



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

ACÓRDÃO

Classe : **Apelação nº 0000231-49.2019.8.05.0033**
Foro de Origem : Foro de comarca Buerarema
Órgão : Primeira Câmara Criminal - Primeira Turma
Relator : **Des. Juíza Nartir Dantas Weber**
Apelante : Alan da Silva Cardoso
Advogado : Marcos Paulo Alves da Silva (OAB: 58823/BA)
Apelado : Ministério Público do Estado da Bahia
Promotora : Renata Caldas Sousa Lazzarin
Procurador : Sônia Maria da Silva Brito

Assunto : Crimes de Tráfico Ilícito e Uso Indevido de Drogas

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL - ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006 – PRELIMINAR DE NULIDADE POR USURPAÇÃO DE FUNÇÃO DE ATIVIDADE INVESTIGATIVA PELOS POLICIAIS MILITARES E POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO – NÃO ACOLHIMENTO - AUSÊNCIA DE PROVAS – TRÁFICO DE DROGAS DEMONSTRADO - DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS, DO RÉU, EM CONJUNTO COM OUTROS ELEMENTOS DE PROVA, CORROBORAM A CONDENAÇÃO PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS – IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DESCRITO NO ART. 28 DA LEI DE TÓXICOS - DOSIMETRIA DA PENA – IRRETOCÁVEL - RECURSO CONHECIDO, COM A PRELIMINAR REJEITADA E IMPROVIDO. I – Consta na denúncia que “no dia 20 do abril de 2019, por volta das 13 horas, na Rua 09 de maio, nº 107, Bairro Cajazeiras, município de Jussari, o denunciado foi flagrado com grande quantidade de substâncias de uso proscrito no Brasil, a saber: 117 (cento e dezessete) buchas de maconha, com pese aproximado de 77,10 gramas, 214,11 gramas de maconha sem embalar, além de R\$113,00 (cento e treze reais) e sacos plásticos de geladinho”. O Réu, reincidente, restou condenado como incurso no disposto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado e 588 (quinhentos e oitenta e oito dias-multa, cada uma no mínimo legal.

II – Rejeita-se a preliminar de nulidade por ausência de mandado de busca e apreensão, pois não há qualquer irregularidade no ato apontado, conforme entendimento sedimentado no C. STJ. Ademais, “Nos termos do art. 144 da Constituição Federal, à polícia federal e às polícias civis compete, com exclusividade, unicamente o exercício das funções de polícia judiciária, o que não se estende à atividade de polícia investigativa. Assim, embora não seja atividade típica da polícia militar, não consiste em ilegalidade - muito menos nulidade - eventual cumprimento de mandado de busca e apreensão pela instituição” (STJ. RHC n. 66.450/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 30/9/2016).



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

III - Ainda que não flagrada a comercialização da droga, traduzida nas condutas de “vender” ou “expor à venda”, nenhuma dúvida resta, conforme depoimentos prestados por todas as testemunhas ouvidas em juízo e corroborados nos depoimentos prestados pelos adolescentes apreendidos em inquérito, de que o réu “preparou”, “adquiriu”, “tinha em depósito” e “guardava”, que igualmente tipifica o delito, nos termos do art. 33, caput, da Lei de Tóxicos. E ainda, conforme os depoimentos prestados pelos demais adolescentes apreendidos, em especial o da adolescente T.S.T., também o que dispõe o inciso III, do §1º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, cuja pena cominada é a mesma prevista ao caput do referido dispositivo. Afasta-se, por conseguinte, tanto a pretensão absolutória em relação à prática do crime de tráfico de drogas quanto a aludida desclassificação do tipo para o disposto no art. 28, da Lei nº 11.343/2006.

IV – A dosimetria da pena mostra-se irretocável, sendo a pena-base fixada no mínimo legal e considerando-se a reincidência específica do acusado, que impede o reconhecimento do tráfico privilegiado e impõe o estabelecimento do regime prisional inicial mais gravoso.

RECURSO COM PRELIMINAR REJEITADA, CONHECIDO E IMPROVIDO

APC. 0000231-49.2019.8.05.0033 – BUERAREMA

RELATORA: NARTIR DANTAS WEBER

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº. 0000231-49.2019.8.05.0033, da Comarca de BUERAREMA, sendo Apelante ALAN DA SILVA CARDOSO e Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em rejeitar a preliminar, conhecer e julgar improvida a presente Apelação, na forma do relatório e do voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Sala das Sessões,

de

de 2019.

Presidente

Juíza em Substituição Nartir Dantas Weber
Relatora

RELATÓRIO

I - O MINISTÉRIO PÚBLICO denunciou ALAN DA SILVA CARDOSO, sendo



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

imputado a ele os delitos do art. 33, *caput*, da Lei 11.343/2006, narrando a denúncia:

“no dia 20 do abril de 2019, por volta das 13 horas, na Rua 09 de maio, nº 107, Bairro Cajazeiras, município de Jussari, o denunciado foi flagrado com grande quantidade de substâncias de uso proscrito no Brasil, a saber: 117 (cento e dezessete) buchas de maconha, com pese aproximado de 77,10 gramas, 214,11 gramas de maconha sem embalar, além de R\$113,00 (cento e treze reais) e sacos plásticos de geladinho.

