



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma

1

Classe : **Apelação n.º 0523222-92.2018.8.05.0001**
Foro de Origem : Salvador
Órgão : Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma
Relator : **Des. Abelardo Paulo da Matta Neto**
Apelante : Ministério Público do Estado da Bahia
Promotor : Roque de Oliveira Brito
Apelado : Mailson dos Santos Azevedo
Def. Público : Flávia de Menezes Teles Araújo
Procurador : Tania Regina Oliveira Campos

Assunto : Tráfico de Drogas e Condutas Afins

APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. IMPUTAÇÃO AO RÉU DA PRÁTICA DOS DELITOS INSCULPIDOS NO ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006 E ART. 12 DA LEI 10.826/2003. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO À DOMICÍLIO NÃO CONFIGURADO. ESTADO DE FLAGRÂNCIA. CRIME PERMANENTE. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA CONDENAÇÃO POR TRÁFICO DE DROGAS. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS POLICIAIS MILITARES. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA PARA AMBOS OS DELITOS E DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARA O DELITO DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PENA INTERMEDIÁRIA INALTERADA. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO AQUÉM DA PENA MÍNIMA. EXEGESE DA SÚMULA 231 DO STJ. TRÁFICO PRIVILEGIADO CONFIGURADO. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, §4º, DA LEI DE DROGAS NA FRAÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO), EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

I. Na hipótese sob descortino, adstringe-se o mérito do recurso à insurgência da acusação com a improcedência da denúncia e, conseqüente, absolvição do réu, sustentando a legalidade da prisão em flagrante e licitude das provas carreadas aos autos, pugnando pelo provimento do recurso, para que seja julgada procedente a denúncia, com a, conseqüente, condenação do acusado nas sanções penais previstas no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 e art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/2003, em concurso material, fazendo jus à atenuante da menoridade relativa, porém sem direito à minorante do tráfico privilegiado, ante a gravidade dos crimes praticados.



II. Do detido exame dos fólios, verifica-se que a pretensão do Apelante, no sentido de ver o recorrido condenado como incurso nas penas inculpidas no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, e art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/2003, em concurso material, merece albergamento, uma vez que não restou configurada a ilicitude das provas obtidas durante a persecução criminal, além do que a autoria e a materialidade do delito encontram-se sobejamente comprovadas, *in hipotesis*.

É cediço que em se tratando de crime de natureza permanente, não há como se reputar ilegal a invasão do domicílio, sem mandado judicial, diante da justa causa, evidenciada, *in casu*, por todas as circunstâncias comprovadas nos autos, não restando configurada qualquer ofensa à garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio, reconhecendo-se a absoluta licitude das provas carreadas aos autos.

III. Dosimetria da Pena. Circunstâncias judiciais favoráveis ao réu no que tange a ambos os delitos. No tocante ao crime de tráfico de drogas, considerando-se que a margem de discricionariedade a cargo do magistrado tem por objetivo melhor se adequar à individualização da pena, deixo para utilizar a quantidade e natureza da droga na terceira fase, em razão de entender ser mais adequada, permitindo que as sanções em concreto estejam, assim, proporcionais ao dano efetivamente causado, evitando-se, dessa forma, a caracterização do *bis in idem* no caso em tela.

No caso *sub judice*, tem-se por ausentes demais petrechos típicos da mercancia proscrita, sendo o agente primário, possuidor de bons antecedentes, conforme atestado de fl. 106, inexistindo provas substanciais de que se dedica à atividade criminosa ou integra organização criminosa, constando como prova tão somente o depoimento dos policiais militares que relataram que souberam, através da inteligência da polícia, que o Apelado integrava a facção “Comando da Paz”. Nesse viés, com base no princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, aplica-se o redutor no patamar de 1/3 (um terço), em face da quantidade considerável, porém não tão expressiva, e da natureza da droga apreendida, uma vez que a “cocaína”, em suas diversas formas, tem um alto poder lesivo à saúde do usuário, bem como maior capacidade de causar dependência química.

IV. PRONUNCIAMENTO DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO PROVIMENTO DO APELO.

V. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.



ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da **APELAÇÃO CRIME Nº 0523222-92.2018.8.05.0001**, em que são partes, como apelante **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA** e, como apelado, **MAILSON DOS SANTOS AZEVEDO**.

ACORDAM, os senhores Desembargadores, componentes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em **CONHECER DO RECURSO para DAR PROVIMENTO AO APELO, com o fito de CONDENAR o Réu Mailson dos Santos Azevedo como incurso nas penas dos delitos previstos no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 e no art. 16 da Lei 10.826/2003, em concurso material**, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Sala das Sessões, 30 de julho de 2019.

DES. ABELARDO PAULO DA MATTA NETO
PRESIDENTE/RELATOR

PROCURADOR(A) DE JUSTIÇA



RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo Ministério Público do Estado da Bahia, irresignado com sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/Ba, a qual julgou improcedente a denúncia, absolvendo o Réu **Mailson dos Santos Azevedo**, nos termos do art. 386, II, do Código de Processo Penal, da imputação dos delitos previstos no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 e no art. 16 da Lei 10.826/2003, em concurso material, sob o fundamento de nulidade da apreensão da arma de fogo e da cocaína na residência do réu.

