

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0529496-72.2018.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: DILTON DA SILVA FILHO Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006). PRELIMINARES: 1) NULIDADE DAS PROVAS POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE QUE CONDUZ AO ESTADO DE FLAGRÂNCIA DURANTE TODO O TEMPO EM QUE O IMPUTADO ESTÁ PRATICANDO-O, E NO CASO DO TRÁFICO DE DROGAS, ENQUANTO PERDURAR A PRÁTICA DE QUALQUER DAS CONDUTAS INCRIMINADAS PELO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006. ACUSADO FLAGRADO QUANDO TINHA A POSSE DE MACONHA E ARMA DE FOGO. FUNDADA SUSPEITA. HIPÓTESE DE FLAGRANTE DELITO ANTERIOR AO INGRESSO DOS POLICIAIS NA RESIDÊNCIA. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE; 2) NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS NA FASE INQUISITORIAL. ALEGAÇÃO DE SUBMISSÃO DO ACUSADO A CONSTRANGIMENTO E AGRESSÃO FÍSICA INOCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE TER SIDO PRATICADA QUALQUER VIOLÊNCIA FÍSICA PARA A CONFISSÃO DO ACUSADO. PRELIMINAR REJEITADA. LICITUDE DAS PROVAS. MÉRITO: ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. COMPROVADAS A MATERIALIDADE E A AUTORIA DO CRIME PERPETRADO. CREDIBILIDADE DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS POLICIAIS. REFORMA DA DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ADEQUADAMENTE RECONHECIDA. PRÁTICA DE NOVO DELITO APÓS TER TRANSITADO EM JULGADO SENTENÇA CONDENATÓRIA POR CRIME ANTERIOR, ENQUANTO NÃO HOUVER TRANSCORRIDO CINCO ANOS DO CUMPRIMENTO OU EXTINÇÃO DA PENA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA RECONHECIDA NA SENTENÇA. COMPENSAÇÃO COM A REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ E DESTA CORTE DE JUSTIÇA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 EM RAZÃO DA EVIDENTE DEDICAÇÃO DO ACUSADO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REINCIDÊNCIA. REDIMENSIONAMENTO DAS REPRIMENDAS, MANTIDO O REGIME FECHADO PARA INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Nos termos da Constituição Federal, a inviolabilidade de domicílio não é um direito absoluto, comportando exceção em caso de, por exemplo, flagrante delito (artigo 5º, inciso XI, da CF). No caso dos autos, sendo o tráfico de drogas delito de natureza permanente, em que a consumação se protraí no tempo, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando se tem por objetivo fazer cessar a atividade criminosa, em razão da situação de flagrância. 2. O ingresso forçado em domicílio é legítimo quando justificado pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem ocorrer, no interior da residência, situação de flagrante delito, como ocorreu no presente caso, em que o Acusado, que portava arma de fogo em via pública, ao avistar a aproximação dos policiais, empreendeu fuga e adentrou em uma residência, ensejando a suspeita da prática delitiva. 3. Inexiste prova ilícita quando não comprovado cabalmente nos autos que o Acusado fora lesionado pelos Policiais no momento de sua prisão. 4. Demonstradas de forma inequívoca a autoria e materialidade do crime de tráfico de drogas perpetrado, impossível cogitar-se da absolvição do Acusado. 5. Os depoimentos dos agentes policiais possuem grande importância na prova do tráfico de drogas, não revelando a existência de suspeita de parcialidade ou indignidade de fé, a determinar as suas rejeições, uma vez que a sua credibilidade não pode ser esvaziada tão somente em razão do exercício da sua função, sem que haja indícios concretos capazes de desaboná-los, o que não restou demonstrado neste caso. 6. Verifica-se a reincidência quando o agente comete novo crime, depois de transitar em julgado a sentença que o

tenha condenado por crime anterior, desde que entre a data do cumprimento ou extinção da pena e a infração posterior tiver decorrido período de tempo não superior a 5 (cinco) anos, computado o período de prova da suspensão ou do livramento condicional, se não ocorrer revogação. In casu, o Apelante fora condenado nos autos da ação penal nº 0012959-39.2011.8.05.0022, pelo delito de tráfico de drogas praticado em 07/06/2011, à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, que tramitou na 1ª Vara Criminal de Barreiras. No aludido processo, houve o trânsito em julgado da condenação no dia 24/10/2013, com extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena em 07/06/2017, estando tal registro apto ao reconhecimento da reincidência, nos termos do art. 63 do Código Penal. 7. Sendo a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea circunstâncias igualmente preponderantes devem ser compensadas. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça, sob a égide das regras dos recursos repetitivos, fixou (Tema 585) a tese de que “É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência”, sendo esse também o entendimento deste Tribunal. 8. No caso dos autos, a agravante da reincidência justifica concretamente o indeferimento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.434/2006, pois o Acusado reincidente não pode beneficiar-se com a benesse referenciada, uma vez que tal circunstância evidencia a dedicação a atividades criminosas. Consabido que, além de agravar a pena, a reincidência produz outros efeitos previstos em lei, dentre eles a não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, sem que haja ofensa ao princípio do non bis in idem. ACÓRDÃO Relatados e discutidos estes autos de Apelações Criminais nº 0529496-72.2018.8.05.0001 da Comarca de SALVADOR, sendo Apelante DILTON DA SILVA FILHO e Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER o Recurso de Apelação interposto por DILTON DA SILVA FILHO, e DAR-LHE PROVIMENTO EM PARTE, na forma do Relatório e do Voto constante dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Salvador, . PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 21 de Setembro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0529496-72.2018.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: DILTON DA SILVA FILHO Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Acusado DILTON DA SILVA FILHO, tendo em vista sua irresignação com o conteúdo da sentença condenatória (id 47328826) proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de SALVADOR/BA, que julgou procedente em parte a denúncia ofertada pelo Ministério Público, para o fim de condená-lo ao cumprimento das penas do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, e art. 61, I, do Código Penal, fixando a reprimenda definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão em regime inicial fechado. Irresignada, a Defesa interpôs o recurso de apelação e, em suas razões recursais (id 47328836), pugnou pelo reconhecimento da ilicitude de todas as provas obtidas, declarando-as nulas, com a consequente absolvição do Apelante, nos termos art. 386, VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requereu: a) afastamento da agravante da reincidência; b) aplicação da atenuante da confissão, de forma que a pena-base seja reduzida abaixo do

