

Tribunal de Justiça do Estado da Bahia Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma Origem do Processo: Comarca de Lençóis Apelação nº 0000036-35.2018.8.05.0151 Apelante: Advogado: (OAB/BA 47.942) Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotor de Justiça: Procurador de Justiça: Relator: . ART. 33 DA LEI 11.343/06. PRELIMINAR DE NULIDADE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO OCORRÊNCIA. FLAGRANTE DE CRIME PERMANENTE. RÉU PRESO NA POSSE DE ENTORPECENTES. PRELIMINAR REFUTADA. ALEGAÇÃO DE NULIDADE DA OITIVA DA TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO POR CARTA PRECATÓRIA POR AUSÊNCIA DA PRESENÇA DO MINISTÉRIO PÚBLICO E DA DEFESA. SÚMULA N. 273 DO STJ: “INTIMADA A DEFESA DA EXPEDIÇÃO DA CARTA PRECATÓRIA, TORNA-SE DESNECESSÁRIA INTIMAÇÃO DA DATA DA AUDIÊNCIA NO JUÍZO DEPRECADO”, DE MODO QUE FICA A CARGO DA PARTE DILIGÊNCIAS A RESPEITO DA SUA OCORRÊNCIA. PRESENÇA DE ADVOGADO DATIVO NA REALIZAÇÃO DO ATO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. POSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DO PERCENTUAL MÁXIMO REFERENTE AO TRÁFICO PRIVILEGIADO. VIABILIDADE. SANÇÃO REDUZIDA A 01 ANO, 08 MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIAL ABERTO, BEM COMO AO PAGAMENTO DE 167 DIAS-MULTA, À RAZÃO DE 1/30 DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. SUBSTITUÇÃO DA PENA PROVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS A SER DEFINIDA NO JUÍZO DE EXECUÇÃO DAS PENAS. APLICABILIDADE DA DETRAÇÃO PENAL JÁ RECONHECIDA NO JUÍZO DE ORIGEM OBSERVANDO A READEQUAÇÃO DA PENA ORA IMPOSTA. RECURSO CONHECIDO REJEITANDO-SE AS PRELIMINARES E NO MÉRITO JULGADO PROVIDO EM PARTE, EM CONFORMIDADE COM MANIFESTAÇÃO MINISTERIAL. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação nº 0000036-35.2018.8.05.0151, em que são partes as acima citadas. Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em REJEITAR AS PRELIMINARES DE NULIDADE SUSCITADAS, E NO MÉRITO dar PROVIMENTO PARCIAL ao apelo, nos termos do voto do relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 20 de Março de 2023. RELATÓRIO Cuida-se de apelação interposta por , em razão da sentença proferida no juízo de Direito da Comarca de Lençóis-Bahia, Cartório Dos Feitos Criminais, pelas razões a seguir descritas. Evitado desnecessária tautologia, adoto o relatório da sentença: [...] “Trata-se de Ação Penal pública incondicionada, deflagrada pelo Ministério Público do Estado da Bahia, na qual está sendo imputada ao réu , a prática do crime de tráfico de drogas e associação para o tráfico trazido consigo quatro trouxas de maconha, bem como encontrada em sua residência 26 pinos de cocaína, 119 gramas de maconha e com o menor que o auxiliava na prática de tais ilícitos dois dolões e dez buchas de maconha. Laudos periciais acostados. Os antecedentes criminais do acusado foi juntado. A denúncia foi recebida e determinada a citação do acusado. Citado, o réu apresentou defesa escrita, preferindo elaborar sua defesa no decorrer da instrução criminal, bem como indicar testemunhas. Foram colhidos regularmente as declarações da companheira e dos depoimentos da testemunha arrolada pelas partes, bem como promovido o interrogatório do acusado em juízo. Em alegações finais, o Ministério Público afirmou que as provas carreadas nos autos apontam o réu como autor do fato descrito na denúncia, depoimentos das testemunhas são suficientes para comprovar a materialidade e a autoria CONDENAÇÃO dos mesmos, como incursos no tipo penal descrito no art. 33, 35 e 40, da Lei d – Drogas. A defesa apresentou as alegações finais, requerendo para o

acusado: absolvição; em caso de condenação pena que seja o patamar mínimo, e o direito de recorrer em liberdade. Reaberta a instrução foram ouvidas as testemunhas indicadas pela Defesa, reinterrogado o acusado e complementada as alegações finais, arguindo a Defesa preliminares de ilegítima invasão ao domicílio do acusado, nulidade do depoimento da testemunha, , por ausência da defesa e Ministério Público na audiência realizada por precatória, além da nulidade do depoimento da testemunha , por existir indução nas perguntas realizadas na audiência, por fim sustentou a absolvição pelo crime de associação para o tráfico pela inexistência de reiteração da empresa delitativa entre o acusado e terceira pessoa. Sobreveio sentença julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal deduzida na denúncia, absolvendo em relação aos delitos dos artigos 