De logo, há de ser encampado o relatório albergado na sentença de fls. 146/152, com espeque no princípio da economia processual, havendo de acrescentar-se, ainda, o quanto segue explicitado.

Nas razões de apelação de fls. 164/177, o presentante do Ministério Público, aduz que as provas dos autos são robustas e suficientes para comprovar a materialidade e autoria delitivas, ensejando a condenação do réu.

Argui, inicialmente, que a materialidade e autoria delitivas restaram devidamente provadas nos autos, nos exatos termos da denúncia, por meio do Auto de Prisão em Flagrante, do Auto de Exibição e Apreensão (fl. 13), do Laudo de Constatação (fl. 28) e do Laudo Pericial Definitivo (fl. 102), que atestaram as substâncias entorpecentes apreendidas, bem como do laudo pericial que constatou a lesividade da arma de fogo encontrada com o acusado.

Afirma que tais provas materiais foram ratificadas através do depoimento das testemunhas de acusação, em ambas as fases da persecução penal, as quais, de forma harmônica e coerente, confirmaram os fatos narrados na exordial acusatória, razão pela qual pugna pela condenação do denunciado.

Assevera que o acusado confessou, na fase inquisitiva, a posse da “cocaína” e da arma de fogo, bem assim a alcunha de “papel” e a condição de



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
Primeira Câmara Criminal - Segunda Turma

5

traficante integrante da facção CP, retratando-se, posteriormente, em juízo, sem contudo apresentar mínima prova do alegado. Ressalta que a alegação do apelante de que fora agredido pelos policiais não restou provada, uma vez que o exame de lesões corporais de fls. 71/72 atesta que o perito não reuniu elementos para confirmar a agressão.

Sustenta a legalidade do flagrante, aduzindo que não houve invasão de domicílio, tendo em vista que o acusado estava sendo perseguido pelos policiais militares quando adentrou no imóvel, local onde foram encontradas as drogas e a arma, sendo capturado em flagrante delito, não havendo que se falar em provas envenenadas, tampouco ilegalidade da prisão.

Aduz, ainda, que restou firmemente provado nos autos o delito de porte ilegal de arma de fogo e munições de uso não permitido através da prova documental e testemunhal, ressaltando que por se tratar de crime de mera conduta e de perigo abstrato não depende da demonstração efetiva de ocorrência de perigo à coletividade.

Por fim, pugna pelo provimento do recurso, a fim de reformar a sentença objurgada, para condenar o acusado nas sanções penais previstas no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, e art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/2003, em concurso material, fazendo jus à atenuante da menoridade relativa, porém sem direito à minorante do tráfico privilegiado, ante a gravidade e quantidade dos crimes praticados.

Nas razões de contrariedade, às fls. 189/195, a Defesa propugna pelo improvimento do apelo, mantendo-se a sentença absolutória por todos os seus termos.

A Procuradoria de Justiça, através do parecer de fls. 07/12 (autos físicos), pronunciou-se pelo conhecimento e provimento do presente recurso, “*reformando-se a sentença guerreada, de sorte a condenar o réu nos termos da denúncia*”.

É o relatório.



VOTO

O recurso é próprio, tempestivo, e estão presentes as condições extrínsecas e intrínsecas à sua admissibilidade.

Exsurge da exordial acusatória, de fls. 01/04, que no dia 08 de abril de 2018, por volta das 00h50min, os policiais receberam denúncias anônimas de que um indivíduo estava portando arma de fogo e praticando tráfico de drogas no Largo Teodoro, bairro Santa Cruz, nesta cidade, além de ser apontado como o responsável pelo incêndio de um ônibus no bairro Nordeste de Amaralina. Ato contínuo, os policiais dirigiram-se para a localidade supra mencionada, quando encontraram o ora Denunciado, que, ao perceber a presença dos militares, tentou empreender fuga, sendo, porém alcançado, no interior de uma residência.

Narra ainda que *“Em seguida, foi realizada revista pessoal, tendo sido encontrado e apreendido com o Denunciado: 42 (quarenta e dois) microtubos contendo cocaína; 17 (dezessete) pedrinhas de cocaína, na forma de "crack"; 09 (nove) relógios de pulso; 01 (uma) arma de fogo, tipo pistola, acabamento oxidado, marca TAURUS, calibre .40, número de série SIW 95054, modelo PT640 PRO, de uso restrito, municiada com 12 (doze) cartuchos e a quantia de RS 520,00 (quinhentos e vinte reais); conforme Auto de Exibição e Apreensão (fl.09) e depoimentos policiais”*.

Por fim, consta que *“O procedimento investigatório foi conclusivo quanto ao tráfico de drogas, praticado pelo Denunciado. Todas as circunstâncias do fato, local onde ocorreu o flagrante, postura do Acusado, substâncias apreendidas, respectivas quantidades, forma de acondicionamento, depoimentos e declarações obtidas no curso do inquérito policial, demonstram a destinação da droga para fins de tráfico subsumindo-se o comportamento do Denunciado a uma das múltiplas condutas do crime de tráfico de drogas”*.

