

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501122-76.2018.8.05.0088

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: Jandilson Nunes Ribeiro e outros (2)

Advogado (s): LUCIO JOSE ALVES JUNIOR

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

Advogado (s):

DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. (ART. 33, CAPUT, LEI Nº 11.343/06). PEDIDO DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA QUE DEVE SER ANALISADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIAS. PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL POR AUSÊNCIA DE RECEBIMENTO FORMAL DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. PRELIMINAR DE NULIDADE. ALEGAÇÃO DE INVASÃO DE DOMICÍLIO POR POLICIAIS. DESACOLHIMENTO. BUSCA DOMICILIAR FUNDADA EM FORTES INDÍCIOS DE CRIME PERMANENTE NO INTERIOR DOS IMÓVEIS. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO. NEGATIVA DE AUTORIA. DESPROVIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTES. PROVAS TESTEMUNHAIS INEQUÍVOCAS. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DO ART. 16 DA LEI 10826 /03 PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 12 DO REFERIDO DIPLOMA LEGAL. POSSIBILIDADE. REVISÃO DA DOSIMETRIA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DO § 4º, ART. 33, DA LEI Nº 11.343/06 EM SEU PATAMAR MÁXIMO. VIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ALBERGAMENTO. PARECER DA D. PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO E PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO POR ADILIO PEREIRA DOS SANTOS CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DOS RECURSOS INTERPOSTOS POR JANDILSON NUNES RIBEIRO E CLEBIO SOUZA DO CARMO. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO POR ADÍLIO PEREIRA DOS SANTOS PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO. APELAÇÕES INTERPOSTAS POR JANDILSON NUNES RIBEIRO e CLÉBIO SOUZA DO CARMO CONHECIDAS E PARCIALMENTE PROVIDAS. PRELIMINARES REJEITADAS.

1. Trata-se de Apelação Criminal interposta contra sentença prolatada pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Guanambi/BA, Dra. Adriana Silveira Bastos, que, nos autos de nº 0501122-76.2018.8.05.0088, julgou procedente o pedido constante na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia para condenar os Rés/Apelantes nas sanções do art. 33 da Lei 11.343/06.

2. Na oportunidade, o Magistrado sentenciante fixou a pena total para ADÍLIO PEREIRA DOS SANTOS em 08 (oito) anos de reclusão e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, para JANDILSON NUNES RIBEIRO em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime aberto e para CLÉBIO SOUZA DO CARMO em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime aberto.

3. Da prefacial, em breve resumo, extrai-se que no dia 16/04/2018, por volta das 17:00 horas, no imóvel situado na Rua Fernão Dias, nº 129, Monte Pascoal, Guanambi/BA, os denunciados foram presos em flagrante por guardarem 24 (vinte e quatro) pedras de crack, uma "bucha" de maconha, uma arma de fogo e 26 (vinte e seis) munições. Narra que as substâncias entorpecentes são proscritas pela Portaria SVS/MS nº 344/98 e, sobretudo pela diversidade e quantidade, se destinavam ao comércio, tendo sido ainda apreendidos 5 (cinco) aparelhos de telefone celular, 2 (duas) motocicletas e a quantia R\$ 153,70 (cento e cinquenta e três reais e setenta centavos) em espécie. Além disso, o local funcionava como ponto de venda de drogas. Relata que foi apreendida uma pistola Canik, calibre 9 mm, de uso restrito das Forças Armadas, e 26 (vinte e seis) cartuchos intactos do mesmo calibre. Aduz que os acusados estavam reunidos para a execução de um traficante rival e a arma de fogo seria utilizada na ação delituosa, além de servir para a segurança da boca-de-fumo.

4. Não merece ser conhecido o pleito de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita ao Apelante ADÍLIO PEREIRA DOS SANTOS. Resta evidente que análise da hipossuficiência do Recorrente não pode ser efetivada por este Órgão Julgador, sob pena de supressão de instância, pois tal matéria é afeta ao Juízo das Execuções Penais, em caso de condenação.

5. Preliminar de nulidade por ausência de recebimento formal da denúncia. Verificado que os procedimentos para o recebimento da denúncia foram devidamente observados pela magistrada de origem, restando devidamente regular o início da persecução penal, não há que se falar em nulidade pela não inserção do termo "recebo a denúncia", em razão da ausência de prejuízo à Defesa, tendo em vista que o devido processo legal e a ampla defesa restaram resguardados, tratando-se, evidentemente, de recebimento tácito da denúncia

6. Preliminar de nulidade. Alegação de colheita ilegal de provas, obtidas pela entrada de policiais em domicílio, sem a devida autorização ou mandado judicial. Desacolhimento. A entrada da polícia no imóvel ocorreu com base em notícia contendo informações bem específicas, detalhando o

nome do suspeito, suas características físicas e o endereço do ponto de venda. Analisando os autos, verifico que, motivados pelas informações, os policiais encontraram os Acusados justamente no local indicado pelo informante e, ao realizarem a busca pessoal apreenderam os entorpecentes e a arma. Destarte, tais fatos demonstraram aos policiais que a denúncia não era temerária. Ao contrário, revestia-se de credibilidade. Outrossim, havendo informações de que a mercancia de drogas era rotineira, houve nos policiais um juízo de quase certeza de haver drogas em depósito nos imóveis onde realizaram as buscas. Ante o exposto, entendo que não houve ilegalidade na colheita das provas, pois a existência de crime permanente no interior dos imóveis justificou a entrada dos policiais, restando desacolhida a preliminar aventada.

7. Não merece acolhimento o pleito absolutório. A materialidade e autoria delitivas restaram sobejamente demonstradas através do auto de prisão em flagrante (fls. 04), auto de exibição e apreensão (fl. 25/26), o laudo de toxicológico (fl. 36), laudo de exame pericial (fls. 41/42), pelos depoimentos judiciais prestados pelas testemunhas policiais Thiago Lucas Matias Marques, Cyrus Souza Quadros e Jorlando Magalhães Santana agentes policiais integrantes da diligência que culminou na apreensão dos entorpecentes e prisão em flagrante dos Apelantes.

8. Registre-se que a função de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos prestados, mormente quando se apresentam coerentes, imparciais, harmônicos com os demais elementos e circunstâncias colhidos dos autos, e quando oferecidos em juízo, sendo oportunizado o contraditório.

#### APELO DE ADÍLIO PEREIRA DOS SANTOS

9. Após analisar as circunstâncias do art. 59 do CP, o MM Juiz fixou a pena basilar, no relativa ao crime de tráfico de drogas no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão, por entender que todas as vetoriais seriam favoráveis ao Apelante. Na segunda fase ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes. Na terceira fase inexistentes causas de aumento e diminuição da pena, restando a pena fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Quanto ao crime descrito no art. 16 da Lei 10.826/03, pretende a defesa, com razão, a desclassificação para o crime constante no art. 12 (posse de arma de fogo de uso permitido). Na hipótese, restaram apreendidos, em sua residência, uma pistola Canik, calibre 9 mm, e 26 (vinte e seis cartuchos) intactos do mesmo calibre, que, à luz do art. 16, III, do Decreto nº 3.665/2000, eram considerados de uso restrito das forças armadas. Com efeito, em virtude dos Decretos nº 9.785/2019 e 9.847/2019, regulamentados pela Portaria nº 1.222/2019 do Exército Brasileiro, armas de fogo e munições do referido calibre passaram a ser consideradas como de uso permitido. Assim, procedida a desclassificação para o art. 12 da Lei 10.826/03, passa-se a dosimetria da pena. Na primeira fase da dosimetria, consoante consignado pelo magistrado, analisando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, deixo de valorar negativamente as circunstâncias judiciais, mantendo a pena-base e no mínimo legal, qual seja, 01 (um) ano de detenção. Na segunda fase ausentes circunstâncias agravantes, presente a

atenuante de confissão, a qual deixo de aplicar em consonância com a Súmula 231 do STJ. Na terceira fase inexistentes causas de aumento e diminuição da pena, restando a pena fixada em 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa. No que tange ao reconhecimento do concurso formal, sem razão a defesa, ante a ocorrência de condutas autônomas que concorreram para a prática de delitos de natureza diversa tornando inequívoca a incidência da regra do artigo 69 do Código Penal (concurso material). Em observância à regra do cúmulo material (art. 69 do Código Penal), procedo ao somatório das penas obtidas, que perfazem o montante de 01 (um) ano de detenção e em 5 (cinco) anos de reclusão, bem como a 510 (quinhentos e dez) dias-multa, equivalendo o valor do dia-multa a 1/30 do salário-mínimo legal à época dos fatos, em razão da situação financeira do réu, valor que deverá ser atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária (art. 49, § 2º, do CP). Mantenho o o REGIME SEMIABERTO para cumprimento da pena, atendendo aos pressupostos do art. 33, § 1º b, c/c § 3º, do Código Penal, incumbindo ao juízo da execução proceder à detração penal, levando-se, em conta haver o sentenciado permanecido preso, no curso da ação penal, bem como a inexistência de elementos efetivos, nos autos, para se proceder, de pronto, à detração, nesta instância.

