

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000688-90.2022.8.05.0274

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros

Advogado (s):

APELADO: e outros

Advogado (s): SADRAQUE

DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006) APELANTE CONDENADO ÀS PENAS DE 6 (SEIS) ANOS RECLUSÃO E 600 (SEISCENTOS) DIAS-MULTA PELO CRIME DE TRÁFICO. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR DE NULIDADE POR QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. INACOLHIMENTO. ADULTERAÇÃO OU IMPRESTABILIDADE DAS PROVAS NÃO DEMONSTRADAS. EVENTUAIS IRREGULARIDADES NA FASE INVESTIGATIVA NÃO CONTAMINAM A AÇÃO PENAL. PRELIMINAR DE NULIDADE POR INCOMUNICABILIDADE DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. AFASTADA. TESTEMUNHAS OUVIDAS SEPARADAMENTE PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR FALTA DE PROVAS. INACOLHIMENTO. MATERIALIDADE, TIPICIDADE E AUTORIA DELITIVAS EVIDENCIADAS DE FORMA INEQUÍVOCA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS HARMÔNICOS ENTRE SI APTOS EM COMPROVAR O COMETIMENTO DO DELITO. VALIDADE DA PROVA TESTEMUNHAL. PLEITO DE IN DUBIO PRO REO. INACOLHIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DO TRÁFICO PRIVILEGIADO PREENCHIDOS. RECURSO MINISTERIAL. PEDIDO DE REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE MAJORAÇÃO DA PENA BASE. NÃO ALBERGAMENTO. APENAS UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL CONSTATADA. PLEITO PARA MODIFICAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA O FECHADO. DESCABIMENTO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA PARA 02 (DOIS) ANOS E 01 (HUM) MÊS DE RECLUSÃO. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MODIFICADO PARA O ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO. PARECER DA D. PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO E ACOLHIMENTO DO RECURSO DA ACUSAÇÃO. APELO MINISTERIAL CONHECIDO E

IMPROVIDO. APELO DA DEFESA CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE E, DE OFÍCIO, REDUZIR A MULTA PARA 187 (CENTO E OITENTA E SETE) DIAS-MULTA.

1. Trata-se de Apelação Criminal interposta contra sentença prolatada pelo MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Vitória da Conquista/BA, Dr. , que, nos autos de nº 8000688-90.2022.8.05.0274, julgou procedente o pedido constante na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia para condenar o Réu à pena de 06 (seis) anos de reclusão, com pena de multa de 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo, com relação ao crime previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (tráfico), em regime semiaberto.

2. Narra a inicial acusatória que no dia 19 de dezembro de 2021, policiais militares em ronda na Rua Flamengo, Loteamento Miro Cairo, bairro Zabelê, Vitória da Conquista/BA, avistaram o recorrente em atitude suspeita, carregando uma mochila e o abordaram. Ao revistar a mochila do réu, foram encontrados 10 (dez) tabletes da substância popularmente conhecida como cocaína, com peso total de 5.075,80kg (cinco mil e setenta e cinco gramas e oitenta centigramas), um tablete da substância conhecida como maconha, com peso de 538g (quinhentos e trinta e oito gramas), e uma balança digital, em circunstância que indicavam que o material encontrado seria destinado ao tráfico.

3. Com relação à preliminar de nulidade por quebra da cadeia de custódia, arguiu a defesa que a mochila não foi mencionada no auto de apreensão, contudo, o réu, em seu interrogatório, afirmou que viu o referido objeto no momento em que estava na delegacia de Polícia, quando assinou a Nota de Culpa, constatando-se, por conseguinte, que a mochila foi levada a delegacia, junto com os entorpecentes. Ademais, em qualquer momento a Defesa demonstrou algum prejuízo por conta da alegada irregularidade, na medida em que dita mochila não seria objeto de apuração, mas somente os entorpecentes, os quais foram devidamente apreciados, não há se falar em quebra da cadeia de custódia.

4. Também há que ser afastada a preliminar de nulidade por comunicabilidade entre as testemunhas na ocasião dos depoimentos prestados, pois, não obstante estarem os depoentes fardados e em dia de serviço, restou evidenciado que a policial encontrava-se sozinha, no horário de almoço, numa praça, ao ar livre quando prestou seu depoimento, enquanto o policial pan>s estava dentro do veículo no momento em que deu suas declarações.

5. No mérito, a materialidade e autoria delitivas restaram sobejamente demonstradas através do Auto de prisão em flagrante, Auto de Exibição e Apreensão, Laudo de Exame Pericial (todos constantes do ID nº 289000267), bem como pelos depoimentos judiciais prestados pelas testemunhas SD/PM e SD/PM , agentes policiais integrantes da diligência que culminou na apreensão dos entorpecentes e prisão em flagrante da Apelante.

6. Em que pese a negativa de Autoria, os elementos encartados ao caderno processual se mostram contrários à tese sustentado pela defesa. Nesse contexto fático, cumpre evidenciar que o Magistrado sentenciante procedeu à análise minudente das provas coligidas aos fólios, de modo que não

merece reproche, porquanto a certeza da prática do crime se extrai dos depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação, bem ainda das demais provas.

7. Oportuno registrar que a função de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos prestados, mormente quando se apresentam coerentes e harmônicos com os demais elementos e circunstâncias colhidos dos autos, e quando oferecidos em juízo, sob o manto do contraditório e da ampla defesa.

8. Constatou-se que o Apelante em seu interrogatório judicial, entrou em contradição que no interrogatório na Delegacia de Polícia, pois, em uma ocasião afirmou que todos os policiais correram atrás do suposto rapaz que conversava com ele. Contudo, durante a audiência de instrução afirmara que a policial feminina teria permanecido ao seu lado o tempo todo e só os outros dois foram atrás de um terceiro. Também houve desencontro nas suas afirmações a respeito da mochila onde foram encontradas as drogas, a respeito do momento em que este notara tal objeto.

9. Destaque-se que a Defesa sequer indicou qualquer dado sobre o suposto terceiro, que seria o dono da mochila, mesmo o Recorrente ter dito na delegacia que o conhecia de vista, nem mesmo a descrição física, evidenciando-se assim a fragilidade de suas alegações.

10. Nesse toar, frise-se que totalmente isolada e sem amparo probatório a alegação do acusado de que não possuía qualquer droga e que só tivera ciência dos entorpecentes quando chegara na delegacia, uma vez que não há nada nos fólios que indique que os agentes públicos lhe imputaram falsamente a propriedade das substâncias entorpecentes, tampouco que possuíam algum interesse escuso em sua condenação.

11. Diante do quanto exposto, tem-se que as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção que concluem pelo acerto da condenação da Apelante pelo crime de tráfico de drogas, não havendo, portanto, que se falar em absolvição, eis que suficientemente demonstradas a sua materialidade e autoria.

12. Dosimetria da pena. Pleiteou o Ministério Público pela majoração da pena-base, sob o argumento de que a quantidade e variedade de drogas (mais de 05kg de cocaína e mais de 500g de maconha) não foram levadas em consideração pelo magistrado, sendo a exasperação em um ano muito aquém do devido.

13. Em contrapartida, a Defesa pleiteou a aplicação do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, sob a alegação de que a quantidade drogas já havia sido utilizada para o aumento da pena-base, não podendo ser também motivo de negativa do tráfico privilegiado, sob pena de bis in idem.

14. Na primeira fase, o Magistrado primevo, após a análise das circunstâncias judiciais, fixou a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, analisando negativamente as circunstância judiciais motivo do crime e circunstâncias do crime.

15. A fundamentação genérica de lucro fácil utilizada pelo Juízo a quo como motivação do crime de tráfico não se presta para exasperação da pena inicial, porquanto é considerado elemento inerente ao tipo penal.

16. Percebe-se também que, diferente do que foi arguido na apelação ministerial, o magistrado sentenciante exasperara a pena-base por conta da quantidade de drogas. Neste caso, andou bem o juiz a quo ao incrementar a pena-base, em decorrência das circunstâncias do crime, pois além da grande quantidade de cocaína (mais de 05 kg), havia ainda 538 gramas de maconha e uma balança digital.

17. Entendo, portanto, necessária a reforma da dosimetria operada pelo juízo a quo, a fim de afastar o desvalor atribuído ao motivo do crime, havendo, a vista disso, uma única circunstância judicial desfavorável.

18. Sendo assim, em razão de ter sido valorada negativamente apenas uma circunstância judicial (circunstâncias do crime) e, aplicando 1/8 (um oitavo) para este vetor negativo, no intervalo da pena em abstrato do crime em comento ($15 - 5 = 10$ anos), deveria ser acrescido 01 ano e 3 meses na pena-base. Nesse diapasão, na primeira fase entende-se que o valor da pena é de 6 (seis) anos e 03 (três) meses.