mínimo legal na segunda fase da dosimetria, e c) reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Prequestionou os dispositivos apontados como violados, para fins de interposição de recursos aos Tribunais Superiores. O Parquet apresentou as contrarrazões, pugnando pelo desprovimento do recurso, desconsiderando-se quaisquer prequestionamentos formulados, para que seja mantida a Sentença recorrida (id 47328840). Abriu-se vista à Procuradoria de Justiça que, em parecer da lavra da Dra. Eny Magalhães Silva, manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso (id 42399361). Os autos vieram conclusos É o Relatório. Salvador/BA, 6 de setembro de 2023. Des. Nágila Maria Sales Brito Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0529496-72.2018.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: DILTON DA SILVA FILHO Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO 1. PRESSUPOSTOS RECURSAIS DEVIDAMENTE CONFIGURADOS. CONHECIMENTO DAS APELAÇÕES Primeiramente, cabe examinar a presença dos pressupostos recursais. Do exame dos autos, verifica-se que a Sentença condenatória foi encaminhada para intimação no portal eletrônico em 03/12/2020 (id 47328828), sendo o Recurso de Apelação interposto em 12/12/2020 (id 47328832). O Sentenciado foi intimado por edital publicado em 11/07/2023 (id 47328856). Levando-se em conta o prazo previsto pelo artigo 593 do Código de Processo Penal, resulta evidente a tempestividade da apelação interposta pelo Apelante, a qual veio a cumprir os requisitos necessários para a sua regular tramitação, ensejando o correspondente conhecimento. 2. PRELIMINAR DE NULIDADE DO FEITO ILICITUDE DA PROVA COM BASE NA ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO POR AUSÊNCIA DO MANDADO JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO Requereu a Defesa a nulidade do feito, com a consequente absolvição do Sentenciado, sob a alegação de que a abordagem e busca realizada pelos Policiais na residência do Apelante teria se dado de forma ilícita. Verifica-se que a referida alegação fora anteriormente formulada pela Defesa por ocasião dos seus memoriais, tendo o Magistrado Sentenciante rejeitado a preliminar de nulidade, verbis: “Oportuno esclarecer que a alegação da defesa do acusado acerca da ilicitude da prova obtida nos autos (invasão de domicílio) não tem como prosperar. O crime de tráfico de drogas é permanente e a fuga do acusado para dentro de casa foi o que ensejou a entrada no domicílio. Dessa forma, a busca no local, dada a séria possibilidade de dispensa de drogas e arma de fogo, pelo fugitivo, o que se confirmou, dispensa mandado de busca. Os policiais tinham sérios indícios de que haveria flagrante delito”. De logo, cumpre mencionar que a ação penal em julgamento teve início com a prisão em flagrante do Acusado DILTON DA SILVA FILHO, no dia 01 de maio de 2018, aproximadamente, à meia noite, quando Policiais Militares, em ronda de rotina, na localidade denominada Paz e Vida, no bairro Jardim Santo Inácio, nesta Capital, avistaram o Acusado portando uma arma de fogo, cano longo, em via pública, e este, ao avistar a presença da guarnição, empreendeu fuga, adentrando em um barraco, onde foi capturado. Feita revista pessoal, segundo emerge dos autos, com o Acusado foram apreendidas 08 (oito) trouxinhas de maconha, além de uma arma de fogo tipo espingarda, calibre 12, sem marca e numeração aparente, além da quantia de R\$ 20,00 (vinte reais). O MP, na exordial acusatória, mencionou que o Acusado fora denunciado em outra ação penal pelo crime do art. 16 da Lei 10.826/2003 em razão desse fato ocorrido em 01/05/2018, razão pela qual a ação penal ora em julgamento versou apenas sobre o delito de tráfico de drogas. Destaca-

se que foram apreendidos 8,28g (oito gramas e vinte e oito centigramas) de maconha, distribuídos em 08 (oito) porções, tendo o Flagranteado, ao ser interrogado na Delegacia, confessado que guardava a arma, munições e a droga para o "dono da favela", conhecido pela alcunha de "Tampinha." Após a instrução criminal, a Magistrada Sentenciante condenou o Acusado pelo crime de tráfico de drogas, reconhecendo a sua condição de reincidente. No que tange ao pleito de nulidade da prova produzida durante a fase policial, tratando-se de flagrante em crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes – infração penal de natureza permanente –, as buscas e apreensões domiciliares prescindem de autorização judicial, podendo os agentes públicos adentrar o domicílio do investigado ou suspeito, independentemente de mandado judicial, para reprimir e fazer cessar a ação delituosa, a qualquer hora do dia, mesmo em período noturno. No caso dos autos, sendo o tráfico de drogas, delito de natureza permanente, cuja consumação se protraí no tempo, enquanto perdurar a prática de qualquer das condutas incriminadas pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando se tem por objetivo fazer cessar a atividade criminosa, em razão da situação de flagrância. Acrescente-se a isso que, ao ser interrogado em juízo, apesar de haver negado o exercício da traficância, o Apelante confirmou que autorizou aos Policiais o ingresso na sua residência. Como mencionado, o Apelante, ao ser interrogado pela autoridade policial, afirmou que a arma e as munições encontradas em sua posse pertenciam ao dono da favela, conhecido como "Tampinha", e que guardava o material ilícito para este, em troca de poder morar naquela residência, de propriedade de Tampinha. Em juízo, mais uma vez negou a prática de tráfico de drogas, mas negou que os agentes policiais tivessem invadido a sua casa, confirmando a autorização para o ingresso deles: "(...) que estava em casa no momento que foi abordado pela policia; que em uma operação realizada na" favela ", foi que a policial entrou em sua casa e encontrou o interrogado e sua esposa e filho; que a policia visava elementos que vendiam drogas na localidade, sendo dois abordados; que com eles foram encontrados drogas e armas; que esses elementos levaram os policiais até a residência do interrogado com medo de levar a residência do verdadeiro traficante; que o interrogado é usuário de maconha e estava com esses indivíduos mais cedo fazendo uso de maconha; que nada de ilícito foi encontrado no imóvel do interrogado, sendo encontrado um alvará de soltura, referente a liberação recente do presídio do interrogado; que o interrogado já tinha isso preso anteriormente por tráfico de drogas; que não teve mais nenhuma outra prisão; que respondeu por tráfico em Barreiras; que foi condenado há 9 anos e 11 meses; que cumpriu a pena e estava assinando; que o interrogado morava na localidade há 20 dias e conhecia" Tampinha "apenas de vista; que" tampinha" fazia parte da facção CP; que todos os moradores sabiam que" Tampinha "fazia parte desta facção; que" tampinha "era temido, expulsavam moradores e amarrava pessoas; que o interrogado foi espancado dentro de sua residência e ficou com marcas no peito e no rosto; que o interrogado relatou esses fatos na audiência de custódia; que o interrogado permitiu a entrada dos policiais na sua residência; que os policiais bateram na porta e pediram para o interrogado abrir; que o interrogado pegou a chave e abriu a porta da casa; que o interrogado não permitiu, porém os policiais disseram que iriam fazer a busca na sua residência". (termo de interrogatório, id 47328807) (grifos acrescidos) Assim, a inexistência de mandado de busca e apreensão, no caso dos autos, em que se apura o