10. Do mesmo modo, inaplicáveis a substituição ou a suspensão condicional da pena, por ausência dos requisitos objetivos legalmente previstos, conforme arts. 44 e 77 do Código Penal.

#### APELO DE JANDILSON NUNES RIBEIRO

11. Após analisar as circunstâncias do art. 59 do CP, o MM Juiz fixou a pena basilar, no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão, por entender que todas as vetoriais seriam favoráveis ao Apelante. Na segunda fase ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes. Na terceira fase, o Magistrado não reconheceu a existência de causas de diminuição ou de aumento de pena, deixando de aplicar a possibilidade de enquadramento da conduta do Réu nas prescrições do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Na hipótese, considerando se tratar de réu primário, sem antecedentes criminais, além de não restar provado que integrava organização criminosa ou que se dedicasse a atividade delituosa para a manutenção própria ou de outrem, deve-se aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Sendo assim, diminui-se a pena em 2/3 (dois terços), patamar máximo, passando a ser de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época.

12. Considerando o quantum da pena aplicada, mantenho o regime inicial aberto, em conformidade com o disposto no art. 33, § 2º, c, do Código Penal. Substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, na forma do art. 44, § 2º, do Código Penal, a serem definidas no Juízo de Execuções Penais, conforme as suas aptidões. Quanto ao pleito para recorrer em liberdade, tenho por prejudicado uma vez que concedido no édito condenatório.

## APELO DE CLÉBIO SOUZA DO CARMO

13. Após analisar as circunstâncias do art. 59 do CP, o MM Juiz fixou a pena basilar, no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão, por entender que todas as vetoriais seriam favoráveis ao Apelante. Na segunda fase ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes. Na terceira fase, o Magistrado não reconheceu a existência de causas de diminuição ou de aumento de pena, deixando de aplicar a possibilidade de enquadramento da conduta do Réu nas prescrições do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Na hipótese, considerando se tratar de réu primário, sem antecedentes criminais, além de não restar provado que integrava organização criminosa ou que se dedicasse a atividade delituosa para a manutenção própria ou de outrem, deve-se aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Sendo assim, diminui-se a pena em 2/3 (dois terços), patamar máximo, passando a ser de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época. Considerando o quantum da pena aplicada, mantenho o regime inicial aberto, em conformidade com o disposto no art. 33, § 2º, c, do Código Penal. Substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, na forma do art. 44, § 2º, do Código Penal, a serem definidas no Juízo de Execuções Penais, conforme as suas aptidões. Quanto ao pleito para recorrer em liberdade, tenho por prejudicado uma vez que concedido no édito condenatório.

14. PARECER DA D. PROCURADORIA DE JUSTIÇA SUBSCRITO PELA DRA. MARILENE PEREIRMOTA OPINANDO PELO CONHECIMENTO E PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO INTERPOSTO POR ADILIO PEREIRA DOS SANTOS CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DOS RECURSOS INTERPOSTOS POR JANDILSON NUNES RIBEIRO E CLEBIO SOUZA DO CARMO.

RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO POR ADÍLIO PEREIRA DOS SANTOS PARCIALMENTE CONHECIDO, E NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO para desclassificar o crime descrito no art. 16 da Lei 10.826/03, para o art. 12, fixando a pena no montante de 01 (um) ano de detenção e em 5 (cinco) anos de reclusão, bem como a 510 (quinhentos e dez) dias-multa e RECURSOS DE APELAÇÃO INTERPOSTOS POR JANDILSON NUNES RIBEIRO e CLÉBIO SOUZA DO CARMO, CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS, para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 e reduzir a pena para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão em regime inicial aberto e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estipuladas no Juízo da Execução Penal. PRELIMINARES REJEITADAS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0501122-76.2021.8.05.0088, provenientes da Comarca de Guanambi/BA, em que figuram, como Apelantes ADÍLIO PEREIRA DOS SANTOS, JANDILSON NUNES RIBEIRO e CLÉBIO SOUZA DO CARMO e Apelado o Ministério Público do Estado da Bahia.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em REJEITAR AS PRELIMINARES SUSCITADAS E NO MÉRITO CONHECER PARCIALMENTE do apelo interposto por ADÍLIO PEREIRA DOS SANTOS E, NESSA EXTENSÃO, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO E CONHECER E DAR PARCIAL PROVIMENTO AOS APELOS interpostos por JANDILSON NUNES RIBEIRO e CLÉBIO SOUZA DO CARMO, consoante certidão de julgamento, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto do Desembargador Relator.  
Salvador, 2022.  
(data constante na certidão eletrônica de julgamento)

DES. ANTONIO CUNHA CAVALCANTI  
PRESIDENTE/RELATOR

AC04

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Recursos simultâneos Por Unanimidade  
Salvador, 7 de Abril de 2022.

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501122-76.2018.8.05.0088

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: Jandilson Nunes Ribeiro e outros (2)

Advogado (s): LUCIO JOSE ALVES JUNIOR

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

Advogado (s):

## RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta contra sentença prolatada pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Guanambi/BA, Dra. Adriana Silveira Bastos, que, nos autos de nº 0501122-76.2018.8.05.0088, julgou procedente o pedido constante na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia para condenar os Rés/Apelantes nas sanções do art. 33 da Lei 11.343/06.

Na oportunidade, o Magistrado sentenciante fixou a pena total para ADÍLIO PEREIRA DOS SANTOS em 08 (oito) anos de reclusão e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, para JANDILSON NUNES RIBEIRO em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime aberto e para CLÉBIO SOUZA DO CARMO em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime aberto.

Da prefacial, em breve resumo, extrai-se que no dia 16/04/2018, por volta das 17:00 horas, no imóvel situado na Rua Fernão Dias, nº 129, Monte Pascoal, Guanambi/BA, os denunciados foram presos em flagrante por guardarem 24 (vinte e quatro) pedras de crack, uma “bucha” de maconha, uma arma de fogo e 26 (vinte e seis) munições. Narra que as substâncias entorpecentes são proscritas pela Portaria SVS/MS nº 344/98 e, sobretudo pela diversidade e quantidade, se destinavam ao comércio, tendo sido ainda apreendidos 5 (cinco) aparelhos de telefone celular, 2 (duas) motocicletas e a quantia R\$ 153,70 (cento e cinquenta e três reais e setenta centavos)

em espécie. Além disso, o local funcionava como ponto de venda de drogas. Relata que foi apreendida uma pistola Canik, calibre 9 mm, de uso restrito das Forças Armadas, e 26 (vinte e seis) cartuchos intactos do mesmo calibre. Aduz que os acusados estavam reunidos para a execução de um traficante rival e a arma de fogo seria utilizada na ação delituosa, além de servir para a segurança da boca-de-fumo.

Após instrução criminal e apresentados os memoriais, sobreveio sentença condenatória (fls. 328/375).

Irresignado com a condenação, os acusados JANDILSON NUNES RIBEIRO e CLEBIO SOUZA DO CARMO interpuseram apelo fls.442/454, pugnando em suas razões, preliminarmente a nulidade processual em face da ausência de recebimento formal da denúncia, a nulidade das provas por violação de domicílio, no mérito tese absolutória, a aplicação da causa de diminuição presente no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, o direito de recorrer em liberdade , prequestionando a matéria.

O acusado ADÍLIO PEREIRA DOS SANTOS interpôs recurso às fls. 462/492, pugnando em suas razões, preliminarmente a nulidade processual em face da ausência de recebimento formal da denúncia, a nulidade das provas por violação de domicílio, no mérito tese absolutória, a aplicação da atenuante da confissão com a consequente redução da pena aquém do mínimo legal, o reconhecimento do concurso formal, o direito de recorrer em liberdade, prequestionando, também, a matéria.

O Ministério Público em suas contrarrazões (fls. 496/503), requereu a manutenção do decisum.

Remetidos os autos a esta Superior Instância, foi dado vista à Procuradoria de Justiça que se manifestou através do parecer da lavra da Douta Procuradora de Justiça, Dra. Marilene Pereira Mota, opinando pelo conhecimento e parcial provimento do recurso interposto por Adilio Pereira Dos Santos e pelo conhecimento e improvimento dos recursos interpostos por Jandilson Nunes Ribeiro e Clebio Souza do Carmo.

Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor.

Salvador, de 2022.  
(data registrada no sistema)

Des. Antonio Cunha Cavalcanti  
Relator  
(assinado eletronicamente)

AC04

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Segunda Câmara Criminal 2ª Turma



Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501122-76.2018.8.05.0088

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: Jandilson Nunes Ribeiro e outros (2)

Advogado (s): LUCIO JOSE ALVES JUNIOR

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

Advogado (s):

## VOTO

Trata-se de Apelação Criminal interposta contra sentença prolatada pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Guanambi/BA, Dra. Adriana Silveira Bastos, que, nos autos de nº 0501122-76.2018.8.05.0088, julgou procedente o pedido constante na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia para condenar os Rés/Apelantes nas sanções do art. 33 da Lei 11.343/06.

Na oportunidade, o Magistrado sentenciante fixou a pena total para ADÍLIO PEREIRA DOS SANTOS em 08 (oito) anos de reclusão e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, para JANDILSON NUNES RIBEIRO em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime aberto e para CLÉBIO SOUZA DO CARMO em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime aberto.

Da prefacial, em breve resumo, extrai-se que no dia 16/04/2018, por volta das 17:00 horas, no imóvel situado na Rua Fernão Dias, nº 129, Monte Pascoal, Guanambi/BA, os denunciados foram presos em flagrante por guardarem 24 (vinte e quatro) pedras de crack, uma “bucha” de maconha, uma arma de fogo e 26 (vinte e seis) munições. Narra que as substâncias entorpecentes são proscritas pela Portaria SVS/MS nº 344/98 e, sobretudo pela diversidade e quantidade, se destinavam ao comércio, tendo sido ainda apreendidos 5 (cinco) aparelhos de telefone celular, 2 (duas) motocicletas e a quantia R\$ 153,70 (cento e cinquenta e três reais e setenta centavos) em espécie. Além disso, o local funcionava como ponto de venda de drogas. Relata que foi apreendida uma pistola Canik, calibre 9 mm, de uso restrito das Forças Armadas, e 26 (vinte e seis) cartuchos intactos do mesmo

calibre. Aduz que os acusados estavam reunidos para a execução de um traficante rival e a arma de fogo seria utilizada na ação delituosa, além de servir para a segurança da boca-de-fumo.

Após instrução criminal e apresentados os memoriais, sobreveio sentença condenatória (fls. 328/375).

Irresignado com a condenação, os acusados JANDILSON NUNES RIBEIRO e CLEBIO SOUZA DO CARMO interpuseram apelo fls.442/454, pugnando em suas razões, preliminarmente a nulidade processual em face da ausência de recebimento formal da denúncia, a nulidade das provas por violação de domicílio, no mérito tese absolutória, a aplicação da causa de diminuição presente no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, o direito de recorrer em liberdade , prequestionando a matéria.

O acusado ADÍLIO PEREIRA DOS SANTOS interpôs recurso às fls. 462/492, pugnando em suas razões, preliminarmente a nulidade processual em face da ausência de recebimento formal da denúncia, a nulidade das provas por violação de domicílio, no mérito tese absolutória, a aplicação da atenuante da confissão com a consequente redução da pena aquém do mínimo legal, o reconhecimento do concurso formal, o direito de recorrer em liberdade, prequestionando, também, a matéria.

O Ministério Público em suas contrarrazões (fls. 496/503), requereu a manutenção do decisor.

Remetidos os autos a esta Superior Instância, foi dado vista à Procuradoria de Justiça que se manifestou através do parecer da lavra da Douta Procuradora de Justiça, Dra. Marilene Pereira Mota, opinando pelo conhecimento e parcial provimento do recurso interposto por Adilio Pereira Dos Santos e pelo conhecimento e improvimento dos recursos interpostos por Jandilson Nunes Ribeiro e Clebio Souza do Carmo.

## 1. DO REQUERIMENTO DE GRATUIDADE JUDICIÁRIA.

Não merece ser conhecido o pleito de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita ao Apelante ADÍLIO PEREIRA DOS SANTOS. Com efeito, o artigo 804, do Código de Processo Penal, c/c o artigo 98, parágrafos 2º e 3º, do Código de Processo Civil, preconizam que a sentença deve condenar nas custas o sucumbente, ainda que o referido seja assistido pela Defensoria Pública ou beneficiário da justiça gratuita, podendo, entretanto, ficar suspensa a exigência do pagamento, pelo prazo de 05 (cinco) anos, após avaliação das condições econômico-financeiras do condenado pelo Juízo da Execução Penal, e findo o referido prazo, ficará prescrita a obrigação.

A respeito do tema, convém esclarecer que existem julgados do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o indulto à pena pecuniária e dispensa das custas processuais é matéria de competência do Juízo da Execução, haja vista ser na fase de execução da pena definitiva o momento oportuno para avaliar a real situação financeira do condenado.

A propósito, destaca-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CONSUMADO. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INVERSÃO DA POSSE DO BEM. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA-BASE PROPORCIONAL. REGIME PRISIONAL. RÉU REINCENTE. MODO FECHADO. FIXAÇÃO DA PENA DE MULTA. ISENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O Tribunal de origem foi categórico em afirmar que o acusado praticou o crime (roubo) mediante emprego de grave ameaça à vítima. 2. No caso, a

alteração do julgado, no sentido de desclassificar o crime de roubo para furto, implicaria reexame do material fático-probatório dos autos, providência inviável nesta sede recursal, a teor do que dispõe o enunciado da Súmula 7/STJ. 3. A Terceira Seção desta Corte Superior, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.499.050/RJ, representativo de controvérsia repetitiva, sob a relatoria do eminente Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, firmou orientação no sentido de que: "consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada". 4. Na espécie, verifica-se que o delito de roubo ocorreu na sua forma consumada, porquanto houve inversão da posse dos bens pertencentes à vítima, que, aliás, somente foram recuperados graças à ação da polícia, quando da captura do agente, motivo pelo qual não há falar em tentativa. 5. No que diz respeito ao quantum de aumento da pena-base, "o Superior Tribunal de Justiça entende que o julgador não está adstrito a critérios puramente matemáticos, havendo certa discricionariedade na dosimetria da pena, vinculada aos elementos concretos constantes dos autos. No entanto, o quantum de aumento, decorrente da negativação das circunstâncias, deve observar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e à prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena" (REsp 1599138/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018). 6. Na hipótese, considerando as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de roubo (4 a 10 anos de reclusão), tem-se que a pena-base (majorada em 6 meses acima do mínimo legal, diante da consideração desfavorável de uma circunstância judicial) foi fixada de acordo com o princípio da legalidade e pautada por critérios de proporcionalidade e razoabilidade, tendo sido, inclusive, benevolente ao réu. Precedentes. 7. Estabelecida a quantidade da pena em patamar superior a 4 (quatro) e não excedente a 8 (oito) anos de reclusão, e considerando a reincidência do agravante, permanece inalterado o regime inicial fechado. 8. Quanto ao pleito de dispensa da pena pecuniária, "não seria viável a isenção da pena de multa imposta ao acusado sob o argumento de que não teria condições econômico-financeiras de efetuar o seu pagamento, uma vez que esta Corte firmou o entendimento de que tal pleito carece de autorização legal, motivo pelo qual não pode ser acolhido pelo julgador" (HC 297.447/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 13/11/2014). 9. Por outro lado, fixada a pena-base em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, um pouco acima do mínimo legal previsto para o crime de roubo, não se revela desproporcional a pena de multa fixada em 12 dias-multa, no mínimo legal. Estabelecido o valor do dia-multa com base na condição econômica do réu, rever as conclusões das instâncias ordinárias sobre a matéria demandaria necessariamente nova análise do material fático-probatório dos autos, providência inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7 desta Corte. 10. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ – AgRg no AREsp: 1227478 DF 2018/0000287-0, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 13/12/2018, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. INDENIZAÇÃO À VÍTIMA. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. PENA PECUNIÁRIA. QUANTIDADE.

