. Apelantes que já se encontram em liberdade. Recurso parcialmente conhecido, e nesta extensão, não provido. 1. A despeito das palavras dos policiais e sua validade a arrimar o édito condenatório, a jurisprudência pacificou-se no sentido de acolhê-las quando harmônicas ao conjunto probatório, bem como se não denotarem a propensão gratuita de prejudicar os réus. 2. Prescindível a efetiva prova de comercialização da substância entorpecente arrestada para fins de enquadramento no artigo 33, cabeça, da Lei 11.343/2006, uma vez que se trata de delito de natureza permanente, ação múltipla e mera conduta, bastando, para tanto, que se amolde a uma das dezoito (18) ações elencadas no tipo. 3. A condição de usuário não elide, por si só, o exercício da traficância, sendo muito comum, hodiernamente, a figura do usuário traficante. 4. [...]” (TJPR, 5ª Câmara Criminal, AC 1382535-7, Campo Mourão, Relator: Des. Rogério Etzel, unânime, J. 15.10.2015). (grifos acrescidos). “APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. GUARDAR EM CASA DROGA PARA FINS DE VENDA. SEGUROS DEPOIMENTOS POLICIAIS. USUÁRIOS-TRAFICANTES. COMPATIBILIDADE. DELITO CARACTERIZADO. ASSOCIAÇÃO. SOCIEDADE ESTÁVEL NÃO DEMONSTRADA. ABSOLVIÇÃO NECESSÁRIA. RECURSOS PROVIDOS EM PARTE. 1. É iterativa a jurisprudência dos nossos tribunais no sentido de que os policiais, civis ou militares, mormente os que se encontravam no momento e no lugar do crime, não estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados inidôneos ou suspeitos pela simples condição funcional. Os depoimentos dos policiais que atuaram na diligência merecem a mesma credibilidade dos testemunhos em geral. Somente podem ser desprezados se demonstrado, de modo concreto, que agiram sob suspeição. Enquanto isso não ocorra, se não defendem interesse próprio ou escuso, mas, ao contrário, agem em defesa da sociedade, a sua palavra serve como prova suficiente para informar o convencimento do julgador. 2. A suposta condição de usuário não é incompatível com a de traficante, pois aquele que é consumidor de drogas contumaz, inevitavelmente, se desvia para a atividade mercantil muito em função da degeneração produzida pelo consumo excessivo. A condição de usuário, por si só, não elide a de comerciante de drogas. [...]” (TJMG, APR 10540120008672001 MG, Relator: Des. Eduardo Brum, data de julgamento: 05/02/2014, Câmaras Criminais, 4ª Câmara Criminal, Publicação: 11/02/2014). (grifo acrescido). Relativamente ao crime tipificado no art. 16, caput, da Lei nº. 11.343/2006, impõe-se sua desclassificação para o delito previsto no art. 12, da mesma lei. Com o

advento do Decreto n.º 9.847/2019, que trouxe nova complementação à Lei n.º 10.826/2003, passou-se a considerar de uso permitido as armas de porte, cujo calibre nominal, com a utilização de munição comum, não atinja, na saída do cano de prova, energia cinética superior a mil e duzentas libras-pé ou mil seiscentos e vinte joules (art. 2º, inciso I). Ademais, foi determinado que o Comando do Exército estabelecesse os parâmetros de aferição e a listagem dos calibres nominais, bem como a classificação das armas de fogo e das munições quanto ao uso permitido ou restrito (art. 2º, § 2º, do Decreto n.º 9.847/2019). Em 12/08/2019, sobreveio a publicação da Portaria n.º 1.222/2019, emitida pelo Comando do Exército, trazendo, no anexo A, a listagem de calibres nominais de armas e munições de uso permitido, na qual consta: Calibre Nominal: 9x19mm Parabellum, Classificação: Permitido. Como cediço, o art. 2º, parágrafo único, do Código Penal, em observância ao disposto no art. 5º, inciso XL, da Constituição Federal, dispõe que “a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado”. Nesse contexto, verificando que o Apelante foi condenado pela posse ilegal de munições de uso restrito, em virtude de terem sido encontradas – em sua posse – munições de calibre 9mm, mister se faz a desclassificação do delito tipificado no art. 16, caput, da Lei n.º 10.826/2003 para o crime previsto no art. 12, do mesmo diploma legal, uma vez que as referidas munições passaram a ser definidas como de uso permitido, conforme já explicitado. Necessária, assim, a readequação das reprimendas, que restam definitivamente fixadas em 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo. Nesse sentido: “PENAL E PROCESSO PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. NÃO CABIMENTO. 2. NOVATIO LEGIS IN MELLIUS. PEDIDO DE APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE. PROCESSO SOB A JURISDIÇÃO DO STJ NO MOMENTO DA EDIÇÃO DA LEI. 3. POSSE DE MUNIÇÕES DE USO RESTRITO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO. DECRETOS N. 9.785/2019 E 9.847/2019. APLICAÇÃO RETROATIVA. ART. 2º, P. ÚNICO, DO CP E ART. 5º, XL, DA CF. 4. MUNIÇÕES 9MM. CALIBRE DE USO PERMITIDO. NECESSIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO. 5. READEQUAÇÃO DA PENA. IMPLEMENTO DO PRAZO PRESCRICIONAL. 6. EMBARGOS REJEITADOS. DESCLASSIFICAÇÃO DE OFÍCIO. 