19. Na segunda fase fica mantida a pena-base, haja vista que não houve agravantes ou atenuantes.

20. Na terceira fase, o juiz sentenciante considerou não haver causas de aumento ou de diminuição da pena, esta última, em decorrência da quantidade de drogas apreendidas. Contudo, com relação ao pleito de aplicação do art. 33, § 4ª, da Lei de Drogas, o magistrado sentenciante já havia utilizado tais circunstâncias (a quantidade elevada de entorpecentes) na exasperação da pena-base, como circunstâncias do crime desfavoráveis.

21. Nesse diapasão, não poderiam as supra mencionadas circunstâncias serem utilizadas tanto no aumento da pena-base, como também para afastar a causa de diminuição da pena pelo tráfico privilegiado, o que caracterizaria o bis in idem.

22. Conclui-se, portanto, que deve ser aplicada a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, uma vez que o Apelante preenche os requisitos legais previstos na legislação para aplicar a causa especial de diminuição, haja vista que não houve demonstração de que o Apelante não era primário, que tinha maus antecedentes, ou que se dedicava a atividades criminais, ou ainda que integrasse organizações criminosas.

23. Cumpre asseverar que não há qualquer indicativo para não fixação a fração redutora em seu patamar máximo, haja vista que não foi encontrada qualquer circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal que não fora utilizada para exasperar a pena-base.

24. Por conseguinte, resta demonstrada a necessidade de revisão da dosimetria da pena, para a aplicação da diminuição de pena, em face do tráfico privilegiado, na proporção de 2/3 (dois terços), restando definitiva a pena em 02 (dois) anos e 01 (hum) mês de reclusão.

25. Do mesmo modo, em relação à pena de multa, ante a ausência de elementos que indiquem a real situação econômica do réu (art. 60, do CP) e aproveitando os mesmos critérios estabelecidos para fixação da pena corporal (art. 59, do CP), reduzo, de acordo com a pena mínima estabelecida, em 187 (cento e oitenta e sete) dias-multa, guardando proporcionalidade com a quantidade de pena privativa de liberdade definitivamente imposta.

26. A sentença recorrida determinara como regime de cumprimento inicial da pena o semiaberto, contudo, com a redução da pena para 02 (dois anos) e 01 (hum) mês, faz-se necessária sua adequação, para o regime ABERTO, nos termos do art. 33, § 2º, c, do CPB.

27. Em virtude de a condenação do réu em pena privativa de liberdade ter sido de 02 (dois) anos e 01 (hum) mês e tendo em vista as circunstâncias judiciais favoráveis, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por duas penas restritivas de direitos, nos termos do § 2º, do citado art. 44 do Código Penal.

28. Desse modo, deve ser substituída a pena privativa de liberdade aplicada ao Acusado, por 2 (duas) restritivas de direito, a serem escolhidas pelo Juízo das Execuções Penais e Medidas Alternativas, tudo na conformidade dos arts. 44, 45 e 46 e seus respectivos incisos e parágrafos do Código Penal, com nova redação dada pela citada lei nº 9.714/1998.

RECURSO DE APELAÇÃO MINISTERIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. RECURSO DE APELAÇÃO DA DEFESA CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, para redimensionar a pena de reclusão para 02 (dois) anos e 01 (hum) mês, em regime aberto, com substituição por duas penas restritivas de direito e, de ofício, reduzir a multa para 187 (cento e oitenta e sete) dias-multa, mantendo inalterados os demais termos da sentença condenatória.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8000688-90.2022.8.05.0274, provenientes da 3ª Vara Criminal da Comarca de Vitória da Conquista BA, em que figuram, simultaneamente, como Apelante e Apelado e o Ministério Público do Estado da Bahia.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER A APELAÇÃO INTERPOSTA PELO RÉU E DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, bem como CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO APELO MINISTERIAL e assim o fazem pelas razões a

seguir expostas no voto do Desembargador Relator.

Salvador, 2022.

(data constante na certidão eletrônica de julgamento)

Des.
Relator
(assinado eletronicamente)

AC16

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade
Salvador, 25 de Julho de 2022.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000688-90.2022.8.05.0274

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros

Advogado (s):

APELADO: e outros

Advogado (s):

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta contra sentença prolatada pelo MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Vitória da Conquista/BA, Dr. , que, nos autos de nº 8000688-90.2022.8.05.0274, julgou procedente o pedido constante na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia para condenar o Réu à pena de 06 (seis) anos de reclusão, com pena de multa de 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo, com relação ao crime previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (tráfico), em regime semiaberto.

Narra a inicial acusatória que no dia 19 de dezembro de 2021, policiais militares em ronda na Rua Flamengo, Loteamento Miro Cairo, bairro Zabelê, Vitória da Conquista/BA, avistaram o recorrente em atitude suspeita, carregando uma mochila e o abordaram.

Ao revistar a mochila do réu, foram encontrados 10 (dez) tabletes da substância popularmente conhecida como cocaína, com peso total de 5.075,80kg (cinco mil e setenta e cinco gramas e oitenta centigramas), um tablete da substância conhecida como maconha, com peso de 538g (quinhentos e trinta e oito gramas), e uma balança digital, em circunstância que indicavam que o material encontrado seria destinado ao tráfico.

Após instrução criminal, sobreveio sentença condenatória.

Irresignado, o Ministério Público interpôs apelo em ID nº 28900493, pugnando pela revisão da dosimetria da pena, com a majoração da pena-base e, por consequência, da pena total para 10 (dez) anos. Requereu ainda a modificação do regime inicial de cumprimento para o fechado.

O Réu, por sua vez, através de seu advogado constituído, também interpôs apelação (ID nº 28900495), com as razões constantes no ID nº 28900501 suscitando, preliminarmente, nulidade das provas por ilicitude em decorrência da quebra da cadeia da custódia, bem como nulidade do depoimento das testemunhas por ausência da incomunicabilidade entre elas. No mérito, pleiteou a absolvição do réu por insuficiência de provas, pugnando pela aplicação do princípio in dubio pro reo, bem como, com relação à dosimetria da pena, pela aplicação da causa de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado, previsto no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, em seu grau máximo.

Contrarrazões apresentadas pelo Parquet no ID 28900504 e, pela defesa, no ID 28900506.

Parecer do Douto Procurador de Justiça, (ID 30959000), opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso de apelação interposto pela defesa

do réu e pelo conhecimento e provimento da Apelação interposta pelo Ministério Público.

Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor.

Salvador, 2022.

(data registrada no sistema)

Des.
Relator
(assinado eletronicamente)

AC16

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000688-90.2022.8.05.0274

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros

Advogado (s):

APELADO: e outros

Advogado (s):

VOTO

Trata-se de Apelação Criminal interposta contra sentença prolatada pelo MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Vitória da Conquista/BA, Dr. , que, nos autos de nº 8000688-90.2022.8.05.0274, julgou procedente o pedido constante na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia para condenar o Réu à pena de 06 (seis) anos de reclusão, com pena de multa de 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo, com relação ao crime previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (tráfico), em regime semiaberto.

Narra a inicial acusatória que no dia 19 de dezembro de 2021, policiais militares em ronda na Rua Flamengo, Loteamento Miro Cairo, bairro Zabelê, Vitória da Conquista/BA, avistaram o recorrente em atitude suspeita, carregando uma mochila e o abordaram.

Ao revistar a mochila do réu, foram encontrados 10 (dez) tabletes da substância popularmente conhecida como cocaína, com peso total de 5.075,80kg (cinco mil e setenta e cinco gramas e oitenta centigramas), um tablete da substância conhecida como maconha, com peso de 538g (quinhentos e trinta e oito gramas), e uma balança digital, em circunstância que indicavam que o material encontrado seria destinado ao tráfico.

Após instrução criminal, sobreveio sentença condenatória.

Irresignado, o Ministério Público interpôs apelo nos ID nº 28900493, pugnando pela revisão da dosimetria da pena, com a majoração da pena-base e, por consequência, da pena total para 10 (dez) anos. Requereu ainda a modificação do regime inicial de cumprimento para o fechado.

O Réu, por sua vez, através de seu advogado constituído, também interpôs apelação (ID nº 28900495), com as razões constantes no ID nº 28900501 suscitando, preliminarmente, nulidade das provas por ilicitude em decorrência da quebra da cadeia da custódia, bem como nulidade do depoimento das testemunhas por ausência da incomunicabilidade entre elas. No mérito, pleiteou a absolvição do réu por insuficiência de provas, pugnando pela aplicação do princípio in dubio pro reo, bem como, com relação à dosimetria da pena, pela aplicação da causa de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado, previsto no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, em seu grau máximo.

Contrarrazões apresentadas pelo Parquet no ID 28900504 e, pela defesa, no ID 28900506.

Parecer do Douto Procurador de Justiça, (ID 30959000), opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso de apelação interposto pela defesa do réu e pelo conhecimento e provimento da Apelação interposta pelo Ministério Público.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conhecem-se dos Apelos.

1. DA ARGUIÇÃO DE NULIDADE POR QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA

Em apertada síntese, a Defesa pugna pelo reconhecimento da nulidade das provas por quebra da cadeia de custódia, pois a PM teria afirmado que a

mochila onde estavam as drogas fora entregue no Distrito Integrado de Segurança Pública à Polícia Civil, contudo, a mencionada mochila não consta do auto de apreensão id. 177174875.