cometimento do crime de tráfico de drogas, é insuficiente para macular a prova obtida por ocasião do ingresso dos policiais na residência do Apelante, uma vez que se estava diante de delito de natureza permanente, cujo flagrante se protraí no tempo, nos termos do artigo 303 do Código de Processo Penal, *ipsis litteris*: Art. 303. Nas infrações permanentes, entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. Ademais, neste caso, a situação de flagrância legítima constitucionalmente a violação do domicílio. A Carta Magna prescreve no seu artigo 5º, XI, da CF, que "a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial". Assim, não há que se falar em necessidade de mandado ou de consentimento do morador. No caso dos autos, as diligências empreendidas pelos policiais mostraram-se regulares, haja vista que a guarnição policial composta pelos SD/PM JOAB SILVA LOBO, SD RODRIGO FREIRE RIBEIRO, e SD/PM PATRIC CHAVES SOUSA fazia ronda pelo bairro, quando avistaram o Apelante e outros indivíduos portando armas de fogo em via pública. Nesse momento, ao perceberem a aproximação da guarnição policial, o Apelante empreendeu fuga, dando início à perseguição, sendo este alcançado pelos agentes em um barraco. Nesse momento, após o ingresso dos Policiais ser autorizado, e realizada a busca no local, foi encontrada sob a posse do acusado uma arma de fogo, sem a devida autorização, e oito trouxinhas de maconha. É o que se depreende dos depoimentos dos Policiais em Juízo, consoante transcrito em Sentença "(...) que o depoente solicitou a retirada do réu da sala de audiência; que se recorda do réu que aqui estava presente; que não tem nada em específico contra o réu; que a guarnição estava em ronda, quando avistou o réu; que no dia dos fatos, a guarnição entrou de forma articulada em um bairro, onde havia pequenas (sic) casebre, tipo invasão; que o réu e vários elementos indivíduos, estava armados, ao avistarem a guarnição empreenderam fuga e adentrou em uma casa, um barraco, onde havia uma senhora e uma criança pequena; que o réu escondeu a arma dentro desta residência; que dentro desta residência foram encontradas drogas; que o réu entrou, dando tempo de esconder todo material; que o réu não reagiu a prisão e assumiu a propriedade das drogas e da arma; que o réu afirmou que havia chegado pouco tempo na localidade, sendo acolhido pelo chefe do tráfico, "Tampinha", que era ligado a facção "CP"; que com a morte de "Tampinha" o "BDM" assumiu a liderança na comunidade; que o depoente não conhecia o réu e não tinha o prendido antes dos fatos; que o depoente não voltou a prender o réu, mas sua guarnição sim; que soube que o réu tinha sido preso várias vezes anteriormente, inclusive uma semana antes dos fatos ora narrados. Dada a palavra a (ao) Defensor (a) Público/ Advogado (a), ao que foi dito: que não sabe dizer se houve investigação posterior, uma vez que a Polícia Militar não fica sabendo destes fatos e não participa de investigação criminal; que não se recorda se foi informado a autoridade policial sobre a presença da mencionada senhora no imóvel, acreditando que não; que o depoente constatou na delegacia que o réu tinha outras passagens. [...]". (Depoimento do SD/PM JOAB SILVA LOBO, id 47328811) (grifos acrescidos) "[...] que se recorda do réu aqui presente; que a localidade tem incidência de tráfico; que no dia dos fatos, quando a guarnição chegou, vários indivíduos armados empreenderam fuga; que o réu correu e entrou em uma residência; que o depoente entrou na residência, e localizou drogas perto do cesto de roupas; que na cama havia uma bolsinha característica para venda de drogas, contendo munições calibre 12; que questionado a

respeito de arma, o réu negou, porém o depoente encontrou uma arma dentro da cama do tipo Box; que o réu afirmou que trabalhava para "Tampinha", já falecido; que continua trabalhando na mesma localidade; que dentro da residência estava a esposa e o filho pequeno do acusado; que na localidade tem muitos barracos; que o réu afirmou que estava desempregado, tinha dívidas e pegou a droga para traficar; que a localidade pertence a 11ª DP de Tancredo Neves; que pelo que se recorda a droga encontrada era maconha já fracionada; que a arma estava municiada, e apta a disparos; que a arma é de alta letalidade, em que a própria polícia tem dificuldade de ter uma arma dessas; que quando a polícia tem este tipo de arma, tem muito cuidado ao usá-la; que a arma esta pronta para o uso; que traficantes usam este tipo de arma para matar rivais. Dada a palavra a (ao) Defensor (a) Público/ Advogado (a), ao que foi dito: que a guarnição (sic) foi detido a uma pequena distância do local onde foi inicialmente avistado; que a diligência ocorreu a noite, após chuvas, oportunidade em que os policiais usaram para surpreender traficantes; que a iluminação no local era pouca, mas era o suficiente para a venda de drogas; que o barraco tinha dois cômodos, quando a guarnição entrou, o acusado estava carregando uma criança; que o depoente não avistou o acusado correndo, uma vez que era o último da guarnição e portava uma metralhadora; que um outro elemento foi abordado, mas não portava nada de ilícito; que a guarnição era composta por quatro policiais; que salvo engano o primeiro a entrar no imóvel foi o soldado Joab Lobo. [...]". (Depoimento do SD/PM RODRIGO FREIRE RIBEIRO, id 47328812)(grifos acrescidos) Verifica-se que na hipótese dos autos, a partir da análise das circunstâncias fáticas, restou plenamente caracterizado o estado de flagrância, bem como a existência de fundadas razões, amparada em elementos concretos de suspeita da prática de delito de tráfico, uma vez que o ingresso autorizado dos policiais na residência do Apelante ocorreu após o Acusado ser avistado em via pública portando arma de fogo – juntamente com outros indivíduos, também nessa situação –, e diante de sua fuga, ao notar a aproximação da guarnição policial, estando presente, neste caso, a justa causa para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial. Em caso muito parecido, o STJ entendeu pela legalidade do flagrante: (...) Pretende a defesa, no presente caso, o reconhecimento da nulidade das provas obtidas de forma ilícita e a absolvição do recorrente. Ao contrário do sustentado pela parte recorrente, deve ser mantida a legalidade da prova do delito apreendida, uma vez que o mandado de busca e apreensão é desnecessário quando se trata de situação de flagrante delito por crime permanente, como no presente caso (tráfico de drogas). É que, embora o artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal garanta ao indivíduo a inviolabilidade de seu domicílio, tal direito não é absoluto, uma vez que, sendo o delito de natureza permanente, assim compreendido aquele em que a consumação se prostrai no tempo, não se exige a apresentação de mandado de busca e apreensão para o ingresso dos policiais na residência do acusado, quando se tem por objetivo fazer cessar a atividade criminosa, dada a situação de flagrância.(...) (STJ – REsp: 1983540 PR 2022/0028660-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Publicação: DJ 14/03/2022) (grifos acrescidos) Nessa linha de raciocínio, o ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência, é que se mostra possível

sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. Sobre o tema em análise nesta ação penal, ao julgar o RE 603.616-AgR/R0, em 05/11/2015, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Supremo Tribunal Federal, a fim de uniformizar a matéria, fixou a tese, sob o regime de repercussão geral (Tema 280), de que, em se tratando das situações de flagrante delito, em particular, não há ilicitude na entrada forçada em domicílio, sem mandado judicial, quando amparada em fundadas razões, justificadas a posteriori, que indiquem a ocorrência de crime no interior da residência, sob pena de apuração de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados. Em recente julgado, o Supremo Tribunal Federal confirmou a referida tese: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. ART. 5º, XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. FLAGRANTE DELITO. TEMA 280 DA REPERCUSSÃO GERAL. RE 603.616-AgR/R0. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. OFENSA REFLEXA. SÚMULA 279/STF. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – As razões do agrado regimental não se mostram aptas a infirmar os fundamentos que lastrearam a decisão agravada. II – Nos termos da Constituição Federal, a inviolabilidade de domicílio não é um direito absoluto, comportando exceção em caso de, por exemplo, flagrante delito. Ao julgar o RE 603.616-AgR/R0, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, esta Suprema Corte decidiu, sob o regime de repercussão geral, que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial é lícita quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa há situação de flagrante delito. III – Para dissentir do acórdão impugnado e verificar a procedência dos argumentos consignados no apelo extremo, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 279/STF. IV – Agrado regimental a que se nega provimento. (STF – RE: 1298036 RS 0257165-50.2019.8.21.7000, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 08/03/2021, Segunda Turma, Data de Publicação: 11/03/2021). (Grifos acrescidos). No mesmo sentido, em julgados recentes, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça decidiu por afastar a alegação de nulidade do ingresso domiciliar em razão de a dinâmica fática indicar a prática de crime no interior da residência, estando evidenciada a existência de fundadas suspeitas para que a autoridade policial realizasse a vistoria no imóvel: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIMES PREVISTOS NO ESTATUTO DO DESARMAMENTO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NULIDADE DA CONDENAÇÃO POR VIOLAÇÃO AO DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. ACÓRDÃO QUE NOTICIA PRÉVIA CAMPANA REALIZADA PELOS POLICIAIS CIVIS. ENTENDIMENTO CONTRÁRIO QUE DEMANDARIA DILAÇÃO PROBATÓRIA, INCOMPATÍVEL COM A VIA ELEITA. NÃO ENFRENTAMENTO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. ENUNCIADO SUMULAR N. 182/STJ. AGRADO DESPROVIDO. I – Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte, cumpre ao agravante impugnar especificamente os fundamentos estabelecidos na decisão agravada. II – No caso dos autos, as instâncias ordinárias, diante da valoração plena das provas obtidas no curso da ação penal, entenderam, de forma fundamentada, que o agravante praticou os crimes pelos quais foi condenado, afastando, minuciosamente, as teses defensivas com escopo de afastar as condenações pelos delitos nos arts. 12 e 16 da Lei n. 10.826/2003 e art. 2º, § 2º, da Lei n. 12.850/2013, o exame de tais alegações por esta Corte Superior de Justiça demandaria exame aprofundado do acervo fático-probatório, inviável, repita-se, na via eleita, sendo certo que tal óbice inviabiliza, como sugerido pelo Ministério Público Federal, a concessão da ordem pela suposta inexistência