35 e 40, IV da Lei nº 11.343/06, condenando-o, entretanto, como incurso nas sanções do art. 33 da supracitada Lei, cuja sanção definitiva restou fixada em 05 anos de reclusão e após aplicada detração penal, tendo em vista que o réu foi preso em 22/02/2018, perfazendo um total de 01 (ano), 01 (um) mês e 05 (cinco) dias custodiado, remanesceu o total de 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 25 (vinte e cinco) dias, a ser cumprido em regime aberto, sem contudo consignar os dias-multa a que restou condenado, após aplicar o redutor previsto no tráfico privilegiado, concedendo-lhe naquela oportunidade o benefício da liberdade provisória (Id. 37152552). Irresignada, a Defesa ingressou com o presente recurso alegando em preliminar, a nulidade da busca e apreensão domiciliar e da contaminação das provas obtidas, bem como a nulidade da oitiva da testemunha de acusação por ausência da presença do Ministério Público e da Defesa; No mérito postulou: “sejam as presentes razões conhecidas, vez que tempestivas, no seu efeito devolutivo e suspensivo, e por tudo o mais que dos autos consta, seja julgado procedente o apelo para reformar a sentença recorrida, decretando-se a absolvição do Apelante; ou, ajustando a reprimenda penal imposta, vez que há todos os requisitos legais para a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º da lei 11.343/06 no seu grau máximo de 2/3, pois desta forma Este Egrégio Sodalício, estará como de costume, editando decisório compatível com os mais elevados ditames do direito e da JUSTIÇA”. (Id. 37152556) Recurso foi recebido, vide Id. 37152558. Em contrarrazões, o Parquet manifestou-se pelo improvimento da apelação (Id. 37152564) Remetidos a esta instância e distribuídos, coube-me a relatoria (Id. 37372808) Em Parecer acostado no Id. 37628930, o douto Procurador de Justiça, Bel. , opinou pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, somente para que seja redimensionado o redutor do tráfico privilegiado, modificando a pena aplicada. Cumpridas as diligências, a Vara de origem disponibilizou integralmente os links de gravação audiovisual junto à plataforma Pje mídias, bem como procedeu a intimação pessoal do apelante , acerca do inteiro teor da sentença. É o Relatório. VOTO Presentes os pressupostos de recorribilidade, passo ao conhecimento do recurso. Em preliminar, diz a defesa do apelante que deve ser declarada a nulidade do processo desde o seu nascedouro, porque a prova obtida e que redundou na condenação é ilícita, face à ação arbitrária dos militares ao adentrar na residência do acusado. Sabe-se que o delito a que restou condenado o apelante é permanente, cuja consumação, conforme preconiza o artigo 303 do Código de Processo Penal, prolonga-se no tempo. Assim, cuidando-se de crime permanente, dispensável o mandado busca e apreensão, sem que esta ausência configure a alegada violação de domicílio, pois, em casos como o dos autos, a autoridade tem o dever de proceder à prisão de qualquer indivíduo em flagrante delito, podendo

inclusive adentrar na residência sem consentimento. Ora, de acordo com o que consta nos autos, os policiais abordaram o acusado no município de Andaraí-Ba, e encontraram em seu poder 04 buchas de maconha, além de certa quantia em dinheiro, informando naquela oportunidade que em sua residência também tinha substâncias ilícitas, conduzindo os policiais ao local. No caso em análise, para o apelante não ocorre a disposição de inviolabilidade de domicílio constante do artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, porque esse mesmo texto autoriza a ação empreendida pelos militares em caso de flagrante, conforme ocorreu no presente caso. "Art. 5º (...) 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". Conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial, o estado de flagrante é uma das exceções constitucionais à inviolabilidade do domicílio. Vejamos entendimento do STJ: CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CRIME PERMANENTE. PRISÃO EM FLAGRANTE. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. ORDEM DENEGADA. I. O delito de tráfico de entorpecentes é considerado crime permanente. II. Hipótese em que o paciente foi preso no interior de sua residência portando uma lata de merla/cocaína, configurando o estado de flagrância descrito no art. 303 do Código de Processo Penal. III. Tratando-se de condição de flagrância, a invasão da residência do acusado não representa ofensa à garantia constitucional da inviolabilidade de domicílio. IV. Ordem denegada"STJ, 5.