Processado e julgado, o Apelante foi absolvido pelos crimes capitulados no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 e art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/2003, nos



termos do art. 386, II, do Código de Processo Penal, sob o fundamento de nulidade da apreensão da arma de fogo e da cocaína na residência do réu.

Na hipótese sob descortino, adstringe-se o mérito do recurso à insurgência da acusação com a improcedência da denúncia e, conseqüente, absolvição do réu, sustentando a legalidade da prisão em flagrante e licitude das provas carreadas aos autos, pugnando pelo provimento do recurso, para que seja julgada procedente a denúncia, com a, conseqüente, condenação do acusado nas sanções penais previstas no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006 e art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/2003, em concurso material, fazendo jus à atenuante da menoridade relativa, porém sem direito à minorante do tráfico privilegiado, ante a gravidade dos crimes praticados.

I. DO PLEITO CONDENATÓRIO

Do detido exame dos fólhos, verifica-se que a pretensão do Apelante, no sentido de ver o recorrido condenado como incurso nas penas inculpidas no art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, e art. 16, *caput*, da Lei nº 10.826/2003, em concurso material, merece albergamento, uma vez que não restou configurada a ilicitude das provas obtidas durante a persecução criminal, além do que a autoria e a materialidade do delito encontram-se sobejamente comprovadas, *in hipotesis*.

I. 1. DA LICITUDE DAS PROVAS

Impende ressaltar, de plano, que o fundamento da r. sentença objurgada de que houve invasão ilegal do domicílio do acusado por parte dos policiais militares, em face da inexistência de mandado de busca e apreensão, tornando ilícitas as provas obtidas, não pode prosperar.

O caso *sub judice* traz à discussão a questão da legitimidade do procedimento investigatório que implica no ingresso de policiais na residência de um suspeito, sem o seu consentimento e sem autorização judicial, e encontra substâncias entorpecentes, de sorte a configurar a prática do delito de tráfico de drogas, cujo caráter permanente, em tese, autorizaria o ingresso domiciliar.



A *priori*, cumpre salientar que a matéria já foi decidida pelo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, quando do julgamento do RE nº 603.616/RO, assentando que "a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados" (Rel. Ministro Gilmar Mendes - DJE 8/10/2010).

É consabido que o tráfico de drogas, delito imputado ao ora acusado, é crime permanente, cuja conduta, assim como o flagrante, se protraí no tempo.

Assim, no caso de flagrante de crime permanente, é possível a realização de busca e apreensão sem mandado judicial, conforme entendimento já consolidado também pelo Supremo Tribunal Federal, consoante julgado da Segunda Turma que denegou o *mandamus*, em decisão unânime, no bojo do Habeas Corpus 127457/BA, cujo teor encontra-se a seguir transcrito:

"HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. PRISÃO PREVENTIVA (CPP, ART. 312). AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NÃO OCORRÊNCIA. DECRETO DE PRISÃO FUNDAMENTADO NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO PACIENTE DEMONSTRADA. PRECEDENTES. CONSTRANGIMENTO ILEGAL POR EXCESSO PRAZO. INEXISTÊNCIA. COMPLEXIDADE DO FEITO QUE JUSTIFICA A RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO, QUE TEM REGULAR PROCESSAMENTO NA ORIGEM. PRECEDENTES. ILICITUDE DAS PROVAS RECOLHIDAS NA RESIDÊNCIA DO PACIENTE, DADA A INEXISTÊNCIA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO PARA TANTO. DESNECESSIDADE. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA EM CRIME PERMANENTE. PRECEDENTES. ORDEM DENEGADA.

1.(...). 3. Consoante o entendimento da Corte, "[é] dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar as medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas" (RHC nº 121.419/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de



17/10/14). 4. Ordem denegada.” (STF - HC nº 127.457/BA, Relator Ministro Dias Toffoli) (grifo nosso).

O Eminentíssimo Ministro Dias Toffoli, relator do caso, ressaltou em seu voto que diversos precedentes da Corte apontam no sentido de ser dispensável o mandado de busca e apreensão quando se tratar de crime permanente, como no caso de tráfico de drogas, sendo possível a realização das medidas necessárias à investigação da conduta criminosa.

Nesse caso, não se pode falar em ilicitude das provas obtidas, uma vez que, no caso de crime permanente o momento consumativo do delito está sempre em execução, restando evidenciado que o delito de tráfico de drogas se traduz como de **flagrância permanente**, admitindo a incursão residencial durante operações policiais voltadas à sua dissuasão, eis que aplicável à hipótese a **primeira ressalva** prevista no próprio art. 5º, XI, da Constituição Federal.

