

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8013409-83.2021.8.05.0250 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: TAILSON OLIVEIRA DA CONCEIÇÃO Advogado (s): MARCELA CONCEICAO DO NASCIMENTO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006 E ARTIGO 14, DA LEI 10.826/2003, PORTE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRELIMINAR DE NULIDADE – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DECISÃO QUE RECEBEU A DENÚNCIA – PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO: PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO APELANTE POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA AUTORIA DELITIVA. IMPROCEDÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. IDONEIDADE DOS DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS E DOS POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO. HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS CONSTANTES DOS AUTOS. RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM RELAÇÃO AO CRIME DO ARTIGO 14 DA LEI 10.826/2003. ACOLHIMENTO. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO DA PENA NO MÍNIMO LEGAL QUANTO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. PENA EXACERBADA EM RAZÃO DA QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA INCURSA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. VIABILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS. PENA APLICADA INFERIOR À 04 (QUATRO) ANOS. RÉU QUE NÃO RESPONDE A OUTRAS AÇÕES PENAIAS. – Cuida-se de apelação criminal interposta por Tailson Oliveira da Conceição, inconformado com a decisão proferida pelo MM Juiz de Direito da 1ª. Vara Criminal da Comarca de Simões Filho/BA, que o condenou pela prática delitiva do Art. 33, da Lei 11.343/2006 e art. 14, caput da Lei 10.826/03, a uma pena de 07 (sete) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, além do pagamento de 498 (quatrocentos e noventa e oito) dias-multa, no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato. – Consta na denúncia que no dia 26 de junho de 2021, por volta das 18h20, na Rua dos Ovos, Goes Calmon, Simões Filho/Ba, o denunciado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, recebeu, guardou e transportou, para fins de tráfico, a quantidade de 224,34g (duzentos e vinte e quatro gramas e trinta e quatro centigramas) de maconha, distribuída em 32 porções; 82,78g, (oitenta e dois gramas e setenta e oito centigramas) de cocaína, distribuída em pedras de crack em diversas pedras pequenas; 85,09g (oitenta e cinco gramas e nove centigramas) de cocaína, distribuída em 32 porções, acondicionadas em microtubos de plástico. – Preliminar de nulidade em razão da ausência de fundamentação da denúncia – a decisão que recebe a denúncia e determina a citação do acusado, mesmo que por um juízo perfunctório, examina implicitamente os pressupostos processuais, condições da ação e a justa causa para o exercício da ação penal. Decisão que não contém cunho decisório, não se equiparando àquelas estabelecidas nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal. A fundamentação referente à rejeição das teses defensivas, nesta fase, deve limitar-se à demonstração da admissibilidade da demanda instaurada, sob pena, inclusive, de indevido prejulgamento no caso de ser admitido o prosseguimento do processo-crime. ((HC 138.089/SC, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 22/03/2010.)) – Autoria e materialidade devidamente comprovadas. Validade dos depoimentos dos policiais em consonância com os demais elementos probatórios. – Reconhecimento do princípio da insignificância em relação ao delito do artigo 14 da Lei 10.826/2003. Crime de mera conduta e de perigo abstrato, ou seja, não é necessária a

efetiva exposição de risco a terceiro, pois a conduta do agente já configura a prática do delito, e segundo entendimento já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, é inaplicável o princípio da insignificância independente da quantidade apreendida (AgRg no REsp n. 1.682.315/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 13/11/2017). Com efeito, da literalidade do artigo 14 da Lei nº 10.826/03 extrai-se que a posse da munição, ainda que isoladamente, já constitui infração penal. O delito de portar munições de arma de fogo não depende de lesão ou perigo concreto para caracterizar sua tipicidade, pois o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim a segurança pública e a paz social, colocados em risco com a posse ou o