Narram os autos que no dia e local já mencionados, os policiais militares estavam realizando ronda pela cidade quando receberam informações de que o ora denunciado estaria embalando drogas no interior da referida residência. Ao se aproximarem da residência, os militares encontraram o denunciado sentado, no beco, em frente à porta que dá acesso a sala do imóvel, cortando e embalando uma substância a qual foi identificada como maconha. Ao seu lado foram encontradas 117 buchas da droga, além de uma certa quantidade da mesma erva, macerada e não embalada, diversos sacos de geladinho e a quantia de R\$113,00 (cento e treze reais) [...]”.

Encerrada a instrução, julgou-se procedente a denúncia, para condenar ALAN DA SILVA CARDOSO como incurso no art. 33, *caput*, da lei 11.343/2006, à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, em razão da reincidência do réu e pagamento de 588 (quinhentos e oitenta e oito) dias-multa, individualmente fixada em 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo previsto em lei e negou aos acusados o benefício à liberdade provisória (fls. 116/123).

Em razão da oposição dos Embargos de Declaração, às fls. 127/130, foi proferida decisão complementar às fls. 131/132, no qual restaram acolhidos os embargos declaratórios, sem modificar a conclusão da sentença proferida e acrescer à condenação, o arbitramento dos honorários devidos pelo Estado ao defensor dativo ora nomeado.

Inconformado com a referida decisão, o réu ALAN DA SILVA CARDOSO interpôs apelação às fls. 134. Nas razões, às fls. 136/140, aduz preliminarmente a nulidade absoluta da prova produzida, em razão da usurpação de função dos policiais militares que estariam desenvolvendo atividades próprias de policiais civis, bem como diante da violação de domicílio sem a observância de formalidade prevista para tanto. No mérito, pugna pela absolvição, por ausência de prova, mediante aplicação do princípio *in dubio pro reo* ou subsidiariamente, a desclassificação do tipo para o delito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006; ou ainda, a reforma da dosimetria da pena.



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

Em contrarrazões, às fls. 141/149, após refutar todas as alegações do acusado, o Apelado pugnou pelo não provimento do recurso.

Subindo os autos a esta instância, opinou a Douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e improvimento da presente Apelação (fls. 160/168).

Examinados, lancei este relatório e o submeti à douta Revisão.

É o relatório.

1 VOTO
2
3

II - DA PRELIMINAR DE NULIDADE EM RAZÃO DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO, DEFLAGRADA POR POLICIAIS MILITARES, EM USURPAÇÃO DE FUNÇÃO DE ATIVIDADE PRÓPRIA DE POLICIAL CIVIL.

Segundo o Recorrente, restou configurada a nulidade da prova em razão da violação de domicílio perpetrada por Policiais Militares, em atuação que alega ser de atribuição exclusiva dos policiais civis.

Compulsando os autos, infere-se no Termo de Depoimento do Condutor, às fls. 4:

Que se encontrava de serviço nesta data, no município de Jussari/BA, acompanhado pelos policiais SD/PM MELQUISEDEQUE BELTRÃO QUEIROZ, mat. 30.563.453-0, e SD/PM LUIS PEDRO GUIMARÃES, mat. 30.564.622-8, efetuando ronda, quando por volta das 13 horas, receberam denúncia por telefone de que um conhecido traficante de prenome ALAN estaria cortando e embalando drogas na residência da Rua 09 de maio, nº 107, Bairro Cajazeiras, na cidade de Jussari, BA; Que de imediato se dirigiram até o local informado e se depararam com o conduzido ALAN DA SILVA CARDOSO no beco, ao lado da residência, sentado em frente a uma porta que dá acesso a sala do imóvel, embalando em forma de buchas, uma erva seca, aparentando ser MACONHA; Que foi dado voz de abordagem sendo encontrado ao lado de ALAN 117 (cento e dezessete) buchas da referida erva, macerada, ainda não embalada, diversos sacos plásticos de geladinho, utilizados para embalagem e a quantia de R\$113,00 (cento e treze reais) em espécie; que no interior da residência fora encontrado ainda o conduzido ADRIANO SILVINO DOS SANTOS e os adolescentes JONATAS DE JESUS LISBOA,



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

RICARDO DIOGO REIS e THAIANY SANTOS TEIXEIRA; que fora efetuado revista pessoal nos indivíduos e busca no interior da residência sendo encontrado em cima de uma "banquinha" 04 (quatro) cartuchos, calibre 38; Que ao serem arguidos acerca da propriedade do imóvel a guarnição foi informada que a residência era do adolescente JONATAS o qual morava sozinho; que face o exposto foi efetuada a apresentação de ALAN DA SILVA CARDOSO e ADRIANO SILVINO DOS SANTOS e dos adolescentes JONATAS DE JESUS LISBOA, RICARDO DIOGO REIS e THAIANY SANTOS TEIXEIRA [...] (INQUÉRITO, SD/PM Romualdo Bispo de Menezes, fls. 7 – grifos inexistentes nos originais).