Nesse sentido, traz-se à colação julgados do Superior Tribunal de Justiça:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INVASÃO DE DOMICÍLIO. CRIME PERMANENTE. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. ELEVADA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS E PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. NÃO INCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO DELITO. REGIME PRISIONAL GRAVOSO. POSSIBILIDADE. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante da prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, pois o referido delito é de natureza permanente, ficando o agente em estado de flagrância enquanto não cessada a permanência. 2. A jurisprudência desse Sodalício se sedimentou no sentido de que a elevada quantidade de entorpecentes tem o condão de caracterizar que o indivíduo se



dedica a atividades ilícitas e integra organização criminosa, não podendo ser beneficiado com a redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. 3. Na hipótese dos autos, o expressivo quantum de entorpecentes apreendidos em poder do acusado (2.526,08g de maconha) constitui circunstância hábil a caracterizar a sua participação em atividades de organização criminosa, impedindo a incidência da causa especial de diminuição da pena. 4. (...) . 5. Agravo regimental desprovido." (AgRg no REsp 1637287/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 10/05/2017)

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. CRIME PERMANENTE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. No que tange à ilicitude da prova em face da invasão de domicílio, é assente nesta Corte Superior o entendimento de que por ser permanente o crime de tráfico de entorpecentes, desnecessário tanto o mandado de busca e apreensão quanto autorização para que a autoridade policial possa adentrar no domicílio. Precedentes. 2. Decisão agravada mantida por seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental improvido." (AgRg no HC 365.020/MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2016, DJe 25/10/2016)

[Destaques da transcrição]

Com efeito, da acurada análise do conjunto probatório, submetido ao crivo do contraditório e da ampla defesa, **tem-se por fartamente comprovada a legalidade da prisão em flagrante delito e a licitude das provas carreadas aos autos**, conforme depoimento em juízo dos policiais militares que participaram da diligência que efetuou a prisão do denunciado, descrevendo a ação da guarnição policial. Senão vejamos:

"[...] que participou da diligência que resultou na prisão do acusado e o reconhece aqui presente; que receberam denúncias sobre tráfico de drogas na região e além disso naquele dia ocorreram queima de



ônibus no local, Nordeste de Amaralina e imediações; que a denúncia dizia que havia diversos indivíduos fazendo tráfico de drogas e que também seriam os responsáveis pela queima dos ônibus; que se dirigiram até o local informado e ao chegarem os indivíduos notaram a presença da guarnição e se evadiram; que havia mais de dois indivíduos; que o depoente era o motorista; que os outros integrantes soltaram na frente e correram atrás dos indivíduos e o depoente primeiro teve de parar a viatura, desliga-la e em seguida foi atrás dos colegas; que quando chegou onde estavam os colegas já encontrou o acusado detido pelos outros policiais; que chegou a ver o que foi apreendido com ele, que se lembra que havia drogas individualizada para o comércio e também uma pistola preta, calibre .40, modelo PT 640; que a arma estava municada; que o serviço de inteligência informou que o acusado já era conhecido pelo vulgo Papel por ser um dos frentes do tráfico na região; que o depoente não conhecia o acusado até então e que não sabe informar como ele conseguiu aquela pistola; que a única facção que tem lá, até onde sabe, é a CP; que o indivíduo é conhecido por populares e também já foram feitas denúncias pelos comerciantes do local dizendo que ele ameaçava e fazia cobranças aos comerciantes para permitir que mantivessem seus estabelecimentos funcionando; que o acusado também já participou de troca de tiros com a polícia e que o mesmo assumiu no dia participar da facção e do tráfico de drogas e disse que naquele dia recebeu ordens para que revidasse contra as guarnições da Polícia; que nesse dia só o acusado foi preso; que são vários frentes no Nordeste; que o chefe é "Val Bandeira" que estava preso; que não tem certeza quem era o frente da localidade onde encontraram o acusado, mas pode citar o nome de Caique como sendo um dos gerentes da localidade; que mesmo estando preso "Val Bandeira" continuava comandando o Nordeste. Dada a palavra ao(à) Defensor(a)/Advogado(a), respondeu que: o depoente não chegou a entrar no imóvel, ficando do lado de fora; que todavia conseguiu ver o acusado correndo e fazendo a segurança externa tem de ter uma visão panorâmica de toda área, mas sem perder a visão dos colegas; que não conseguiu visualizar a busca pessoal; que não conseguiu ver se o acusado quando correu tinha alguma coisa nas mãos; que o fato ocorreu de noite e a visibilidade não era das mais favoráveis; que o local é contumaz do tráfico de drogas [...]". (SD/PM Rudson de Melo Lima, fl. 88).