Todavia, tal alegação não merece prosperar.

A cadeia de custódia tem finalidade garantir a lisura e validade das provas que serão valoradas pelo julgador, respeitando o devido processo legal, como também a da ampla defesa e do contraditório. O reconhecimento da quebra da cadeia de custódia exige demonstração da adulteração ou imprestabilidade do elemento de prova, não bastando a simples alegação de não confiabilidade.

In casu, argui-se a nulidade pelo fato de a mochila não ter sido mencionada no auto de apreensão, contudo, o réu, em seu interrogatório, afirmou que notou dito objeto no momento em que estava na delegacia de Polícia, quando assinou a Nota de Culpa, constatando-se, por conseguinte, que a mochila foi levada a delegacia, junto com os entorpecentes.

Ademais, em qualquer momento a Defesa demonstrou algum prejuízo por conta da alegada irregularidade, na medida em que dita mochila não seria objeto de apuração, mas somente os entorpecentes, os quais foram devidamente apreciados.

De acordo com os depoimentos prestados pelos dois policiais militares que efetuaram a prisão, foram apreendidos 10 tabletes de substância semelhante ao entorpecente conhecido como cocaína e 01 tablete de substância semelhante à droga conhecida como maconha, exatamente como consta no Auto de Exibição e Apreensão e do Laudo de Exame Pericial (ID nº 289000267).

Destarte, não constando dos autos do processo em análise nenhum elemento concreto a demonstrar máculas, não há se falar em quebra da cadeia de custódia.

Neste sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL. ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. ATO INFRACIONAL EQUIPARADO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. INEXISTÊNCIA DE QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. INVASÃO DE DOMICÍLIO. NÃO VERIFICADA. INTERNAÇÃO. REITERAÇÃO EM ATO INFRACIONAL. NÃO CUMPRIMENTO DE MEDIDA ANTERIORMENTE IMPOSTA. MEDIDA JUSTIFICADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Não há que se falar em quebra da cadeia de custódia quando inexiste indício de que a idoneidade da prova colhida tenha sido violada e toda a documentação referente à sua custódia está devidamente acostada ao inquérito policial e aos autos do processo criminal. Não resta configurada a invasão de domicílio quando os policiais adentram a residência em meio a perseguição a indivíduo em fuga. Ainda que o ato infracional não seja cometido com violência ou grave ameaça, a hipótese de reiteração na sua prática, com o descumprimento de medida mais branda pelo mesmo ato, autoriza a imposição de medida socioeducativa em meio fechado, a teor do disposto no art. 122, II, do Estatuto da Criança e do Adolescente. (TJ-BA – APL: 05066136320208050001, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 09/04/2021)

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33 DA LEI 11343/2006). condenação do apelante a uma pena de 07 (SETE) anos, 03 (TRÊS) meses e 15 (QUINZE) dias de reclusão, em regime INICIAL FECHADO, e AO PAGAMENTO DE 715 (SETECENTOS E QUINZE) dias-multa. PRELIMINARES: Preliminar de reconhecimento da ilicitude da prova colhida, em decorrência da quebra da cadeia de custódia. Impossibilidade. vale destacar que a invalidade da prova produzida, atinente à materialidade delitiva, sob o fundamento de quebra da cadeia de custódia da prova, por si só, não deve SER considerada para tal desiderato, quando há nos autos outros elementos probatórios suficientes e capazes para tanto. entendimento dos Tribunais superiores no sentido de que o instituto da quebra da cadeia de custódia refere-se à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, e uma vez ocorrida qualquer interferência durante o trâmite processual, esta pode resultar na sua imprestabilidade. Não é o que se tem no caso dos autos, em que não houve comprovação por parte da defesa de qualquer adulteração no iter probatório. Precedente DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. Preliminar rejeitada. preliminar de nulidade de provas em razão da violência policial. Não cabimento. Ausência de elemento nos autos que permita a constatação da atuação policial na prisão do Apelante, inviabilizando a análise acerca de possível violação à integridade física do Réu perpetrada pelos agentes. preliminar rejeitada. Mérito: pleito de absolvição. Impossibilidade. Restou comprovada a autoria e a materialidade do crime de tráfico de drogas, não havendo que se falar em reforma da sentença condenatória. redução da pena. Não cabimento. Pena aplicada de forma justa, onde os fatos processuais existentes nos autos justifica a reprimenda imposta ao mesmo. Apelante que ostenta duas condenações definitivas, sendo uma utilizada para valorar negativamente os antecedentes e a outra para agravar a pena. Dessa forma não resta demonstrada ofensa ao Enunciado 241 de Súmula do Superior Tribunal de Justiça. Aplicação da causa de diminuição contida no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. NÃO CABIMENTO. Apelante que não preenche os requisitos necessários ao benefício. direito de recorrer em liberdade. IMPOSSIBILIDADE. Elementos existentes nos autos que demonstram a Necessidade da manutenção da prisão preventiva do apelante. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJ-BA – APL: 05365591720198050001, Relator: , PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 16/12/2021)

Outrossim, o acervo probatório encontra-se farto, coeso e contundente acerca da materialidade delitiva, de forma que eventuais irregularidades ocorridas durante a investigação não se prestam a contaminar o processo judicial, consoante precedente da Corte Suprema:

HABEAS CORPUS – RECURSO EXTRAORDINÁRIO – ÓBICE – INEXISTÊNCIA. Impróprio é ter a possibilidade de o ato ser atacado mediante recurso extraordinário como a revelar inadequada a impetração. INQUÉRITO POLICIAL – IRREGULARIDADES – PROCESSO-CRIME – NULIDADE – AUSÊNCIA. O inquérito policial constitui procedimento administrativo, de caráter informativo, cuja finalidade consiste em subsidiar eventual denúncia a ser apresentada pelo Ministério Público, razão pela qual irregularidades ocorridas não implicam, de regra, nulidade de processo-crime. (HC 169348, Relator (a): , Primeira Turma, julgado em 17/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 15-07-2020 PUBLIC 16-07-2020 – grifos acrescidos).

Assim sendo, afasto a preliminar agitada.

2. DA ARGUIÇÃO DE NULIDADE POR AUSÊNCIA DA INCOMUNICABILIDADE ENTRE AS TESTEMUNHAS

Também não assiste razão à Defesa com relação a esta preliminar suscitada, haja vista que não restou evidenciado que houve comunicação entre as testemunhas na ocasião dos depoimentos prestados.

Não obstante estarem os depoentes fardados, em dia de serviço, restou evidenciado que a policial encontrava-se sozinha, no horário de almoço, numa praça, ao ar livre, enquanto o policial estava dentro do veículo quando prestou seu depoimento.

Diferente do que foi alegado pela Defesa, não há qualquer indício de que as duas testemunhas estivessem juntas no momento dos depoimentos. Destaque-se que o advogado de defesa perguntou diretamente para cada uma das testemunhas e ambas afirmaram que estavam sozinhas no momento do depoimento.

Assim, nenhuma ilegalidade ocorreu com a oitiva das testemunhas, porque houve respeito e obediência ao disposto no artigo 210, do CPP, haja vista que foram ouvidas individualmente em total sintonia com a incomunicabilidade de tal ato, merecendo a explicação a quo acerca de tal ato processual, senão vejamos:

Em sede de alegações finais a defesa fez menção de suposta comunicação entre as testemunhas no momento em que estavam sendo realizados seus depoimentos. Entretanto, tais menções não passam de conjecturas. Nas gravações, percebe-se que os depoimentos foram prestados em locais distintos, embora ambos policiais estivessem de serviço. Ao serem questionados pela defesa, em juízo, os policiais militares disseram as suas respectivas localizações e negaram o fato de estarem próximos um dos outros. Dessa forma, não pode o Juízo, declarar a nulidade do depoimento das testemunhas policiais militares – prestados por teleconferência em conformidade com a Resolução nº 354 de 19/11/2020 do Conselho Nacional de Justiça – consubstanciada em mera conjectura ventilada por parte da Defesa. É necessário que haja prova plena do pleito alegado.

Destarte, afasto a preliminar aventada, passando à análise do mérito da questão.

3. DO PLEITO ABSOLUTÓRIO

Superadas as alegações preliminares e adentrando ao mérito da demanda, sustenta o Apelante, de início, a ausência de acervo probatório suficiente para embasar uma condenação por tráfico de drogas. Requer, assim, a sua absolvição.

As argumentações defensais não merecem guarida, porquanto se visualiza a existência de elementos probatórios suficientes a lastrear, na presente hipótese, a manutenção do Decreto Condenatório.

A materialidade e autoria delitivas restaram sobejamente demonstradas através do Auto de prisão em flagrante, Auto de Exibição e Apreensão, Laudo de Exame Pericial (todos constantes do ID nº 289000267), bem como pelos depoimentos judiciais prestados pelas testemunhas SD/PM e SD/PM , agentes policiais integrantes da diligência que culminou na apreensão dos entorpecentes e prisão em flagrante da Apelante.

