

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO Nº 0501188-13.2015.8.05.0201 FORO DE ORIGEM: COMARCA DE PORTO SEGURO – 1ª VARA CRIMINAL APELANTE: WERLES DOS SANTOS COLARES DEFENSORA PÚBLICA: TATIANA CÂMARA A. VELHO DA CUNHA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTOR DE JUSTIÇA: BRUNO GONTIJO ARAÚJO TEIXEIRA ÓRGÃO: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA RELATOR: DES. JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA PROCURADOR DE JUSTIÇA: ANTÔNIO CARLOS OLIVEIRA CARVALHO ASSUNTO: ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, VI, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006. EMENTA: DIREITO PENAL E LEI ANTIDROGAS. APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, VI, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006. PENA DE 03 (TRÊS) ANOS, 10 (DEZ) MESES E 20 (VINTE) DIAS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME ABERTO, SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. PENA DE MULTA FIXADA EM 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA. 1. PLEITO PELA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPROVIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS NOS AUTOS. TESTEMUNHOS LINEARES E COERENTES, QUE LEGITIMAM A CONDENAÇÃO. QUANTIDADE DAS DROGAS, CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO, QUE REVELAM A CONFIGURAÇÃO DO CRIME DESCRITO NO ART. 33, CAPUT, C/C ARTIGO 40, VI DA LEI 11.343/06. CONDENAÇÃO MANTIDA. 2. PLEITO PELA DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO DE USO PRÓPRIO (ART. 28 DA LEI N. 11.343 /2006). IMPROVIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CARACTERIZAÇÃO DA DESTINAÇÃO DA DROGA PARA A COMERCIALIZAÇÃO. 3. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS, EM SEU GRAU MÁXIMO, 2/3 (DOIS TERÇOS). INVIABILIDADE. MAGISTRADO QUE FUNDAMENTOU ADEQUADAMENTE A FRAÇÃO APLICADA – 1/3 (UM TERÇO), CONSIDERANDO A QUANTIDADE E A DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR PARA APLICAR, DE FORMA FUNDAMENTADA, A REDUÇÃO NO PATAMAR QUE ENTENDA NECESSÁRIO E SUFICIENTE PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. 4. PLEITO PELO AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO ART. 40, VI, DA LEI 11.343/06. INVIABILIDADE. PRÁTICA DELITIVA QUE ENVOLVEU ADOLESCENTE. MENORIDADE COMPROVADA NOS AUTOS. PROTEÇÃO DE VULNERÁVEIS. 5. PLEITO PELO RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO DETRAÇÃO PENAL, CONSIDERANDO O PERÍODO QUE O APELANTE PERMANECEU PRESO PROVISÓRIAMENTE DURANTE O PROCESSO. NÃO CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. 6. PLEITO PELA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO CONHECIMENTO. PEDIDO CARECE DE OBJETO A SER PERSEGUIDO, TENDO EM VISTA QUE O JUÍZO A QUO APLICOU O INSTITUTO PREVISTO NO ART. 44, DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO, SUBSTITUINDO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. 7. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DISPOSITIVOS APONTADOS. 8. CONCLUSÃO: RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, IMPROVIDO. ACÓRDÃO Relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal de nº 0501188-13.2015.8.05.0201 da 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE PORTO SEGURO-BA, sendo apelante, WERLES DOS SANTOS COLARES e apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia pelo PARCIAL CONHECIMENTO E, NESTA EXTENSÃO, PELO IMPROVIMENTO DO RECURSO, nos termos do voto do Relator, consoante certidão de julgamento. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 7 de Agosto de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO Nº 0501188-13.2015.8.05.0201 FORO DE ORIGEM:

COMARCA DE PORTO SEGURO – 1ª VARA CRIMINAL APELANTE: WERLES DOS SANTOS COLARES DEFENSORA PÚBLICA: TATIANA CÂMARA A. VELHO DA CUNHA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTOR DE JUSTIÇA: BRUNO GONTIJO ARAÚJO TEIXEIRA ÓRGÃO: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA RELATOR: DES. JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA PROCURADOR DE JUSTIÇA: ANTÔNIO CARLOS OLIVEIRA CARVALHO ASSUNTO: ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, VI, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006. RELATÓRIO Trata-se de recurso de apelação interposto por WERLES DOS SANTOS COLARES, assistido pela Defensoria Pública, irresignado com a sentença