

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8001025-19.2021.8.05.0176

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: EDNALDO SANTANA XAVIER

Advogado (s): LORENA GARCIA BARBUDA CORREIA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRELIMINAR DE NULIDADE NO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. INEXISTÊNCIA DE PROVAS. INQUÉRITO QUE CONSTITUI PEÇA INFORMATIVA, CUJAS IRREGULARIDADES FORAM SUPERADAS COM A CONVERSÃO DA PRISÃO EM PREVENTIVA E INSTAURAÇÃO DA AÇÃO PENAL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DELITIVA. PROVA PERICIAL E CREDIBILIDADE DA INCRIMINAÇÃO DOS POLICIAIS. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA. NECESSIDADE. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

Da preliminar. Não prevalece a arguição de nulidade por suposta tortura perpetrada pelos policiais em desfavor do réu. Não há provas nos autos de que tenha o acusado sido submetido a espancamento supostamente praticado pelos policiais. Ademais, considerando que apenas os elementos de convicção produzidos, em regra, durante o curso do processo judicial é que são considerados provas, em razão da necessária participação dialética das

partes, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, tenho que não há se falar que a “prova obtida nos autos se deu de maneira ilícita” ou mesmo a ser considerada ilícita por derivação obtida por meio de tortura (na fase inquisitiva), nos termos pretendidos pela Defesa.

Não prospera o pleito de absolvição. O fato de as drogas estarem acondicionadas em várias porções individualmente embaladas, bem como o fato de o réu já ter sido anteriormente condenado pela prática do mesmo ilícito, tráfico de drogas, além de ser conhecido no meio policial como o membro 688 da organização criminosa denominada “Katiara”, conforme relatos dos policiais, transparecem a prática do crime de tráfico de substâncias ilícitas.

Em relação ao pedido de reforma da dosimetria, nota-se ser necessária a redução da pena, para que não se incorra em bis in idem em relação à reincidência.

Não se faz possível aplicar, contudo, a causa especial de diminuição da pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, eis demonstrado na instrução que o acusado possui envolvimento em facção criminosa, além de possuir ação penal transitada em julgado pela prática do mesmo crime.

Recurso parcialmente provido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8001025-19.2021.8.05.0176, de Nazaré/BA, em que figura como apelante EDNALDO SANTANA XAVIER, e como apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, pelas razões adiante alinhadas.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade
Salvador, 2 de Junho de 2022.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8001025-19.2021.8.05.0176

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: EDNALDO SANTANA XAVIER

Advogado (s): LORENA GARCIA BARBUDA CORREIA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

RELATÓRIO

O ilustre Representante do Ministério Público ofertou denúncia contida no ID nº 23495779 contra EDNALDO SANTANA XAVIER, pela prática do crime tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, no processo nº 8001025-19.2021.8.05.0176.

Narra a vestibular que, no dia 23 de maio de 2021, aproximadamente às 00h, na Praça Muniz, Centro, em Nazaré/BA, uma guarnição da polícia militar, que realizava o policiamento ostensivo, em ronda, avistou o veículo Volkswagen, tipo Gol, cor vermelha, que transitava em alta velocidade, e decidiram abordá-lo.

Durante a abordagem, os policiais identificaram “que, além dos ocupantes do veículo abordado não possuírem identificação, com o indivíduo que estava no banco do motorista, que é o ora denunciado, dentro de um saco plástico que estava em sua cueca, trazia consigo este, voluntária e conscientemente, em desacordo com as determinações legais e

regulamentares, diversas buchas de maconha e pedras de crack”, sendo que, “ainda ao tempo da abordagem policial, afirmou o denunciado à guarnição da polícia militar que a droga apreendida consigo lhe pertencia e que ele teria pago a quantia de R\$ 5,00 (cinco) reais ao condutor do automóvel para que este o levasse para a sua casa”.

Transcorrida a instrução, a d. Juíza, ID nº 23495911, julgou procedente o pedido contido na exordial acusatória para condenar o acusado EDNALDO SANTANA XAVIER como incurso nas penas do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. A reprimenda foi fixada em 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 840 (oitocentos e quarenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Inconformado com a r. sentença, o réu interpôs apelação (ID nº 23495914). Alegou, nas razões dispostas no ID nº 23495932, como preliminar, a nulidade do auto de prisão em flagrante, ao argumento de que teria sido agredido pelos policiais responsáveis por sua prisão. Assevera que o exame pericial de lesões corporais teria sido realizado apenas quatro dias após a sua custódia, o que teria impedido a comprovação da ofensa à sua integridade física.