Em que pese a negativa de Autoria, os elementos encartados ao caderno processual se mostram contrários à tese sustentado pela defesa. Nesse contexto fático, cumpre evidenciar que o Magistrado sentenciante procedeu à análise minudente das provas coligidas aos fólios, de modo que não merece reproche, porquanto a certeza da prática do crime se extraí dos depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação, bem ainda das demais provas.

Lado outro, nota-se que os policiais estavam fazendo uma ronda de rotina na Rua Flamengo, Loteamento Miro Cairo, bairro Zabelê, quando avistaram o denunciado em atitude suspeita. Ao ter sua mochila revistada, foram encontrados os entorpecentes.

Ao ser interrogado pelos policiais na abordagem, este negara o cometimento de fato delitivo.

Durante seu interrogatório extrajudicial, argumentou que quando foi abordado pelos policiais, estava cumprimentando um rapaz do bairro, quando este, ao ver a viatura da polícia, correu. Afirmou também que os três policiais correram atrás do rapaz, e quando retornaram disseram que a mochila pertencia ao recorrente, que tinha permanecido no local.

Contudo, seu depoimento judicial foi contraditório com relação ao que alegara perante a autoridade policial. Vejamos trecho do interrogatório judicial:

“(...) A policial feminina ficou do meu lado e os outros policiais foram atrás do rapaz. Não acharam o rapaz, voltaram. Nessa que voltou tava do lado da policial feminina ela aí falou: e aí, você vai falar quem é o rapaz, onde mora? Eu falei: eu não conheço não moça, eu moro aqui, se você quiser o senhor pode ir na minha casa, não tem nada, não mexo com nada de errado, eu trabalho. Aí ele falou: você vai ter que assumir, se você não falar quem é, quem é o dono, onde é que esse rapaz mora, você vai ter que assumir. Eu falei: como que eu vou assumir se eu não conheço ninguém, senhor, não tenho envolvimento com o crime, trabalho...Que não viu a mochila, que o delegado de polícia não mostrou a mochila. Que nenhum agente mostrou a mochila. Que não tive conhecimento da mochila só quando assinei a nota de culpa. Que não mostraram a droga, mas que quando os policiais quando voltaram correndo, voltaram com a mochila na mão, mas não teve acesso a bolsa...que quando falou com o rapaz ele estava portando a mochila...”

Verifica-se, por conseguinte, que no interrogatório na Delegacia de Polícia, o Apelante afirmou que todos os três policiais correram atrás do suposto rapaz que conversava com ele. Contudo, durante a audiência de instrução afirmara que a policial feminina teria permanecido ao seu lado o

tempo todo e só os outros dois foram atrás do terceiro.

Percebe-se ainda outro ponto contraditório com relação à mochila onde foram encontradas as drogas. Perguntado, o Denunciado afirmara que só vira a mochila quando foi apresentada a Nota de Culpa. Em seguida, afirmara que os policiais, no momento da apreensão mostraram-lhe o referido objeto.

Ademais, nos termos do art. 156, do Código de Processo Penal, cabia ao Recorrente provar o quanto alegado, o que não ocorreu, não devendo, dessarte, a Acusação provar que a Defesa não coaduna com a verdade, mas sim aquilo que foi relatado na denúncia.

A Defesa sequer indicou qualquer dado sobre o suposto terceiro, que seria o dono da mochila, mesmo o Recorrente ter dito na delegacia que o conhecia de vista, nem mesmo a descrição física, evidenciando-se assim a fragilidade de suas alegações.

Nesse toar, frise-se que totalmente isolada e sem amparo probatório a alegação do acusado de que não possuía qualquer droga e que só tivera ciência dos entorpecentes quando chegara na delegacia, uma vez que não há nada nos fólios que indique que os agentes públicos lhe imputaram falsamente a propriedade das substâncias entorpecentes, tampouco que possuíam algum interesse escuso em sua condenação.

Nesse diapasão, é de bom alvitre pontuar, por oportuno, que não há como afastar tal prova, colhida sob o manto do contraditório, máxime quando a Defesa não aponta fatos concretos que desabonem o testemunho, deixando de contraditá-los no momento propício.

Confira-se trechos dos depoimentos das testemunhas SD/PM e SD/PM, a ratificando os depoimentos prestados na fase inquisitorial:

''(...) Que o acusado estava portando uma mochila contendo quantidade considerável de substância análoga à maconha e cocaína, em alguns tabletes. Que o acusado estava sozinho e andando.(...) Que todo o material apreendido foi encontrado em poder do acusado. Que a droga acondicionada é envolvida por um plástico na maioria das vezes. Que a droga estava envolvida em plástico ou fita (depoimento da SD/PM)

Que o acusado estava sozinho e em movimento. Que a mochila estava nas costas dele. Que encontraram a droga com ele. Que todo o material foi encontrado com ele, em via pública. (...) Que a droga estava acondicionada em tabletes. Que a mochila estava nas costas do acusado. (depoimento em Juízo SD/PM)

Importante consignar que não há como desconstituir testemunho do policial sobre fatos observados no cumprimento da função pública, vez que estão revestidas de presunção de legitimidade e credibilidade, devendo dar respaldo ao édito condenatório, mormente quando coerentes e harmônico entre si e calcados pelas demais provas existentes nos autos e, ainda, quando oferecidos em juízo, sendo oportunizado o contraditório. Nessa esteira:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. CONDENAÇÃO BASEADA EM TESTEMUNHOS POLICIAIS. (I) NÃO INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL OBJETO DE DIVERGÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA Nº 284/STF. (II) ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A ausência de particularização dos artigos supostamente violados inviabiliza a compreensão da irresignação recursal, em face da deficiência da fundamentação do apelo raro. Súmula nº 284/STF. 2. É assente nesta Corte o entendimento no sentido de que 'O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso' (HC 165.561/AM, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, DJe 15/02/2016). Súmula nº 568/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ, AgRg no AREsp 1054663/MG, Rel. Ministra , SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 04/04/2017).

"PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE DE ARMA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. CONDENAÇÃO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES. MEIO DE PROVA IDÔNEO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A Corte de origem, soberana na apreciação da matéria fático-probatória, concluiu pela existência de provas suficientes para a condenação pelo delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, notadamente em razão dos depoimentos de policiais, colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual a revisão do julgado encontra óbice na Súmula 7/STJ. 2. O depoimento policial prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a respaldar a condenação, notadamente quando ausente dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova. 3. Agravo regimental improvido." (STJ, AgRg no AREsp 597.972/DF, Rel. Ministro , Sexta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 17/11/2016). (grifos acrescidos)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR EFETUADA POR POLICIAIS MILITARES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INFORMAÇÕES PRÉVIAS DE OCORRÊNCIA DE TRÁFICO DE DROGAS NA RESIDÊNCIA. PERMISSÃO DO PACIENTE PARA ENTRADA DOS POLICIAIS NA RESIDÊNCIA. SUBSEQUENTE CONFISSÃO INFORMAL DO RÉU DE QUE OS ENTORPECENTES HAVIAM SIDO ARMAZENADOS EM LOCAL DISTANTE DA RESIDÊNCIA. VALIDADE. CREDIBILIDADE DO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS EM JUÍZO. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE, ANTE A EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO, CONJUGADA COM A QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. (...) 6. À míngua de alegação ou evidência de que a confissão do local de armazenamento da droga foi obtida mediante coação ou qualquer meio ilícito, também não há como se vislumbrar ilegalidade na confissão informal feita pelo Paciente aos Policiais Militares, indicando a localização da droga em terreno baldio, longe de sua residência. 7. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. Precedentes: AgRg no HC 606.384/SC, Rel. Ministro ,

QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 29/09/2020; AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Min. , DJe de 05/08/2019; REsp n. 1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Min. , DJe de 17/05/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Min. , DJe de 17/03/2016. 8. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. 9. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes. 10. No caso concreto, a Corte local afastou a aplicação do redutor com base na existência de ação penal em curso contra o réu, pelo mesmo delito, assim como na quantidade e variedade da droga encontrada no local por ele indicado: 35g (trinta e cinco gramas) de maconha, distribuídos em 113 (cento e treze) unidades e 65,5g (sessenta e cinco gramas e cinco decigramas) de cocaína, acondicionados em 75 (setenta e cinco)" pinos ". 11. Habeas corpus não conhecido. (STJ – HC: 608558 RJ 2020/0217527-1, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 01/12/2020, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/12/2020) (grifos acrescidos)

A jurisprudência desta Corte de Justiça, soa nesse sentido, verbis:

APELAÇÃO DEFENSIVA. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APELANTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006, À PENA DE 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA INICIALMENTE EM REGIME ABERTO, BEM COMO PAGAMENTO DE 400 (QUATROCENTOS) DIAS-MULTA, ARBITRADO NO VALOR UNITÁRIO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO DELITUOSO. RAZÕES RECURSAIS: I. REFORMA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, COM A CONSEQUENTE ABSOLVIÇÃO DO APELANTE DA CONDUTA TIPIFICADA AO TEOR DO ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06, SOB A ALEGAÇÃO DE QUE NÃO FICOU COMPROVADO NOS AUTOS QUE FORA O REFERIDO APELANTE QUEM COMETERA O CRIME SUB JUDICE, DEVENDO, POR ISSO, SER UTILIZADO O PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. OS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS POLICIAIS MILITARES RESPONSÁVEIS PELA PRISÃO DO APELANTE CARECEM DE CREDIBILIDADE. NÃO ACOLHIMENTO. DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES DEVIDAMENTE COMPROVADO EM RAZÃO DO AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO, DO LAUDO DE CONSTATAÇÃO E DO EXAME PERICIAL, ACOSTADOS AOS AUTOS. OS DEPOIMENTOS PRESTADOS NA FASE POLICIAL PELOS POLICIAIS MILITARES, ENCONTRAM-SE EM HARMONIA COM AS DEMAIS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS, TENDO SIDO CONFIRMADOS EM JUÍZO, SOBRE O MANTO DO CONTRADITÓRIO. PRECEDENTES. SUBSIDIARIAMENTE: II. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO CONTEXTUALIZADO NOS AUTOS QUE DEMONSTRA CLARAMENTE A PRÁTICA DA TRAFICÂNCIA, NA MODALIDADE" TRAZER CONSIGO ", ILIDINDO A PRETENSÃO DESCLASSIFICATÓRIA DO APELANTE. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, NÃO DESCARACTERIZA A PRÁTICA DA MERCANCIA QUANDO PRESENTES OUTROS ELEMENTOS NOS AUTOS APTOS AO CONVENCIMENTO DO JULGADOR NO SENTIDO DA OCORRÊNCIA DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTE. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO NA FORMA COMO FORA IMPUTADA NA SENTENÇA VERGASTADA. APELAÇÃO CONHECIDA E JULGADA IMPROVIDA (TJ-BA Classe: Apelação, Número do Processo: 0564530-50.2014.8.05.0001, Relator (a): ,

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Publicado em: 09/03/2018) grifos nossos

O doutrinador Noberto Avena, ao tratar do depoimento de policiais no processo penal, ensina que " tais testemunhos são valoráveis quando harmônicos e coerentes com o restante da prova angariada aos autos, mormente quando não demonstrada pela defesa a presença de motivos que, eventualmente, poderiam levar as mencionadas testemunhas a depor falsamente perante o juízo " (Processo Penal, Ed. Método, 9ª edição, 2017, Pg. 582). Importante consignar, que não há como desconstituir testemunho do policial sobre fatos observados no cumprimento da função pública, vez que estão revestidas de presunção de legitimidade e credibilidade, devendo dar respaldo ao édito condenatório, mormente quando coerentes e harmônicos entre si e calcados pelas demais provas existentes nos autos, e ainda, quando oferecidos em juízo, sendo oportunizado o contraditório.

No mesmo sentido, a lição de , "in" Código de Processo Penal Interpretado, 10ª Edição, pág. 555, RJTACRIM 48/228 e RJDTACRIM 39/255, respectivamente, "verbis":

A condição de a testemunha ser policial não a torna impedida ou suspeita para depor, devendo-se conferir à sua palavra a necessária credibilidade, decorrente da presunção de veracidade e legitimidade inerente aos atos administrativos em geral.

Vale lembrar que, para a configuração do crime de tráfico não se exige a efetiva prática de atos de comercialização da substância entorpecente. Pratica o delito de tráfico não apenas aquele que comercializa a droga, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção e da circulação de substância entorpecente, devendo ser ponderado todo o teor probatório.

O tipo penal contido no art. 33, da Lei nº 11.343/2006 é crime permanente, de ação múltipla (multinuclear) e de mera conduta, de sorte que a prática de quaisquer das condutas nele constantes caracteriza o tráfico de drogas, sendo, pois, irrelevante a prova da traficância. São várias ações identificadas pelos diversos verbos e o delito se consuma com a prática de qualquer das hipóteses previstas.

Lado outro, irrelevante a não comercialização da droga no momento da prisão. A prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, consoante alhures mencionado, independe da venda da droga ou posse de dinheiro, restando bem delineada nos autos a configuração do delito, na modalidade de guardar e ter em depósito entorpecentes para fins de tráfico.

Como desceve :

"O tipo penal não exige como elemento subjetivo o dolo específico. Tanto é que o legislador criminalizou qualquer conduta conducente à disseminação de drogas, mesmo que a título gratuito. Portanto, o ato de oferecer gratuitamente, v.g., é configurador do ilícito. Com isso, podemos concluir que o elemento subjetivo do narcotráfico é o dolo, na sua modalidade simples. (...) O caput do art. 33 contém dezoito verbos, que indicam as

condutas criminalizadas pelo legislador. Como referido acima, o legislador penal teve por intenção abranger da forma mais lata todo o iter, o qual comumente percorrer o tráfico ilícito de entorpecentes."

Dessarte, revela-se completamente descabida a alegação de insuficiência de provas ensejadoras da responsabilidade penal do Apelante, não havendo por que cogitar-se em absolvição tomando-se por base o princípio do in dubio pro reo.

Sobre o tema, colaciona-se os seguintes arestos:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. CRIME DE CONDUTAS MÚLTIPLAS E FORMAL. TER EM DEPÓSITO. CONDENAÇÃO. VALORAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE OCORRERAM O DELITO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O tráfico ilícito de entorpecentes, crime plurinuclear ou de condutas múltiplas, formal, consoma-se com a prática de qualquer um de seus verbos (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). 2. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consoma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, inclusive o depósito, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização. 3. A reavaliação dos critérios jurídicos concernentes à utilização e à formação da convicção do julgador não encontra óbice na Súmula n. 7/STJ. É que a análise dos fatos e fundamentos expressamente mencionados no acórdão recorrido não constitui reexame do contexto fático-probatório, e sim valoração jurídica dos fatos já delineados pelas instâncias ordinárias. 4. A partir da moldura fática apresentada pelo Juízo de primeiro grau e pelo Tribunal a quo, ficou demonstrada a prática do crime de tráfico na modalidade ter em depósito, em razão da apreensão de 7 porções de maconha, pesando aproximadamente 900g, escondidas no telhado, balança de precisão e rolo de papel filme, além dos depoimentos dos policiais e da confirmação do próprio acusado acerca da aquisição de 1kg do referido entorpecente. Ademais, o fato de ser usuário não exclui a possibilidade da prática do crime de tráfico pelo acusado. 5. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no AREsp: 1624427 GO 2019/0348123-3, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 10/03/2020, Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 23/03/2020). (Grifos nossos)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. HIPÓTESE DE FLAGRANTE EM CRIMES PERMANENTES. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO OU AUTORIZAÇÃO. (ART. 5º, XI, CF). PRECEDENTES. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A INFRAÇÃO PENAL SUI GENERIS DO ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DE PROVAS. MERCANCIA. PRESCINDIBILIDADE. TIPO MISTO ALTERNATIVO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem,

de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, prescindível o mandado de busca e apreensão, bem como a autorização do respectivo morador, para que policiais adentrem a residência do acusado, não havendo falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida (HC 345.424/SC, Rel. Min. , Quinta Turma, j. 18/8/2016, DJe 16/9/2016). 3. Inviável a reversão do julgado quanto à condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas, pois, para tanto, seria necessário o revolvimento das provas dos autos, providência não admitida na via estreita do mandamus. 4. O crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento. 5. Habeas Corpus não conhecido." (STJ, HC 382.306/RS, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 4. As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amalhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do acusado pelo crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Por essas razões, mostra-se inviável a desclassificação da conduta imputada ao réu, sobretudo em se considerando que, no processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente, exatamente como verificado nos autos. 5. Nos termos do art. 28, § 2º, da Lei n. 11.343/2006, não é apenas a quantidade de drogas que constitui fator determinante para a conclusão de que a substância se destinava a consumo pessoal, mas também o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente. 6. Para a configuração do delito de tráfico de drogas, não é necessária prova da mercancia, tampouco que o agente seja surpreendido no ato da venda do entorpecente – até porque o próprio tipo penal aduz "ainda que gratuitamente" –, bastando, portanto, que as circunstâncias em que se desenvolveu a ação criminosa denotem a traficância, tal como ocorreu no caso. (...) 8. Agravo regimental não provido. (Ag Rg no AREsp 1580132/SP, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2020, DJe 28/05/2020) (grifos nossos)

Em igual senda, o entendimento desta Câmara:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO PRIVILEGIADO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DE-LITIVAS DEMONSTRADAS. SANÇÃO FIXADA NO MÍNIMO LEGAL E APLICADO REDUTOR MÁXIMO, SUBSTITUINDO-SE A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. RECURSO CONHECIDO E JULGADO IMPROVIDO NOS TERMOS DO VOTO (TJ-BA – APL: 05599795620168050001, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 08/05/2020) grifos acrescidos

Diante do quanto exposto, tem-se que as circunstâncias em que se deram os

fatos fornecem os elementos de convicção que concluem pelo acerto da condenação da Apelante pelo crime de tráfico de drogas, não havendo, portanto, que se falar em absolvição, eis que suficientemente demonstradas a sua materialidade e autoria.