condenatória proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Porto Seguro, que o condenou pela prática do crime previsto no art. 33, caput, c/c art. 40, inciso VI, ambos da Lei nº 11.343/2006. Adota-se o relatório da sentença de ID 47163886, in verbis: “O Ministério Público Estadual, através do seu representante legal, no uso de suas atribuições legais, ofereceu denúncia em face de WERLES DOS SANTOS COLARES, alegando, em síntese, que no dia 27 de outubro de 2015, por volta das 18:30 horas, na rua Sergipe, conhecida como Matinha, bairro São Pedro, distrito de Arraial D'Ajuda, município de Porto Seguro-BA, o denunciado trazia consigo, para fins de comercialização, 40 pedras da droga crack e 91 papелotes de cocaína, além de possuir no interior de sua residência 04 munições de calibre 22, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Agindo assim, está o denunciado incurso no tipo descrito nos artigos 33, caput, c/c 40, VI, ambos da Lei 11.343/06, em concurso material com o art. 12 da Lei 10.826/03. A denúncia foi oferecida em 02 de dezembro de 2015, e recebida em 22 de fevereiro de 2016. Inquérito Policial às fls. 05/48. Resposta à Acusação apresentada as páginas 56/64, sendo posteriormente designada audiência de instrução e julgamento. Na fase instrutória, foram ouvidas as testemunhas arroladas pelo Ministério Público e pela defesa (fl. 105, 106, 107 e 109), todas através de sistema audiovisual, em consonância com a resolução 08/2009 do Tribunal de Justiça da Bahia. O réu estava ausente em razão da sua fuga no dia 12/12/2015, fls. 28/29 dos autos apensados 0308666-56.2015.8.0201, motivo este que não foi colhido seu interrogatório. Em sede de alegações finais (fls. 114/120), o Ministério Público manifestou-se pela procedência da pretensão acusatória, requerendo a condenação do acusado nas reprimendas dos artigos 33, caput, c/c 40, VI, ambos da Lei 11.343/06 e artigo 12 da Lei 10.826/03. Por sua vez, a Defesa (fls. 135/146), em síntese, requereu a absolvição do acusado nos crimes previstos no artigo 33 c/c artigo 40 da Lei 11.343/06 e art. 12 da Lei 10.826/2003, com fundamento no art. 386, inciso III e VII do Código de Processo Penal, em razão da insuficiência probatória; subsidiariamente, a desclassificação para o consumo próprio, conforme art. 28, da Lei N. 11.343/2006; bem como a aplicação da pena-base em seu patamar mínimo por inexistir nos autos razão para mais grave imposição e a aplicação, no grau máximo, da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Os autos vieram-me conclusos. Eis o relatório. Decido.” A sentença, publicada em 11/01/2022, julgou PROCEDENTE EM PARTE a denúncia, para condenar WERLES DOS SANTOS COLARES pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, c/ c art. 40, inciso VI, ambos da Lei 11.343/2006, à pena de 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, substituída, ao final, por restritiva de direitos de prestação de serviços à comunidade, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor equivalente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato. Irresignado, o acusado, por intermédio da defensora pública, interpôs recurso de apelação em 11/01/2022 (ID 47163891). O recurso fora

recebido, eis que tempestivo (ID 47163896). Em sede de razões, o apelante pugna pela sua absolvição sob o argumento de insuficiência de provas e, subsidiariamente, em caso de manutenção da condenação, pugna pela desclassificação da conduta para o art. 28 da Lei nº 11.343/2006. No que se refere à dosimetria da penal, a defesa pública requer que seja aplicada a fração máxima da causa de diminuição, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, qual seja, 2/3 (dois terços); pleiteia, ainda, que seja desconsiderada a causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/2006; por fim, requer que seja feita a detração penal e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (ID 47163905). Em sede de contrarrazões, o Ministério Público manifestou-se pelo improvimento do apelo interposto (ID 47163910). O apelante foi intimado acerca da sentença, por edital, conforme certidão de ID 47163919. O presente processo foi distribuído por livre sorteio para esta Relatoria, em 07/07/2023 (ID 47164210). Abriu-se vista à Procuradoria de Justiça que opinou pelo improvimento do recurso (ID 47383736). É o relatório.