"[...] participou da diligência que resultou na prisão do acusado e



reconhece o acusado aqui presente; que fazia parte da Rondesp; que receberam informações dizendo que na localidade conhecida como Praça do Teodoro havia um grupo de elementos fazendo tráfico de drogas; que na denúncia não mencionaram o nome do acusado; que ao notarem a presença da guarnição empreenderam fuga; que Mailson, vulgo Papel, entrou em uma residência e foi acompanhado pelos policiais que fizeram a abordagem e a busca pessoal e encontraram drogas do tipo maconha, algumas balinhas nas vestes e ao continuarem as buscas também encontraram outras drogas próximas a ele, no local onde ele estava; que se tratava de uma casa e algumas pessoas moravam lá; que não se recorda se havia outras pessoas no local no momento da abordagem; que não se recorda se o acusado moraria naquela casa; que foi encontrada arma de fogo dispensada próximo a ele; que era uma arma de calibre restrito e estava carregada e municada; que somente conseguiram capturar o acusado; que o acusado é contumaz em disparar contra as guarnições que chegavam na região; que o acusado tinha envolvimento direto com o tráfico; que a facção que domina a região é a CP. Dada a palavra ao(à) Defensor(a)/Advogado(a), respondeu que: o depoente visualizou o acusado correndo e ele não tinha nada nas mãos; que a arma estava próximo a ele no chão; que alcançaram o acusado muito rapidamente e o acompanharam até a edificação onde ele entrou; que o serviço de inteligência dispõe de um acervo de imagens e informações e posteriormente identificaram o acusado como sendo "Papel"; que nunca tinha abordado o acusado anteriormente e nem tampouco o tinha visto. [...]". (SD/PM Wesley Almeida Ribeiro, fl. 89).

"[...] participou da diligência que culminou na prisão do acusado e o reconhece aqui presente; que no dia 8 de Abril o Nordeste de Amaralina estava conflagrado com conflitos e queima de ônibus e então foram até a localidade e lá chegando obtiveram a informação de que um suspeito, cujo vulgo era "Papel" estaria nas proximidades com outros integrantes da facção traficando drogas; que quando chegaram viram o acusado que estava sozinho e ao ver os policiais se assustou e empreendeu fuga, sendo perseguido e posteriormente alcançado; que na busca pessoal encontraram uma arma de fogo que pertencia a um policial e foi recuperada, o que chamou a atenção do depoente; que se tratava de uma pistola Taurus, salvo engano modelo 640, calibre .40; que a arma estava municada; que também encontraram drogas com o acusado que estavam separadas em



porções individuais; que não se recorda o tipo da droga; que acredita que tenha sido uma boa quantidade, quantidade expressiva; que não se recorda dos detalhes da ocorrência, por exemplo se chegaram a perguntar ao acusado se a droga era dele, o que ele iria fazer com a droga, o que ele disse; que a facção que domina o Nordeste de Amaralina é a CP; que a informação que chegou até eles é de que o acusado fazia parte da CP e essa informação chegou através dos integrantes da P2, ou seja, do serviço de informações da polícia; que não se recorda se o acusado estaria envolvido nas queimas de ônibus que estava ocorrendo naquele dia. Dada a palavra ao(à) Defensor(a)/Advogado(a), respondeu que: não foi o depoente quem fez a busca pessoal, foi um patrulheiro; que salvo engano quem fez a busca pessoal foi o SD Ribeiro; que o depoente visualizou o momento da busca; que era o comandante da guarnição; que vincularam a arma encontrada com o acusado com a arma que tinha sido subtraída do policial, consultando um sistema que eles usam; que vincularam a pessoa do acusado com a pessoa indicada na denúncia pelas suas vestes e também porque ele atendeu pelo vulgo quando foi chamado; que não conhecia o acusado anteriormente; que atua na área há 8 meses; que na época do fato tinha apenas 4 meses trabalhando na localidade [...]”. (SD/PM Vinícius de Castro Seixas, fl. 90).

Constata-se, portanto, que a incursão policial no imóvel em que se encontrava o acusado, motivada por informação de populares acerca da prática da traficância, teve como lastro fortes indícios de mercancia de substâncias entorpecentes, ratificada com a tentativa de fuga do réu e a efetiva apreensão de drogas e da arma muniada no interior da residência do acusado, estando estas sob circunstâncias de acondicionamento e quantidade caracterizadoras de sua comercialização, o que reforça sobejamente a validade da prova, na forma que foi colhida.

Descabida a tentativa do douto magistrado de desconstituir a prova referente às drogas apreendidas, apenas porque uma das testemunhas afirmou que “encontraram na posse do réu maconha e outras drogas” (sic), uma vez que restou



sobejamente comprovada a apreensão de cocaína sob a forma de pó e pedra (crack).

Por outro lado, inobstante o Apelado, quando do seu interrogatório em Juízo, ter se retratado, negando a prática do delito de tráfico de drogas, tal fato encontra-se isolado no conjunto probatório, razão pela qual, por si só, não tem o condão de desconstituir todas as demais provas produzidas nos autos. Da mesma forma, a alegação de que foi agredido pelos policiais militares não restou comprovada através do Laudo de Exame de Lesões Corporais (fls. 71/72), tendo o perito, em resposta ao quesito “Resultou ofensa à integridade corporal ou à saúde do examinado?”, asseverado que “não reuniu elementos para afirmar ou negar”. Tem-se, portanto, a versão apresentada em Juízo pelo Recorrente não se sustenta, senão vejamos (fls. 86/87):