ª Turma, HC 32934/G0, Rel. Min. , v.u., j. 28.04.2004; in DJU de 14.06.2004, p. 258. Nesse sentido, é o entendimento jurisprudencial do STJ: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO PARA ARMA DE FOGO. PRISÃO EM FLAGRANTE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. . CRIME PERMANENTE. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. DENÚNCIA. RÉU SOLTTO EM AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. PRISÃO PREVENTIVA DECRETADA APÓS DESCUMPRIMENTO DE MEDIDAS CAUTELARES ESTABELECIDAS. AUSENTAR-SE DA COMARCA SEM AUTORIZAÇÃO. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E APLICAÇÃO DA LEI PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N 11.343/2006. EXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. CARÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A PERSECUÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2."O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio"(REsp 1.558.004/RS, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, DJe 31/8/2017). 3. A inviolabilidade do domicílio (art. 5º,XI, da CF) não é garantia absoluta nas hipóteses de flagrância de delito de natureza permanente, como no caso dos autos, em que o paciente foi flagrado por tráfico ilícito de entorpecentes e posse ilegal de munições, crimes de natureza permanente, elementos que legitimam o acesso ao domicílio do agente infrator. 4. A prisão preventiva está adequadamente motivada na necessidade de resguardar a aplicação da lei

penal, considerando o descumprimento das medidas cautelares pelo paciente, especificamente a de não se ausentar da comarca sem prévia autorização do juízo. (...) 13. Habeas corpus não conhecido. (HC 437.114/PR, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 28/08/2018) (grifo nosso) Desse modo, rejeito a preliminar suscitada. O causídico ainda argui a nulidade da oitiva da testemunha, , alegando que a Defesa não se fez presente na audiência e tampouco o Presentante do Parquet. Em que pese as alegações do nobre Defensor, estas não merecem prosperar. Como bem consignou o juiz sentenciante refutando a preliminar naquela oportunidade, “Muito embora tenha a defesa alegado a ausência do Ministério Público e de defensor na audiência realizada por carta precatória a defesa não consegue trazer provas sob tal afirmação, além disto, o próprio representante do MP nesta audiência, relata que existiu e atuou na audiência por precatória um outro membro do Ministério Público, além disto o depoimento foi colhido no Juízo deprecado, desta forma uma vez expedida a carta precatória a Defesa que deveria ter a diligência de acompanhar o seu cumprimento no juízo deprecado, sendo portando segundo a Súmula 273, do STJ, desnecessária a intimação da Defesa no Juízo deprecado da data da audiência, ou seja a suposta ausência de defesa e Ministério Público, deveria ser sido diligenciado pela própria defesa, além disto a defesa em momento algum arguiu qual seria o prejuízo específico e concreto para a defesa do acusado pela ausência do Ministério Público e do advogado. Desta forma, não sendo caso de nulidade absoluta, também rejeitamos a presente – preliminar” No mesmo sentido se manifestou o douto Procurador de Justiça, em seu Parecer: [...] “A priori, no que se refere à ilegalidade da colheita do depoimento da testemunha de acusação SGT PM , pela falta do Promotor de Justiça e do advogado nomeado para realizar a instrução, não merece ser acolhida a irresignação recursal. Conforme se infere dos fólios, a representante do Ministério Público da comarca do juízo deprecado – Ruy Barbosa – foi devidamente intimada, tendo ciência quanto à designação da audiência, a qual deixou de comparecer, justificadamente, de acordo com o Termo de Audiência (ID 37152512 – Pág. 16). Trata-se, portanto, de mera nulidade relativa, visto que não foi demonstrado o prejuízo para as partes, tema já enfrentado pelos Tribunais Superiores, que fixaram a tese de que não há nulidade a ser arguida pela falta de intervenção do Ministério Público se o seu representante, intimado, não comparece ao ato processual. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. AUSÊNCIA DO PROMOTOR DE JUSTIÇA AO ATO DESIGNADO. INTIMAÇÃO REGULAR DAS PARTES. OITIVA DAS TESTEMUNHAS EFETUADA PELO JUIZ SINGULAR. INICIATIVA INSTRUTÓRIA DO MAGISTRADO QUE NÃO MACULA SUA IMPARCIALIDADE. INEXISTÊNCIA DE QUEBRA DO CONTRADITÓRIO OU DA AMPLA DEFESA. ALEGADO PREJUÍZO SUPOSTO PELA DEFESA PELO ATO PRATICADO EM JUÍZO. HIPÓTESE DE VIOLAÇÃO AOS ARTS. 5º, XXXVII, LII, LIV E LV, E 129, I, AMBOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INOCORRÊNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO E MANIFESTADO PELA PARTE NA PRIMEIRA OPORTUNIDADE CABÍVEL. OMISSÃO NA DEMONSTRAÇÃO DO SUPOSTO PREJUÍZO QUE SE REVELOU INCAPAZ DE INVALIDAR A AÇÃO PENAL (PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF). AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (RHC 205921 AgR, Relator (a): , Primeira Turma, julgado em 04/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-241 DIVULG 06-12-2021 PUBLIC 07-12-2021) AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA UNIRRECORRIBILIDADE RECURSAL. MERA REITERAÇÃO DE PEDIDOS DESDE A ORIGEM. PLEITOS DEFENSIVOS QUE EXTRAPOLAM A VIA ESTREITA DO WRIT. AUSÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NA AUDIÊNCIA DE CONTINUAÇÃO DA INSTRUÇÃO. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NESTE STJ. INDEVIDA

SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. PRECLUSÃO. NECESSIDADE DE AMPLO REVOLVIMENTO FÁTICO[1]PROBATÓRIO. NO MAIS, NÃO ENFRENTAMENTO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL NO RECURSO DE AGRAVO REGIMENTAL. INVIÁVEL. AGRAVO DESPROVIDO. [...] V – Não obstante a preclusão da matéria e a indevida supressão de instância, sobre a alegação de nulidade absoluta pela ausência do Promotor de Justiça na audiência de continuação da instrução, este Tribunal Superior consolidou que, "Segundo o entendimento majoritário desta Corte, não há qualquer vício a ser sanado nas hipóteses em que, apesar de intimado, o Ministério Público deixa de comparecer à audiência e o Magistrado, condutor do processo, formula perguntas às testemunhas sobre os fatos constantes da denúncia, mormente nas hipóteses em que a defesa não se insurge no momento oportuno e que não há demonstração de efetivo prejuízo (art. 563 do CPP)" (REsp 1.348.978/SC, Rel. Ministro , Rel. p/ Acórdão Ministro , SEXTA TURMA, DJe 17/2/2016)"(HC n. 661.506/MA, Quinta Turma, Rel. Min. , DJe de 28/6/2021). [...] (AgRg no RHC n. 154.120/MG, relator Ministro (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 16/11/2021, DJe de 19/11/2021.) (Destaques aditados.) Ademais, ao contrário do quanto alegado, nota-se que o Bel. , OAB/BA 22.610, foi constituído para atuar na assentada, da qual consta a sua assinatura em termo. Destaca-se, portanto, que em todos os momentos processuais o Apelante esteve amparado pela defesa técnica, sendo-lhe oportunizadas e garantidas a ampla defesa e o direito ao contraditório. Cumpre salientar que, em regra, o defensor dativo é nomeado para atuar quando verificada a inércia do patrono constituído nos autos, sendo que a sua nomeação, por si só, não afasta os poderes conferidos em procuração outorgada pela parte. Assim, entende-se que o acusado não suportou qualquer prejuízo, pois a oitiva das testemunhas arroladas foi realizada na presença de defensor constituído para o ato. Acerca do tema, oportuno colacionar o seguinte entendimento consolidado: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CF, ART. 102, I, "D" E "I". ROL TAXATIVO. MATÉRIA DE DIREITO ESTRITO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA: PARADOXO. ORGANICIDADE DO DIREITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA A OITIVA DE TESTEMUNHA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DA DEFESA. NULIDADE RELATIVA. PRECEDENTES. ORDEM DE HABEAS CORPUS EXTINTA POR INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. A nulidade no direito penal não prescinde da demonstração do efetivo prejuízo para a defesa, consoante dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal, o que importa dizer que a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual somente poderá implicar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado. Precedentes: HC 104.767, Primeira Turma, Relator o Ministro , DJ de 17.08.11; HC 84.098, Segunda Turma, Relatora a Ministra , DJe de 07.05.04; RE 263.012–AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro , DJ de 23.02.01; HC 79.446, Segunda Turma, Relator o Ministro , DJ de 26.11.99. 2. Ademais, "é relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de carta precatória para inquirição de testemunha" (Súmula 155/STF). 3. In casu, inobstante a defesa não tenha sido intimada da expedição de carta precatória para a oitiva de testemunha, não houve comprovação da existência de qualquer prejuízo efetivo. Além disso, o depoimento da testemunha foi acompanhado por defensor dativo e a condenação da paciente lastreou-se em todo o conjunto fáticoprobatório colhido no durante o processo-crime, não estando embasado no depoimento da testemunha no juízo deprecado. 4. A competência originária do Supremo