No mérito, requer a absolvição, por entender ausentes provas relacionadas a autoria. Subsidiariamente, requer a desclassificação do crime que lhe foi imputado para o art. 28, da Lei nº 11.343/2006.

Subsidiariamente, também, pleiteia a reforma da dosimetria da pena, com a redução da pena-base e a aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), com alteração do regime inicial de cumprimento da pena e substituição da pena privativa de liberdade.

Requer, ainda, a concessão do direito de recorrer em liberdade.

Em suas contrarrazões, o representante do Ministério Público, no ID nº 23495935, pugnou pelo desprovimento do apelo interposto, mantendo-se, por seus próprios fundamentos, a sentença recorrida.

A d. Procuradoria de Justiça, no Parecer do ID nº 24409130, pronunciou-se pelo conhecimento e desprovimento da apelação.

Eis o relatório.

DES. CARLOS ROBERTO SANTOS ARAÚJO
RELATOR

Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8001025-19.2021.8.05.0176

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: EDNALDO SANTANA XAVIER

Advogado (s): LORENA GARCIA BARBUDA CORREIA registrado (a) civilmente como LORENA GARCIA BARBUDA CORREIA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

VOTO

Ante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, conheço do recurso ora interposto.

O recorrente foi condenado como incurso, no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, à sanção definitiva de 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial, fechado, e ao pagamento de 840 (oitocentos e quarenta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo, vigente, à época dos fatos. Isso porque, no dia 23 de maio de 2021, aproximadamente, às 00h, na praça Muniz, Centro, em Nazaré/BA, ter sido flagrado com 18 (dezoito) buchas de maconha, totalizando 62,16 g, e 08 (oito) pedras de crack, com massa bruta total de 2,91 g.

DA PRELIMINAR – ALEGAÇÃO DE TORTURA SUPOSTAMENTE PRATICADA PELOS POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELA CUSTÓDIA EM FLAGRANTE

Argumenta a Defesa nulidade processual decorrente de suposto espancamento perpetrado pelos policiais responsáveis pela prisão em flagrante contra o acusado e pela demora na realização de exame pericial no réu, o que impossibilitou a comprovação do quanto alegado.

A preliminar não merece prosperar.

Não há provas nos autos de que tenha o acusado sido submetido a tortura supostamente praticada pelos policiais e de que, por esse motivo, teria confessado a prática do crime.

Ora, além de a arguição de tortura estar desprovida de quaisquer provas, o que, pelo art. 156 do Código de Processo Penal, cabia à Defesa, a confissão foi confirmada pelas provas judiciais.

As lesões supostamente sofridas pelo acusado, que, repita-se, não foram comprovadas, podem, inclusive, não guardar relação com a ação dos agentes policiais, de modo que infundada a nulidade suscitada.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FOGO DE USO PERMITIDO E RESTRITO – PRELIMINARMENTE – ARGUIÇÃO DE NULIDADES (...) – CONFISSÃO OBTIDA SOB TORTURA – INCOMPETÊNCIA TERRITORIAL DO JUÍZO SENTENCIANTE – REJEIÇÃO – MÉRITO – ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE (...)

Ausente demonstração de que os réus tenham sido submetidos à tortura durante interrogatório perante a autoridade policial, não há falar-se em ilicitude da prova obtida com a confissão. (...)

(TJMG – Apelação Criminal 1.0079.13.084099-8/001, Relator (a): Des.(a) Edison Feital Leite, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 21/06/2016, publicação da sumula em 01/ 07/ 2016) (Grifo do Relator)

Pontue-se, por necessário, que a Magistrada sentenciante afastou a nulidade em exame, consignando:

“A preliminar de nulidade do Auto de Prisão em Flagrante e da consequente Ação Penal, em razão da demora na realização do exame pericial de lesões corporais do réu, não merece prosperar, prima facie, em virtude de, por se tratarem de peças meramente informativas, eventuais falhas ocorridas no auto de prisão em flagrante ou no inquérito policial, não contaminam a respectiva ação penal.

(...)

Ademais, vale acrescentar que as eventuais nulidades porventura existentes no auto de prisão em flagrante restam sanadas com a homologação do mesmo e sua conversão em prisão preventiva, devendo ser alegadas, pelo flagranteado, até o referido momento e, se ocorridas, posteriormente, mas ainda na fase investigatória, devem ser alegadas, pelo acusado, na primeira oportunidade em que se manifestar nos autos, sob pena de preclusão.