Salvador/BA, data registrada no sistema. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO Nº 0501188-13.2015.8.05.0201 FORO DE ORIGEM: COMARCA DE PORTO SEGURO – 1ª VARA CRIMINAL APELANTE: WERLES DOS SANTOS COLARES DEFENSORA PÚBLICA: TATIANA CÂMARA A. VELHO DA CUNHA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTOR DE JUSTIÇA: BRUNO GONTIJO ARAÚJO TEIXEIRA ÓRGÃO: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA RELATOR: DES. JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA PROCURADOR DE JUSTIÇA: ANTÔNIO CARLOS OLIVEIRA CARVALHO ASSUNTO: ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, VI, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006. VOTO I – PRESSUPOSTOS RECURSAIS Conhece-se do recurso, eis que presentes os requisitos objetivos e subjetivos para a sua admissibilidade. II – DO MÉRITO II.I – DO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS Inicialmente, verifica-se que a Defesa requer a absolvição do insurgente, sob o argumento da insuficiência de provas da prática delitiva, com supedâneo no princípio do in dubio pro reo. Em que pese a irresignação defensiva, entende-se que o pleito não merece prosperar, conforme será analisado doravante. A materialidade delitiva restou demonstrada através do Auto de Prisão em flagrante de fl. 2; Auto de exibição e apreensão de fls. 24, Laudo preliminar de Constatação de fl. 25 (ID 47163454); e pelo Laudo Definitivo do Exame Pericial do entorpecente (IDs 47163457 e 47163458) que atesta positivo para alcalóide (cocaína) na forma sólida. A autoria também restou evidenciada nos autos, tendo em vista que as provas colhidas demonstram que o apelante fora preso em flagrante no momento em que entregava uma sacola contendo as substâncias proscritas para o menor João Pedro de Jesus Rodrigues efetuar a venda aos usuários que chegariam ao local. Sabe-se que para a configuração do delito de tráfico de drogas, basta que a conduta do réu se encaixe em um dos 18 verbos mencionados no caput do art. 33 da Lei 11.343/2006 e que a finalidade seja o consumo de drogas por terceiros.