[...] QUE: conhece os termos da denúncia e os mesmos não são verdadeiros; que no dia dos fatos estava em casa, pois sua mãe havia lhe dito que não saísse porque tinham queimado uns ônibus na região do Vale das Pedrinhas e da Pituba; que estava em casa e por volta da meia noite passou a guarnição; que no momento o interrogado "colocou a cara na janela" e então os policiais o viram e gritaram para ele "perdeu ladrão, perdeu ladrão"; que o interrogado se assustou e correu para a parte de cima da casa onde estava seu padrasto; que na parte de baixo só estava ele e seu irmão de 21 anos; que os policiais arrombaram a casa e entraram e começaram a dar tapas na cabeça dele e chutes nas pernas perguntando por várias pessoas que o acusado não conhecia e mostrando fotos no celular para que ele reconhecesse; que não conhecia ninguém; que daí os policiais o levaram para a viatura e foram para a delegacia e lá os policiais apresentaram a arma e drogas; que a arma era sua e estava dentro do seu quarto porque tinha comprado quando foi ameaçado por um sujeito em uma festa de paredão no bairro; que a arma era para se defender; que não sabe de quem era a droga e só viu dentro da delegacia; que comprou a arma na mão de um sujeito que trabalha na região catando lixo; que ele disse que tinha encontrado essa arma no



lixão do Vale das Pedrinhas; que a arma era velha e estava toda raspada; que a arma tinha duas munições; que nunca tinha sido preso e nem processado anteriormente, nem tinha sido apreendido quando era menor; que não conhecia os policiais; que não sabe dizer porque os policiais o abordaram quando o viram na janela e já foram invadindo sua casa; que eles disseram que foi uma denúncia; que não se recorda se fez exame de corpo de delito; que não foi ao Nina; que os policiais foram agressivos e até dentro da delegacia do bairro bateram nele. Dada a palavra ao Representante do Ministério Público, respondeu que: não é verdade que guardasse armas da facção CP dentro de sua casa, que nunca guardou armas nem drogas para a facção; que é usuário de cocaína e compra lá mesmo no Nordeste; que compra drogas com o dinheiro do lava jato; que também já trabalhou no mercadinho "EE Mercearia Souza" e foi demitido e com o dinheiro da indenização que comprou a arma; que escutou os policiais falando que a arma era de policial somente hoje; que nunca ameaçou os comerciantes do local para que lhe dessem dinheiro; que não tem apelido e não conhece ninguém com o apelido de "Papel" que possa ter confundido com ele; que não participou da queima de ônibus no Nordeste; que nunca ouviu falar em uma pessoa chamada "Rato". [...]"

Destarte, por todas as razões expostas, *in casu*, em se tratando de crime de natureza permanente, não há como se reputar ilegal a invasão do domicílio, sem mandado judicial, diante da justa causa, evidenciada por todas as circunstâncias comprovadas nos fólios, não restando configurada qualquer ofensa à garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio, **reconhecendo-se a absoluta licitude das provas carreadas aos autos.**

I. 2. DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS

Refutada a tese de invasão ilegal de domicílio e nulidade das provas, declarada na sentença, cumpre a análise da materialidade e autoria delitiva.

Do detido exame dos autos, tem-se, claramente, que a materialidade e a



autoria dos delitos de tráfico de drogas e de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito.

No que tangencia a materialidade dos delitos, está fartamente demonstrada através do Auto de Exibição e Apreensão (fl. 17), do Laudo de Constatação provisória (fl. 40), no qual consta a apreensão de: “**Material A:** 30,06g (trinta gramas e seis centigramas), massa bruta da substância sólida de cor branca sob a forma de pó, distribuídas em 42 (quarenta e duas) porções, acondicionadas em microtubos plásticos. (...) **Material B:** 3,95g (três gramas e noventa e cinco centigramas), massa bruta de substância sólida de cor amarelada sob a forma de “pedras”, distribuídas em 17 (dezesete) porções envoltas em plásticos azuis.”; Laudo Pericial Definitivo (fl.102), bem como o Laudo Pericial de fls. 112/113, atestando a apreensão da arma de fogo e das munições e a potencialidade lesiva do artefato.

Por sua vez, a prova da autoria delitiva emerge dos depoimentos prestados em juízo pelas testemunhas arroladas, os quais, são convergentes e harmônicos entre si, conforme já transcritos no **item I.1** do presente acórdão.

Neste diapasão, em que pese o juiz sentenciante ter absolvido o Acusado, o êxito da pretensão acusatória exsurge indelével do conjunto probatório, especialmente dos depoimentos, sob o crivo do contraditório, dos policiais militares supracitados, que participaram da diligência que prendeu em flagrante o réu, revelando-se uníssonos em imputar o crime de tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo de uso restrito ao Apelado.

Impende ressaltar, que se deve extirpar qualquer questionamento quanto à validade dos depoimentos dos policiais que participaram da diligência do flagrante, pois, conforme assentado no Superior Tribunal de Justiça, inexistente óbice à sua valoração como elemento de convicção do julgador, especialmente quando robustamente colhidos na fase inquisitorial e ratificados na instrução, em compasso com as evidências delitivas complementares, sobretudo a efetiva apreensão dos entorpecentes e da arma de fogo com o Acusado.