(...)

In casu, verifica-se que, em 23/05/2021, o auto de prisão em flagrante foi homologado e convertido em prisão preventiva, conforme decisão proferida

nos autos n.º 8000817-35.2021.8.05.0176 (ID n. 111049073 – pág. 02/03). A posteriori, a denúncia foi oferecida, o acusado foi devidamente notificado e apresentou sua defesa prévia (ID n. 123969759 – pág. 01/02), sem suscitar qualquer nulidade, seja por demora na realização do exame de corpo de delito, que, como já vimos, não tem o condão de anular o presente processo, seja por agressões e coações supostamente realizadas no ato de sua prisão e/ou de seu interrogatório extrajudicial, que não foram comprovadas nos presentes autos, sendo que a primeira somente foi suscitada, pelo réu, após a realização de toda a instrução processual, em suas alegações finais, não devendo pois prosperar.”

No mais, é cediço a finalidade precípua do inquérito policial de colheita de elementos de informação quanto à autoria e materialidade e não de prova, sendo que o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas (art. 155, CPP).

Dessa maneira, não há falar que os elementos de prova formados em sede inquisitorial, ainda que tenham, de acordo com a Defesa, sido lastreados em origem ilícita (suposta tortura praticada pela autoridade policial – não comprovada) venham a contaminar as provas produzidas em Juízo, uma vez que estas estão ancoradas nos princípios da ampla defesa e contraditório.

Assim, considerando que apenas os elementos de convicção produzidos, em regra, durante o curso do processo judicial é que são considerados provas, em razão da necessária participação dialética das partes, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, tenho que não há se falar que a "prova obtida nos autos se deu de maneira ilícita" ou mesmo a ser considerada ilícita por derivação obtida por meio de tortura (na fase inquisitiva), nos termos pretendidos pela Defesa.

Eventuais falhas do procedimento inquisitorial, meramente informativo, não viciam a ação penal dele resultante, conforme pacífico entendimento jurisprudencial.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA NÃO CONFIGURADA. NULIDADES. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. INQUÉRITO POLICIAL NÃO MACULA A AÇÃO PENAL. DEMAIS NULIDADES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. NO MAIS, NÃO ENFRENTAMENTO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO. I – (...) V – No presente caso, como já decidido anteriormente, não restou configurada nulidade ou flagrante ilegalidade, em virtude da juntada de mera peça informativa das investigações policiais após o encerramento da instrução, sobretudo porque aconteceu a pedido da defesa, que teve a devida vista e o direito de manifestação respeitados. VI – A jurisprudência desta eg. Corte Superior é firme no sentido de que a declaração de nulidade exige a comprovação de prejuízo, em consonância com o art. 563 do Código de Processo Penal. Verbis: “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)” (AgInt no AREsp n. 442.923/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 11/5/2018). VII – De qualquer forma, o inquérito policial é

procedimento administrativo de caráter inquisitório, cuja finalidade é fornecer, ao d. Ministério Público, elementos de informação para a propositura de ação penal. Sendo assim, seus componentes, antes de se tornarem prova apta a fundamentar eventual édito condenatório, devem se submeter ao crivo do contraditório, sob estrito controle judicial. VIII – Assente nesta eg. Corte Superior que “Eventuais vícios ocorridos no inquérito policial não se transmudam automaticamente para o processo, por se tratar de peça meramente informativa, destinada à sustentação de admissibilidade da inicial acusatória” (RHC n. 65.977/BA, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/3/2016). IX – Por fim, as demais nulidades aventadas pela d. Defesa se encontravam abarcadas pela indevida supressão de instância, sendo inviável de apreciação esta eg. Corte Superior, sob pena de alargamento da competência constitucional para o julgamento da ação mandamental. Verbis: “A matéria (...) não foi submetida à apreciação do Tribunal a quo, o que impede o seu conhecimento por esta Corte Superior, sob pena de indevida supressão de instância” (HC n. 309.477/GO, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 24/8/2017). X – De resto, a d. Defesa se limitou a reprisar os argumentos do habeas corpus, o que atrai a Súmula n. 182 desta eg. Corte Superior de Justiça, segundo a qual é inviável o agravo regimental que não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC 665.195/SP, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 24/08/2021, DJe 30/08/2021) (Grifos aditados)

E, por constatar a inexistência de qualquer dano às provas produzidas em Juízo, afasto a evidência de qualquer nulidade derivada ou mesmo maculada ab initio que prejudicasse a defesa do acusado.