4 – DOSIMETRIA DA PENA

Pleiteou o Ministério Público pela majoração da pena-base, sob o argumento de que a quantidade e variedade de drogas (mais de 05kg de cocaína e mais de 500g de maconha) não foram levadas em consideração pelo magistrado, sendo a exasperação em um ano muito aquém do devido.

Em contrapartida, a Defesa pleiteou a aplicação do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, sob a alegação de que a quantidade de drogas já havia sido utilizada para o aumento da pena-base, não podendo ser também motivo de negativa do tráfico privilegiado, sob pena de bis in idem.

Na primeira fase, o Magistrado primevo, após a análise das circunstâncias judiciais, fixou as penas-base acima do mínimo legal, ou seja, 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, analisando as circunstâncias judiciais da forma abaixo:

“...Culpabilidade: o acusado não agiu com dolo que ultrapasse os limites da norma penal, o que torna sua conduta inserida no próprio tipo;

Antecedentes: não há antecedentes desfavoráveis nos autos, na forma preconizada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal que estabeleceu não poder ser valorada em desfavor do condenado eventuais inquéritos policiais e ações penais – não transitadas em julgado;

Conduta social: trata-se de averiguar, através dessa circunstância, o seu desempenho na sociedade, em família, no trabalho, no grupo comunitário, formando um conjunto de fatores que serve para avaliar o modo pelo qual o agente tem se conduzido na vida de relação. Neste sentido poucos elementos foram colhidos nos autos para indicar a conduta social do réu, motivo pelo qual, não lhe sendo desfavorável o quesito “conduta social”, vislumbra-se a conduta social do “homem médio”, ou seja, aquela da pessoa cumpridora de seus deveres em sociedade;

Personalidade do agente: refere-se ao seu caráter, índole, sensibilidade emocional. Neste quesito, também, poucos elementos foram trazidos aos autos, motivo pelo qual não lhe sendo desfavorável, adota-se a personalidade do “homem médio”, ou seja, do ser humano emocionalmente estável e de boa índole;

Motivos do crime: desfavorável, pois objetiva o lucro fácil.

Circunstâncias do crime: desfavoráveis ao acusado, pois surpreendido com elevada quantidade de substância entorpecente (mais de cinco quilos);

As consequências do crime: não foram graves, na medida em que o Estado conseguiu apreender o bem criminoso, evitando seu uso em sociedade;

Situação econômica do agente: nos autos constata-se a ausência de demonstração de boa condição financeira do réu. Assim, adotando o princípio do “in dubio pro reo”, considero como não tendo boa condição financeira, resultando assim, em menor expressão monetária de condenação. A pena-base tornou-se definitiva por ausência de agravantes, atenuantes, causas de aumento, ou de diminuição da pena...”

A individualização da pena é atividade discricionária do julgador, submetida, portanto, aos elementos de convicção judiciais acerca das

circunstâncias do crime, cabendo revisão apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros da legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

Nesse diapasão, cumpre destacar a lição do ilustre doutrinador :

“Mensurar a pena-base, de maneira particularizada a cada acusado, de modo a individualizá-lo, conforme o que fez e de acordo com seus atributos próprios, é a meta fundamental do magistrado, na sentença condenatória. São necessários critérios para a eleição do quantum inicial (pena-base), que deve variar entre o mínimo e o máximo cominados, em abstrato, pelo legislador, constantes dos tipos penais incriminadores. Tal mecanismo deve erguer-se em bases sólidas e lógicas, buscando harmonia ao sistema, mas sem implicar em singelos cálculos matemáticos. Não se trata de soma de pontos ou frações como se cada elemento fosse rígido e inflexível.”. (. Manual de Direito Penal. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.)

4.1 – PLEITO DE AUMENTO DA PENA-BA

Neste ponto, é necessário esclarecer que a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não induz a uma operação aritmética em que se atribuiria pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas por meio de cálculo matemático levando-se em conta as penas mínima e máxima cominadas abstratamente ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada.

Ademais, o que se impõe ao magistrado é apontar, motivadamente, os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado, exatamente como procedido na espécie. Da doutrina, nesse sentido, pode-se citar:

"Nesta etapa, incumbe ao juiz valorar todas as circunstâncias e causas que envolvem o fato criminoso e que norteiam a pessoa do acusado, tornando-o um ser único no decorrer do processo de aplicação da sanção penal. Individualizar a pena é fazê-la específica do fato-crime e do homem-autor, sempre em busca dos fins retributivo e preventivo da sanção penal. [...] A fixação da pena não pode resultar de uma simples operação matemática, pois estamos diante de algo que não se relaciona com a ciência exata. Sem dúvida, depois da vida, estamos avaliando o maior de todos os bens, qual seja, a liberdade, e, para tanto, precisamos fazer aflorar todo o senso de justiça para dosar a pena necessária e suficiente à reprovação de determinada conduta (princípio da proporcionalidade)." (SCHMITT, . Sentença Penal Condenatória. 13. ed. rev. e atual. Editora JusPodivm, 2019, p. 108-109)

Assim, por circunstâncias do crime entendem-se todos os elementos do fato delituoso, acessórios ou acidentais, não definidos na lei penal, consistindo no próprio *modus operandi* empregado pelo agente, de modo que caracterizam elementos que não compõem o crime, mas que influenciam em sua gravidade, tais como estado de ânimo, o local da ação delituosa, o tempo de sua duração, as condições e o modo de agir.

Ensina :

"Trata-se do modus operandi empregado na prática do delito (crime ou contravenção penal). São elementos que não compõem a infração penal, mas que influenciam em sua gravidade, tais como o estado de ânimo do agente, o local da ação delituosa, o tempo de sua duração, as condições e o modo de agir, o objeto utilizado, a atitude assumida pelo autor no decorrer da realização do fato, o relacionamento existente entre o autor e a vítima, dentre outros."(Sentença Penal Condenatória Teoria e Prática, 11ª edição revista e atualizada, Editora JusPodivm, pág. 167)

Para , circunstâncias do crime:

" Refere-se à maior ou menor gravidade do delito em razão do modus operandi no que diz respeito aos instrumentos do crime, tempo de sua duração, forma de abordagem, objeto material, local da infração etc. "(Direito penal: parte geral/. 23. Ed. São Paulo: Saraiva, 2018 sinopse jurídicas; v. 07)

Consignou o Juízo Primevo na Sentença Singular:

(...)Motivos do crime: desfavorável, pois objetiva o lucro fácil.

Nesse ponto, a fundamentação genérica de lucro fácil utilizada pelo Juízo a quo como motivação do crime de tráfico não se presta para exasperação da pena inicial, porquanto é considerado elemento inerente ao tipo penal.

Esse é o entendimento do egrégio Superior Tribunal de Justiça, in verbis:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO. DOSIMETRIA. PENAS-BASES DOS CRIMES DOS ARTS. 33 E 35 DA LEI DE DROGAS. OMISSÃO RECONHECIDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. CULPABILIDADE. PREPARO PRÉVIO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MOTIVOS. LUCRO FÁCIL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES. 1. São cabíveis embargos de declaração, quando, no decisorio embargado, houver ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão, a teor do disposto no artigo 619 do Código de Processo Penal. 2. Constatada omissão no acórdão embargado quanto à impugnação dos fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso especial, há que se acolher os embargos para a integração da decisão embargada com efeitos infringentes. 3. De acordo com o entendimento desta Corte, o preparo prévio da conduta criminosa e sua premeditação, autorizam a conclusão pelo desvalor da vetorial da culpabilidade. Precedentes. 4. O entendimento desta Corte é firme no sentido de que a obtenção de lucro fácil é circunstância inerente aos tipos penais em questão, não podendo ser utilizada para exasperar a pena do réu. 5. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento para reduzir a pena do recorrente a 18 anos, 2 meses e 14 dias, mais 2172 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (STJ – EDcl no AgRg no AREsp: 1704093 ES 2020/0119305-9, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 03/11/2020, T6 – SEXTA TURMA, Data de