Confiram-se os seguintes precedentes:

REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. INSUFICIÊNCIA DE PROVA E USO NO LOCAL DE TRABALHO. ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. CONDENAÇÃO BASEADA EM DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

1. Desconstituir o entendimento do Tribunal de origem, que reconheceu ter o Acusado sido flagrado portando arma de fogo de uso permitido em área particular de outrem, objetivando o Acusado a absolvição ou a desclassificação do delito, exige o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via eleita ante o óbice da Súmula 7/STJ.

2. O depoimento dos policiais militares que flagraram o Acusado cometendo o ilícito penal constitui meio idôneo a amparar a condenação, conforme já sedimentou esta Corte de Justiça.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STJ - AgRg no ARESp 739749/RS, Rel. MINISTRO JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 19/05/2016, DJe 27/5/2016). (grifo nosso).

“Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes” (STJ. HC 115516/SP. Relatora Ministra LAURITA VAZ. 5a. TURMA. J. 03/02/2009. DJ 09/03/2009).

Com efeito, dado o seu múnus público e fé que o acompanham, não se pode presumir que policiais militares ouvidos como testemunhas tenham a intenção de incriminar falsamente o Acusado, principalmente quando a narrativa prestada em Juízo apresenta-se uniforme desde a fase inquisitorial e, sobretudo, há a



comprovação material das substâncias ilícitas, efetivamente apreendidas.

Assim, diante de tais tipificações específicas, tem-se por forçosa a conclusão de que o Recorrente, de fato, incidiu na prática da conduta legalmente reprimida, ao **manter sob guarda e posse quantidade de substância entorpecente da alta lesividade à saúde, sob características indicativas inequívocas de sua destinação à mercancia, bem assim, arma de fogo de uso restrito, sem autorização.**

Destarte, restando fartamente demonstradas, como *in casu*, autoria e materialidade delitivas, a condenação do Apelado nas penas dos delitos previstos no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 e no art. 16 da Lei 10.826/2003 é medida que se impõe, passando-se, por conseguinte, à fixação da reprimenda a ser cumprida pelo réu.

II. DA DOSIMETRIA DA PENA

Com esquete sobre o quanto previsto nos arts. 59 e 68 do Código Penal, passo a examinar as circunstâncias judiciais simultaneamente, ante a compatibilidade, para a fixação da pena-base privativa de liberdade para os delitos de tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo de uso restrito.

Quanto a **culpabilidade** do Réu não pode ser valorada, vez que não se constata maior índice de reprovabilidade do agente. No que concerne aos **antecedentes**, o réu é primário, tendo em vista que os antecedentes criminais colacionados aos autos (fl. 106) não revelam outros registros criminais. Os elementos existentes nos autos, não possibilitam uma avaliação segura acerca da **conduta social** nem da **personalidade do réu**. Os **motivos** que ensejaram o crime não restaram esclarecidos durante a instrução criminal. Entretanto, por dedução, infere-se o intuito de auferir lucro decorrente do comércio ilícito de entorpecentes. As **circunstâncias do delito** são normais à espécie, nada tendo a se valorar que extrapolem os limites do próprio tipo penal. Da mesma forma, as **consequências do crime**, inobstante a alta repercussão social e a reprovabilidade da conduta, não



podem ser consideradas anormais à espécie, visto que não se observa dano à bem jurídico diverso daquele resguardado pelo *caput* do art. 33 da Lei de Drogas. Em ambos os delitos a vítima é a sociedade, sendo, portanto, nulo esse vetor.

Outrossim, é cediço que para fixação da pena nos delitos previstos na Lei nº 11.343/06, o magistrado deve valorar **a quantidade e a natureza da droga** com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais, conforme disposto no art. 42 do referido diploma legal.

Com efeito, considerando-se, no caso *sub judice*, a quantidade e, principalmente, a natureza da droga apreendida em poder do réu, que restou quantificada em 42 (quarenta e duas) porções contendo *cocaína em pó*, acondicionadas em *microtubos* plásticos, com massa bruta de 30,06g (trinta gramas e seis centigramas), e 17 (dezessete) pedras de “*crack*”, envoltas em plásticos azuis, com massa bruta de 3,95g (três gramas e noventa e cinco centigramas), tem-se que tal conduta autorizaria a fixação da pena base em patamar superior ao mínimo legal.

Entretanto, tendo em vista que a margem de discricionariedade a cargo do magistrado tem por objetivo melhor se adequar à individualização da pena, **deixo para utilizar a quantidade e natureza da droga na terceira fase, em razão de entender ser mais adequada**, permitindo que as sanções em concreto estejam, assim, proporcionais ao dano efetivamente causado, evitando-se, dessa forma, a caracterização do *bis in idem* no caso em tela.

Assim sendo, analisadas as circunstâncias judiciais, passa-se à dosimetria da pena.