DA ANÁLISE DE MÉRITO

O pedido de absolvição apresentado no recurso de apelação interposto pelo réu EDNALDO SANTANA XAVIER, que tem como fundamento a alegação de que não restou provada a autoria do crime de tráfico de drogas, não merece albergamento.

A materialidade do delito restou plenamente comprovada, conforme se depreende do auto de prisão em flagrante de páginas 06/10 do ID nº 23495781, auto de exibição e apreensão de fl. 12 do ID nº 23495781 e laudo pericial (ID nº 23495799).

A autoria, por sua vez, revela-se incontestada por meio da prova oral produzida na fase extrajudicial e em Juízo.

Em seu interrogatório extrajudicial, o acusado negou a prática do crime, como se vê à página 16 do ID nº 23495781.

Em juízo, manteve a negativa, conforme transcrição efetuada pela digna Magistrada a quo:

“Já no seu interrogatório judicial, o réu disse que não são verdadeiros os fatos que constam na denúncia, informando que ele estava num aniversário, quando o rapaz de menor (Janilson), que o réu conhece de vista, pois

participa da banda que seu irmão é integrante, chegou, levando algumas pessoas que moram na rua dele para o referido aniversário, momento em que o réu lhe perguntou se ele (Janilson) poderia levá-lo até a casa da sua esposa (do réu), que ele lhe daria R\$5,00 (cinco reais) ou R\$10,00 (dez reais) para ele colocar de gasolina e como obteve a resposta positiva, o réu entrou no banco de trás do veículo, e foram normalmente, quando avistaram a blitz, e, como os policiais pediram para parar, Janilson parou o carro e eles desceram, sendo que os policiais os colocaram ao lado da casa lotérica, lhes revistaram, e viram que eles não tinham nada, tendo perguntado para onde eles iriam, o réu respondeu que iria para casa da sua mulher e o motorista disse que ele era menor, tendo os policiais liberado o menor e colocado o réu no fundo da Ranger. Afirmou que os policiais lhe levaram primeiro para o complexo militar de Nazaré, deixando-o algemado e lhe bateram muito, com chute nas costas, tapas no rosto e colocaram saco na sua cabeça, salientando que ficou machucado, mas não chegaram a tirar sangue, entretanto, mais adiante afirmou que ficou com hematomas e pocou sua boca, ficando mais ou menos uma semana com a boca ferida, mas devido ao tempo as marcas já sumiram, informando que só fez o exame de lesões corporais uma semana depois. Afirmou que os policiais lhe batiam, falavam que iam lhe matar, além de lhe fazer perguntas e colocarem suas digitais (do réu) em uma arma, depois lhe levaram para Santo Antônio, deixando-o numa sala e quando o réu foi ouvido, a arma não apareceu mais, tendo aparecido essas drogas e o dinheiro trocado, ressaltando que ele tinha a quantia de R\$100,00 (cem reais) no bolso, que tinha ganhado numa rifa, que não foi apresentado. Informou, também, que já conhecia os policiais, afirmando que eles lhe perseguem, sempre lhe param e já lhe bateram outras vezes, mas que o réu não tem nada, nem nunca fez nada, contra eles. Disse que a droga que foi apreendida não era sua, porque ele estava no aniversário, e que ia para a casa da esposa dele, informando que fuma cigarro e que de vez em quando fuma maconha e bebe. Afirmou que foi ouvido em Santo Antônio de Jesus e não falou que tinha apanhado dos policiais, com medo de apanhar mais e que já foi preso, em 2018, não sabendo informar se foi condenado, que acha que foi condenado, porque ele ficou esperando para prestar serviço comunitário, mas até agora não foi chamado."