MISERABILIDADE. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO INCABÍVEL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A aplicação do instituto disposto no art. 387, IV, do CPP, referente à reparação de natureza cível, na prolação da sentença condenatória, requer a dedução de um pedido expresso do querelante ou do Ministério Público, em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa. 2. Ao determinar a indenização de ofício, o Juízo de primeiro grau decidiu fora dos pedidos deduzidos pelo Parquet na peça acusatória, o que configura violação do princípio da correlação entre o pedido e a sentença, a justificar o afastamento da reparação. 3. A pena de multa deve ser fixada em duas etapas: a primeira com vista a definir a quantidade de dias-multa – de acordo com as circunstâncias do art. 59 do Código Penal – e a segunda, a fim de arbitrar o valor de cada dia-multa, levando-se em consideração a capacidade econômica dos réus. 4. A situação econômica dos acusados não influi no cálculo da quantidade de dias-multa. 5. Nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais. 6. O momento de verificação da miserabilidade do condenado, para fins de suspensão da exigibilidade do pagamento, é na fase de execução, visto que é possível que ocorra alteração na situação financeira do apenado entre a data da condenação e a da execução do decreto condenatório. 7. Agravo regimental não provido, com a correção de erro material no decisum agravado, para constar que o agravo foi conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial, a fim de afastar a condenação ao pagamento de indenização à vítima. (AgRg no AREsp 1309078/PI, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 16/11/2018)

A jurisprudência deste Tribunal, também, soa nesse sentido, verbis:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, I E II, DO CP). PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03. RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVADA A MATERIALIDADE E A AUTORIA DELITIVAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO SIMPLES. INVIABILIDADE. DEMONSTRADA A COAUTORIA E O USO DA ARMA. APLICAÇÃO DA TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVADA A INVERSÃO NA POSSE. PENA DOSADA NO MÍNIMO. INVIABILIDADE DE REDUÇÃO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO. I – Nos crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima encontra especial relevância, quando em consonância com as demais provas dos autos. II – O crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido é classificado como crime de perigo abstrato ou de mera conduta, razão por que o simples fato de o Acusado ter sido encontrado transportando a arma, sem autorização e em desacordo com determinação legal, já configura o delito em questão, tornando desnecessária que a arma esteja municiada. III – É suficiente a concorrência de duas ou mais pessoas na execução do crime, para configuração da qualificadora "concurso de pessoas", prevista no inciso II do § 2º do art. 157 do CP. IV – Havendo provas de que o Acusado utilizou-se da arma de fogo, inclusive tendo havido a sua apreensão, não há que se falar em exclusão da majorante. V – Para consumação do delito de roubo é desnecessário que o objeto roubado tenha saído da esfera de vigilância da vítima ou que haja posse mansa e pacífica, bastando para tanto que tenha havido a inversão da posse. VI – A matéria atinente à isenção de custas e gratuidade da justiça está disposta no art. 12 da Lei nº 1.060/50, sendo de competência do Juízo da Vara das

Execuções Penais. (TJ-BA – APL: 03024075420148050274, Relator: NAGILA MARIA SALES BRITO, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 13/06/2019) grifos nossos

## 2. DA PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL POR AUSÊNCIA DE RECEBIMENTO FORMAL DA DENÚNCIA

Verificado que os procedimentos para o recebimento da denúncia foram devidamente observados pelo magistrado de origem, restando devidamente regular o início da persecução penal, não há que se falar em nulidade pela não inserção do termo "recebo a denúncia", em razão da ausência de prejuízo à Defesa, tendo em vista que o devido processo legal e a ampla defesa restaram resguardados, tratando-se, evidentemente, de recebimento tácito da denúncia.

Com efeito, o Direito Processual Penal, em tema de nulidades, é regido pelo preceito fundamental *pas de nullité sans grief*, consagrado pelo legislador no art. 563 do CPP. Logo, não haverá declaração de nulidade quando inexistir prejuízo comprovado. Isso porque, o processo não é um fim em si mesmo, merecendo aproveitamento todos os atos que atingirem a sua finalidade, desde que não haja prejuízo às partes.

Nesse sentido, leciona Ada Pellegrini Grinover:

"A decretação da nulidade implica perda da atividade processual já realizada, transtornos ao juiz e às partes e demora na prestação jurisdicional almejada, não sendo razoável, dessa forma, que a simples possibilidade de prejuízo dê lugar à aplicação da sanção; o dano deve ser concreto e efetivamente demonstrado em cada situação."

A propósito:

PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO E ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. RECEBIMENTO IMPLÍCITO DA DENÚNCIA.

POSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. NÃO OCORRÊNCIA. RAZOABILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE DESÍDIA ESTATAL. COMPLEXIDADE DO FEITO. PARECER MINISTERIAL PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO.

1. O entendimento firmado pelo Tribunal de origem no julgamento do writ originário está em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual "a decisão que recebe a denúncia se trata de ato que dispensa maior fundamentação, não se subsumindo à norma insculpida no art. 93, inciso IX, da Constituição da República. Assim, admite-se, inclusive, o recebimento tácito ou implícito da denúncia, justamente diante da ausência de formalidade que o ordenamento jurídico empresta ao ato judicial em questão." (AgRg no REsp n. 1.450.363/MG, de relatoria do Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017.) 2. No caso dos autos, protocolada a denúncia, foi oportunizada à defesa a resposta à acusação, após o que o magistrado entendendo estarem presentes os requisitos para recebimento da denúncia, recebeu-a e designou data para a realização da audiência de instrução. Desse modo não há que se falar em nulidade ou prejuízo para a defesa no procedimento adotado pelo Juízo processante. [...] 4. Recurso desprovido, mas com recomendação de celeridade no julgamento da Ação Penal n. 0508991-17.2018.8.05.0274. (RHC 113.973/BA, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 12/03/2020)

PENAL. RECEBIMENTO IMPLÍCITO DA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. JUÍZO DE MERA

PRELIBAÇÃO. MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A decisão que recebe a denúncia possui natureza interlocutória e emite juízo de mera prelibação. 2. É assente na jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que se trata de ato que dispensa maior fundamentação, não se subsumindo à norma insculpida no art. 93, inciso IX, da Constituição da República. Assim, admite-se, inclusive, o recebimento tácito ou implícito da denúncia, justamente diante da ausência de formalidade que o ordenamento jurídico empresta ao ato judicial em questão. 3. A prática pelo magistrado de atos inerentes ao prosseguimento do feito compatíveis com o recebimento da denúncia afigura-se suficiente a ter por recebida a peça acusatória. Por consequência, não se reputando nulo ou inexistente o recebimento da denúncia, não há razão para afastar sua característica de marco interruptivo do prazo prescricional. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1450363/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017)

Nessa inteligência, o entendimento desta Corte de Justiça:

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: HABEAS CORPUS CRIMINAL n. 8003895-51.2019.8.05.0000 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma IMPETRANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA e outros Advogado (s): IMPETRADO: VARA DO JÚRI DA COMARCA DE VITÓRIA DA CONQUISTA Advogado (s): HABEAS CORPUS. CRIMES DE HOMICÍDIO QUALIFICADO E ROUBO MAJORADO. ADUZIDA IRREGULARIDADE NO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. POSSIBILIDADE DE RECEBIMENTO IMPLÍCITO DA EXORDIAL ACUSATÓRIA. ALEGAÇÃO DE EXCESSO DE PRAZO. INOCORRÊNCIA. ACUSADO QUE, DEVIDAMENTE CITADO, NÃO APRESENTOU DEFESA E NEM CONSTITUIU ADVOGADO. NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO DA DEFENSORIA PÚBLICA. FEITO QUE AGUARDA O OFERECIMENTO DE RESPOSTA À ACUSAÇÃO DO CORRÉU. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE. TRÂMITE REGULAR DA AÇÃO PENAL. PACIENTE VOLTADO À VIDA CRIMINOSA E QUE OSTENTA CONDENAÇÃO PRÉVIA. NECESSIDADE DA PRISÃO DEMONSTRADA. DENEGAÇÃO DA ORDEM EM HARMONIA COM O PRONUNCIAMENTO DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA. ACORDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Habeas Corpus nº 8003895-51.2019.8.05.0000 da comarca de Vitória da Conquista/BA, tendo como impetrante a DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA e como paciente JEFERSON ALEXANDRE SILVA SANTOS. Acordam os Desembargadores componentes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER e DENEGAR a ordem. Salvador, . (TJ-BA – HC: 80038955120198050000, Relator: NAGILA MARIA SALES BRITO, 2ª VICE-PRESIDÊNCIA, Data de Publicação: 26/04/2019) grifos nossos

Rejeito a preliminar de nulidade suscitada.

3. DA ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA PROVA EM DECORRÊNCIA DE SUPOSTA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO

A defesa alega que a condenação foi lastreada em provas obtidas de forma ilegal, por decorrerem da entrada de policiais em domicílio sem a devida autorização ou mandado judicial, violando o art. 5º, XI, da CF.