No tocante ao ***delito de tráfico de drogas***, levando-se em conta que nenhum vetor foi sopesado em desfavor do réu, bem como que a valoração da natureza e quantidade da substância entorpecente foi protelada para a última fase, **arbitra-se a pena-base no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.**



Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes, malgrado reconhecer a aplicação da atenuante da menoridade penal, uma vez que o denunciado contava ao tempo do fato delituoso com apenas 19 (dezenove) anos, conforme documento de fl. 18, deixo de atenuar a pena em observância ao disposto na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: “*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.*” mantendo-se, portanto, inalterada a **pena intermediária em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.**

Oportuno ressaltar, que não se ignora os fundamentos no sentido de que o sistema trifásico exige obediência ao disposto no art. 65 do Código Penal, o qual determina que as circunstâncias nele previstas sempre atenuem a pena.

Entretanto, com a devida vênia de posicionamentos contrários, tal interpretação literal era rechaçada mesmo antes da reorganização sistemática da parte geral do Código Penal, dada pela Lei n.º 7.209/84. De fato, nunca predominou o entendimento de que as agravantes e atenuantes poderiam levar à fixação da pena fora dos limites mínimo e máximo abstratamente cominada ao crime.

E, por certo, a reforma do Código Penal trazida pela Lei n.º 7.209/84, ao adotar o critério trifásico de fixação da pena, não teve a intenção de permitir que atenuantes e agravantes produzissem penas inferiores ou superiores aos limites estabelecidos abstratamente para cada crime.

Na terceira fase, contata-se que o Apelante faz jus à aplicação do redutor previsto no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006.

Cumprido ressaltar, que a referida norma legal disciplina que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, “*desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa*”. Sobre a matéria em análise, impende destacar que o motivo de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante. Simplificando, aquele indivíduo que não faz do



tráfico de drogas o seu meio de vida, que, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada Lei Federal.

A propósito, imperioso trazer o seguinte trecho do precedente do Superior Tribunal de Justiça: "*A mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.*" (AgRg no REsp n. 1.389.632/RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, 5ª T, DJe 14/04/2014).

No caso *sub judice*, tem-se por ausentes demais petrechos típicos da mercancia proscrita, sendo o agente primário, possuidor de bons antecedentes, conforme atestado de fl. 106, inexistindo provas substanciais de que se dedica à atividade criminosa ou integra organização criminosa, constando como prova tão somente o depoimento dos policiais militares que relataram que souberam, através da inteligência da polícia, que o Apelado integrava a facção "*Comando da Paz*". Nesse viés, com base no princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, aplica-se o redutor no patamar de 1/3 (um terço), em face da quantidade considerável, porém não tão expressiva, e da natureza da droga apreendida, uma vez que a "*cocaína*", em suas diversas formas, tem um alto poder lesivo à saúde do usuário, bem como maior capacidade de causar dependência química.

Feitas essas considerações, resta estabelecida a pena definitiva em **03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 334 (trezentos e trinta e quatro) dias-multa**, cada dia no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

No que se refere ao ***delito de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito***, levando-se em conta que nenhum vetor foi sopesado em desfavor do réu, **arbitra-se a pena-base no patamar mínimo de 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.**



Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes, malgrado reconhecer a aplicação da atenuante da menoridade penal, uma vez que o denunciado contava ao tempo do fato delituoso com apenas 19 (dezenove) anos, conforme documento de fl. 18, bem como a atenuante da confissão espontânea, deixo de atenuar a pena em observância ao disposto na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que dispõe: “*A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.*” mantendo-se, portanto, inalterada a **pena intermediária em 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa**

Na terceira fase, inexistindo causas de aumento ou diminuição de pena, mantém-se em **03 (três) anos de reclusão e 10 dias-multa, a pena definitiva.**

Considerando-se a prática dos delitos em concurso material de crimes (art. 69 do CP), resta estabelecida a pena definitiva a ser cumprida pelo Réu em **06 (seis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 344 (trezentos e quarenta e quatro) dias-multa, cada dia no valor de 1/3 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.**

Atento aos ditames do art. 33, § 2º, “b”, bem como do art. 59, ambos do CP, fixa-se o **regime semiaberto para o cumprimento da pena corporal.**

Inaplicável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, prevista no art. 44 do Código Penal, bem como a suspensão condicional da pena (art. 77 do CP), ante o não preenchimento do requisitos exigidos nas normas legais pertinentes.

CONCLUSÃO

Por todo o exposto, voto no sentido de **CONHECER** do recurso para **DAR**



PROVIMENTO AO APELO, com o fito de **CONDENAR** o Réu Mailson dos Santos Azevedo como incurso **nas penas dos delitos previstos no art. 33 da Lei nº 11.343/2006**, aplicando-se a minorante do tráfico privilegiado no percentual de 1/3 (um terço), e no art. 16 da Lei 10.826/2003, em concurso material, à reprimenda definitiva de 06 (seis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida, inicialmente, no regime semiaberto, além do pagamento de 344 (trezentos e quarenta e quatro) dias-multa, cada dia no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Salvador, 30 de julho de 2019.

Des. Abelardo Paulo da Matta Neto
Relator