O conjunto probatório constante nos autos, no entanto, é firme no sentido de ser o Recorrente autor do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Os policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante do Apelante, consignaram, em juízo:

"Que foi ele próprio quem realizou a revista no réu e no veículo, sendo que dentro deste não foi encontrado qualquer ilícito, ressaltando que o condutor do veículo não possuía habilitação nem o documento do veículo, tendo aquele sido liberado e este conduzido para o pátio da companhia, não se recordando se o condutor era menor de idade. Informou, também, que o réu não resistiu à prisão, nem tentou empreender fuga, não se recordando como a droga apreendida estava condicionada, nem a quantidade da mesma, nem se tinha valor em espécie (dinheiro) com o réu. Afirmou que, no momento em que encontrou a droga com o réu, este disse que estava no Cruzeiro, numa festa, e pediu uma carona ao condutor do veículo/motorista até sua casa (do réu), mas que este não tinha qualquer participação com a droga, contudo não informou que a droga seria para seu uso pessoal. Por

fim, asseverou que o réu já era conhecido por todos da guarnição, por postar fotos com arma de fogo nas redes sociais e também por já ter tido passagem, ou seja, por já ter sido preso por uma outra guarnição local com arma de fogo, bem como que conhecia o réu pela numeração 688, ressaltando que o próprio réu, na delegacia, se intitulou membro da facção Katiara e que possuía a numeração 688". (Testemunha, SD/PM Juarez Paranhos Guerreiro Filho)

"Que foi o SD Guerreiro, que era o motorista, quem fez a busca pessoal no réu e encontrou a droga, destacando que, no momento em que o depoente estava fazendo a segurança externa, obteve a informação de que a droga foi encontrada dentro de um saco que estava na cueca do réu, bem como que se recorda que tinha uma substância esverdeada, aparentando ser maconha, mas não se recorda a quantidade, nem se existia outro tipo de droga ou se o réu tinha algum dinheiro trocado, asseverando que a droga estava em saquinhos e que o réu assumiu a propriedade da droga, mas não informou a destinação da mesma. Informou, ainda, que, dentro do veículo, estavam o réu, que era o carona, e um outro rapaz, que era o motorista, não se recordando se este portava documento de identificação, contudo este foi liberado no momento, porque o réu assumiu que a droga era dele e que o motorista não tinha nada a ver, somente estava lhe dando uma carona. Por fim, afirmou que tem pouco tempo na cidade e não tinha informações sobre o réu, mas que os seus colegas, que já trabalham há mais tempo na cidade de Nazaré, já tinha alguma informação sobre ele, no sentido de que o réu faz parte da organização criminosa denominada Katiara". (Testemunha, SD/PM Albino Alves Costa Júnior)

"Que, ao avistarem o veículo Gol, observaram uma atitude suspeita do réu, porque ele estava no banco de trás, com o motorista, ao volante, sendo que em Nazaré não tem aplicativo de transporte, para as pessoas serem conduzidas com motorista, além do réu ter tentado se esconder quando viu a viatura. Informou, também, que foi encontrada com o réu uma quantidade de maconha e de crack, dentro de uma embalagem, de um saco, sendo que a droga só foi identificada depois que o saco foi retirado de dentro das partes íntimas do réu, e que a droga estava em embalagens fracionadas, condicionadas como se fosse realmente para a venda. Disse, ainda, que também foi encontrado, com o réu, a quantia de R\$5,00 (cinco reais), que, segundo o réu, seria para pagar a carona que o rapaz deu a ele, e que não foi encontrado com o réu outros materiais, como balança de precisão, asseverando que não se recorda se o réu, no momento de sua prisão, informou qual seria a destinação da droga apreendida. Por fim, informou que o pessoal da guarnição já conhecia o réu, já tinha ouvido falar dele, mas em redes sociais, pois presencialmente não o conheciam, e que o depoente já tinha visto o réu nas redes sociais, por meio de vídeos por ele postados, ostentando armas, falando ser da facção Katiara, se numerando nessa facção, usando drogas, não tendo muito mais informações". (Testemunha, SD/PM Enerson Vinícius Carneiro Dias)

Como se vê, os policiais foram unânimes em afirmar que procediam a rondas noturnas com o fim de inibir/prevenir ilícitos contra instituições financeiras, parando a viatura em frente a (o) Caixa Econômica/Bradesco e passaram a abordar veículos e motocicletas que por ali passavam, quando pararam um veículo, sendo que dois deles afirmaram ser um Gol, de cor vermelha, dentro do qual estavam o réu e o condutor, e pediram para eles

descessem para revista. Após busca pessoal, nada de ilícito foi encontrado com o condutor, sendo ele liberado. Com o recorrente, todavia, foi encontrado, junto às suas partes íntimas (dentro da cueca), um saco contendo substâncias entorpecentes aparentando ser maconha e crack (18 – dezoito buchas de maconha, totalizando 62,16 g, e 08 pedras decrack, com massa bruta total de 2,91 g), motivo pelo qual foi ele conduzido à delegacia de Santo Antônio de Jesus para que fosse lavrado o flagrante.