Tribunal Federal para conhecer e julgar habeas corpus está definida, taxativamente, no artigo 102, inciso i, alíneas d e i, da Constituição Federal, sendo certo que o paciente não está arrolada em nenhuma das hipóteses sujeitas à jurisdição desta Corte. Inexiste, no caso, excepcionalidade que justifique a concessão, ex officio, da ordem. 5. Ordem de habeas corpus extinta por inadequação da via eleita. (HC 119293, Relator (a): , Primeira Turma, julgado em 08/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-224 DIVULG 12-11-2013 PUBLIC 13-11-2013). (Destaques aditados.) EMENTA RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. EXPEDIÇÃO CARTA PRECATÓRIA. DEFENSORIA PÚBLICA. NOMEAÇÃO DE ADVOGADO AD HOC. NULIDADE PROCESSUAL RECONHECIDA. 1. Jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal – e na mesma linha a do Superior Tribunal de Justiça –, no sentido de que, intimadas as partes da expedição da precatória, a elas cabe o respectivo acompanhamento, sendo desnecessária a intimação da data designada para a audiência no Juízo deprecado. 2. Mitigação desse entendimento em relação à Defensoria Pública. As condições da Defensoria são variadas em cada Estado da Federação. Por vezes, não estão adequadamente estruturadas, com centenas de assistidos para poucos defensores, e, em especial, sem condições de acompanhar a prática de atos em locais distantes da sede do Juízo. Expedida precatória para localidade na qual existe Defensoria Pública estruturada, deve a instituição ser intimada da audiência designada para nela comparecer e defender o acusado necessitado. Não se justifica, a nomeação de defensor dativo, quando há instituição criada e habilitada à defesa do hipossuficiente. Nulidade reconhecida. 3. Recurso ordinário em habeas corpus provido. (STF. RHC 106394, Relator (a): Min. , Primeira Turma, julgado em 30/10/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-027 DIVULG 07-02-2013 PUBLIC 08-02-2013). (Destaques aditados.) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. NULIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO DO RÉU DA DATA DA AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHA EM CUMPRIMENTO DE CARTA PRECATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1."Em se tratando de inquirição de testemunha realizada em foro diverso da tramitação do processo, não se exige que o réu preso seja intimado para acompanhar a audiência, bastando tão-somente que as partes sejam intimadas da expedição da carta precatória, nos termos do art. 222 do Código de Processo Penal. Incidência do Verbete Sumular n. 273: 'Intimada a defesa da expedição da carta precatória, torna-se desnecessária intimação da data da audiência no juízo deprecado'"(RHC 127.212/MA, Rel. Ministra , SEXTA TURMA, DJe 25/6/2021). 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 730.415/SP, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022. Consoante a Súmula 273 do STJ: "INTIMADA A DEFESA DA EXPEDIÇÃO DA CARTA PRECATÓRIA, TORNA-SE DESNECESSÁRIA INTIMAÇÃO DA DATA DA AUDIÊNCIA NO JUÍZO DEPRECADO", de modo que fica a cargo da parte diligências a respeito da sua ocorrência. Ademias, como se sabe, a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual somente poderá implicar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado, o que não ocorreu no caso em tela. Assim, resta rechaçada a suscitada preliminar de nulidade. No mérito, postula a absolvição, ante a ausência de provas robustas, entretanto, tal pedido não merece prosperar. A materialidade restou devidamente comprovada, através do auto de exibição e apreensão (37152349, fl. 10), laudos de constatação (37152349 e 37152355, fl. 1) e detectada a substância A-9 tetrahydrocannabinol (THC) nas 02 (duas) amostras analisadas, um dos princípios ativos do vegetal Cannabis sativa, L. o qual se encontra relacionado na Lista F-2 da Portaria 344/98 da Secretaria de

Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, ora em vigor. No mesmo sentido a autoria restou demonstrada, conforme testemunhos dos policiais que efetuaram a prisão do ora recorrente, vejamos. O policial militar, , ouvido em juízo afirmou: [...] “que estavam em uma diligência de uma menina que traficava para ela em Andaraí, que ela passou o nome dele, que em Andaraí ele foi encontrado e abordado, foram encontrados alguns dolões; que o denunciado informou que traficava entorpecentes e informou que em sua casa tinha outra quantidade de drogas; que levaram ele até a residência dele, em Lençóis e lá foi encontrado o restante dos entorpecentes descritos no auto de apreensão; que foi também na casa dos dois menores, e somente um deles foi encontrado lá; que também tinha uma quantidade de drogas; que o menor não informou que atuava com o denunciado; que informou foi (Pje mídias). O Policial Leonildo, ouvido em juízo afirmou que o acusado foi abordado e com ele foi encontrado drogas; que o acusado informou que em sua casa tinha mais drogas; que se dirigiram para Lençóis, e com autorização dele, entraram na residência e lá também foi encontrado entorpecentes; que na casa do menor também foi encontrado maconha; que os dois foram conduzidos à delegacia; que anteriormente pegaram outras três pessoas e citaram o nome de ; que no ponto de ônibus encontraram ele e ao efetuarem a abordagem, encontraram entorpecentes. (Pje mídias) Foram ouvidas testemunhada de Defesa, vejamos: , disse resumidamente que estava indo para casa do pai e que viu os policiais revistando o acusado mas não foi encontrado nada com ele; que colocaram ele no camburão; que o fato ocorreu na terça ou quarta feira às 09:00 da manhã; que não viu nada nas mãos dos policiais. , disse que estava consertando um carro velho e viu que uma viatura parou; só viu isso; estava embaixo do carro; policiais chegaram e entraram na casa; não sabe se a entrada foi autorizada; eram três policiais. [...] , é companheira do réu, mas reside em outra casa; disse que não estava presente na hora da prisão; que estava em casa arrumando os filhos, que o companheiro chegou e pediu para ele ver os filhos porque eles estavam com saudades dele; que ele desceu para ir cortar o cabelo; na hora estava arrumando a filha, o filho chegou e disse que a polícia estava lá; que ficou chorando porque estava grávida; que o policial forçou a porta; que autorizou ele revistar tudo; que um policial estava falando alto com a mãe dela; que falou pra ele não falar assim com ela; que ele perguntou se ela não respeitava polícia; que ele deu tapa no rosto dela; que o tinha deixado um mochila com roupas; que o policial disse que ela sabia de tudo; que ela disse que saiu gritando porque levou um choque; que os fatos aconteceram em Andaraí. Ouvido na fase extrajudicial, o réu confessou com detalhes a autoria delitiva, vejamos: [...] Que na data de hoje, 22/02/2018, o Interrogado foi abordado pela Cipe Chapada, oportunidade em que com o Interrogado foi encontrada 04 (quatro) buchas de maconha e R\$ 40,00 (quarenta reais); Que o Interrogado assumiu para os policiais que em sua casa tinha mais droga; Que na casa do Interrogado tinha 26 (vinte e seis) pinos de cocaína, 119 g (maconha), sacos de geladinho, R\$ 256,00 (duzentos e cinquenta reais); Que o Interrogado comprou a droga na mão de um desconhecido há duas semanas: Que pagou o valor total de R\$ 1.800,00 (hum mil e oitocentos reais) e o foco do Interrogado era vender em torno de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais); Que o Interrogado queria vender a droga para consertar a própria moto, uma vez que está quebrada e como o Interrogado é motoboy, precisava consertá-la para trabalhar, já que tem duas filhas e a esposa se encontra grávida; Que o Interrogado levou os Policiais Militares na casa do menor, , oportunidade em que também foi apreendido com droga; Que com

foi apreendida mais droga, mas o Interrogado não sabe quanto, nem quais. PERGUNTADO SE JÁ FOI PRESO OU PROCESSADO? Não SE USA DROGA? SIM, maconha. (Id. 37152349, fls. 8). Em juízo, todavia, o recorrente negou os fatos, alegando que foi torturado pelos policiais que efetuaram sua prisão, quem nada foi encontrado com ele, que foi levado por uma “estrada de mato” e que ele pedisse socorro; que apanhou demais, que o policial que pegou ele, Serginho, policial da caatinga, já o ameaçou por várias vezes. Em que pese a negativa de autoria, da análise dos depoimentos prestados pelos policiais que efetuaram a prisão do recorrente, vislumbra-se que estes são harmônicos e coerentes apontando o recorrente como autor do crime em análise, inclusive corroborada com a confissão