porte de munições à deriva do controle estatal, mostrando-se irrelevante, portanto, o fato de estar ou não acompanhada de arma de fogo. Todavia, permanece hígida a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como a do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a posse de munição, mesmo desacompanhada de arma apta a deflagrá-la, se adequa à tipicidade penal, de regra, não podendo ser considerada atípica a conduta. Precedentes. – Passou-se a admitir, no entanto, a incidência do princípio da insignificância quando se tratar de posse de ínfima quantidade de munição, desacompanhada de armamento capaz de deflagrá-la, uma vez que ambas as circunstâncias conjugadas denotam a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes. – A possibilidade de incidência do princípio da insignificância não pode levar a situação de proteção deficiente ao bem jurídico tutelado. Portanto, não se deve abrir muito o espectro de sua aplicação, que deve se dar apenas quando for efetivamente mínima a quantidade de munição apreendida, e em conjunto com as circunstâncias do caso concreto, venha a denotar a inexpressividade da lesão. – Com efeito, analisando os precedentes, verifica-se que a insignificância se apresentou em situações nas quais se portava de 1 a 7 munições. Outrossim, a Quinta Turma já considerou que a apreensão de 20 projéteis não autorizava a aplicação do mencionado princípio. A situação apresentada está mais próxima das hipóteses em que se reconheceu a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, possuindo, assim, a nota de excepcionalidade que autoriza a incidência do referido princípio, porquanto apreendidas apenas duas munições calibre .12 e uma munição calibre .38, desacompanhadas de arma de fogo. (HC 480.698/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 27/06/2019). – No caso dos autos, na posse do Apelante foram encontradas 03 (três) munições calibre 12 (doze), não sendo encontrado qualquer outro armamento, quantidade esta contemplada entre os casos excepcionais em que se afastou a tipicidade material do delito. Absolvição do Apelante que se impõe, na forma do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, quanto ao delito do art. 14 da Lei 10.826/03. – Dosimetria da pena em relação ao cometimento do crime do art. 33, caput, da lei 11.343/2006. Pena base fixada em 06 (seis) anos e 03 (três) de meses de reclusão – exasperação da pena base em razão da quantidade e variedade de drogas. Aplicação da atenuante da menor idade – pena estabilizada em 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão. – O mais atual entendimento da Terceira Seção do augusto Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a quantidade e a natureza das drogas podem ser consideradas na primeira ou na terceira fase dosimétricas, só não se admitindo a valoração concomitante, para exasperar a pena-base e para negar o redutor, sob pena de bis in idem. Se, diante dos fundamentos apontados pelo Juízo a quo, este utilizou a quantidade e variedade de drogas para exacerbar a pena base, na terceira fase, na causa

de diminuição, pela incidência da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, não poderá utilizar-se de mesma fundamentação para a não concessão do benefício. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Pena do crime de tráfico de drogas redimensionada, para reconhecer o tráfico privilegiado. Pena fixada em 01 (um) ano, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias. – Pleito subsidiário de substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito acolhido em razão da nova dosimetria. Preenchimento dos requisitos contidos no Art. 44, do Código Penal. APELO CONHECIMENTO E PARCIALMENTE PROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 8013409.83.2021.8.05.0250, da Comarca de Simões Filho/BA, tendo como Apelante TAILSON OLIVEIRA DA CONCEIÇÃO e Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO APELO, pelas razões e termos expostos no voto que se segue. Salvador, . PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Procedente em parte Por Unanimidade Salvador, 31 de Janeiro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8013409-83.2021.8.05.0250 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: TAILSON OLIVEIRA DA CONCEIÇÃO Advogado (s): MARCELA CONCEICAO DO NASCIMENTO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de apelação criminal interposta por TAILSON OLIVEIRA DA CONCEIÇÃO, inconformado com a decisão proferida pelo MM Juiz