A prova oral oriunda dos testemunhos dos policiais é válida, sendo dotada de credibilidade e veracidade.

Veja-se que, pela aplicação do princípio da igualdade, haverá, como qualquer outra testemunha, o compromisso de dizer a verdade conforme estipulado no artigo 203 do CPP e, se o policial fizer alguma afirmação falsa, calar ou ocultar a verdade, então o Juiz que estiver tomando o depoimento com força no artigo 211 do CPP determinará a instauração de inquérito para apurar o crime de falso testemunho.

Com efeito, não é razoável admitir-se que o Estado possa credenciar pessoas para a função repressiva e, sem elementos cabais de prova, negar-lhes crédito quando de sua estrita atividade.

Vale transcrever o ponto da sentença em que afasta a alegação de que os policiais quiseram deliberadamente incriminar o recorrente:

“é inconcebível tomar como verdadeira a versão do réu de que, no momento da revista, não estava portando as drogas apreendidas, tendo elas sido ‘plantadas’ pelos policiais, mesmo porque, apesar de se dizer perseguido pelos policiais, afirmou não ter nada contra os mesmos, bem como nunca ter feito nada contra eles, inexistindo motivação para sua ‘acusação’.”

Em verdade, o fato de as drogas estarem acondicionadas em várias porções individualmente embaladas, bem como o fato de o réu já ter sido anteriormente condenado pela prática do mesmo ilícito, tráfico de drogas, além de ser conhecido no meio policial como o membro 688 da organização criminosa denominada “Katiara”, conforme relatos dos policiais, transparecem a prática do crime de tráfico de substâncias ilícitas.

O delito de tráfico de entorpecentes, tratando-se de atividade clandestina, prescinde de prova da efetiva comercialização da droga, aperfeiçoando-se com a prática de quaisquer das condutas previstas no art. 33 da Lei 11.343/06 (“ter em depósito”, “transportar”, “trazer consigo”, “guardar”, etc.), haja vista tratar-se de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, ou seja, que se consuma com a realização de qualquer dos verbos descritos no referido tipo penal.

Ressalte-se que para caracterização da figura típica prevista no caput do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, não basta a mera afirmação de que a droga apreendida se destina ao consumo próprio, sendo necessário observar, também, nos termos do § 2º do mesmo dispositivo, a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais do agente, além de sua conduta e de seus antecedentes.

Na espécie, as circunstâncias do caso concreto: estar o acusado portando várias porções de maconha e crack individualmente embaladas, bem como a existência de ação penal prévia relacionada ao mesmo crime, pelo qual o acusado foi condenado, são suficientes para manter sua condenação pelo crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06 neste feito.

Além disso, a alegação de ser o agente usuário de drogas não tem o condão de descaracterizar a imputação de traficante, eis que uma conduta não exclui a outra, sendo bastante comum o agente ostentar as duas condições, até porque o tráfico alimenta o próprio vício.

Nesse sentido, a jurisprudência pátria:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS –FLAGRANTE – APREENSÃO DE 1.153,83g DE MACONHA – CONFISSÃO – DEPOIMENTOS DE POLICIAIS – PROVAS SUFICIENTES – DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO – INCABÍVEL – DOSIMETRIA – REDUÇÃO PELO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – INVIÁVEL. (...) II. A condição de usuário não afasta o crime de tráfico. Não é incomum que traficantes também façam uso de entorpecentes. O dolo do recorrente de difundir a droga foi suficientemente demonstrado. (...). (TJDFT, Acórdão n.932198, 20150110337343APR, Relator: SANDRA DE SANTIS, Revisor: ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 31/03/2016, Publicado no DJE: 07/04/2016. Pág.: 109/119) (Grifos aditados)