do réu quando ouvido na fase inquisitorial, oportunidade em que detalhou minuciosamente os fatos. Com relação aos testemunhos policiais, vale ressaltar que são válidos para embasar eventual decreto condenatório. Sobre o tema, relembro que o policial é um profissional selecionado, com o objetivo de prevenir e reprimir ações delituosas. O Estado, ao atribuir-lhe tal mister, não pode, simplesmente, quando irá relatar seu comportamento na execução de seus atos de ofício, negar veracidade, sem um fundamento concreto, aos depoimentos prestados, afastando o valor probatório. APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06)– PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO BASEADO NA FRAGILIDADE PROBATÓRIA – NÃO ACOLHIMENTO – MATERIALIDADE E AUTORIA SUFICIENTEMENTE DEMONSTRADOS – DEPOIMENTO DOS POLICIAIS COERENTES, FIRMES E HARMÔNICOS DESDE A INSTAURAÇÃO DO INQUÉRITO POLICIAL – VALIDADE – COMPROVAÇÃO DO DOLO GENÉRICO DE" MANTER EM DEPÓSITO "- NEGATIVA DE AUTORIA ISOLADA NOS AUTOS. RECURSO DE APELAÇÃO NÃO PROVIDO. (TJPR Apelação 1640141-1, Des. Rel. , 3º Câmara Criminal, Data de julgamento 10/08/2017, DJe 25/08/2017) APELAÇÃO CRIMINAL – Tráfico ilícito de drogas – Artigo 33,"caput", da Lei nº 11.343/2006 – Absolvição por fragilidade probatória – Descabimento – Autoria e materialidade devidamente evidenciadas – Palavra dos policiais civis – Credibilidade – Precedentes – Ausência de visualização de atos de mercancia – Irrelevância – Tipo misto ou de conteúdo variado – Condenação mantida – Dosimetria penal e regime prisional adequadamente cominados – RECURSO DESPROVIDO. (TJSP; Apelação 0021237-17.2014.8.26.0482; Des. Rel. , 2ª Câmara de Direito Criminal, Data do Julgamento 14/08/2017; Dje 04/09/2017) Assim, analisando os meios probatórios contidos nos autos, constata-se que a alegação do apelante mostra-se frágil e destoa das demais provas. Inclusive é oportuno frisar que o réu no processo penal pátrio, não possui compromisso com a verdade durante seu interrogatório, diferentemente do que acontece com a testemunha, sendo necessário que o depoimento do réu seja visto com a devida cautela. No confronto entre a negativa do apelante e a palavra da testemunha, a versão daquele que possui compromisso com a verdade, assumirá maior relevo, desse modo resta afastado o pleito absolutório, mantendo-se, por conseguinte, a condenação primeva. Tocante à sanção imposta, verifica-se que a pena-base foi fixada equivocadamente acima do mínimo legal, ou seja, em 06 anos e 500 dias-multa, nos termos seguintes: DOSIMETRIA DAS PENAS Diante do entendimento condenatório, passo à dosimetria da pena, obedecendo às circunstâncias judiciais, artigo 59 do CP, sistema trifásico de , previsto no art. 68, ambos do Código Penal, considerando e obedecendo aos princípios de Direito Penal estabelecidos na Constituição Federal. PRIMEIRA FASE – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS Culpabilidade: O réu possuía plenas condições de saber que praticava ilícito, e agiu com culpabilidade normal à espécie dos delitos. Antecedentes: segundo o que consta nos autos o acusado tecnicamente não



possui antecedentes criminais. Conduta social: Não há notícias nos autos que a desabone. Personalidade: O réu já estava com personalidade formada, e pelo que se coletou, nada digno de nota portanto, circunstancia neutra. Motivos dos crimes: são os normais do tipo, ou seja, lucro fácil e proteção da atividade ilícita empreendida pelo acusado. Circunstâncias do crime: foi de pequena periculosidade para os bens penalmente protegidos, bem como, para as vítimas. Consequências do crime: não se mostram um plus aos elementos do tipo, já punidos pela gradação legal da pena. Comportamento da vítima: a vítima não contribuiu para o evento delitivo. Condições econômicas do réu: que se coletou nos autos, nada digno de nota. Diante das circunstâncias judiciais apreciadas, especialmente a gravidade concreta da infração penal, e atendendo aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, bem como da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime, fixo para o crime de TRÁFICO a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e 500 dias-multa. o valor no mínimo legal, de acordo com a capacidade econômica demonstrada nos autos réu. SEGUNDA FASE – CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES DA PENA Não existem circunstancias agravantes a serem consideradas, a atenuante da confissão espontânea será desconsiderada, por