Não houve violação de domicílio, na medida em que os agentes estavam em situação de flagrância de delito, legalmente prevista no artigo 302, incisos I e II, do CPP, guardando substâncias entorpecentes, no interior do imóvel alvo da ação policial, circunstância esta expressamente excepcionada pela norma constitucional do artigo 5.º, XI, que assegura a inviolabilidade do lar, senão vejamos:

"XI - 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;"

Com mesma interpretação constitucional, pode-se citar o seguinte julgado:

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.020.173 PIAUÍ
RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO
DECISÃO: Trata-se de agravo cujo objeto é decisão que negou seguimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado: "PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ARTS. 33 DA LEI 11.343/06 E 12 DA LEI 10.826/03. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. AUSÊNCIA DE NULIDADE. INQUÉRITO POLICIAL. PEÇA INFORMATIVA. CULTIVO E DEPÓSITO DE MACONHA. CRIME PERMANENTE. RECURSO DESPROVIDO. (...) III - É cediço que o inquérito policial é peça meramente informativa, de modo que o exercício do contraditório e da ampla defesa, garantias que tornam devido o processo legal, não subsistem no âmbito do procedimento administrativo inquisitorial (precedentes). IV - Verifica-se que o v. acórdão impugnado está de acordo com a jurisprudência pacífica desta Corte, que entende ser permanente o crime de tráfico de drogas - na modalidade guardar ou ter em depósito - configurando-se o flagrante enquanto o entorpecente estiver em poder do infrator. Incide, portanto, no caso, a excepcionalidade do art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal (precedentes). Recurso ordinário em habeas corpus desprovido." (...) Brasília, 17 de fevereiro de 2017. Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO Relator.



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

Inobstante, pois, reconheça a existência de posicionamento em sentido contrário, corroboro com o entendimento segundo o qual a situação de flagrância de delito dispensa mandado de busca e apreensão para que a polícia possa ter ingresso em imóvel onde esteja ocorrendo delito, máxime quando tal exceção está expressamente consignada na Constituição Federal, como antes exposto. Saliente-se, que no caso presente, o acusado encontrava-se ao lado do imóvel, manuseando a droga e a “embalando em forma de buchas”, confirmando o que havia sido anunciado através de denúncia anônima e, no interior da residência, onde foram apreendidos sacos para acondicionamento de droga e munições de arma de fogo, transitavam adolescentes, situação que autoriza policiais a perpetrar a referida ação. Deste modo, caracterizada encontra-se a exceção constitucional do art. 5º, inciso XI.

O tráfico de drogas trata-se de crime permanente, havendo jurisprudência no sentido da permissibilidade do “ingresso no interior do domicílio do agente, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa e apreender a substância entorpecente que nele for encontrada”.

Neste sentido:

“O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo - a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno - quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito” (RE n. 603.616/RO, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010).(REsp 1498689/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018)(STJ. HC 441.270/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/06/2018, DJe 01/08/2018).

“É pacífico nesta Corte Superior o entendimento de que, tratando-se de flagrante por crime permanente, no caso, por tráfico de drogas, desnecessário tanto o mandado de busca e apreensão quanto a autorização para que a autoridade policial possa adentrar no domicílio do paciente, conforme previsto no 5º, XI, da CF” (STJ. AgRg no HC 358.539/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 08/08/2017, DJe 16/08/2017).

“Tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio do acusado, não havendo se falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida (precedentes)”(STJ. RHC 82.060/RS, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 02/05/2017, DJe 12/05/2017).



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

"Não procede a arguida irregularidade da prisão do Paciente, por ofensa ao princípio constitucional da inviolabilidade de domicílio, pois, sendo o tráfico ilícito de drogas delito permanente, pode a autoridade policial ingressar no interior do domicílio do agente, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa e apreender a substância entorpecente que nele for encontrada, sem que, para tanto, seja necessária a expedição de mandado de busca e apreensão. Precedente". (STJ. HC 222.173/DF, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 22/11/2011, DJe 01/12/2011 – grifos inexistentes nos originais).

Do mesmo modo, não há que falar em nulidade dos atos de investigação praticados por policiais militares. O C. STJ perfilha o entendimento no sentido de que a atividade investigativa não está compreendida nas funções de polícia judiciária, cujo exercício é exclusivo das polícias civis e federal, razão pela qual a atuação dos milicianos nesta seara não implica em qualquer nulidade.

Neste sentido:

"[n]os termos do art. 144 da Constituição Federal, à polícia federal e às polícias civis compete, com exclusividade, unicamente o exercício das funções de polícia judiciária, o que não se estende à atividade de polícia investigativa. Assim, embora não seja atividade típica da polícia militar, não consiste em ilegalidade - muito menos nulidade - eventual cumprimento de mandado de busca e apreensão pela instituição" (RHC 66.450/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 30/9/2016).

"PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO NULIDADE NO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. CUMPRIMENTO PELA POLÍCIA MILITAR. POSSIBILIDADE. CRIME PERMANENTE. PRESCINDIBILIDADE DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. PRISÃO PREVENTIVA. ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DO DECRETO PRISIONAL. SEGREGAÇÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. QUANTIDADE DE DROGAS. RECURSO ORDINÁRIO DESPROVIDO.

I - "Nos termos do art. 144 da Constituição Federal, à polícia federal e às polícias civis compete, com exclusividade, unicamente o exercício das funções de polícia judiciária, o que não se estende à atividade de polícia investigativa. Assim, embora não seja atividade típica da polícia militar, não consiste em ilegalidade - muito menos nulidade - eventual cumprimento de mandado de busca e apreensão pela instituição" (RHC n. 66.450/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 30/9/2016).

II - Ademais, tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, mostra-se prescindível o mandado de busca e apreensão para que os policiais adentrem o domicílio do acusado, não havendo se falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida (precedentes).[...]

Recurso ordinário desprovido." (RHC 79.374/SP, Quinta Turma, de minha



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

relatoria, DJe 10/03/2017)

"PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DENÚNCIA. ALEGADA NULIDADE NA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA REQUERIDA PELA POLÍCIA MILITAR NO CURSO DA INVESTIGAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. DECISÃO FUNDAMENTADA. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO DESPROVIDO.