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. RECEPÇÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO APENAS ACERCA DO CRIME DE TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTOS SEGUROS E COERENTES DOS POLICIAIS QUE REALIZARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE. CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS COLIGIDAS NOS AUTOS. AUTORIA E MATERIALIDADE CABALMENTE DEMONSTRADAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUE RÉU FOSSE APENAS USUÁRIO. SENTENÇA MANTIDA. REGIME INICIAL. ALTERAÇÃO DE OFÍCIO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º DA LEI N. 8072/1990.RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM A MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA, DE OFÍCIO. "Não há como operar a desclassificação do delito de tráfico de entorpecente para o de uso próprio (trata-o a Lei como para consumo pessoal – art. 28), tão- somente levando-se em conta a pequena quantidade da droga apreendida em poder do agente, pois, quando não, o usuário também trafica, até mesmo, muitas vezes, para poder alimentar o vício. As duas condições – traficante e viciado – são situações que não se excluem." (TJPR – AC n.º 721.083-3 – 4ª C.C. – Rel.Des. Antônio Martellozzo – DJ de 18.05.2011, mencionado no julgado TJPR – 4ª C.Criminal – AC – 1117827-5 – Dois Vizinhos – Rel.: Jefferson Alberto Johnsson – Unânime – – J. 23.04.2015) (Original sem grifos)

Desse modo, a materialidade e a autoria, bem como a destinação mercantil da droga apreendida, restaram devidamente comprovadas pelo conjunto probatório formado nos autos, demonstrando de forma satisfatória o envolvimento do acusado com o tráfico de entorpecentes, razão pela qual inviável acolher o pleito absolutório ou desclassificatório, devendo ser mantida sua condenação pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006.

No que tange à reprimenda aplicada, vale a transcrição do trecho da sentença que aborda o ponto:

“Em análise das diretrizes traçadas pelo artigo 59 do CP e 42 da Lei nº 11.343/06, verifico que o réu agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar; seus antecedentes não devem ser considerados negativamente neste momento processual, haja vista que o réu é reincidente e tal circunstância será levada em consideração quando da análise da agravante genérica, devendo-se evitar o bis in idem; poucos elementos foram coletados a respeito da conduta social e da personalidade do agente, razão pela qual deixo de valorá-las; o motivo do delito é identificável como o desejo de obtenção de lucro fácil, o que já é punido pelo próprio tipo; as circunstâncias do crime são reprováveis, pois o réu praticou o crime enquanto cumpria execução da pena, conforme se vê na certidão cartorária de ID n. 140875996 – pág. 01; as consequências do delito não foram graves, nada tendo a se valorar; não se pode cogitar do comportamento da vítima.

Assim, fixo a pena-base em 06 (seis) anos, 03 (três) meses, de reclusão – considerando-se que as circunstâncias do delito foram valoradas negativamente – e ao pagamento de 630 (seiscentos e trinta) dias-multa.

Não concorrem circunstâncias atenuantes, salientando que, malgrado ter requerido em suas alegações finais, o réu, em momento algum, seja em seu depoimento policial ou judicial, confessou que tinha a posse e a propriedade da droga apreendida, inexistindo confissão espontânea do réu nos presentes autos.

De outra banda, encontra-se presente in casu a circunstância agravante da reincidência, tendo em vista que o réu já foi condenado, pelo crime de tráfico de drogas, com sentença transitada em julgado, nos autos da Ação Penal nº 0000302-44.2018.805.0176, sendo que a respectiva execução da pena, de regime aberto, foi autuada sob o nº 2000006-51.2019.8.05.0176, e se encontra em andamento, conforme se vê na certidão cartorária de ID n. 140875996 – pág. 01, razão pela qual aumento a pena anteriormente dosada no patamar de 1/3, passando a dosá-la em 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 840 (oitocentos e quarenta) dias-multa.

Assim, fixo a pena-intermediária em 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 840 (oitocentos e quarenta) dias-multa.

Vale registrar que não concorrem causas de aumento e de diminuição da pena, ressaltando que não se encontra presente, também, a causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, uma vez que, conforme se depreende da instrução do presente processo, o réu se dedica a atividades criminosas, sendo integrante da organização criminosa, conhecida como Facção Katiara, inclusive o mesmo já foi até condenado por tráfico de drogas, consoante mencionado alhures.

Dessa forma, torno definitiva a pena em 08 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 840 (oitocentos e quarenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Em consonância com o disposto no art. 33, § 2º, letra a do Código Penal, o réu deverá cumprir a pena de reclusão inicialmente em REGIME FECHADO, no

Conjunto Penal de Valença (conforme estabelece o inciso XXI do Anexo I do Provimento nº CGJ – 04/2017).”

Nota-se que a d. Juíza sentenciante fixou a pena-base em 06 (seis) anos e 03 (três) meses, por considerar desfavorável as circunstâncias do crime, relacionadas ao fato de o apelante ter praticado o ilícito enquanto cumpria execução da pena, conforme ID nº 140875996 – pág. 01.