de campana por policiais civis expressamente noticiada no acórdão recorrido. III – Outrossim, no que concerne ao pleito defensivo de reconhecimento da ilicitude das provas, verifica-se que o v. aresto vergastado afastou motivadamente a alegada nulidade da busca e apreensão, sob o fundamento de que a inviolabilidade de domicílio encontra exceção em caso de flagrante delito. De fato, afere-se dos autos que o agravante fora condenado pela prática do crime de posse de armas sem autorização legal, o qual configura delito permanente, ou seja, o momento consumativo protrai-se no tempo, permitindo a conclusão de que o agente estará em flagrante delito enquanto não cessar a permanência. IV – In casu, a Defesa limitou-se a reprisar os argumentos do habeas corpus, o que atrai o Enunciado Sumular n. 182 desta Corte Superior de Justiça, segundo a qual é inviável o agravo regimental que não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 791.509/CE, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 14/2/2023.) (grifos acrescidos) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. FLAGRANTE DELITO. DINÂMICA DELITIVA QUE INDICA A PRÁTICA DE CRIME NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA. FUGA DO AGENTE, TENTATIVA DE SE LIVRAR DAS DROGAS E RESISTÊNCIA À PRISÃO. SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES, MUNIÇÕES, PETRECHOS DO TRÁFICO, SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE DINHEIRO. INGRESSO DOMICILIAR. HIPÓTESE LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. CONTRADIÇÃO. INEXISTÊNCIA. REEXAME DA CAUSA. INVIABILIDADE. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS. I – Os embargos declaratórios não constituem recurso de revisão, sendo inadmissíveis se a decisão embargada não padecer dos vícios que autorizariam a sua oposição (obscuridade, contradição e omissão). II – No caso, o v. acórdão ora impugnado não padece do vício apontado, uma vez que devidamente caracterizada hipótese de mitigação da inviolabilidade domiciliar, tendo em vista que, consoante consignado anteriormente e reiterado em mais uma oportunidade, ao contrário do decisum proferido nos autos do HC n. 729.073/SP no qual entendeu-se pela insuficiência da "mera visão do indivíduo empreendendo fuga "para validar o ingresso domiciliar, na hipótese em exame, a dinâmica fática indicou a prática de crime no interior da residência, dada a somatória da fuga do agente para o interior da residência ao avistar policiais, a tentativa de se livrar das drogas – atirando a mochila para o terreno vizinho–, a resistência à prisão, a apreensão de significativa quantidade de drogas, de dinheiro em espécie, de arma e de munições, além de petrechos típicos do tráfico. III – Na espécie, à conta de omissão no v. acórdão, pretende o embargante a rediscussão, sob nova roupagem, da matéria já apreciada. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl nos EDcl no AgRg no RHC n. 164.149/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 16/8/2022). (grifos acrescidos) Nota-se, portanto, que o contexto fático anterior à entrada na residência dos Acusados, permite a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior do imóvel, sendo possível, neste caso, sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio, sendo feita a ressalva de que no caso concreto, o Apelante confirmou em juízo ter sido autorizado o ingresso dos policiais na residência. 2) NULIDADE POR ILICITUDE DAS PROVAS EM VIRTUDE DA PRÁTICA DE AGRESSÃO FÍSICA AO ACUSADO NO MOMENTO DO FLAGRANTE Alegou ainda a Defesa que além de ocorrerem violações ao direito à inviolabilidade do domicílio, ocorreu também violações ao direito à integridade física, cujas agressões foram relatadas pelo réu em audiência de custódia. Sucede que não há no



caderno processual elementos que possam embasar tal alegação, mostrando-se esta isolada nos autos, além de ser uma tese comumente utilizada por acusados de crimes, no intuito de desacreditar a palavra daqueles que o prenderam. Consoante se verifica no laudo de exame de lesões corporais acostado ao id 47328782, o Perito concluiu pela "Ausência de lesões externas atuais de interesse médico-legal". Cabe salientar, também, que a afirmação da prática de tortura por parte dos policiais no momento da prisão do Acusado deve ser comprovada, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, não tendo a Defesa se desincumbido do seu mister. Limitou-se o Apelante a afirmar a ocorrência das agressões, o que, por si só, é insuficiente e inidôneo para embasar a ilicitude da prova. No mesmo sentido: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME CONTRA O PATRIMÔNIO. FURTOS QUALIFICADOS PELO CONCURSO DE PESSOAS, EM CONTINUIDADE DELITIVA (ART. 155, § 4º, INCISO IV, C/C ART. 71, AMBOS DO CÓDIGO PENAL). RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR. PRETENDIDA A NULIDADE DA PROVA PRODUZIDA. RELAXAMENTO DA PRISÃO EM FLAGRANTE QUE NÃO INVALIDA AS PROVAS INDICIÁRIAS. ALEGADA PRÁTICA DE TORTURA PELOS POLICIAIS NÃO COMPROVADA. ADEMAIS, AUTORIDADE POLICIAL QUE CIENTIFICOU OS RÉUS SOBRE SEUS DIREITOS CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADOS. PREFACIAL RECHAÇADA. MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INSUBSISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PALAVRAS DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS CORROBORADAS PELOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS, QUE COMPROVAM AS PRÁTICAS DELITIVAS. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. ALMEJADO O AFASTAMENTO DA QUALIFICADORA REFERENTE AO CONCURSO DE PESSOAS, SOB ALEGAÇÃO DE QUE NÃO CONSTANTE DA CAPITULAÇÃO PREVISTA NA INICIAL ACUSATÓRIA. INEXISTÊNCIA DE IRREGULARIDADE. JULGADOR QUE NÃO ESTÁ VINCULADO À CAPITULAÇÃO OFERECIDA PELA DENÚNCIA. ACUSADOS QUE SE DEFENDEM DOS FATOS A SI IMPUTADOS E NÃO DA CAPITULAÇÃO LEGAL. PEDIDO DE ABRANDAMENTO DO REGIME INICIALMENTE IMPOSTO À UM DOS APELANTES. ACOLHIMENTO. ACUSADO REINCENTE, CUJA PENA FINAL RESTOU FIXADA EM PATAMAR AQUÉM DE 04 (QUATRO) ANOS, NÃO MILITANDO EM SEU DESFAVOR CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. INCIDÊNCIA DO VERBETE SUMULAR N. 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO QUE SE IMPÕE. PLEITO PELA APLICAÇÃO DO INSTITUTO DA DETRAÇÃO. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO NO PONTO. RECURSO EM PARTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O relaxamento da prisão em flagrante não invalida as provas obtidas na fase inquisitorial, haja vista a existência de outros elementos probatórios aptos a demonstrar a materialidade e autoria delitiva. Não há que se falar em nulidade do processo em razão de suposta prática de tortura pelos agentes públicos, quando referida proposição resta isolada no contexto probatório. Ademais, mostra-se inviável a anulação dos interrogatórios policiais se os presos foram cientificados dos seus direitos constitucionalmente assegurados. 2. Impossível a absolvição dos acusados quando os elementos contidos nos autos, formam um conjunto sólido, dando segurança ao juízo para a sua condenação pelos crimes de furto descritos na exordial. 3. Como se sabe, na esfera processual penal os acusados se defendem não da capitulação jurídica fornecida pelo Ministério Público, mas, sim, dos fatos que lhes são imputados, razão pela qual mostra-se incogitável o afastamento da qualificadora prevista no inciso IV do § 4º do artigo 155 do Código Penal. 4. Conforme sedimentado pela Súmula n. 269 do Superior Tribunal de Justiça, "É admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais". 5. Não merece conhecimento o pedido de aplicação do instituto da detração, tendo em vista ser matéria cujo exame incumbe ao juízo da execução. (TJ-SC – APR:

00080148920188240036 Jaraguá do Sul 0008014-89.2018.8.24.0036, Relator: Paulo Roberto Sartorato, Data de Julgamento: 30/04/2020, Primeira Câmara Criminal). (Grifamos). A configuração da alegação de agressão física realizada durante a investigação policial, é um elemento que deve, indubitavelmente, ser comprovado por aquele que a alega. Nesse sentido, entende a Jurisprudência deste Tribunal: EMENTA: APELAÇÃO – SENTENÇA CONDENATÓRIA POR CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33,"CAPUT", DA LEI nº 11.343/06). RECURSO DEFENSIVO ARGUINDO, EM PRELIMINAR, NULIDADE DA CONFISSÃO COLHIDA NA FASE DE INQUÉRITO, QUE DIZ TER SIDO OBTIDA MEDIANTE TORTURA. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS, E, SUBSIDIARIAMENTE, APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI DE REGÊNCIA. PRELIMINAR DE NULIDADE QUE SE REJEITA – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. VALIDADE E EFICÁCIA DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS ENCARREGADOS DO FLAGRANTE – CONDENAÇÃO DE RIGOR – DOSIMETRIA CORRETAMENTE APLICADA – RECURSO DESPROVIDO. I. Sentença que julgou procedente a pretensão punitiva reputando o Réu incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, fixando pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, negado o direito de recorrer em liberdade. II. Recurso da DEFENSORIA PÚBLICA requerendo seja declarada a nulidade das provas colhidas no Inquérito, ao argumento de que o Réu foi agredido para admitir o exercício da traficância ou indicar quem forneceu a droga, tendo sua confissão sido obtida mediante tortura, em desrespeito ao disposto no art. 5º, inciso III, da CF. No mérito, pugna pela absolvição por falta de provas idôneas e contundentes para respaldar o édito condenatório, aduzindo que "os policiais informaram ter drogas em sua residência apenas porque ele possuía outros processos criminais em trâmite". Subsidiariamente, pleiteia o redimensionamento da pena, assegurando-se o redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, eis que, além da quantidade da droga ser ínfima, na época do fato era tecnicamente primário, preenchendo, portanto os requisitos legais para obtenção do benefício (cf. fls. 101/109). III – Quanto à alegada ilicitude da prova, suscitada em preliminar, não merece agasalho. Trata-se de alegativa escoteira, desacompanhada de qualquer indício que lhe possa emprestar visos de credibilidade. Conforme já decidido pelo Excelso Pretório, a simples alegação de tortura e sevícias, sem qualquer prova nesse sentido, não afeta a validade da condenação quando, como no caso, fundada em amplo quadro probatório. (...) X – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO, mantida a Sentença de primeiro grau, inclusive no que tange à custódia cautelar. (TJ-BA – APL: 05059512320188050146, Relator: PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 12/11/2019) (grifos acrescidos) Ademais, os policiais negam qualquer uso de violência contra o Acusado, não sendo razoável admitir-se que o Estado possa credenciar pessoas para exercerem função repressiva e, sem elementos cabais de prova, negar-lhes crédito quando de sua estrita atividade. Ressalta-se, ainda, que eventuais excessos cometidos pelos Policiais Militares, inclusive o eventual cometimento do crime de tortura ou de abuso de autoridade, ensejam a apuração em procedimento próprio, não tendo o condão de nulificar todos os elementos colhidos ao longo da persecução penal. É de se acrescentar, ainda, que nenhuma providência fora adotada pelo Apelante, por meio de seu advogado, para que se apurasse o ocorrido. Ou seja, poderia o Apelante ter dado início a uma ação penal privada subsidiária da pública para que se processasse e julgasse o crime imputado aos policiais e ficasse, assim, indubitavelmente comprovada a tortura. Como visto, não há nos autos qualquer irregularidade a ser