1. O reconhecimento de nulidades no curso do processo penal reclama uma efetiva demonstração do prejuízo à parte, sem a qual prevalecerá o princípio da instrumentalidade das formas positivado pelo art. 563 do CPP (pas de nullité sans grief).

2. "O fato da quebra de sigilo telefônico ter sido requerida pela polícia militar, que cooperava em investigação do MP, não se constitui em nulidade, pois o art. 144 da Constituição Federal traz as atribuições de cada força policial, mas nem todas essas atribuições possuem caráter de exclusividade. Há distinção entre polícia judiciária, responsável pelo cumprimento de ordens judiciais, como a de prisão preventiva, e polícia investigativa, atinente a atos gerais de produção de prova quanto a materialidade e autoria delitivas. A primeira é que a Constituição Federal confere natureza de exclusividade, mas sua inobservância não macula automaticamente eventual feito criminal derivado" (PGR).

3. "A Constituição da República diferencia as funções de polícia judiciária e de polícia investigativa, sendo que apenas a primeira foi conferida com exclusividade à polícia federal e à polícia civil, o que evidencia a legalidade de investigações realizadas pela polícia militar e da prisão em flagrante efetivada por aquela corporação" (HC 332.459/SC, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 30/11/2015)

[...]

7. Recurso ordinário desprovido." (RHC 67.384/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 05/03/2018).

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. CUMPRIMENTO PELA POLÍCIA MILITAR. FUNÇÃO DE POLÍCIA INVESTIGATIVA. AUSÊNCIA DE EXCLUSIVIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PERMANENTE. DISPENSABILIDADE DE MANDADO. PRISÃO EM FLAGRANTE. CONVERSÃO EM PREVENTIVA. SUPERAÇÃO. NULIDADES NA FASE DO INQUÉRITO. NÃO CONTAMINAÇÃO DA AÇÃO PENAL. EXTENSÃO DE BENEFÍCIOS CONCEDIDOS A CORRÉU. AUSÊNCIA DE JUNTADA. IMPOSSIBILIDADE DE CONFIRMAR SIMILITUDE FÁTICA. PRISÃO PREVENTIVA. EXPRESSIVA QUANTIDADE. NECESSIDADE DE INTERROMPER ATIVIDADE DE GRUPO VOLTADO PARA O TRÁFICO. RECORRENTE APONTADA COMO LÍDER. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA.

RECURSO DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 144 da Constituição Federal, à polícia federal e às polícias civis compete, com exclusividade, unicamente o exercício das funções de polícia judiciária, o que não se estende à atividade de polícia investigativa. Assim, embora não seja atividade

típica da polícia militar, não consiste em ilegalidade - muito menos nulidade - eventual cumprimento de mandado de busca e apreensão pela instituição.



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

2. Tratando-se de tráfico ilícito de entorpecentes, crime de natureza permanente, encontra-se presente a exceção contida no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, mostrando-se prescindível a existência de mandado de busca e apreensão.

3. Com a conversão em preventiva, a segregação encontra-se amparada em novo título, de modo que eventuais irregularidades na prisão em flagrante, acaso existente, restam superadas.

4. A jurisprudência pátria avançou no sentido de que, não obstante tratar-se de fase com natureza inquisitorial, no inquérito policial deve-se respeitar os direitos fundamentais do acusado, entre eles o de assistência por advogado.

5. Porém, é também firme o entendimento no sentido de que, dada sua natureza pré-processual, eventuais nulidades ocorridas na fase inquisitorial não maculam a ação penal.

[...]

10. Recurso desprovido." (STJ. RHC 66.450/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 30/09/2016).

"RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. NULIDADE. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR REALIZADAS PELA POLÍCIA MILITAR. POSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PERMANENTE. PRESCINDIBILIDADE DO MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. A Constituição da República diferencia as funções de polícia judiciária e de polícia investigativa, sendo que apenas a primeira foi conferida com exclusividade à polícia federal e à polícia civil, evidenciando a legalidade de investigações realizadas pela polícia militar e da busca e apreensão por aquela corporação realizada, mediante ordem judicial.

2. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, considerado de natureza permanente, sequer seria obrigatório o mandado de busca e apreensão para operar-se o flagrante.

3. Recurso a que se nega provimento." (RHC 97.886/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 14/08/2018).

Ilustrativo, também, o seguinte julgado do col. Supremo Tribunal Federal:

"1. RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Necessidade de exame prévio de eventual ofensa à lei ordinária. Ofensa meramente reflexa ou indireta à Constituição Federal. Não conhecimento parcial do recurso. Precedente. Se, para provar contrariedade à Constituição da República, se deva, antes, demonstrar ofensa à lei ordinária, então é esta que conta para efeito de juízo de admissibilidade do recurso extraordinário. 2. AÇÃO PENAL. Prova. Mandado de busca e apreensão.

Cumprimento pela Polícia Militar. Licitude. Providência de caráter cautelar emergencial. Diligência abrangida na competência da atividade de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública.

Recurso extraordinário improvido. Inteligência do Art. 144, • ~ • ~ 4º e 5º da CF. Não constitui prova ilícita a que resulte do cumprimento de mandado de busca e apreensão emergencial pela polícia militar"

(STJ. RE 404.593/ES, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, Dje



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

23/10/2009).

Rejeita-se.