Argui que, conforme o inciso LVI, art. 5º, da CF, as provas obtidas por meios ilícitos são inadmissíveis no processo. Assim, requer a nulidade da sentença condenatória, uma vez que os entorpecentes apreendidos na residência indicada na denúncia foram consideradas pelo julgador na formação do seu convencimento.

Saliente-se que o crime de tráfico de drogas tem natureza permanente e, deste modo, o flagrante é protraído no tempo. Assim, havendo fundados indícios de sua prática no interior de um imóvel, o estado de flagrância autoriza a entrada dos policiais.

Todavia, conforme entendimento jurisprudencial, a entrada em domicílio sem autorização ou mandado é situação excepcional, que deve ocorrer somente quando há fundadas razões que indiquem a prática delitiva no interior do imóvel.

Assim, não basta a denúncia anônima infundada ou apenas a prática delitiva pretérita do morador do imóvel para justificar a violação de seu domicílio. As suspeitas devem estar conectadas com informações concretas, que levem a um juízo de probabilidade e não apenas de possibilidade da ocorrência do crime.

Analisando os autos, verifico que, motivados pelas informações, os policiais encontraram os Acusados justamente no local indicado pelo informante e, ao realizarem a busca pessoal apreenderam os entorpecentes, bem como a arma de fogo. Destarte, tais fatos demonstraram aos policiais que a denúncia não era temerária. Ao contrário, revestia-se de credibilidade.

Outrossim, havendo informações de que a mercancia de drogas era rotineira, houve nos policiais um juízo de quase certeza de haver drogas em depósito nos imóveis onde realizaram as buscas.

A esse respeito o seguinte precedente:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI Nº 10.826/03). PRELIMINARES DE NULIDADE DA AUDIÊNCIA REALIZADA POR VIDEOCONFERÊNCIA E DE NULIDADE DO PROCESSO EM RAZÃO DA INVASÃO DE DOMICÍLIO RECHAÇADAS. PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PLEITO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA NÃO CONHECIDO. JÁ HOUVE DEFERIMENTO PELO JUÍZO A QUO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO . I – A pandemia do COVID 19 é uma crise excepcionalíssima e autoriza, no âmbito de processos penais e de execução penal, a realização de atos (por exemplo, sessões de julgamento, audiências e perícias) por sistema áudio visual sem que isso configure cerceamento de defesa. II Sendo o delito descrito no art. 12 da Lei de Armas um crime permanente, o flagrante pode ocorrer a qualquer momento, tendo em vista que a consumação da ação criminosa prolonga-se no tempo, dispensando a expedição de mandado de busca e apreensão III – Restando demonstrado que o Apelante se encontrava na posse de arma, a condenação pela prática do delito previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/03 é medida que se impõe. II Tendo a MM. Magistrada a quo deferido a assistência judiciária gratuita ao Acusado, o pleito de concessão de tal benesse não deve ser conhecido. (TJ-BA – APL: 05002634420208050103, Relator: NAGILA MARIA SALES BRITO, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 09/07/2021)

CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. IRRESIGNAÇÃO ACUSATÓRIA. DENÚNCIA RE-JEITADA. INÉPCIA E AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. DECLARADA NULIDADE DAS PROVAS PELO JUÍZO PRIMEVO. INVASÃO DE DOMICÍLIO. AUSÊNCIA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. NULIDADE NÃO CONFIGURA-DA. FLAGRANTE DELITO. EXCEÇÃO À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. CUMPRIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 41 DO CPP. SUBSTRATO ACUSATÓRIO MÍNIMO PARA PROPOSITURA DA AÇÃO. AUSÊNCIA DE MINUCIOSA EXPOSIÇÃO DOS FATOS QUE NÃO COMPROMETE O EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO SOCIETATE. INÉPCIA NÃO CARACTERIZA-DA. MATERIALIDADE E INDÍCIOS DE AUTORIA. JUSTA CAUSA PRESENTE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (TJ-BA – RSE: 05001816220208050022, Relator: MARIO ALBERTO SIMOES HIRS, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 08/07/2021)

Ante o exposto, entendo que não houve ilegalidade na colheita das provas, pois a existência de crime permanente no interior dos imóveis justificou a entrada dos policiais, restando desacolhida a preliminar aventada.

Passemos ao julgamento do mérito.

#### 4. DO PLEITO ABSOLUTÓRIO

Pois bem. Não merece acolhimento o pleito absolutório.

Adentrando ao mérito da demanda, sustentam os Apelantes de início, a ausência de acervo probatório suficiente para embasar uma condenação por tráfico de drogas. Requerem, assim, a suas absolvições.

Outrossim, as argumentações defensais não merecem guarida, porquanto se visualiza a existência de elementos probatórios suficientes a lastrear, na presente hipótese, a manutenção do Decreto Condenatório.

A materialidade e autoria delitivas restaram sobejamente demonstradas através do auto de prisão em flagrante (fls. 04), auto de exibição e apreensão (fl. 25/26), o laudo de toxicológico (fl. 36), laudo de exame pericial (fls. 41/42), pelos depoimentos judiciais prestados pelas testemunhas policiais THIAGO LUCAS MATIAS MARQUES, CYRUS SOUZA QUADROS e JORLANDO MAGALHÃES SANTANA agentes policiais integrantes da diligência que culminou na apreensão dos entorpecentes e prisão em flagrante dos Apelantes.

Em que pese a negativa de Autoria defendida pela defesa pelos recorrentes os elementos encartados ao caderno processual se mostram contrários à tese sustentado pela defesa.

Foram ouvidos os policiais Tiago Lucas Matias Marques, Cyrus Souza Quadros e Jorlando Magalhães Santana, os quais relataram os fatos de forma precisa, convicta e sem inexatidões.

As testemunhas contaram que após receberem a informação de que os acusados estavam reunidos na residência da traficante “KENINHA”, situada no bairro Monte Pascoal, planejando uma ação para matar integrantes da facção rival, montaram uma operação e deslocaram até o local; que após a abordagem dos acusados, realizaram buscas no imóvel; que localizaram dinheiro, duas motocicletas, aparelhos de telefone celular, uma trouxinha de maconha e 24 (vinte e quatro) pedras de crack e uma pistola 9mm com munições do mesmo calibre na parte dos fundos, dentro de uma caixa de lixo; que os acusados



tentaram empreender fuga após perceberem a chegada dos policiais; que os réus, na época dos fatos, haviam migrado para a facção criminosa liderada por “DELTON”; que o imóvel em que os acusados foram localizados era conhecido como ponto de comercialização de drogas.

Nesse diapasão, não há como afastar tal prova, colhida sob o manto do contraditório, máxime quando a Defesa não aponta fatos concretos que desabonem o testemunho, dos policiais retromencionados, deixando de contraditá-los no momento propício.

Dessarte, a negativa apresentada pelos apelantes não convencem e nem pode se sobrepor aos demais elementos probantes, notadamente porque totalmente incoerentes e completamente dissociadas das provas colhidas durante toda persecução penal, não passando, pois, de mero subterfúgio para eximir-se da responsabilidade criminal.

Logo, os depoimentos firmes, coerentes e esclarecedores das testemunhas de acusação inquiridas, tanto na fase inquisitorial quanto judicial, aliado às circunstâncias fáticas da prisão, bem como a significativa quantidade, do entorpecente apreendido, qual seja, 24 (vinte e quatro) pedras de crack, uma bucha de maconha, além de uma pistola 9mm e 26 (vinte e seis) munições do mesmo calibre na parte dos fundos, dentro de uma caixa de lixo, evidenciam, sem sombra de dúvidas, que os apelantes guardavam/tinha em depósito a droga sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, cuja finalidade era mercantil.

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. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. CONDENAÇÃO BASEADA EM TESTEMUNHOS POLICIAIS. (I) NÃO INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL OBJETO DE DIVERGÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA Nº 284/STF. (II) ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A ausência de particularização dos artigos supostamente violados inviabiliza a compreensão da irresignação recursal, em face da deficiência da fundamentação do apelo raro. Súmula nº 284/STF. 2. É assente nesta Corte o entendimento no sentido de que 'O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso' (HC 165.561/AM, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 15/02/2016). Súmula nº 568/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ, AgRg no AREsp 1054663/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 04/04/2017).

“PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE DE ARMA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. CONDENAÇÃO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES. MEIO DE PROVA IDÔNEO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A Corte de origem, soberana na apreciação da matéria fático-probatória, concluiu pela existência de provas suficientes para a condenação pelo delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, notadamente em razão dos depoimentos de policiais, colhidos sob

o crivo do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual a revisão do julgado encontra óbice na Súmula 7/STJ. 2. O depoimento policial prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a respaldar a condenação, notadamente quando ausente dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova. 3. Agravo regimental improvido." (STJ, AgRg no AREsp 597.972/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 17/11/2016). (grifos acrescidos)

A jurisprudência desta Corte de Justiça, soa nesse sentido, verbis:

APELAÇÃO DEFENSIVA. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APELANTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006, À PENA DE 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA INICIALMENTE EM REGIME ABERTO, BEM COMO PAGAMENTO DE 400 (QUATROCENTOS) DIAS-MULTA, ARBITRADO NO VALOR UNITÁRIO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO DELITUOSO. RAZÕES RECURSAIS: I. REFORMA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, COM A CONSEQUENTE ABSOLVIÇÃO DO APELANTE DA CONDUTA TIPIFICADA AO TEOR DO ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06, SOB A ALEGAÇÃO DE QUE NÃO FICOU COMPROVADO NOS AUTOS QUE FORA O REFERIDO APELANTE QUEM COMETERA O CRIME SUB JUDICE, DEVENDO, POR ISSO, SER UTILIZADO O PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. OS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS POLICIAIS MILITARES RESPONSÁVEIS PELA PRISÃO DO APELANTE CARECEM DE CREDIBILIDADE. NÃO ACOLHIMENTO. DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES DEVIDAMENTE COMPROVADO EM RAZÃO DO AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO, DO LAUDO DE CONSTATAÇÃO E DO EXAME PERICIAL, ACOSTADOS AOS AUTOS. OS DEPOIMENTOS PRESTADOS NA FASE POLICIAL PELOS POLICIAIS MILITARES, ENCONTRAM-SE EM HARMONIA COM AS DEMAIS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS, TENDO SIDO CONFIRMADOS EM JUÍZO, SOBRE O MANTO DO CONTRADITÓRIO. PRECEDENTES. SUBSIDIARIAMENTE: II. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO CONTEXTUALIZADO NOS AUTOS QUE DEMONSTRA CLARAMENTE A PRÁTICA DA TRAFICÂNCIA, NA MODALIDADE "TRAZER CONSIGO", ILIDINDO A PRETENSÃO DESCLASSIFICATÓRIA DO APELANTE. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, NÃO DESCARACTERIZA A PRÁTICA DA MERCANCIA QUANDO PRESENTES OUTROS ELEMENTOS NOS AUTOS APTOS AO CONVENCIMENTO DO JULGADOR NO SENTIDO DA OCORRÊNCIA DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTE. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO NA FORMA COMO FORA IMPUTADA NA SENTENÇA VERGASTADA. APELAÇÃO CONHECIDA E JULGADA IMPROVIDA (TJ-BA Classe: Apelação, Número do Processo: 0564530-50.2014.8.05.0001, Relator (a): João Bosco De Oliveira Seixas, Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Publicado em: 09/03/2018) grifos nossos

O doutrinador Noberto Avena, ao tratar do depoimento de policiais no processo penal, ensina que "tais testemunhos são valoráveis quando harmônicos e coerentes com o restante da prova angariada aos autos, mormente quando não demonstrada pela defesa a presença de motivos que, eventualmente, poderiam levar as mencionadas testemunhas a depor falsamente perante o juízo." (Processo Penal, Ed. Método, 9ª edição, 2017, Pg. 582).

No mesmo sentido, a lição de JÚLIO FABRINI MIRABETE, "in" Código de Processo Penal Interpretado, 10ª Edição, pág. 555, RJTACRIM 48/228 e RJDTACRIM 39/255, respectivamente, "verbis":

A condição de a testemunha ser policial não a torna impedida ou suspeita

para depor, devendo-se conferir à sua palavra a necessária credibilidade, decorrente da presunção de veracidade e legitimidade inerente aos atos administrativos em geral.

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 nº 11.343/2006 é crime permanente, de ação múltipla (multinuclear) e de mera conduta, de sorte que a prática de quaisquer das condutas nele constantes caracteriza o tráfico de drogas, sendo, pois, 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 os seguintes arestos:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. CRIME DE CONDUTAS MÚLTIPLAS E FORMAL. TER EM DEPÓSITO. CONDENAÇÃO. VALORAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE OCORRERAM O DELITO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O tráfico ilícito de entorpecentes, crime plurinuclear ou de condutas múltiplas, formal, consuma-se com a prática de qualquer um de seus verbos (Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal). 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consuma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, inclusive o depósito, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização. 3. A reavaliação dos critérios jurídicos concernentes à utilização e à formação da convicção do julgador não encontra óbice na Súmula n. 7/STJ. É que a análise dos fatos e fundamentos expressamente mencionados no acórdão recorrido não constitui reexame do contexto fático-probatório, e sim valoração jurídica dos fatos já delineados pelas instâncias ordinárias. 4. A partir da moldura fática apresentada pelo Juízo de primeiro grau e pelo Tribunal a quo, ficou demonstrada a prática do crime de tráfico na modalidade ter em depósito, em razão da apreensão de 7 porções de maconha, pesando aproximadamente 900g, escondidas no telhado, balança de precisão e rolo de papel filme, além dos depoimentos dos policiais e da confirmação do próprio acusado acerca da aquisição de 1kg do referido entorpecente. Ademais, o fato de ser usuário não exclui a possibilidade da prática do crime de tráfico pelo acusado. 5. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no AREsp: 1624427 GO 2019/0348123-3, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Julgamento: 10/03/2020, Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 23/03/2020). (Grifos nossos)

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. HIPÓTESE DE FLAGRANTE EM CRIMES PERMANENTES. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO OU AUTORIZAÇÃO. (ART. 5º, XI, CF). PRECEDENTES. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A INFRAÇÃO PENAL SUI

GENÉRIS DO ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DE PROVAS. MERCANCIA. PRESCINDIBILIDADE. TIPO MISTO ALTERNATIVO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, prescindível o mandado de busca e apreensão, bem como a autorização do respectivo morador, para que policiais adentrem a residência do acusado, não havendo falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida (HC 345.424/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, j. 18/8/2016, DJe 16/9/2016). 3. Inviável a reversão do julgado quanto à condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas, pois, para tanto, seria necessário o revolvimento das provas dos autos, providência não admitida na via estreita do mandamus. 4. 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. 5. Habeas Corpus não conhecido." (STJ, HC 382.306/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017).

No caso, as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção que concluem pelo acerto da condenação dos Apelantes pelo crime de tráfico de drogas, não havendo, portanto, que se falar em absolvição.

## 5. DA DOSIMETRIA DA PENA DE ADÍLIO PEREIRA DOS SANTOS

No que pertine ao capítulo referente ao cálculo dosimétrico, do detido exame dos fólios, verifica-se que a sentença merece reparos, consoante a seguir explicitado.

Neste ponto, é necessário esclarecer que a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não induz a uma operação aritmética em que se atribuiria pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas por meio de cálculo matemático levando-se em conta as penas mínima e máxima cominadas abstratamente ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada.

Ademais, o que se impõe ao magistrado é apontar, motivadamente, os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado, exatamente como procedido na espécie. Da doutrina, nesse sentido, pode-se citar:

"Nesta etapa, incumbe ao juiz valorar todas as circunstâncias e causas que envolvem o fato criminoso e que norteiam a pessoa do acusado, tornando-o um ser único no decorrer do processo de aplicação da sanção penal. Individualizar a pena é fazê-la específica do fato-crime e do homem-autor, sempre em busca dos fins retributivo e preventivo da sanção penal. [...] A fixação da pena não pode resultar de uma simples operação matemática, pois

estamos diante de algo que não se relaciona com a ciência exata. Sem dúvida, depois da vida, estamos avaliando o maior de todos os bens, qual seja, a liberdade, e, para tanto, precisamos fazer aflorar todo o senso de justiça para dosar a pena necessária e suficiente à reprovação de determinada conduta (princípio da proporcionalidade)." (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória. 13. ed. rev. e atual. Editora JusPodivm, 2019, p. 108–109)

Nesse diapasão, cumpre destacar, também, a lição do ilustre doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

"Mensurar a pena-base, de maneira particularizada a cada acusado, de modo a individualizá-lo, conforme o que fez e de acordo com seus atributos próprios, é a meta fundamental do magistrado, na sentença condenatória. São necessários critérios para a eleição do quantum inicial (pena-base), que deve variar entre o mínimo e o máximo cominados, em abstrato, pelo legislador, constantes dos tipos penais incriminadores. Tal mecanismo deve erguer-se em bases sólidas e lógicas, buscando harmonia ao sistema, mas sem implicar em singelos cálculos matemáticos. Não se trata de soma de pontos ou frações como se cada elemento fosse rígido e inflexível.". (Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.)