declarada, na medida em que toda a ação policial forneceu elementos que corroborados pela prova colhida sob o crivo do contraditório, sem que se possa conceber qualquer irregularidade ou eventual prejuízo ao Acusado, razão pela qual afasto a preliminar arguida. 3. DO MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO PELOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGA A materialidade e a autoria delitivas dos mencionados delitos estão comprovadas nos autos digitais por meio de: Auto de Prisão em Flagrante (id 47328768, fl. 02); Boletim de Ocorrência Policial (id 47328768, fls. 09/10); Auto de Exibição e Apreensão (id 47328768, fl. 13); Laudo pericial da droga apreendida (id 47328768, fl. 13); Depoimentos das testemunhas em sede policial (id 47328768, fls. 02/06) e em juízo (id's 47328805 e 47328806) , bem como pelo interrogatório do Apelante na fase policial (id 47328768, fl. 07) e em juízo (id 47328807). A Perícia constatou que as 08 (oito) porções embaladas, perfazendo massa total de 8,28g (oito gramas e vinte e oito centigramas) resultaram Positivo para a presença da substância conhecida como "maconha", entorpecente de uso proscrito no Brasil, na Lista F1 da Portaria 344/98 do Ministério da Saúde. No que toca à autoria atribuída ao Apelante, as provas contidas nos autos demonstram que ele, de fato, praticou o delito de tráfico de drogas, não sendo cabível a sua absolvição. É de se observar que as versões apresentadas pelos policiais na fase inquisitorial restaram confirmadas em Juízo, apresentando-se consentâneas, de modo a demonstrar o modus operandi da prisão e a forma como as drogas foram encontradas, e tornam inequívoca a prática delitiva de tráfico de drogas por parte do ora Apelante. Nesse contexto, os relatos das testemunhas, tanto perante a autoridade policial, logo em seguida aos fatos, como em juízo, preponderam sobre a negativa do Acusado, mormente quando não há notícia de qualquer motivo para uma acusação gratuita. A análise da prova testemunhal produzida em juízo encontra-se em compasso com todas as demais provas produzidas ao longo da instrução processual, não pairando qualquer dúvida acerca da idoneidade da ação policial desenvolvida, bem como da efetiva localização das substâncias ilícitas em poder do Acusado, corroborando os argumentos acerca da inexistência de dúvida quanto à prática de comércio de entorpecentes por este. Os policiais, como qualquer outra testemunha, assumem o compromisso de dizer a verdade (artigo 203 do CPP). Se fizerem afirmação falsa, calar ou ocultar a verdade, o Juiz instrutor, com força no artigo 211 do CPP, determinará a instauração de inquérito para apurar o Falso Testemunho. Com efeito, não é razoável admitir-se que o Estado possa credenciar pessoas para exercerem função repressiva e, sem elementos cabais de prova, negar-lhes crédito quando de sua estrita atividade. Segundo a Jurisprudência, é válido o testemunho prestado por agente policial, não contraditado nem desqualificado, na medida em que provém de agente público no exercício de suas funções e não destoa do conjunto probatório. Corroborando tal entendimento, vem assim decidindo o Superior Tribunal de Justiça: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 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 da substância apreendida (75 g de cocaína), 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 não provido. (AgRg no AREsp 1840915/SE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 21/05/2021). (Grifo nosso). Assim, não logrou êxito o Apelante em comprovar suas alegações nem em desconstituir as provas existentes em seu desfavor, ônus exclusivo da Defesa, nos termos do art. 156 do CPP. A tese de negativa de autoria destoa por completo do material probatório carreado aos autos apenas, revelando a expressão de legítimo direito constitucional de autodefesa, não sendo tal fato, por si só, capaz de ilidir as demais provas produzidas durante a instrução criminal. Na hipótese, observa-se que a decisão atacada mostra-se em perfeita harmonia com a prova colhida, inexistindo qualquer fragilidade capaz de maculá-la. Verifica-se da prova carreada aos autos que não logrou êxito o Acusado em comprovar suas alegações nem em desconstituir as provas existentes em seu desfavor, ônus exclusivo da Defesa, nos termos do art. 156 do CPP. Conclui-se, portanto, que o conjunto probatório produzido nos autos demonstra, de modo claro, a efetiva consumação, pelo Apelante, do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, o que torna totalmente infundada a tese defensiva de absolvição razão por que mantenho a condenação nos termos da sentença. 3. DA DOSIMETRIA DA PENA No tocante à dosimetria da reprimenda revelou-se acertada a pena atribuída pela Magistrada a quo. Levando-se em consideração o modelo trifásico de atribuição da penalidade, passa-se ao exame pormenorizado da situação em apreço. Convém transcrever a dosimetria realizada pela Magistrada Sentenciante: “Para aplicação da pena, de acordo com as regras do art. 59 do Código Penal, c/c art. 42 da Lei 11.343/06, em cotejo com os subsídios existentes nos autos, percebe-se que a culpabilidade é normal à espécie delitiva. A conduta social do Acusado não o recomenda, pois responde a processo criminal, perante a 11ª Vara Criminal, com sentença condenatória e em grau de recurso, não existindo causa especial de diminuição de pena para ser reconhecida, de forma que não faz jus ao benefício previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de drogas. Não há elementos, nos autos, para que se possa aferir sua personalidade. Pequena foi a quantidade de droga apreendida. As consequências do crime são danosas, mas comuns ao tipo penal. Por tais motivos, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão, deixo de aplicar a atenuante da confissão porque a pena já se encontra no mínimo legal – Súmula 231/STJ, a qual aumento em 10 (dez) meses, em face da reincidência, tornando definitiva a pena em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, à falta de atenuantes ou agravantes e causas de aumento ou diminuição a ser cumprida em regime inicialmente fechado na Penitenciária Lemos de Brito, em função dos antecedentes registrados”(grifos acrescidos) 1ª Fase: Ao analisar as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, a MM. Magistrado a quo fixou a pena-base no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão, associada ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, por não considerar negativa nenhuma das circunstâncias judiciais 2ª Fase: Considerando que o Acusado possui uma condenação com sentença transitada em julgado em data anterior aos fatos

desta ação (id's 47328774 e 47328775), a MM. Juíza sentenciante, acertadamente, considerou-a para fins de reincidência, agravando a pena em 1/6 (um sexto), passando a dosá-la em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Pugnou a Defesa pelo afastamento da reincidência sob o argumento de que o Apelante não possuiria condenação transitada em julgado, havendo, "sim, sentença penal condenatória em grau de recurso, nos autos 0533523-64.2019.8.05.0001, que tramita na 11ª Vara Criminal de Salvador; e em Barreiras o recorrente responde a ação penal nº 0301271-70.2012.8.05.0022, em que sequer há sentença proferida, não configurando, portanto, a reincidência". Com base na certidão de antecedentes criminais e a partir de consulta ao sistema SEEU, verifica-se que além dos processos mencionados pela Defesa, o Apelante fora condenado nos autos da ação penal nº 0012959-39.2011.8.05.0022, pelo delito de tráfico de drogas praticado em 07/06/2011, à pena definitiva de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, que tramitou na 1ª Vara Criminal de Barreiras. No aludido processo, houve o trânsito em julgado da condenação no dia 24/10/2013, com extinção da punibilidade pelo cumprimento da pena em 07/06/2017, estando tal registro apto ao reconhecimento da reincidência, nos termos do art. 63 do Código Penal (id's 47328774/5). Na definição da Doutrina: "Reincidente é quem pratica um crime após ter transitado em julgado sentença que, no País ou no estrangeiro, condenou-o por crime anterior, enquanto não houver transcorrido cinco anos do cumprimento ou da extinção da pena." (BITENCOURT, Cezar Roberto. Código Penal Comentado. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 278) Nesse sentido: RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAIIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA.1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais.2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso.3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza.4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como

elemento na dosimetria da pena.5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles.6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante.7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis.8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime. (...) Recurso especial provido.(REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022.) (grifos acrescidos) Requereu, também, a Defesa o reconhecimento da atenuante da confissão, nos termos do art. 65, inciso III, alínea 'd', do Código Penal, com a condução da pena a patamar aquém do mínimo legal. Nesse ponto, entendo que a Sentença merece reparo. A Magistrada Sentenciante, como transcrito anteriormente, reconheceu a atenuante da confissão, mas não a aplicou no cômputo da pena, amparando-se no impeditivo da Súmula 231 do STJ. Sucede que, sendo agravada a pena na segunda fase (reincidência), e, tendo havido o reconhecimento da atenuante da confissão, cabível é a compensação entre as duas circunstâncias, nos termos do art. 67 do Código Penal. A esse respeito, veja-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. FURTO SIMPLES TENTADO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. PRETENSÃO DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. POSSIBILIDADE. REGIME SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. 1. A reincidência, ainda que específica, deve ser compensada integralmente com a atenuante da confissão, demonstrando, assim, que não deve ser ofertado maior desvalor à conduta do réu que ostente outra condenação pelo mesmo delito. Apenas nos casos de multirreincidência deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da