Publicação: DJe 16/11/2020) grifos acrescentados

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DE CITAÇÃO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. RITO ESPECIAL. NOTIFICAÇÃO PESSOAL REALIZADA. DEFESA PRÉVIA. RÉU REVEL. DEFESA TÉCNICA AO LONGO DE TODO O PROCESSO. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO. ELEMENTOS INERENTES AO TIPO PENAL E PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. READEQUAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PROCESSO EM CURSO. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte – HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro , julgado em 10/6/2020 – e o Supremo Tribunal Federal – AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. , julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. , julgado em 30/10/2018 –, 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. Assim, passo à análise das razões da impetração, de forma a verificar a ocorrência de flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício. 2. "A alegação da falta de citação, por si só, não leva à nulidade do processo se está demonstrado nos autos que o réu foi notificado para apresentar a defesa prévia e foi patrocinado no transcorrer de toda causa por defensor público que realizou, com vigor, o contraditório" (AgRg no HC 418.977/SP, Rel. Ministra , SEXTA TURMA, julgado em 19/06/2018, DJe 27/06/2018). 3. Hipótese em que o paciente foi notificado regularmente para responder à acusação por escrito nos termos do art. 55 da Lei nº 11.343/06. Todavia, a citação pessoal restou frustrada porque o agente evadiu-se do sistema prisional, o que ocasionou a decretação de sua revelia. Logo, não há se falar em cerceamento de defesa, pois o réu tinha ciência da acusação contra ele oferecida e permaneceu devidamente assistido durante todo o processo pela Defensoria Pública. 4. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena. 5. Segundo a jurisprudência sedimentada desta Corte, considerações genéricas e inerentes ao próprio tipo penal – tais como o emprego das expressões "lucro fácil" e "dolo intenso" – não servem para o agravamento da pena. Do mesmo modo, sendo pequeno quantum de entorpecente apreendido (8,6g de crack), a sanção inicial não merece elevação pelo sopesamento dos vetores da quantidade e da natureza da droga. 6. A prática de novo crime quando o réu está foragido do sistema penitenciário é fundamento idôneo para justificar a exasperação da pena-base. 7. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que "a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro , Segunda Turma, julgado em 11/11/2020). Posicionamento adotado também pela Sexta Turma deste Tribunal Superior. 8. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base e aplicar

a minorante especial da Lei de Drogas, resultando a pena do paciente em 1 ano e 9 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 177 dias-multa.(STJ – HC: 616133 RS 2020/0254647-5, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 28/09/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/10/2021) grifos adicionados

Percebe-se também que, diferente do que foi arguido na apelação ministerial, o magistrado sentenciante exasperara a pena-base por conta da quantidade de drogas:

Circunstâncias do crime: desfavoráveis ao acusado, pois surpreendido com elevada quantidade de substância entorpecente (mais de cinco quilos);

Neste caso, andou bem o juiz a quo ao incrementar a pena-base, em decorrência das circunstâncias do crime, pois além da grande quantidade de cocaína (mais de 05 kg), havia ainda 538 gramas de maconha, além de uma balança digital.

Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL E 42 DA LEI N. 11.343/2006. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. NATUREZA ESPECIALMENTE DELETÉRIA. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. FRAÇÃO PROPORCIONAL. PRECEDENTES. REGIME PRISIONAL INICIALMENTE FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTO VÁLIDO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade. 2. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, como no caso, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006. 3. Na hipótese, a pena-base foi exasperada em razão da grande quantidade e da natureza especialmente deletéria da droga apreendida (crack), as quais claramente denotam a gravidade concreta da conduta e exige uma resposta mais enfática na fixação da pena. 4. A jurisprudência desta Corte Superior é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ou de gravidade concreta da conduta é condição apta a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.(STJ – AgRg no HC: 726072 MG 2022/0054367-9, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 15/03/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/03/2022)

Entendo, portanto, necessária a reforma da dosimetria operada pelo juízo a quo, a fim de afastar o desvalor atribuído ao motivo do crime, havendo, a vista disso, uma única circunstância judicial desfavorável.

Sendo assim, em razão de ter sido valorada negativamente apenas uma

circunstância judicial (circunstâncias do crime) e, aplicando 1/8 (um oitavo) para este vetor negativo, no intervalo da pena em abstrato do crime em comento ($15 - 5 = 10$ anos), deveria ser acrescido 01 ano e 3 meses na pena-base.

Nesse diapasão, na primeira fase entende-se que o valor da pena é de 6 (seis) anos e 03 (três) meses.

Na segunda fase fica mantida a pena-base, haja vista que não houve agravantes ou atenuantes.

4.2 APLICAÇÃO DA MINORANTE REFERENTE AO TRÁFICO PRIVILEGIADO

Do exame dos autos, observa-se que o magistrado sentenciante não se manifestou sobre a possibilidade ou não de aplicação do tráfico privilegiado no caso em testilha, limitando-se a afirmar que não havia causa de diminuição de pena.

Conforme dicção legal, são requisitos para que o condenado faça jus à referida causa de diminuição: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas, cumulativos entre si, de sorte que a ausência de qualquer um deles inviabiliza a aplicação da benesse.

In casu, com relação a quantidade de drogas, o magistrado sentenciante já havia utilizado tais circunstâncias na exasperação da pena-base, como circunstâncias do crime desfavoráveis.

Nesse diapasão, não poderiam as supra mencionadas circunstâncias serem utilizadas tanto no aumento da pena-base, como também para afastar a causa de diminuição da pena pelo tráfico privilegiado, o que caracterizaria o bis in idem.

Neste sentido:

[...] 1 – a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são fatores a serem necessariamente considerados na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 2 da Lei n. 11.343 3/2006; 2 – sua utilização supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 3º do art. 333 da Lei n. 11.343/2016, somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa; 3 – podem ser utilizados para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 3 da Lei n. 11.343 3/2006 quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 9 do Código Penal l, desde que não utilizadas na primeira etapa, para fixação da pena-base. [...]. (REsp 1887511/SP, Rel. Ministro , Terceira Seção, julgado em 09/06/2021, DJe 01/07/2021). Grifos nossos.

Impende destacar, sobre este tema, que o Aresto proferido nos autos do Recurso Especial nº 1.887.511/SP entremostra-se assaz relevante e deveras didático, na medida em que analisa a evolução jurisprudencial do entendimento acerca do assunto em debate, menciona precedentes de diversos Tribunais e de seus respectivos Colegiados, bem como adota ressalva elaborada pelo Excelentíssimo Ministro , acerca da necessidade de se observar as peculiaridades do caso concreto, de modo a não aplicar o referido entendimento, peremptoriamente, a toda e qualquer situação.

Dito isto, considerando o quanto exposto, sugere-se a adoção do posicionamento de que a quantidade e a natureza da droga devem ser observadas, indissociavelmente, quando da fixação da pena-base, na primeira fase do procedimento dosimétrico, podendo, eventualmente, juntamente a outros elementos, ensejar o afastamento da causa de diminuição de pena pela conclusão de dedicação do réu à atividades criminosas, respeitando-se, por óbvio, as peculiaridades de cada caso.

Neste sentido:

"PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] II – A circunstância judicial referente à quantidade e variedade da droga poderá incidir na primeira ou terceira fase da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, afastar a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, ou ainda para modular o nível de redução da pena, sempre de maneira não cumulativa. Precedentes. III – O col. Supremo Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 – com redação dada pela Lei n. 11.464/07. Por conseguinte, não é mais possível fixar o regime prisional inicial fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, deve ser observado o preceito constante do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. IV – Todavia, na espécie, a quantidade do entorpecente serviu de fundamento para afastar a incidência da minorante contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, bem como foi apresentada fundamentação concreta relativa à especial gravidade do delito praticado, o que impede a fixação do regime semiaberto unicamente em razão da quantidade da pena imposta. Precedentes. Habeas corpus não conhecido." (HC 386.827/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 16/5/2017, DJe 23/5/2017)

"(...) Não obstante, importante ressaltar que as circunstâncias deste dispositivo legal têm incidência alternativa, podendo ser utilizadas tanto na primeira, quanto na terceira fase da dosimetria da pena, nunca nas duas fases ao mesmo tempo, pois ocasiona o bis in idem (ARE 666.334 RG/AM, DJe 06/05/2014; HC 477.770/SC, j 04/06/2019).(STJ – HC: 611305 AM 2020/0231060-0, Relator: Ministro , Data de Publicação: DJ 02/02/2021)"

Conclui-se, portanto, que deve ser aplicada a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, uma vez que o Apelante preenche os

requisitos legais previstos na legislação para aplicar a causa especial de diminuição, haja vista que não houve demonstração de que o Apelante não era primário, que tinha maus antecedentes, ou que se dedicava a atividades criminais, ou ainda que integrasse organizações criminosas.

Cumpra asseverar que não há qualquer indicativo para não fixação a fração redutora em seu patamar máximo, haja vista que não foi encontrada qualquer circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal que não fora utilizada para exasperar a pena-base.