Após analisar as circunstâncias do art. 59 do CP, o MM Juiz fixou a pena basilar, no relativa ao crime de tráfico de drogas no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão, por entender que todas as vetoriais seriam favoráveis ao Apelante. Senão vejamos:

Culpabilidade: não excedeu a normalidade para a presente espécie de crime. Neutro.

Antecedentes: não há informações nos autos. Neutro;

Conduta social: não há informações nos autos. Neutro;

Personalidade do agente: não há informações nos autos. Neutro;

Motivos: são inerentes ao próprio tipo penal. Neutro;

Circunstâncias do crime: não se aproveitou de nenhuma circunstância especial além das que integram o tipo. Neutro;

Consequências do crime: normais à espécie. Neutro;

Comportamento da vítima: a vítima não incitou, induziu ou de alguma forma facilitou que o acusado praticasse o crime. Neutro;

Quanto à natureza da substância: as drogas apreendidas são de circulação comum no mundo do tráfico

Quanto à quantidade da substância: foi apreendida uma pequena da droga.

Na segunda fase ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes.

Na terceira fase inexistentes causas de aumento e diminuição da pena, restando a pena fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Quanto ao crime descrito no art. 16 da Lei 10.826/03, pretende a defesa a desclassificação para o crime constante no art. 12 (posse de arma de fogo de uso permitido).

Com razão.

Na hipótese, restaram apreendidos, em sua residência, uma pistola Canik, calibre 9 mm, e 26 (vinte e seis cartuchos) intactos do mesmo calibre, que, à luz do art. 16, III, do Decreto nº 3.665/2000, eram considerados de uso restrito das forças armadas.

Com efeito, em virtude dos Decretos nº 9.785/2019 e 9.847/2019, regulamentados pela Portaria nº 1.222/2019 do Exército Brasileiro, armas de fogo e munições do referido calibre passaram a ser consideradas como de uso permitido.

Assim, procedida a desclassificação para o art. 12 da Lei 10.826/03, passa-se a dosimetria da pena.

Na primeira fase da dosimetria, consoante consignado pelo magistrado, analisando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, deixo de valorar negativamente as circunstâncias judiciais, mantendo a pena-base e no mínimo legal, qual seja, 01 (um) ano de detenção.

Na segunda fase ausentes circunstâncias agravantes, presente a atenuante de confissão, a qual deixo de aplicar em consonância com a Súmula 231 do STJ.

Na terceira fase inexistentes causas de aumento e diminuição da pena, restando a pena fixada em 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa. No que tange ao reconhecimento do concurso formal, sem razão a defesa, ante a ocorrência de condutas autônomas que concorreram para a prática de delitos de natureza diversa tornando inequívoca a incidência da regra do artigo 69 do Código Penal (concurso material).

Em observância à regra do cúmulo material (art. 69 do Código Penal), procedo ao somatório das penas obtidas, que perfazem o montante de 01 (um) ano de detenção e em 5 (cinco) anos de reclusão, bem como a 510 (quinhentos e dez) dias-multa, equivalendo o valor do dia-multa a 1/30 do salário-mínimo legal à época dos fatos, em razão da situação financeira do réu, valor que deverá ser atualizado, quando da execução, pelos índices de correção monetária (art. 49, § 2º, do CP).

Fica, assim, a pena definitivamente fixada em 01 (um) ano de detenção e em 5 (cinco) anos de reclusão, bem como a 510 (quinhentos e dez) dias-multa, equivalendo o valor do dia-multa a 1/30 do salário-mínimo legal à época dos fatos, em razão da situação financeira do réu, valor que deverá ser corrigido monetariamente.

Insurge-se o Apelante, ainda, contra a manutenção da prisão pelo Juízo sentenciante, tendo assim fundamentado:

“No caso dos autos, ainda permanecem inalterados os motivos ensejadores da prisão preventiva, isto porque a liberdade do acusado representa risco à garantia da ordem pública, ante a reiteração de condutas delituosas, inclusive trata de réu que já sofreu duas condenações criminais, conforme notícia a certidão de fls. 73/74, demonstrando o real e concreto perigo que representa o estado de liberdade do sentenciado.

O contato reiterado do acusado com a justiça criminal, demonstra que, uma vez em liberdade, encontrará os mesmos incentivos para continuar sua jornada criminosa.

Assim, mantenho o decreto preventivo e nego-lhe o direito de recorrer em liberdade.”

Pois bem, no caso em apreço, observo que o comando sentencial obedeceu ao disposto nos arts. 315, 316 e § 1º do art. 387, todos do CPP, ao

fundamentar, de forma ainda que sucinta, contudo, bem delineada, as razões que o levaram a negar ao recorrente o direito de apelar em liberdade. Dessarte, persistindo, os mesmos motivos que embasaram a negativa do direito à liberdade ao Apelante, tais como a gravidade em concreto do crime em apuração, aliada aos sinais de reiteração delitiva deste, revela-se necessária a sua segregação provisória como forma de acautelar a ordem pública e a fim de cessar a reiteração delitiva.

É de se considerar, ainda, que o recorrente permaneceu segregado ao longo da instrução processual, sem que houvesse alteração no quadro fático, devendo-se considerar ainda, a gravidade concreta do delito perpetrado e o justo receio de reiteração delitiva, que atendem o quanto prescrito pelo art. 93, IX, da CF/1988, a denotar fundamentação claramente idônea para manutenção do encarceramento vergastado.

Gizo, ainda, que em face do julgamento do presente apelo, não se trata mais de debater a existência ou não dos requisitos da prisão preventiva, mas de se dar início à execução provisória da pena imposta, havendo, inclusive, determinação expressa para expedição de guia de execução provisória.

Desse modo, agiu com acerto o Juiz sentenciante ao indeferir o direito de recorrer em liberdade ao Apelante.

Mantenho o REGIME SEMIABERTO para cumprimento da pena, atendendo aos pressupostos do art. 33, § 1º b, c/c § 3º, do Código Penal, incumbindo ao juízo da execução proceder à detração penal, levando-se, em conta haver o sentenciado permanecido preso, no curso da ação penal, bem como a inexistência de elementos efetivos, nos autos, para se proceder, de pronto, à detração, nesta instância.

Do mesmo modo, inaplicáveis a substituição ou a suspensão condicional da pena, por ausência dos requisitos objetivos legalmente previstos, conforme arts. 44 e 77 do Código Penal.

## 5. DA DOSIMETRIA DA PENA DE JANDILSON NUNES RIBEIRO

No que pertine ao capítulo referente ao cálculo dosimétrico, do detido exame dos fólios, verifica-se que a sentença merece reparos, consoante a seguir explicitado.

Neste ponto, é necessário esclarecer que a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não induz a uma operação aritmética em que se atribuiria pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas por meio de cálculo matemático levando-se em conta as penas mínima e máxima cominadas abstratamente ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada.

Ademais, o que se impõe ao magistrado é apontar, motivadamente, os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado, exatamente como procedido na espécie. Da doutrina, nesse sentido, pode-se citar:

"Nesta etapa, incumbe ao juiz valorar todas as circunstâncias e causas que envolvem o fato criminoso e que norteiam a pessoa do acusado, tornando-o um ser único no decorrer do processo de aplicação da sanção penal. Individualizar a pena é fazê-la específica do fato-crime e do homem-autor,

sempre em busca dos fins retributivo e preventivo da sanção penal. [...] A fixação da pena não pode resultar de uma simples operação matemática, pois estamos diante de algo que não se relaciona com a ciência exata. Sem dúvida, depois da vida, estamos avaliando o maior de todos os bens, qual seja, a liberdade, e, para tanto, precisamos fazer aflorar todo o senso de justiça para dosar a pena necessária e suficiente à reprovação de determinada conduta (princípio da proporcionalidade)." (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória. 13. ed. rev. e atual. Editora JusPodivm, 2019, p. 108-109)

Nesse diapasão, cumpre destacar, também, a lição do ilustre doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

"Mensurar a pena-base, de maneira particularizada a cada acusado, de modo a individualizá-lo, conforme o que fez e de acordo com seus atributos próprios, é a meta fundamental do magistrado, na sentença condenatória. São necessários critérios para a eleição do quantum inicial (pena-base), que deve variar entre o mínimo e o máximo cominados, em abstrato, pelo legislador, constantes dos tipos penais incriminadores. Tal mecanismo deve erguer-se em bases sólidas e lógicas, buscando harmonia ao sistema, mas sem implicar em singelos cálculos matemáticos. Não se trata de soma de pontos ou frações como se cada elemento fosse rígido e inflexível.". (Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.)