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 Logo, não se faz necessário que o agente seja detido no exato momento em que esteja praticando atos de mercancia, bastando que haja nos autos provas robustas e demais elementos que denotem a finalidade de uso

das drogas por terceiros. Isto porque a prova da mercancia não necessita ser direta, devendo ser firmada quando os indícios e presunções formam um conjunto harmônico e demonstram a distribuição comercial do entorpecente. O Superior Tribunal de Justiça não deixa margem de dúvida a respeito do tema. Senão, veja-se: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 28 E 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06. OCORRÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. PRESCINDIBILIDADE DE PROVA DE MERCANCIA PARA CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRECEDENTES. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.” (STJ – AREsp 479790–GO – RELATORA: MINISTRA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – 6ª T – DJU 18.03.2014). (grifos aditados) Nesse cenário, inobstante a ausência do acusado em juízo, em sede policial negou a prática do crime de tráfico de drogas, contudo, os depoimentos dos policiais que efetuaram o flagrante, bem como as declarações do adolescente infrator, foram concisos e suficientes para a manutenção do édito condenatório. Neste sentido seguem os excertos relacionados: O IPC ALEXANDRE ARAÚJO MOREIRA, declarou que: “Que confirma os fatos; que o local da “matinha” é um ponto de droga; que já tinham conhecimento do local; que fizeram um cerco no local com o intuito de observarem o movimento; que se dividiram em dois grupos; que abordaram Werles e João Pedro; que estavam com drogas em sua posse; que após a abordagem Werles os conduziu até sua residência; que encontraram as munições; que estavam dentro da casa; que estava em um armário.”(link disponível no Pje mídias) O IPC AFLORISVALDO SÁ DOS SANTOS, declarou: “que confirma os fatos; que não conhecia o acusado; que o local da “matinha” é uma boca de fumo; que ficaram aguardando no local; que presenciaram Werles passando droga para o menor João Pedro; que os prenderam; que confirmaram que era droga; que não se recorda de ter ouvido falarem que a droga era sua; que o menor disse que a droga era do Werles; que apareceram no local alguns usuários de drogas querendo comprar os entorpecentes”. (link disponível no Pje mídias) O IPC ROBERTO GOMES LEAL, declarou: “ Que confirma o depoimento prestado; que confirma os fatos; que receberam uma denúncia que os denunciados estavam no local da “matinha”; que ficaram em torno de 1h30min esperando no local; que presenciaram Werles passando uma sacola plástica para o adolescente; que os abordaram depois disso; que eram drogas; que não conhecia Werles e nem o João Pedro; que após isso começaram a aparecer alguns usuários de drogas; que os usuários confirmaram que compravam drogas naquele local; que após foram até a residência de Werles; que Werles disse onde residia; que adentrando na casa encontraram cápsulas de arma de fogo.” (link disponível no Pje mídias) O adolescente, JOÃO PEDRO DE JESUS RODRIGUES, afirmou em termo de declarações, em sede policial, que recebia as drogas de Werles para vender, dele auferia a quantia diária de R\$ 150,00 pelas vendas realizadas, as quais somavam R\$ 500,00 por dia e R\$ 1.500,00 por final de semana; detalhou que sempre recebeu as drogas de Werles no local onde foi apreendido e, que, no dia seguinte, no turno da manhã, Werles voltava para apanhar o dinheiro da venda (ID 47163454, fls. 14). Em Juízo, JOÃO PEDRO DE JESUS RODRIGUES também afirmou: “Que viu Werles uma vez; que estava sozinho na matinha; que Werles chegou; que os policiais tinham prendido; que depois prenderam Werles; que não chegou a entregar nenhuma sacola; que não entregou nenhuma droga; que acharam droga no mato; que não sabia de quem era a droga; que foi pra lá pra vender; que não lembra por quanto vendia; que recebia a droga pra vender de Werles; que não era todo dia; que era de vez em quando; que recebia a droga pra vender e passar o valor pro Werles.” (link disponível no Pje mídias) Desse modo, a conduta da traficância resta constatada pelo coeso testemunho dos