1. Os embargos de declaração possuem fundamentação vinculada, dessa forma, para seu cabimento, é necessária a demonstração de que a decisão embargada se mostrou ambígua, obscura, contraditória ou omissa, conforme disciplina o art. 619 do Código de Processo Penal, o que não se verifica na presente hipótese. 2. Cuidando-se de lei nova, editada quando o processo já se encontrava sob a jurisdição do Superior Tribunal de Justiça, cabe, de fato, a esta Corte analisar eventual aplicação da novatio legis in mellius. Precedentes. 3. Busca-se a desclassificação do crime do art. 16, caput, para o crime do art. 12, ambos da Lei n. 10.826/2003, em virtude da superveniência dos Decretos n. 9.785/2019 e 9.847/2019, regulamentados pela Portaria n. 1.222/2019 do Exército Brasileiro. Como é de conhecimento, o art. 2º, p. único, do CP, em observância ao disposto no art. 5º, XL, da CF, dispõe que ‘a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado’. 4. Verificando-se que o paciente foi condenado pela posse irregular de munição de uso restrito, em virtude de terem sido encontradas oito munições calibre 9mm, mister se faz a desclassificação da conduta, uma vez que referidas munições passaram a ser de uso permitido. [...] 6. Embargos rejeitados. Desclassificação da conduta, de ofício, para porte de

munição de uso permitido, com o consequente reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.” (STJ, EDcl no AgRg no AREsp n. 1.439.001/DF, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 5/12/2019, DJe de 17/12/2019). (grifos acrescentados). Passa-se, a seguir, à apreciação da dosimetria das penas. Com relação ao crime de tráfico de drogas, na primeira fase, após avaliar as circunstâncias judiciais, a Juíza a quo fixou as penas-base no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, tornando-as definitivas em razão da ausência de atenuantes ou agravantes, bem como de causas de aumento ou de diminuição de pena. A Magistrada singular afastou a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, expondo a seguinte motivação: “Apesar de não suscitado pela defesa, verifico que o réu não faz jus a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da lei 11.343/06, apesar da certidão de antecedentes criminais atestar que o acusado é primário e possuidor de bons antecedentes (súmula 444 do STJ). A certidão de fls. 29, mostra que o acusado possui outro processo em andamento na Comarca de Itacaré (Autos n.º 0000025-59.2019.805.0114), restando provado que o acusado se dedica à atividade criminosa. Pelo que ele não faz jus a causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, tendo em vista que não preenche os requisitos exigidos”. A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 10/08/2022, alinhando-se ao entendimento mais recente sufragado no Supremo Tribunal Federal, fixou tese em recursos repetitivos, no sentido de que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (REsp 1.977.027 e REsp 1.977.180). Confirmam-se: Proclamação Final de Julgamento no RECURSO ESPECIAL n.º 1.977.027/PR, do Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra Laurita Vaz (data do julgamento: 10/08/2022): A Terceira Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções, nos termos desta decisão, e fixou a seguinte 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”, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora (STJ, processo afetado ao rito dos recursos repetitivos). “AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIMINAL. INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE. RE 591.054-RG/SC. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. Precedente. II – A aplicação da causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal. III – Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF, RE 1283996 AgR, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020, publicado em 03/12/2020). Ainda acerca da matéria, colaciona-se o seguinte julgado: “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. UTILIZAÇÃO

PARA MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA E DA SEGUNDA TURMAS DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, no exercício de discricionariedade vinculada, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao quantum ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador. 2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão pelo STJ somente em situações excepcionais de notória ilegalidade ou de abuso de poder que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação probatória. 3. Os requisitos específicos para reconhecimento do tráfico privilegiado estão expressamente previstos no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a saber, que o beneficiário seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. 4. Inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar ou modular a fração de diminuição de pena do tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral). 