MÉRITO

III - Superadas as preliminares, passa-se à análise do mérito recursal, presentes os requisitos de admissibilidade.

Trata-se, como visto, de Apelação interposta pelo réu, defendendo a reforma da sentença condenatória para que, em razão de insuficiência de provas de autoria delitiva em relação aos crimes de tráfico de drogas ou a desclassificação do tipo previsto no art. 33 para o art. 28, ambos da Lei de Tóxicos e, subsidiariamente, a reforma da dosimetria da pena.

Analisando detidamente todos os elementos contidos nos autos, constata-se que a autoria e materialidade delitiva do crime imputados ao réu estão devidamente comprovadas.

A materialidade está demonstrada pelas provas existentes nos autos, notadamente pelo Auto de Exibição e Apreensão às fls. 10, Laudo de Exame Pericial nº 2019 06 PC 002039-01 às fls. 27/28, Laudo de Exame Pericial nº 2019 06 PC 002038-01 às fls. 29/30 e Laudo Pericial nº 2019 06 PC 002038-02. Constata-se a seguinte descrição: "um saco plástico, contendo 117 (cento e dezessete) embalagens plásticas, com erva, de coloração marrom esverdeada e mais uma certa quantidade de erva, de coloração marrom esverdeada, com peso bruto total de aproximadamente 77,10g"; "um saco plástico, contendo erva, de coloração marrom esverdeada e mais uma certa quantidade de erva, de coloração marrom esverdeada, com peso bruto total de aproximadamente 214,49g".

Ao contrário do que sustenta a defesa, a autoria também restou sobejamente comprovada e não se pode deixar de observar que o apelante, ao ser ouvido em delegacia e em juízo, apesar de negar a prática do crime de tráfico de drogas, admitiu em inquérito que teria ido até a residência comprar entorpecente, porque seria usuário, entretanto não teria sequer realizado a referida transação comercial e, em juízo,



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

reelaborou diversas versões acerca da mesma declaração, contudo, como pode ser constatado nos depoimentos dos demais flagranteados, resta incontestável que o Apelante estava efetivamente praticando o crime de tráfico de drogas, mesmo porque, ainda que o adolescente JONATAS DE JESUS SILVA, forneça um relato favorável à tese defensiva, ao isentar o réu de todas as acusações ventiladas e se apresentar como sendo o real traficante e proprietário do imóvel, ao não fornecer uma narrativa crível - apontando-o como um usuário desconhecido e, ao mesmo tempo, não indicando qualquer quantia em dinheiro apreendida como pertencente ao aludido comprador – acaba por tornar ainda mais consistente os termos da denúncia.

Transcrevo:

[...] RESP.: Que nega a acusação relatando que foi até a referida residência para comprar MACONHA para seu consumo e que a POLÍCIA MILITAR chegou até o local no momento em que o interrogado estava na residência [...] PERG.: O que tem o interrogado a falar sobre os R\$113,00 (cento e treze reais) apresentados? RESP.: Que não pertencem ao interrogado e fora encontrado no chão da residência. Que e seu poder fora encontrado seu aparelho de telefone celular marca SAMSUNG de cor dourada. (INQUÉRITO, Réu ALAN DA SILVA CARDOSO, Fls. 12).

[...] Que não conhece o conduzido ALAN DA SILVA CARDOSO o qual teria ido ao local comprar MACONHA no momento da abordagem policial; que o declarante afirma que a droga apresentada é da sua propriedade e de RICARDO DIOGO REIS, vulgo BIG BIG, sendo que os dois compraram ontem na rodoviária de Itabuna, na mão de uma pessoa que não sabe informar o nome e que levaram para Jussari para comercializar; Que o declarante estava utilizando a residência para dividir e embalar a MACONHA; Que o dinheiro encontrado, R\$113,00 (cento e treze reais) pertence ao declarante, pois seu genitor lhe dá R\$150,00 (cento e cinquenta reais) todo mês; que no momento da abordagem estavam na residência RICARDO, THAIANY SANTOS TEIXEIRA, ADRIANO SILVINO DOS SANTOS, além do declarante e ALAN; Que apenas RICARDO e o declarante estavam "cortando" MACONHA; Que THAIANY é sua namorada e foi lhe levar um suco. (INQUÉRITO, adolescente JONATAS DE JESUS LISBOA, Fls. 14).

[...] namoro com JONATAS DE JESUS LISBOA há cerca de cinco meses e no último sábado saí de minha casa por volta das 13h00min, indo a uma padaria perto da casa de Jonatas, onde comprei um pão e suco, e depois segui para a rua 9 de maio, nº 107. Jonatas alugou esta casa por um tempo, mas saiu e voltou a residir na roça do avô dele, na Serra do Teimoso. Ele nem estava



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

dormindo na casa, somente foi no dia da prisão. JONATAS passou a casa para ALAN, o qual estava ficando na casa com outros rapazes; No dia então eu cheguei na casa que era de JONATAS e encontrei além de meu namorado, a pessoa de ALAN, BIG BIG e outro que acho que nome é RICARDO; JONATAS estava sentado na porta com um saco de geladinho enquanto que ALAN, BIG BIG e RICARDO estavam cortando "maconha". Eu nem entrei. Fiquei na porta, sentada na escada e mexendo em meu celular, um Iphone rosa; de repente três policiais chegaram, sendo um pelos fundos e dois pela frente, surpreendendo os rapazes ainda com a droga nas mãos. Os policiais viram as drogas e prenderam todo mundo [...] Nunca vi JONATAS armado nem portando munições. Quanto a ALAN, apenas o conheço de vista, não sabendo se ele tem arma de fogo; que JONATAS nunca vendeu drogas; ALAN já foi preso, mas não sei o motivo; Ele falava que ficou preso por sete anos. Acho que ALAN é do RAI0 B; BIG BIG já vi vendendo drogas; RICARDO apenas vi aquele dia, nem conhecia ele; Disseram que ele era de Buerarema; Nego que Alan tenha ido comprar drogas, pois quando eu cheguei ele já estava lá[...] (INQUÉRITO, adolescente THAIANY SANTOS TEIXEIRA, Fls. 33/34 - grifos inexistentes nos originais).