policiais, bem como pelas declarações do adolescente infrator, quando, no dia 27/10/2015, os agentes públicos, foram informados de que na localidade conhecida como “Matinha” e “Rua do Pó” havia um intenso tráfico de drogas, e que ao chegarem na localidade citada, às 18h30min, o apelante foi flagrado entregando uma sacola com relevante quantidade de drogas (40 pedras da droga crack e 91 papелotes de cocaína) ao menor João Pedro, para serem vendidas aos usuários que chegariam ao local. As eventuais contradições alegadas pela Defesa nos depoimentos dos policiais não são suficientes para ensejar a absolvição do apelante, tendo em vista que tais inconsistências se deram em relação a aspectos secundários da abordagem policial, não tornando inválidas as declarações em juízo, pois atestam, com segurança, a prática do ilícito perpetrado. No caso, quedou evidenciado nos autos que o apelante trazia consigo substância entorpecente proscrita, bem como ficou demonstrada a traficância, em razão da diversidade de drogas, do modo que estava acondicionada e pela quantidade encontrada em seu poder. É cediço que a doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de admitir a validade do testemunho dos policiais, sobretudo quando os agentes participaram da prisão em flagrante e são ratificados pelos demais elementos probatórios coligidos aos autos. Nessa esteira de pensamento, vejamos julgado abaixo colacionado: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. No que tange ao pleito de absolvição ou desclassificação da conduta para o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, o acórdão combatido, ao manter a condenação pelo tráfico de drogas, consignou que o conjunto probatório aponta para a prática do crime, não somente em razão das substâncias apreendidas (56,59 gramas de “crack”), mas também diante da prova testemunhal. 2. Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela absolvição ou desclassificação do crime de tráfico de drogas para o do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 3. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no AREsp 1877158/TO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021)”. (grifos aditados) Na mesma linha de pensamento, já decidiu esta Colenda Turma: “APELAÇÃO DEFENSIVA. LEI DE DROGAS. APELANTE CONDENADO COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06, A UMA PENA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, E AO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, NO VALOR DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE NA ÉPOCA DOS FATOS. NEGADO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRETENSÕES RECURSAIS: I) ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NÃO VISLUMBRADA. CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO QUE SE MOSTRA SUFICIENTE A DEMONSTRAR A AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. ELEMENTOS CONSUBSTANCIADOS NO AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO, NOS LAUDOS DE EXAME PERICIAIS E NOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA DIANTE DO INDEFERIMENTO QUANTO AO ROL DE TESTEMUNHAS DA ACOSTADO EXTEMPORANEAMENTE À DEFESA PRÉVIA, AUSENTE COMPROVAÇÃO QUANTO AO EFETIVO PREJUÍZO CAUSADO AO APELANTE. NÃO SE DESINCUMBIU A DEFESA DO ÔNUS DE EXPLICAR A FORMA COMO AS REFERIDAS TESTEMUNHAS PODERIAM ELUCIDAR OS FATOS

IMPUTADOS AO APELANTE. ANÁLISE DO BROCARDO PAS DE NULLITE SANS GRIEF. INTELIGÊNCIA DO ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VALIDADE DOS TESTEMUNHOS POLICIAIS. SUFICIENTE CONVICÇÃO FORMADA DURANTE AMBAS AS FASES DA PERSECUÇÃO PENAL. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MERCANCIA. PRECEDENTES DO STJ. CONDENAÇÃO QUE DEVE SER MANTIDA NOS EXATOS TERMOS DA SENTENÇA. (...) APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0526352-56.2019.8.05.0001, Segunda Câmara. Segunda Turma. Relator (a): JOÃO BOSCO DE OLIVEIRA SEIXAS, Publicado em: 03/09/2021)". Desse modo, os depoimentos de policiais, prestados sob o crivo do contraditório, não podem ser desqualificados. Se é da própria natureza da atividade policial a investigação e a atuação em situação de flagrância, não seria coerente atribuir-lhes o desempenho de tal atividade e depois não considerar as suas declarações. Nesta senda, a verossimilhança da acusação encontra correlação com os fatos descritos pelas testemunhas, ainda que na condição de policiais que realizaram a apreensão, posto que tal fato não compromete seus depoimentos, tendo em vista que a Defesa Pública, ao longo do processo, não apresentou elementos probatórios que descredenciasse ou invalidassem as oitivas em juízo, dos agentes estatais.