proporcionalidade. Precedentes. 2. Na hipótese dos autos, comprovada a reincidência específica da recorrente, deve a referida agravante ser compensada integralmente com a atenuante da confissão. 3. Recurso especial provido para reformar o acórdão proferido no julgamento da Apelação Criminal n. 1503215-08.2019.8.26.0530, a fim de restabelecer a compensação integral entre a atenuante da confissão e a agravante da reincidência, fixando o regime inicial semiaberto. Acolhida a readequação da Tese n. 585/STJ nos seguintes termos: É possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não. Todavia, nos casos de multirreincidência, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. (REsp n. 1.947.845/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, julgado em 22/6/2022, DJe de 24/6/2022.) (grifos acrescidos) Ante o exposto, reformo a decisão objurgada, a fim de que seja compensada a agravante da reincidência com a atenuante de confissão espontânea, passando a pena intermediária a ser dosada em 05 (cinco) anos de reclusão, associada à pena pecuniária de 500 (quinhentos) dias-multa 3ª Fase: Ausentes as causas de aumento de pena, cabe analisar o pedido da Defesa para aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Tal dispositivo legal dispõe que: "Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. "A primariedade do réu, bem como a não dedicação às atividades criminosas e não participação em organização criminosa são requisitos essenciais e cumulativos para a concessão do benefício. In casu, na terceira fase da dosimetria, o Juiz a quo não aplicou a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em razão da existência de evidência de dedicação do Apelante à atividade criminosa. Tal dedicação mostra-se configurada pela condenação transitada em julgado, visto que o Apelante – que responde ainda a outros processos criminais – fora condenado nos autos da ação criminal nº 0012959-39.2011.8.05.0022, supracitada, e que serviu para configuração da reincidência, seguindo a jurisprudência atual do STJ que entende que a reincidência, ainda que por delito de natureza diversa – o que não é o caso do Apelante, que fora condenado anteriormente por tráfico de drogas –, constitui óbice legal à concessão da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 Isso porque a concessão de benefício tem interpretação restritiva, de modo que uma benesse legal somente deve ser aplicada a quem efetivamente mereça, interpretando-se de forma teleológica o dispositivo, conforme exposições dos motivos do artigo 33, § 4º da Lei 11.343/06. Veja-se: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DESCLASSIFICATÓRIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA. SÚMULA 7/STJ. DISSENSO PRETORIANO. NÃO DEMONSTRAÇÃO. CONFISSÃO. SÚMULA 283/STF. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. INVIABILIDADE. REINCIDÊNCIA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I – O eg. Tribunal a quo, ao apreciar os elementos de prova constituídos nos autos, manteve a condenação do crime de tráfico de drogas. II – Na hipótese, concluir pela desclassificação para uso de drogas, como pretende a Defesa, demandaria, necessariamente, o

revolvimento do material fático-probatório delineado nos autos, providência inviável na via eleita. III – A interposição do apelo extremo interposto com fulcro na alínea c, do inciso III, do art. 105 da Constituição Federal exige o atendimento dos requisitos do art. 1029, e § 1º do Código de Processo Civil, e art. 255, § 1º, do RISTJ, para a devida demonstração do alegado dissídio jurisprudencial, pois além da transcrição de acórdãos para a comprovação da divergência, é necessário o cotejo analítico entre o aresto recorrido e o paradigma, com a constatação da identidade das situações fáticas e a interpretação diversa emprestada ao mesmo dispositivo de legislação infraconstitucional, situação que não ocorreu na espécie. IV – A jurisprudência dessa eg. Corte é pacífica no sentido de que não se prestam para o conhecimento do apelo nobre com fulcro no art. 105, III, alínea c, da Constituição Federal, os julgamentos proferidos em mandado de segurança e habeas corpus, os quais têm um âmbito cognitivo muito mais amplo do que o recurso especial, destinado exclusivamente à uniformização da interpretação da legislação federal. V – "É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles" (Súmula 283/STF), incidente à aventada ofensa ao art. 65, III, d, do CP. VI – "No caso dos autos, a reincidência da agravante justifica concretamente o indeferimento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.434/2006, pois o réu reincidente não pode beneficiar-se com a benesse referenciada, uma vez que tal circunscrição evidencia a dedicação a atividades criminosas. [...] Ainda, no ponto, "o entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a reincidência, ainda que por delito de natureza diversa, constitui óbice legal à concessão da minorante do tráfico privilegiado, consoante previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, inexistindo bis in idem ante a utilização concomitante na segunda e terceira fases da dosimetria. Precedentes" (AgRg no AREsp n. 1.810.760/PR, relator Ministro Olindo Menezes, Desembargador Convocado do TRF 1ª Região, Sexta Turma, julgado em 9/11/2021, DJe 16/11/2021)" (AgRg nos EDcl no HC n. 768.833/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Antonio Saldanha Palheiro, DJe de 30/3/2023). Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 1.979.138/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 25/4/2023, DJe de 28/4/2023.) (grifos acrescidos) Correta, portanto, a não aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, razão por que fixo a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão, associada à pena pecuniária de 500 (quinhentos) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos 4. DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA Embora fixada a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão, o Acusado é reincidente, o que motiva o cumprimento da reprimenda em regime mais severo, como fixado na sentença, consoante o art. 33, §§ 2º e 3º do Código Penal, razão por que mantenho o regime fechado. 5. DO PREQUESTIONAMENTO Ante a questão acerca do prequestionamento apresentada pela Defesa, saliento que não ocorreu ofensa aos dispositivos de lei invocados, de sorte que o posicionamento constante deste Acórdão representa a interpretação feita pela colenda Turma Julgadora quanto à matéria posta em discussão, revelando-se na forma de seu convencimento, pelo que não se deve cogitar negativa de vigência a tais dispositivos. Afigura-se, portanto, desnecessária a abordagem pelo órgão julgador de todas as matérias debatidas ou dispositivos legais suscitados pelas partes, mesmo diante do prequestionamento. Por fim, no tocante ao pedido de manifestação acerca dos dispositivos legais mencionados para fins de prequestionamento,



verifica-se ter sido suficientemente discutida e analisada, no Acórdão, toda matéria recursal levantada. CONCLUSÃO Ante o exposto, CONHEÇO do Recurso de Apelação interposto, e, nessa extensão, DOU-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para o fim de modificar a pena aplicada ao Acusado, fixando-a em 05 (cinco) anos de reclusão, associada ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, mantendo-se in totum os demais termos da sentença objurgada. Salvador/BA, 6 de setembro de 2023. Desa. Nágila Maria Sales Brito Relatora