Neste sentido, a jurisprudência do STJ se assenta:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO PRIVILEGIADO RECONHECIDO NA SENTENÇA. RÉU REINCIDENTE. AUSÊNCIA DE RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PATAMAR EM 1/5. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE. ILEGALIDADE. REDUÇÃO AO PATAMAR MÁXIMO. PRECEDENTES DO STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Embora o Tribunal de origem tenha entendido pela não aplicabilidade do redutor contido no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 diante da reincidência do réu, manteve a sua aplicação diante da ausência de irresignação do Ministério Público quanto ao ponto, sob pena de incorrer em reformatio in pejus. 2. Entende esta Corte Superior que a quantidade não relevante e a ausência de circunstâncias adicionais (inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, etc.) não autorizam a exasperação da pena-base, a vedação da minorante do tráfico no seu patamar máximo de 2/3, o agravamento do regime prisional ou a negativa à substituição das penas (AgRg no HC 529.431/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 09/12/2019). 3. Diante da quantidade de droga apreendida – 7 porções de cocaína, em forma de pedras de crack, pesando aproximadamente 21 gramas –, manteve o percentual de 1/5, o que não se coaduna com jurisprudência pacífica desta Corte, cabendo a redução para 2/3. 4. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no HC: 602706 SP 2020/0193761-7, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 02/02/2021, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/02/2021)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE DE DROGA. UTILIZAÇÃO PREPONDERANTE NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. INADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PATAMAR MÁXIMO DE REDUÇÃO. PERDIMENTO DE BENS. REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A Terceira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 1.887.511/SP, da relatoria do Ministro , entendeu, alinhando-se ao STF, que a natureza e quantidade da droga são fatores a ser considerados necessariamente na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, constituindo-se em circunstância preponderante a ser utilizada na primeira fase da dosimetria da pena. 2. Não constatada na origem circunstâncias adicionais não preponderantes, incabível a modulação da fração de diminuição, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, apenas pela quantidade da droga, aconselhando-se a incidência da fração de 2/3. 3. Quanto ao perdimento de bens, a reversão das premissas fáticas do julgado, para considerar a licitude da origem dos bens, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível pela via do recurso especial a teor da Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental parcialmente provido. Redução da condenação das agravantes para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, no regime aberto. Substituição da pena privativa de

liberdade por penas restritivas de direitos a ser fixadas pelo Juízo da execução. (STJ – AgRg no REsp: 1920303 SC 2021/0033840-1, Relator: Ministro (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 07/12/2021, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/12/2021)

Esta é a mesma linha de raciocínio desta Corte de Justiça, in verbis:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE INQUESTIONÁVEIS. APREENSÃO DE 28 PEDRAS DE CRAQUE (4,50g) E 03 BUCHAS DE MACONHA (11,14g). PRETENSA APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO EM SEU PATAMAR MÁXIMO (2/3). CONCEDIDO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA BASEADA EM ATO INFRACIONAL PRETÉRITO E NATUREZA DA DROGA. PRECEDENTES STF/STJ. DOSIMETRIA ALTERADA PARA 01 ANO E 08 MESES DE RECLUSÃO E 166 DIAS-MULTA. CONVERTIDA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. DESCABIDA. CONDENAÇÃO ÀS CUSTAS PREVISTA NO ART. 804 DO CPP. HIPOSSUFICIÊNCIA DO APELANTE. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. (TJ-BA – APL: 05009384120198050103, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 11/03/2022)

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. PENAL E PROCESSO PENAL. RECORRENTES CONDENADOS PELA CONDUTA PREVISTA NO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006, SENDO JONAS SILVA DE MATOS CONDENADO À 5 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO EM REGIME SEMIABERTO, MAIS O PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA NA FRAÇÃO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO CRIME E AO CUMPRIMENTO DE UMA PENA DE 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO EM REGIME ABERTO, MAIS O PAGAMENTO DE 165 (CENTO E SESSENTA E CINCO) DIAS-MULTA, NA FRAÇÃO DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS, SENDO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRETENSÕES RECURSAIS: 1 : 1.1 NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS MEDIANTE INVASÃO DE DOMICÍLIO, BEM COMO PELO EMPREGO DE VIOLÊNCIA POLICIAL. REJEIÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE A APREENSÃO DAS DROGAS SE DEU NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA DO RECORRENTE. AS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO FORAM UNÍSSONAS EM REVELAR QUE A PRISÃO OCORREU EM VIA PÚBLICA, MEDIANTE PERSEGUIÇÃO DOS RÉUS, SENDO NECESSÁRIO O USO DE TÉCNICA DE IMOBILIZAÇÃO, DIANTE DA RESISTÊNCIA À PRISÃO. 1.2 APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006 EM SEU PATAR MÁXIMO, SUBSTITUINDO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. PROVIMENTO. A EXISTÊNCIA ISOLADA DE UM PROCESSO POR ATO INFRACIONAL NÃO ENSEJA A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA, NÃO HAVENDO PROVA NOS AUTOS DE QUE O RECORRENTE DEDIQUE SUA VIDA À DELINQUÊNCIA. REDIMENSIONAMENTO DE PENA PARA 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO A SER CUMPRIDA NO REGIME ABERTO, MAIS 166 (CENTO E SESSENTA E SEIS) DIAS-MULTA NA FRAÇÃO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO CRIME, SENDO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, NA FORMA DO ART. 44, § 2º DO CPB. 2 : 2.1 NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS MEDIANTE INVASÃO DE DOMICÍLIO, BEM COMO PELO EMPREGO DE VIOLÊNCIA POLICIAL. REJEIÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE A APREENSÃO DAS DROGAS SE DEU NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA DO RECORRENTE. AS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO FORAM UNÍSSONAS EM REVELAR QUE A PRISÃO OCORREU EM VIA PÚBLICA, MEDIANTE PERSEGUIÇÃO DOS RÉUS, SENDO NECESSÁRIO O USO DE TÉCNICA DE IMOBILIZAÇÃO, DIANTE DA RESISTÊNCIA À

PRISÃO. 2.2 REVOGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR QUE DETERMINOU O MONITORAMENTO ELETRÔNICO POR MEIO DE TORNOZELEIRA, TENDO EM VISTA A AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA A SUA MANUTENÇÃO PÓS PROLAÇÃO DE SENTENÇA. PROVIMENTO. A APLICAÇÃO E MANUTENÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR ORA QUESTIONADA NÃO POSSUI FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA, HAVENDO VIOLAÇÃO AO ART. 93, INCISO IX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADEMAIS, NÃO SE REVELA NECESSÁRIA E ADEQUADA A MANUTENÇÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO CONSIDERANDO QUE A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE FOI SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, NÃO HAVENDO COMPROVAÇÃO DE DESRESPEITO À MEDIDA AO LONGO DE SUA APLICAÇÃO. REVOGAÇÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO. 3. APELAÇÕES CONHECIDAS, REJEITADAS AS PRELIMINARES DE NULIDADE, E JULGADAS PARCIALMENTE PROVIDAS. (TJ-BA – APL: 05369350320198050001, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 31/05/2021)

Por conseguinte, resta demonstrada a necessidade de revisão da dosimetria da pena, para a aplicação da diminuição de pena, em face do tráfico privilegiado, na proporção de 2/3 (dois terços), restando definitiva a pena em 02 (dois) anos e 01 (hum) mês de reclusão.

Do mesmo modo, em relação à pena de multa, ante a ausência de elementos que indiquem a real situação econômica do réu (art. 60, do CP) e aproveitando os mesmos critérios estabelecidos para fixação da pena corporal (art. 59, do CP), reduzo, de acordo com a pena mínima estabelecida, para 187 (cento e oitenta e sete) dias-multa, guardando proporcionalidade com a quantidade de pena privativa de liberdade definitivamente imposta.

Desta feita, redimensiona-se a pena do réu para o quantum de para 02 (dois) anos e 01 (hum) mês e multa de 187 (cento e oitenta e sete) dias-multa, no valor equivalente à 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

05 – REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA

A sentença recorrida determinara como regime de cumprimento inicial da pena o semiaberto, contudo, com a redução da pena para 02 (dois anos) e 01 (hum) mês, faz-se necessária sua adequação, para o regime ABERTO, nos termos do art. 33, § 2º, c, do CPB, incumbindo ao juízo da execução proceder à detração penal, levando-se, em conta o período em que o Réu permaneceu preso, no curso da ação penal, bem como a inexistência de elementos efetivos, nos autos, para se proceder, de pronto, à detração, nesta instância.

6. SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS

Em virtude de a condenação do réu em pena privativa de liberdade ter sido de 02 (dois) anos, 01 (um) mês e tendo em vista as circunstâncias judiciais favoráveis, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por duas penas restritivas de direitos, nos termos do § 2º, do citado art. 44 do Código Penal.

Desse modo, deve ser substituída a pena privativa de liberdade aplicada ao Acusado, por 2 (duas) restritivas de direito, a serem escolhidas pelo Juízo das Execuções Penais e Medidas Alternativas, tudo na conformidade

dos arts. 44, 45 e 46 e seus respectivos incisos e parágrafos do Código Penal, com nova redação dada pela citada lei nº 9.714/1998.

Após o trânsito em julgado deve ser designada audiência admonitória para as devidas orientações e advertências ao Apelado e início do cumprimento das penas restritivas de direito aplicadas.

7 – CONCLUSÃO

Pelo quanto expendido, voto no sentido de CONHECER A APELAÇÃO INTERPOSTA PELO RÉU e DAR PARCIAL PROVIMENTO, bem como CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO APELO MINISTERIAL, redimensionando a dosimetria da pena e aplicando o redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.346/2006, que foi reduzida para 02 (dois anos) e 01 (hum) mês de reclusão, em regime aberto, com substituição da pena por duas penas restritivas de direito e, de ofício, reduzir a multa para 187 (cento e oitenta e sete) dias-multa, mantendo inalterados os demais termos da sentença condenatória Salvador, 2022. (data constante na certidão eletrônica de julgamento) Des. Presidente/Relator (assinado eletronicamente) AC16