II.II – DO PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO DE USO PRÓPRIO (ART. 28 DA LEI N. 11.343 /2006) A Defesa requereu a desclassificação da conduta para o crime previsto no artigo 28 da Lei de Drogas. Alega que o apelante teria ido ao local junto com João Pedro para comprar drogas. Não merece prosperar. Dispõe o artigo 28, § 2º, da Lei 11.343/2006: "Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: (...) § 2º. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente." (...) Grifos aditados Tomando por base tais premissas, extrai-se do conjunto probatório que o apelante não era apenas usuário de drogas, mas se valia da mercancia das substâncias entorpecentes. A tese trazida pela Defesa Pública de que o acusado era usuário de entorpecentes destoa do arcabouço de evidências produzido, com nítido intuito de eximir o apelante de sua responsabilidade penal, objetivando uma desclassificação para delito mais brando. Com efeito, o modo como estava acondicionada, a quantidade e diversidade das drogas apreendidas – 40 (quarenta) pedras de crack e 91 (noventa e uma) unidades de cocaína – tornam extreme de dúvidas a sua finalidade comercial. Ademais, importante ressaltar que a condição de usuário não afasta, por si só, a traficância. Nessa linha de entendimento: PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGA. (ART. 33, CAPUT, LEI Nº 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO RÉU. 1)–TRÁFICO DE DROGA. 1.1) PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA A DE POSSE DE ESTUPEFACIENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. TESE NÃO ACOLHIDA. SUPOSTA CONDIÇÃO DE USUÁRIO QUE NÃO ILIDE A DE TRAFICANTE, QUANDO ESTA EXSURGE INEQUÍVOCA DOS AUTOS. PALAVRAS DOS POLICIAIS QUE ATUARAM NO FLAGRANTE, CONFIRMADAS EM JUÍZO, SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ELEMENTOS DE CONVICÇÃO QUE POSSUEM ESPECIAL 1.2) [...] APELO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS. (TJPR 0010358-45.2016.8.16.0033. Data do julgamento: 28/11/2019) Dessa forma, nega-se provimento ao pedido de desclassificação da conduta para o artigo 28 da Lei de Drogas. II.III – DOS PLEITOS DOSIMÉTRICOS Como visto, o apelante foi condenado pela prática do delito

de tráfico de drogas, tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, cuja pena é de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. DO PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS, EM SEU GRAU MÁXIMO Pleiteia o apelante a readequação e redução da pena imposta, em razão do reconhecimento da incidência da minorante do § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, aplicada em seu patamar mínimo, para que seja diminuída em sua fração máxima. Do exame do édito condenatório observa-se que o juízo a quo fundamentou a aplicação da minorante nos seguintes termos, ID 47163886: (...) "Quanto a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, insta consignar que tal minorante visa conferir uma proporcionalidade à repressão penal do pequeno traficante, assim concebido o agente que, *ipsis litteris*, "seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". Destarte, em que pese a reprovabilidade da conduta perpetrada pelo acusado, é mister reconhecer que o mesmo ostenta os requisitos elencados no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Dessa forma, pela quantidade e diversidade das drogas apreendidas, não sopesadas na pena base, reconheço a causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, diminuindo a pena na fração de 1/3, perfazendo em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão." (grifos aditados) (...) Nos termos do que dispõe o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para a incidência da causa especial de diminuição de pena, aos condenados pelo delito de tráfico de drogas, na fração de um sexto a dois terços, faz-se necessário que o agente seja reconhecidamente primário, ostente bons antecedentes e não se dedique a atividade criminosa ou integre organização criminosa. Cumpre esclarecer que, no tocante aos critérios para escolha da fração prevista legalmente para a redução da reprimenda pela causa especial em questão, o Superior Tribunal de Justiça já firmou jurisprudência no sentido de que: "Se o legislador da Lei n.º 11.343/06 não forneceu especificamente os requisitos para fixação do quantum da diminuição prevista no seu artigo 33, § 4º, impõe-se como critério a observância da análise das circunstâncias judiciais, não só as constantes do artigo 59, do Código Penal, como as demais mencionadas na Lei Antidrogas, e amplamente utilizadas como referencial quando se trata de fixação das penas previstas"(HC n.