O critério utilizado pela jurisprudência é o de 1/8 (um oitavo) da subtração entre as penas máxima e mínima, o que indica que a pena-base estabelecida pela MM. Juíza foi irretocável, já que no crime de tráfico, cada circunstância judicial desfavorável equivale a 1 ano e 03 meses de acréscimo.

Todavia, nota-se ter a Magistrada sentenciante efetuado uma dupla valoração negativa do mesmo fato (reincidência), pois a menciona na primeira fase da dosimetria e posteriormente também a considera na segunda fase.

Desse modo, afasta-se o bis in idem e exclui-se a circunstância judicial relativa às circunstâncias do crime, fixando-se a pena-base no mínimo legal, 05 (cinco) anos de reclusão.

Na segunda fase, a reprimenda foi exasperada em 1/6 (um sexto), em razão da reincidência do acusado (art. 61, inciso I, do Código Penal), uma que ele possui condenação criminal transitada em julgado, conforme explicita a sentença. A agravante deve ser mantida, alcançando-se a reprimenda de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

Na terceira fase da dosagem da pena, a digna Magistrada a quo não aplicou a causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 (tráfico privilegiado), em razão de o acusado dedicar-se a atividades criminosas, posto que demonstrado na instrução do processo o envolvimento deste com a organização criminosa conhecida como “Katiara”.

De fato, não se faz possível a aplicação da referida causa de diminuição, eis que o acusado demonstra dedicação à atividade criminosa.

O benefício em questão, “tráfico privilegiado”, não deve ser aplicado de forma desmedida, devendo incidir somente em casos singulares, quando preenchidos os requisitos dispostos na legislação, os quais merecem interpretação restritiva, de modo a prestigiar quem efetivamente mereça redução de pena.

Justamente por isso, a referida causa de diminuição não foi criada pensando em beneficiar réus com envolvimento em facções criminosas, ou que possuam contra si inquéritos policiais, ações penais em andamento, ou transitadas em julgado.

Conceder o benefício do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 para o réu que se envolve com atividades criminosas ou responda a outras ações penais, é equipará-lo com aquele que numa única ocasião na vida se envolveu com o crime, situação que ofende o princípio previsto na Constituição Federal de individualização da pena.

Assim, diante da ausência de comprovação de que este exercia atividades lícitas como meio de vida, da existência de condenação anterior pelo mesmo crime e do fato de o acusado ser membro de uma facção criminosa, resta impossibilitada a diminuição da reprimenda pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

(...) 1. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. 2. In casu, a minorante especial a que se refere o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi corretamente afastada ante a comprovação, por certidão cartorária, de que o paciente está indiciado em vários inquéritos e responde a diversas ações penais, entendimento que se coaduna com a jurisprudência desta Corte: RHC 94.802, 1ª Turma, Rel. Min. MENEZES DE DIREITO, DJe de 20/03/2009; e HC 109.168, 1ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 14/02/2012, entre outros. (...) (STF. 1ª Turma. HC 108135, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 05/06/2012) (Grifos aditados)

É possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. (STJ. 3ª Seção. EREsp 1.431.091-SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 14/12/2016 – Info 596) (Grifo nosso)

Saliente-se que nenhum princípio constitucional é absoluto. Ainda assim, não se cogita violação ao princípio da presunção de inocência na hipótese em análise, eis que a existência de ações penais em curso é aqui considerada não para condenar o acusado, mas sim para afastar a concessão de um benefício legal, considerando-se, para tanto, o princípio, também constitucional, da individualização das penas.

Dessa forma, fica mantida a pena definitiva do apelante em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 558 (quinhentos e cinquenta e oito) dias-multa, no valor unitário mínimo (1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos).

Mantém-se o regime prisional no fechado, em observância aos ditames do art. 33 do Código Penal, considerando a reincidência específica do réu.

Frise-se que a pena privativa de liberdade aplicada ao apelante foi superior a 04 (quatro) anos, impossibilitando-se, assim, a substituição por penas restritivas de direitos, em consonância com o preceito contido no inciso I, do art. 44, do Código Penal.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto, a fim de reduzir a pena do acusado para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 558 (quinhentos e cinquenta e oito) dias-multa, no valor

unitário mínimo, mantendo em seus demais termos a sentença a quo.

DES. CARLOS ROBERTO SANTOS ARAÚJO
RELATOR