[...] A casa era de DEDEU e fui para este local na tarde de sexta feira e passei a noite no local, encontrando DEDEU e ALAN. Na manhã de sábado, DEDEU me pediu para ir buscar a droga na cidade de Itabuna, para onde fui no ônibus da Rota, horário de 09h30min, parando na rodoviária da cidade [...] eu coloquei a droga dentro da mochila e voltei à Jussari, no ônibus da Rota, no horário de depois do almoço. Aqui na cidade, fui direto para casa de DEDEU e algum tempo depois, chegaram ALAN e ADRIANO, quando passamos a cortar a droga. Não lembro a hora, mas era tarde, quando a menina que namora DEDEU chegou, levando um lanche para gente; no momento em que eu e DEDEU estávamos cortando a droga, quando os policiais chegaram, encontrando a droga e em seguida, deu voz de prisão. Fomos levados para Itabuna, onde Alan ficou preso e a gente liberado; Questionado sobre qual a facção que ALAN e JONATAS pertence e se eles comercializam substâncias entorpecentes, disse que – eles são do RAI0 B; mas não sei dizer se eles vendem drogas. Só fui pegar a droga porque DEDEU me pediu, mas não sei por quanto compraram a droga, nem para quem vendem[...] (INQUÉRITO, adolescente RICARDO DIOGO REIS, Fls. 39/40- grifos inexistentes nos originais).

[...] Fui buscar uma maconha pra mim(sic) usar porque sou usuário. PERG.: MAS VOCÊ ESTAVA LÁ USANDO? RESP.: Não, tava (sic) não. PERG.: VOCÊ DISSE NA DELEGACIA QUE FOI ATÉ A RESIDÊNCIA COMPRAR MACONHA. VOCÊ FOI LÁ COMPRAR? RESP.: Foi, na hora que os policiais estavam (inaudível) [...] mas eu estava na rua, passando mesmo. PERG.: ENTÃO VOCÊ NÃO FOI NEM PRA COMPRAR? RESP.: Não. Senhor. Eu estava passando perto da casa. Esta prisão eu não tenho nada a ver não, pegaram porque é perseguição deles mesmo [...] (ASSENTADA JUDICIAL, Réu ALAN



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

DA SILVA CARDOSO, Mídia audiovisual às Fls. 96).

Como se sabe, o delito de tráfico de entorpecentes é de ação múltipla, bastando para a sua caracterização que a conduta do agente seja subsumida em um dos verbos descritos no art. 33 da Lei 11.343/2006. Não se exige, portanto, a flagrância da venda de entorpecentes a terceiro para que ocorra a consumação do delito.

Outro ponto que chama a atenção é que as testemunhas de acusação, ouvidas em inquérito e em juízo, são uníssonas em apontar a condição de traficante do acusado, confirmada com a apreensão das drogas, confirmando a denúncia feitas, indicando precisamente a atividade ilícita desenvolvida pelo ora Apelante, que utilizaria o imóvel com a finalidade precípua da narcotraficância.

Transcrevo:

[...] Iniciou através de uma denúncia telefônica, aí deram o endereço e avisaram que o cidadão com o nome de ALAN estaria traficando ou embalando drogas, aí nós fomos até o local, paramos antes um pouco a viatura para que desse mesmo o flagrante e no terreno baldio nós avistamos o mesmo no beco da porta, sentado, no beco, nós continuamos a diligência e ao lado dele estava a maconha, certa parte já embalada, a substância e a outra parte a ser embalada ainda. E outras mais quatro pessoas, na sala com ele e vários saquinhos plásticos ao lado da droga [...] (ASSENTADA JUDICIAL, TESTEMUNHA ROMOALDO BISPO MENEZES, Mídia audiovisual às Fls. 96).

[...] Estava fazendo rondas como de praxe e a gente recebeu a informação de uma denúncia anônima de que ele estaria traficando de uma determinada casa de um bairro lá conhecido como Cajazeiras. A guarnição deslocou até o local, a gente deixou a viatura próxima ao local e foi a pé e fomos para um terreno baldio, a gente avistou o acusado estava cortando a droga e embalando em um beco que dava acesso à casa, aí a gente em continuidade, adentrou e encontrou mais outras pessoas lá dentro também embalando uma boa quantidade de droga [...] (ASSENTADA JUDICIAL, TESTEMUNHA SD/PM MELQUISEDEQUE BELTRÃO QUEIROZ, Mídia audiovisual às Fls. 96).