força da súmula 231 do STJ. TERCEIRA FASE – CAUSA DE DIMINUIÇÃO E DE AUMENTO DE PENA Há a causa de diminuição da pena, estabelecida no artigo 33, § 4º, razão pela qual reduzo em 1/6, não havendo causa de aumento de pena. Assim mantenho a pena provisória em 5 anos de reclusão. DETRAÇÃO PENAL Pelas regras anteriores, a detração era reconhecida pelo Juízo das Execuções Criminais, com o advento da Lei 12.736/12, que alterou o momento do reconhecimento e cálculo da detração, que passa ser realizado por ocasião da prolação da sentença condenatória e a pena obtida é a que será levada em consideração para fixação do regime inicial de seu cumprimento. No caso concreto, o acusado foi preso em 22/02/2018, perfazendo um total de 01 (ano) 01 (um) mês e 05 (cinco) dias custodiado. Assim restam 03 (três) anos, 10 (dez) meses e 25 (vinte e cinco) dias de pena privativa de liberdade a ser cumprida em REGIME ABERTO, até teor do artigo 33, 8 2, alínea b, do Código Penal. Considerando que o crime foi praticado com violência e grave ameaça e o quantum da pena, deixo de analisar a possibilidade de substituição ou suspensão da pena, artigos 44 e 77, do Código Penal. Voltando os olhos para o art. 316 do CPP, temos que no caso concreto, os requisitos legais da custódia cautelar não subsistem, visto que a ordem pública já foi devidamente garantida pela manutenção do acusado presos durante todo o tramite processual, a instrução já se encerrou e a lei penal está sendo regularmente aplicada, além disso, o acusado é primário e possui bons antecedentes, razão pela qual, CONCEDO o benefício da LIBERDADE PROVISÓRIA, podendo o acusado recorrer em liberdade. Expeça-se alvará de soltura, salvo se estiver preso por outro motivo. Observando a análise procedida para fixação da pena imposta ao apelante, entendo que merece reparo, vez que injustificadamente fixada acima do mínimo legal. Assim, fixo a pena-base no patamar inicial, qual seja, 05 anos e 500 dias-multa, à razão de 1/30. Na segunda fase, em que pese a atenuante da confissão já reconhecida na sentença, tendo em vista a fixação da pena no patamar inicial, inviável a redução, em conformidade ao disposto na Sumula 231 do STJ: “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo no mínimo legal.” Ausente circunstância agravante, vai mantida inalterada a basilar. Na terceira fase, denota-se que o magistrado fixou percentual mínimo quanto ao tráfico privilegiado, sem contudo justifica-lo. Consoante o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, aplica-se a

redução em 1/6 a 2/3, vejamos: “(...) § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Sabe-se que o magistrado possui discricionariedade para estabelecer o percentual previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, no entanto, deve explicitar os motivos para escolha do patamar mínimo de redução da pena, o que não ocorreu no caso em comento. Deste modo, demonstrado que o recorrente faz jus ao reconhecimento do tráfico privilegiado e não verificando motivos a afastar o percentual máximo do redutor, aplico nesta oportunidade o percentual de 2/3 (dois terços), restando a pena em 01 ano, 08 meses de reclusão, a ser cumprido em regime aberto, bem como ao pagamento de 167 dias-multa. Tendo em vista a readequação da sanção e observando o que dispõe o art. 44 do CP, substituo a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, conforme preconiza referido artigo: Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998) I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998) (...) Neste sentido, diante da presença dos requisitos do art. 44 do Código Penal e por entender que a medida é suficiente para, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito a serem definidas pelo juízo da execução penal. Necessário consignar ainda, que no juízo primevo, foi reconhecido o período de detração penal, ressaltando que o réu foi “preso em 22/02/2018, perfazendo um total de 01 (ano) 01 (um) mês e 05 (cinco) dias custodiado”, de modo que se deve deduzir-se tal período utilizando a sanção readequada nesta ocasião. Diante dos motivos expostos, conheço o recurso interposto, no entanto, rejeito as preliminares suscitadas pela Defesa, e no mérito, julgo provido em parte o recurso, para readequar a sanção imposta, nos termos do voto, em conformidade com Parecer Ministerial. É o voto. Sala das Sessões, data registrada no sistema. \_\_\_\_\_Presidente

\_\_\_\_\_  
Justiça Relator \_\_\_\_\_Procurador de