5. Configura constrangimento ilegal a presunção de que o agente se dedica a atividades criminosas pela simples existência de inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação criminal definitiva; da mesma maneira, configura constrangimento ilegal a modulação da fração de redução de pena do tráfico privilegiado com considerações exclusivamente acerca desses fundamentos. 6. Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg no HC 694.827/RS, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe 24/02/2022). (grifos acrescentados). Desse modo, em consonância com o recente entendimento jurisprudencial firmado nos Tribunais Superiores, forçoso reconhecer, no presente caso, a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. Quanto à modulação da fração de redução, cumpre observar que a quantidade de droga apreendida não foi elevada (cerca de 40 gramas de maconha), o que justifica a aplicação do redutor em seu grau máximo (2/3). Isto posto, com relação ao delito de tráfico de drogas, as reprimendas restam, definitivamente, fixadas em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, readequando-se o regime prisional inicial para o aberto. Quanto ao crime tipificado no art. 12, da Lei n.º 10.826/2003, como visto, o Recorrente restou condenado às penas definitivas de 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, impondo-se estipular o regime aberto para o início de cumprimento da sanção corporal. Tratando-se de fixação de regime inicial de cumprimento da pena, deve ser aplicado o regime correspondente para cada um dos crimes, pois se aplica o disposto nos arts. 69 e 76, do Código Penal, e, não, o art. 111, da Lei de Execução Penal, que cuida da hipótese de unificação das penas na execução. Nesse sentido: “PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PORTE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E MUNIÇÕES. PENAS DE RECLUSÃO E DETENÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. SOMATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME CORRESPONDENTE A CADA UM DOS CRIMES. ARTS. 69 E 76 DO CÓDIGO PENAL – CP. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Verifica-se que o caso dos autos não se refere à unificação das penas para fins de execução penal, mas para definição do regime inicial de cumprimento da pena. Nesse contexto, deve ser aplicado o regime correspondente para cada um dos crimes, nos termos dos arts. 69 e

76 do Código Penal e, não, o art. 111 da Lei de Execução Penal – LEP, como fez o TJGO. 2. No caso, mantém-se o estabelecimento do regime inicial semiaberto para o crime cuja a pena é de reclusão e regime inicial aberto para o crime cuja a pena é de detenção. 3. Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg no REsp n. 1.935.456/GO, Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 26/5/2022). O art. 44, § 2º, do Código Penal dispõe que, na condenação igual ou inferior a 01 (um) ano, a substituição pode ser feita por multa ou por 01 (uma) pena restritiva de direitos; se superior a 01 (um) ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por 01 (uma) pena restritiva de direitos e multa ou por 02 (duas) restritivas de direitos. Assim, substitui-se, de ofício, a pena privativa de liberdade imposta pela prática do crime de tráfico de drogas (01 ano e 08 meses de reclusão) por 02 (duas) restritivas de direitos, e a sanção corporal imposta pela prática do delito de posse irregular de munições de uso permitido (01 ano de detenção) por 01 (uma) restritiva de direitos. As penas restritivas de direitos deverão ser definidas pelo Juízo da Execução, ao qual competirá adequar as referidas penas com outras reprimendas cujo cumprimento esteja em curso. Considerando o redimensionamento das penas privativas de liberdade, a modificação do regime prisional para o aberto e a substituição por penas restritivas de direitos, deverá o Apelante aguardar, em liberdade, o trânsito em julgado da condenação, restando prejudicada a análise do pedido de aplicação da detração penal. Pelo quanto expendido, voto no sentido de conhecer do recurso, REJEITAR A PRELIMINAR, no mérito, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO DEFENSIVO, para desclassificar o delito tipificado no art. 16, caput, da Lei n.º 10.826/2003, para o crime previsto no art. 12, do mesmo diploma legal, redimensionar as penas definitivas impostas ao Apelante para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito de tráfico de drogas, e 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime de posse irregular de munições de uso permitido, modificar o regime prisional inicial para o aberto, e, DE OFÍCIO, substituir as penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do voto, que deverão ser definidas pelo Juízo da Execução, servindo o presente Acórdão como ALVARÁ DE SOLTURA, que deverá ser cumprido, se por outro motivo não estiver preso o Recorrente. Sala das Sessões, ____ de _____ de 2022. Presidente Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães Relatora Procurador (a) de Justiça