º 118.098/RS, Relator (a) Jane Silva (Desembargadora Convocada do TMS), Sexta Turma, julgado em 20/11/2008, DJe 9-12-2008). Vale dizer, o legislador previu apenas os pressupostos para a incidência do benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da nova Lei de Drogas, disciplinando a jurisprudência que, na sua falta, devem ser consideradas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e especialmente o disposto no art. 42 da Lei Antitóxicos, que expressamente ordena que: "O juiz, na fixação das penas, considerará com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente". Com efeito, infere-se dos autos que o magistrado sentenciante reconheceu que o apelante preenche os requisitos para a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Contudo, verifica-se, para a eleição da fração de redução da pena, o magistrado considerou a quantidade e diversidade das drogas apreendidas e aplicou o patamar de 1/3 (um terço). A respeito do tema a Suprema Corte, no julgamento do HC 115.149/SP assentou que "o juiz não

está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, possuindo plena discricionariedade para aplicar, de forma fundamentada, a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime". No mesmo sentido, o Ministro Relator Gilmar Mendes, no julgamento do HC 110.516 AgR, reconheceu que "o tráfico privilegiado, como minorante aplicável na terceira fase da dosimetria, pode ter sua extensão definida à luz do montante da droga apreendida, permitindo ao magistrado movimentar a redução dentro da escala penal de um sexto a dois terços, mediante o reconhecimento do menor ou maior envolvimento do agente com a criminalidade". Corroborando o quanto acima enredado, confirmam-se o elucidativo julgado a seguir decantado: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. PREPONDERÂNCIA DO ARTIGO 42 DA LEI 11.343/2006 SOBRE O ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL CP. AUMENTO PROPORCIONAL E JUSTIFICADO. FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELO PRIVILÉGIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI ANTIDROGAS. PATAMAR DE 1/3 ESTABELECIDO. REVISÃO DO QUANTUM DE DIMINUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DAS DROGAS. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A natureza da droga apreendida justifica o aumento da pena-base, em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o qual prevê a preponderância de tal circunstância em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal CP, não se constatando ilegalidade na dosimetria da pena básica do crime, tendo em vista a apreensão de cerca de 55 g de entorpecente (cocaína) e mais 474 g de maconha. 2. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte, firme no sentido de que na escolha do quantum de redução da pena (art. 33, § 4º), o juiz deve levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida, a teor do art. 42 da Lei Antidrogas. No caso, não há ilegalidade na fixação da fração de 1/3 em razão da quantidade das drogas. 3. "O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido bis in idem, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará" (HC 351.325/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/8/2018, DJe 29/8/2018). No caso, não ocorre o alegado bis in idem, pois a quantidade das drogas não foi utilizada na primeira fase, mas apenas na última fase da dosimetria. Na primeira etapa houve a exasperação da pena básica pela natureza de um dos entorpecentes (cocaína). 4. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no HC: 591508 SC 2020/0151507-6, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 02/02/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/02/2021) (grifos aditados) Dessa forma, considerando que foram sopesadas pelo magistrado sentenciante as circunstâncias concretas, que apontam para primariedade e bons antecedentes do apelante, bem assim, que este não integra organização criminosa e, ainda, restando fundamentada na quantidade e diversidade das drogas apreendidas, a modulação do redutor na fração de 1/3 (um terço), tem-se por proporcional e adequada a incidência da minorante. DO PEDIDO DE AFASTAMENTO DA MAJORANTE DO ART. 40, VI, DA LEI 11.343/06 A Defesa pleiteou o decote da causa de aumento do art. 40, VI, da Lei nº. 11.343/2006, aduzindo que não restou demonstrado ter o apelante envolvido o menor na prática do tráfico ou consumo, não havendo, portanto, fundamento apto a ensejar a gravidade concreta do delito, e que o referido