[...]A gente recebeu a denúncia, estava fazendo rondas pela cidade, já informando que era esse ALAN, né? A gente já conhecia o ALAN, eu já abordei ele outras vezes. PERG.: NA DENÚNCIA FAZIA MENÇÃO AO ALAN? RESP.: Isso. Pelo telefone funcional. Denúncia anônima. Aí informou a casa, uma casa branca na rua 9 de maio, a



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

gente já conhecia mais ou menos onde era, que foi pelo terreno baldio atrás da casa, quando foi na lateral da casa, tem uma porta, ele tava (sic) lá sentado, tava (sic) manuseando acho que a droga, aí ele adentrou a casa, aí a gente, ato contínuo, entrou também, quando a gente entrou tinha mais quatro pessoas em volta de uma quantidade grande de droga, outra quantidade já embalada para venda, em sacos plásticos, tinha dinheiro, eu achei em cima da televisão, aí a gente fez a busca, né? Em posse das outras pessoas não foi encontrado nada, só celular, dinheiro... Dentro da casa acho que encontramos um cartucho ou dois [...] (ASSENTADA JUDICIAL, TESTEMUNHA SD/PM LUÍS PEDRO GUIMARÃES, Mídia audiovisual às Fls. 96).

Ainda que não flagrada a comercialização da droga, traduzida nas condutas de “vender” ou “expor à venda”, nenhuma dúvida resta de que o réu “preparou”, “adquiriu”, “tinha em depósito” e “guardava”, que igualmente tipifica o delito, nos termos do art. 33, *caput*, da Lei de Tóxicos. E ainda, conforme os depoimentos prestados pelos demais adolescentes apreendidos, em especial o da adolescente THAIANY SANTOS TEIXEIRA, às fls. 33/34, também o que dispõe o inciso III, do §1º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, cuja pena cominada é a mesma prevista ao *caput* do dispositivo, que transcrevo:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.
Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

- - 1º Nas mesmas penas incorre quem:

[...]

III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.

Destaca-se que a figura prevista no art. 28, da Lei nº 11.343/2006 restringe-se à hipótese na qual as ações empreendidas sejam voltadas ao seu consumo pessoal. Porém o réu apresentou uma versão completamente inverossímil no tocante ao destino da droga apreendida, a seu intento de consumo e a ausência de qualquer quantia em dinheiro em sua posse no momento da prisão, alegando não ter qualquer relação para com o imóvel onde apreendida a droga e desconhecer os adolescentes apreendidos, enquanto que todos eles alegaram que o conheciam, ainda quando na tentativa de apresentar uma versão que o isentasse de qualquer participação na prática do crime,



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

como infere-se no depoimento do adolescente Jonatas de Jesus Lisboa, às fls. 14.

Não se menospreza prova obtida mediante depoimento testemunhal de policiais, pelo simples fato de terem sido os condutores no ato de prisão em flagrante, ou por mero preconceito concebido sem justificativa causal:

Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. RECORRENTE CONDENADO PELA INFRAÇÃO DO ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, DA LEI 10.826/2003. CONDENAÇÃO DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA EM ELEMENTOS IDÔNEOS CONSTANTES DOS AUTOS. AUSÊNCIA DE IRREGULARIDADE NO FATO DE OS POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO SEREM OUVIDOS COMO TESTEMUNHAS. COMPROVAÇÃO DO POTENCIAL LESIVO DA ARMA POR MEIO DE PERÍCIA TÉCNICA. DESNECESSIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. RECURSO DESPROVIDO. I – Da leitura do édito condenatório, verifica-se que o juízo bem fundamentou a condenação, trazendo à colação todos os elementos de prova que formaram sua convicção no sentido da materialidade do crime e da certeza da autoria. II – Esta Suprema Corte firmou o entendimento no sentido de que não há irregularidade no fato de os policiais que participaram das diligências ou da prisão em flagrante serem ouvidos como testemunha. III – A objetividade jurídica dos delitos previstos na Lei 10.826/2003 transcende a mera proteção da incolumidade pessoal, para alcançar também a tutela da liberdade individual e de todo o corpo social, asseguradas ambas pelo incremento dos níveis de segurança coletiva que a lei propicia. IV - Mostra-se irrelevante cogitar-se da eficácia da arma para a configuração do tipo penal em comento, isto é, se ela está ou não municada ou se a munição está ou não ao alcance das mãos, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para o qual não importa o resultado concreto. V – No caso concreto, entretanto, a arma foi devidamente periciada por profissionais habilitados, tendo os peritos concluído que ela “está apta a realizar disparos”, conforme constou da sentença condenatória. VI – Recurso desprovido. (STF. RHC 108586, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Primeira Turma, julgado em 09/08/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-172 DIVULG 06-09-2011 PUBLIC 08-09-2011 – grifos inexistentes nos originais).

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS. LEI N. 11.343/2006. 6,9 G DE CRACK. POLICIAIS. TESTEMUNHO SUFICIENTE PARA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. REDUÇÃO DA PENA. RÉU QUE PREENCHE TODAS AS CONDIÇÕES PREVISTAS EM LEI: PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES, NÃO SE DEDICA A ATIVIDADE ILÍCITA E NÃO INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. LEGALIDADE. REDUÇÃO DE PENA EM 1/6 EM DECORRÊNCIA DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA. REGIME INICIAL DE PENA DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. ÓRGÃO COMPETENTE PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL. SÚMULA 7/STJ. 1. Este Superior Tribunal possui entendimento pacífico no sentido de que o depoimento de policiais constitui meio de prova idôneo a dar azo à condenação, principalmente quando corroborada em juízo, circunstância que afasta a alegação de sua nulidade. 2. Diante da convicção a que chegou a instância ordinária decorrida da



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

análise do conjunto fático-probatório do caso concreto, o acolhimento da pretensão recursal demandaria o reexame do mencionado suporte, impedindo a admissibilidade do especial ante o óbice contido na Súmula 7/STJ.