Após analisar as circunstâncias do art. 59 do CP, o MM Juiz fixou a pena basilar, no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão, por entender que todas as vetoriais seriam favoráveis ao Apelante. Senão vejamos:

Culpabilidade: não excedeu a normalidade para a presente espécie de crime. Neutro.

Antecedentes: não há informações nos autos. Neutro;

Conduta social: não há informações nos autos. Neutro;

Personalidade do agente: não há informações nos autos. Neutro;

Motivos: são inerentes ao próprio tipo penal. Neutro;

Circunstâncias do crime: não se aproveitou de nenhuma circunstância especial além das que integram o tipo. Neutro;

Consequências do crime: normais à espécie. Neutro;

Comportamento da vítima: prejudicado

Quanto à natureza da substância: as drogas apreendidas são de circulação comum no mundo do tráfico

Quanto à quantidade da substância: foi apreendida uma pequena da droga.

Na segunda fase ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes.

Na terceira fase, o Magistrado não reconheceu a existência de causas de diminuição ou de aumento de pena, deixando de aplicar a possibilidade de enquadramento da conduta do Réu nas prescrições do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

E, não obstante a Súmula 444 do STJ trate da impossibilidade de o magistrado valorar inquéritos e ações penais em andamento para efeito de majorar a pena base aplicada, a incidência do redutor previsto no § 4º, do



art. 33, da Lei n. 11.343/2006 requer o preenchimento dos requisitos legais: a) que o agente seja primário; b) tenha bons antecedentes; c) não se dedique a atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

Decerto, a referida norma prevista na Lei 11.343/06, não limitou o conceito de dedicação "à atividade criminosa", à hipótese de condenação definitiva anterior (reincidência). A referida norma trata da primariedade e dos bons antecedentes como requisitos para a obtenção do benefício da redução, e indica a dedicação à atividade criminosa como óbice à concessão da benesse.

Na hipótese, considerando se tratar de réu primário, sem antecedentes criminais, além de não restar provado que integrava organização criminosa ou que se dedicasse a atividade delituosa para a manutenção própria ou de outrem, deve-se aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Sendo assim, diminui-se a pena em 2/3 (dois terços), patamar máximo, passando a ser de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época

Considerando o quantum da pena aplicada, mantenho o regime inicial aberto, em conformidade com o disposto no art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, na forma do art. 44, § 2º, do Código Penal, a serem definidas no Juízo de Execuções Penais, conforme as suas aptidões.

Quanto ao pleito para recorrer em liberdade, tenho por prejudicado uma vez que concedido no édito condenatório.

## 6. DA DOSIMETRIA DA PENA DE CLÉBIO SOUZA DO CARMO

No que pertine ao capítulo referente ao cálculo dosimétrico, do detido exame dos fólios, verifica-se que a sentença merece reparos, consoante a seguir explicitado.

Neste ponto, é necessário esclarecer que a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não induz a uma operação aritmética em que se atribuiria pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas por meio de cálculo matemático levando-se em conta as penas mínima e máxima cominadas abstratamente ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada.

Ademais, o que se impõe ao magistrado é apontar, motivadamente, os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado, exatamente como procedido na espécie. Da doutrina, nesse sentido, pode-se citar:

"Nesta etapa, incumbe ao juiz valorar todas as circunstâncias e causas que envolvem o fato criminoso e que norteiam a pessoa do acusado, tornando-o um ser único no decorrer do processo de aplicação da sanção penal.

Individualizar a pena é fazê-la específica do fato-crime e do homem-autor, sempre em busca dos fins retributivo e preventivo da sanção penal. [...] A fixação da pena não pode resultar de uma simples operação matemática, pois estamos diante de algo que não se relaciona com a ciência exata. Sem

dúvida, depois da vida, estamos avaliando o maior de todos os bens, qual seja, a liberdade, e, para tanto, precisamos fazer aflorar todo o senso de justiça para dosar a pena necessária e suficiente à reprovação de determinada conduta (princípio da proporcionalidade)."(SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória. 13. ed. rev. e atual. Editora JusPodivm, 2019, p. 108-109)

Nesse diapasão, cumpre destacar, também, a lição do ilustre doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

"Mensurar a pena-base, de maneira particularizada a cada acusado, de modo a individualizá-lo, conforme o que fez e de acordo com seus atributos próprios, é a meta fundamental do magistrado, na sentença condenatória. São necessários critérios para a eleição do quantum inicial (pena-base), que deve variar entre o mínimo e o máximo cominados, em abstrato, pelo legislador, constantes dos tipos penais incriminadores. Tal mecanismo deve erguer-se em bases sólidas e lógicas, buscando harmonia ao sistema, mas sem implicar em singelos cálculos matemáticos. Não se trata de soma de pontos ou frações como se cada elemento fosse rígido e inflexível.". (Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.)

Após analisar as circunstâncias do art. 59 do CP, o MM Juiz fixou a pena basilar, no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão, por entender que todas as vetoriais seriam favoráveis ao Apelante. Senão vejamos:

Culpabilidade: não excedeu a normalidade para a presente espécie de crime. Neutro.

Antecedentes: não há informações nos autos. Neutro;

Conduta social: não há informações nos autos. Neutro;

Personalidade do agente: não há informações nos autos. Neutro;

Motivos: são inerentes ao próprio tipo penal. Neutro;

Circunstâncias do crime: não se aproveitou de nenhuma circunstância especial além das que integram o tipo. Neutro;

Consequências do crime: normais à espécie. Neutro;

Comportamento da vítima: a vítima não incitou, induziu ou de alguma forma facilitou que o acusado praticasse o crime. Neutro;

Quanto à natureza da substância: as drogas apreendidas são de circulação comum no mundo do tráfico

Quanto à quantidade da substância: foi apreendida uma pequena da droga.

Na segunda fase ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes.

Na terceira fase, o Magistrado não reconheceu a existência de causas de diminuição ou de aumento de pena, deixando de aplicar a possibilidade de enquadramento da conduta do Réu nas prescrições do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

E, não obstante a Súmula 444 do STJ trate da impossibilidade de o magistrado valorar inquéritos e ações penais em andamento para efeito de majorar a pena base aplicada, a incidência do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006 requer o preenchimento dos requisitos

legais: a) que o agente seja primário; b) tenha bons antecedentes; c) não se dedique a atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

Decerto, a referida norma prevista na Lei 11.343/06, não limitou o conceito de dedicação "à atividade criminosa", à hipótese de condenação definitiva anterior (reincidência). A referida norma trata da primariedade e dos bons antecedentes como requisitos para a obtenção do benefício da redução, e indica a dedicação à atividade criminosa como óbice à concessão da benesse.

Na hipótese, considerando se tratar de réu primário, sem antecedentes criminais, além de não restar provado que integrava organização criminosa ou que se dedicasse a atividade delituosa para a manutenção própria ou de outrem, deve-se aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.

Sendo assim, diminui-se a pena em 2/3 (dois terços), patamar máximo, passando a ser de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época.

Considerando o quantum da pena aplicada, mantenho o regime inicial aberto, em conformidade com o disposto no art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, na forma do art. 44, § 2º, do Código Penal, a serem definidas no Juízo de Execuções Penais, conforme as suas aptidões.

Quanto ao pleito para recorrer em liberdade, tenho por prejudicado uma vez que concedido no édito condenatório.

## 7. DO PREQUESTIONAMENTO

Por fim, quanto ao pedido de prequestionamento, destaco que ao julgador não é imposta a apreciação de todas as normas, artigos e princípios suscitados pelas partes, mas apenas dos motivos que levaram à conclusão fundamentada e objetiva da controvérsia, sobretudo quando a abordagem das matérias propostas trouxeram manifestações implícitas e explícitas sobre as pretensas violações.

## 8. CONCLUSÃO

Diante do quanto exposto, voto no sentido de CONHECER PARCIALMENTE E, NESSA EXTENSÃO, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DE ADÍLIO PEREIRA DOS SANTOS para desclassificar o crime descrito no art. 16 da Lei 10.826/03, para o art. 12, fixando a pena no montante de 01 (um) ano de detenção e em 5 (cinco) anos de reclusão, bem como a 510 (quinhentos e dez) dias-multa e CONHECER E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO JANDILSON NUNES RIBEIRO e CLÉBIO SOUZA DO CARMO, para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 e reduzir a pena para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão em regime inicial aberto e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estipuladas no Juízo da Execução Penal.

Sala de Sessões, 2022.

(data constante na certidão eletrônica de julgamento)

Des. ANTONIO CUNHA CAVALCANTI  
Relator

(assinado eletronicamente)

AC04