adolescente, em juízo, negou que tenha vendido ou entregue qualquer espécie de droga. No que se refere a incidência da causa de aumento, dispõe o inciso VI, do artigo 40, da Lei nº 11.343/2006, da seguinte forma: Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: (...) VI – sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação; (...) A menoridade de João Pedro de Jesus Rodrigues (critério objetivo de incidência da causa de aumento em referência) restou comprovada por meio da certidão de nascimento acostada às fls. 18 (ID 47163454), segundo a qual o jovem contava com quatorze anos à época dos fatos. A participação de ambos, de outra banda, restou suficientemente comprovada nos autos ao passo em os dois foram encontrados na posse dos entorpecentes. Da análise dos autos, denota-se que os agentes policiais flagrantearam o apelante, na “matinha”, local de intenso tráfico de drogas, entregando uma sacola contendo drogas para o adolescente João Pedro, a demonstrar a gravidade acentuada da conduta perpetrada pelo acusado. Como visto, o próprio adolescente afirmou em juízo que recebia a droga pra vender e que passava o valor para o apelante. A corroborar tal entendimento: PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. SEGUNDA FASE. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INVIABILIDADE. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI N.º 11.343/06. AFASTAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. PROTEÇÃO DE VULNERÁVEIS. CONSIDERAÇÕES OUTRAS. INCURSÃO NA SEARA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. [...] 3. Aplica-se a majorante prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06 sempre que criança, adolescente, ou quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação figurar como vítima do delito ou como coautor ou partícipe. Justifica-se o recrudesimento pela maior vulnerabilidade desses indivíduos, suscetíveis ao consumo de entorpecentes ou à cooptação para o exercício do comércio malsão, tendo em vista a reduzida capacidade de discernimento, a inimizabilidade e a particular condição biológica, psíquica, moral e de caráter, ainda em fase prefacial de formação. 4. Na hipótese, as instâncias e origem concluíram, com base nas provas e fatos constantes dos autos, que a hipótese de incidência da majorante do art. 40, inciso VI, da Lei Antidrogas restou plenamente caracterizada, porquanto a empreitada criminoso teria envolvido adolescente. Entendimento diverso constitui matéria de fato, não de direito, demandando exame amplo e profundo do elemento probatório, acarretando incursão na seara fático-probatória, inviável em sede de habeas corpus, via angusta por excelência. 5. Ordem parcialmente concedida.”(STJ HC 396.470/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2017, DJe 14/08/2017). (grifos aditados) Portanto, mostra-se adequada a incidência da causa de aumento do art. 40, VI, da Lei 11.343/06 ante o cristalino envolvimento do adolescente na traficância praticada pelo acusado. DA APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL A Defesa Pública pleiteia o reconhecimento e aplicação da detração penal, considerando o período que o apelante permaneceu preso provisoriamente durante o processo. Denota-se dos autos que o magistrado sentenciante deixou de aplicar a detração penal, vez que fora imposto o regime inicial aberto, desnecessária, portanto, a realização de cálculos para diminuir a reprimenda, cujo regime inicial permanecerá inalterado. Ademais, a competência para promover a detração penal é do Juízo da Execução, tendo

em vista o seu grau mais elevado de consolidação das informações, como o quantum de pena provisória cumprida, ou outros elementos subjetivos relacionados ao agir do apelante no cárcere, o que dificulta o exame da situação do recorrente por esta Corte, nesta fase processual. Sendo assim, não se conhece do pedido. DO PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS A Defesa também pleiteia a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Com efeito, o Juízo a quo aplicou o instituto previsto no art. 44, do Código Penal Brasileiro, substituindo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos. Veja-se: “Substituo a pena privativa de liberdade por restritiva de direito de prestação de serviços a comunidade, cujo local será definido em audiência admonitória.” Desse modo, diante da carência de objeto a ser perseguido, não se conhece do pleito. DO PREQUESTIONAMENTO Reputam-se prequestionados os dispositivos indicados, sendo desnecessária a menção expressa a cada um deles para fins de admissibilidade de eventual recurso na instância excepcional, uma vez que já houve manifestação no voto sobre as teses jurídicas apontadas. CONCLUSÃO Ante todo o exposto, vota-se pelo PARCIAL CONHECIMENTO E, NESTA EXTENSÃO, PELO IMPROVIMENTO DO RECURSO. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA RELATOR