3. A escolha do redutor previsto no art. 33 da Lei n.

11.343/2006 deve ser feita de forma motivada e proporcional, levando-se em conta, também, a quantidade, a natureza e a qualidade da droga apreendida (art. 42 da Lei n. 11.343/2006).

4. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, considera possível, em tese, a fixação do regime menos gravoso para os condenados pelo delito de tráfico de entorpecentes - a despeito da hediondez da conduta típica -, bem como entende pela viabilidade legal da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, sem perder de vista as particularidades do caso concreto (Lei n. 11.343/2006).

5. No caso em apreço, não se mostra adequada a conversão da pena privativa de liberdade em sanções restritivas de direitos, uma vez que o recorrente, conforme observado na *decisum* condenatório, não preenche os requisitos (pena privativa de liberdade de 4 anos e 2 meses) previstos no art. 44, I e III, do Código Penal.

6. O agravo regimental não merece prosperar, porquanto as razões reunidas na insurgência são incapazes de infirmar o entendimento assentado na decisão agravada.

1. Agravo regimental improvido (STJ. AgRg no REsp 1552938/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2015, DJe 25/11/2015 – grifos inexistentes nos originais).

Afasta-se, por conseguinte, tanto a pretensão absolutória em relação à prática do crime de tráfico de drogas quanto a aludida desclassificação do tipo para o disposto no art. 28, da Lei nº 11.343/2006.

Passando à dosimetria da pena, observa-se que inexistente qualquer alteração benéfica a ser realizada na fixação da pena na sentença condenatória.

No caso trata-se do delito de tráfico de drogas e constata-se que a pena-base já foi fixada no patamar mínimo de 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, à base de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Ultrapassando-se a segunda fase, restou constatada a reincidência do réu, sendo mencionado que o ora Apelante: “ostenta condenações com trânsito em julgado, pelo menos, nas seguintes Ações Penais: 1) 0000103-29.2010.8.05.0038 que tramitou na Vara Crime de Camacan pelo crime do art. 33 da Lei 11.343/06 com trânsito em julgado para a Defesa em 09 de novembro de 2012. 2) 0000027-72.2018.8.05.0119 que tramitou na Vara Crime da Comarca de Itajuípe por infringência do art. 157, §2º do CP com



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

trânsito em julgado para a defesa em 23/07/2018".

Nada obstante inexistir na legislação penal qualquer indicação específica da fração a ser agregada à pena, frente a constatação da incidência de atenuantes ou agravantes, a orientação predominante neste egrégio Tribunal de Justiça e nas demais Cortes do país é no sentido de adotar-se, no cálculo, a fração de 1/6 (um sexto) por cada circunstância, a incidir sobre a pena-base.

Nesse sentido os seguintes precedentes jurisprudenciais e ensinamentos doutrinários, que pela clareza e pertinência temática dispensam maiores considerações sobre a matéria:

[...] Apesar do Código Penal não prever expressamente a quantidade de aumento de pena quando presente a agravante da reincidência, é sabido que a jurisprudência adotou como parâmetro a fração de 1/6 (um sexto) [...] (TJRS - Ap. Crim. n. 2007.062649-6, de Xanxerê, rel. Des. Subst. Victor Ferreira, j. em 19-6-2008).

Critério para aumento por agravante: [...] TJRS: aumento da reincidência O Deve guardar proporcionalidade com a pena-base, sendo elevado o que estabelecido em um terço daquela, recomendando-se que fique em torno de um sexto (RJTJERGS 230/103).

[...] Na segunda etapa da aplicação da pena deve o julgador considerar as circunstâncias agravantes e atenuantes previstas nos arts. 61 a 66. Embora exista praxe de que cada circunstância tenha um valor de um sexto sobre a pena-base, a quantidade dos acréscimos ou diminuições fica ao prudente critério do juiz [...] (Julio Fabbrini Mirabete, Código Penal Interpretado, Quinta Edição, p. 541).

Nesta senda, com o reconhecimento da circunstância agravante da reincidência a pena do apelante passa a ser estabelecida em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mantido o pagamento de 588 (quinhentos e oitenta e oito) dias-multa, à base de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Na terceira fase de dosimetria da pena, infere-se a impossibilidade legal de reconhecimento do tráfico privilegiado. A situação inculpada nos autos trata-se de nítida descrição da hipótese impeditiva prevista no §4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, considerando que o agente é reincidente específico.

O STJ firmou o entendimento de que "a criação da referida causa especial de



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

diminuição de pena tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização " (STJ. REsp 1329088/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 26/4/2013).

A incidência do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006 requer o preenchimento dos requisitos legais: a) que o agente seja primário; b) tenha bons antecedentes; c) não se dedique a atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

Ademais, a reincidência impõe regime mais gravoso, portanto o fechado, bem como a pena imposta impede a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Por tais razões, julga-se improvido o Apelo.

CONCLUSÃO

IV - Ante o exposto, conheço do recurso, rejeito a preliminar e julgo improvida a Apelação Criminal.

Sala das Sessões, de de 2019.

Presidente

Juíza em Substituição Nartir Dantas Weber
Relatora

Procurador (a)



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

Sala de Sessões, .

Des. Juíza Nartir Dantas Weber
Relator