de Direito da 1ª. Vara Criminal da Comarca de Simões Filho/BA, que o condenou pela prática delitiva do Art. 33, da Lei 11.343/2006 e art. 14, caput da Lei 10.826/03, a uma pena de 07 (sete) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, além do pagamento de 498 (quatrocentos e noventa e oito) dias-multa, no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato. Consta na denúncia que no dia 26 de junho de 2021, por volta das 18h20, na Rua dos Ovos, Goes Calmon, Simões Filho/Ba, o denunciado, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, recebeu, guardou e transportou, para fins de tráfico, a quantidade de 224,34g (duzentos e vinte e quatro gramas e trinta e quatro centigramas) de maconha, distribuída em 32 porções; 82,78g, (oitenta e dois gramas e setenta e oito centigramas) de cocaína, distribuída em pedras de crack em diversas pedras pequenas; 85,09g (oitenta e cinco gramas e nove centigramas) de cocaína, distribuída em 32 porções, acondicionadas em microtubos de plástico. Conforme apurado, durante operação realizada pela Polícia Militar no bairro Ponto Parada, policiais militares avistaram dois indivíduos em situação suspeita, oportunidade em que procederam a abordagem, sendo identificados Eduardo Soares Conceição e Tailson Oliveira da Conceição. Durante busca pessoal realizada, os policiais encontraram em poder de Tailson Oliveira: 03 munições calibre 12, 7 trouxas de maconha, 2 pedras de cocaína, 103 pedras de crack, a quantia de R\$123,50, além de 263 pinos de cocaína. Já em poder de Eduardo Soares foram encontrados: 5 munições de fuzil, 25 trouxas de maconha, 01 balança de precisão, além da quantia de R\$178,00. Após regular tramitação processual, sobreveio sentença condenatória. Inconformado, Tailson Oliveira da Conceição, interpôs Apelação, ID nº. 32821985, requerendo em suas razões recursais, ID nº. 32822006, inicialmente, preliminar de nulidade do recebimento da denúncia, ao argumento de ausência de fundamentação. No mérito, requer a reforma da sentença para absolvê-lo, em razão de insuficiência probatória. Subsidiariamente, pleiteia a redução da pena no seu patamar mínimo, em

razão de lhe serem favoráveis todas as circunstâncias judiciais, bem como requer o reconhecimento do tráfico privilegiado, com a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, na forma do art. 44, ss, do Código Penal. Em sede contrariedade o Ministério Público, ID nº. 32822009, manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto, haja vista estarem comprovadas a autoria e materialidade do ilícito em comento. A douta Procuradoria de Justiça, em parecer, ID nº. 34764835, opinou pelo conhecimento do Apelo, afastamento da preliminar de nulidade e, no mérito, pelo não provimento do recurso interposto. Tudo visto e bem examinado, elaborei o presente Relatório, que ora submeto à apreciação do douto Desembargador Revisor. É o relatório. Salvador/BA, 10 de janeiro de 2023. Des. Aliomar Silva Britto – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8013409-83.2021.8.05.0250 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: TAILSON OLIVEIRA DA CONCEIÇÃO Advogado (s): MARCELA CONCEICAO DO NASCIMENTO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO O recurso preenche todos os pressupostos necessários à sua admissibilidade, por isso dele conheço. Cuida-se de Apelação Criminal apresentada por TAILSON OLIVEIRA DA CONCEIÇÃO, inconformado com a decisão proferida pelo MM Juiz de Direito da 1ª. Vara Criminal da Comarca de Simões Filho, que o condenou pela pratica delitiva do Art. 33, da Lei 11.343/2006 e art. 14, caput da Lei 10.826/03, a uma pena de 07 (sete) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, além do pagamento de 498 (quatrocentos e noventa e oito) dias-multa, no valor de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato. Consta na denúncia que, no dia 26 de junho de 2021, por volta das 18h20, na Rua dos Ovos, Goes Calmon, Simões Filho, o denunciado, cientes da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, recebeu, guardou e transportou, para fins de tráfico, a quantidade de 224,34g (duzentos e vinte e quatro gramas e trinta e quatro centigramas) de maconha, distribuída em 32 porções; 82,78g, (oitenta e dois gramas e setenta e oito centigramas) de cocaína, distribuída em pedras de crack em diversas pedras pequenas; 85,09g (oitenta e cinco gramas e nove centigramas) de cocaína, distribuída em 32 porções, acondicionadas em microtubos de plástico. Nas razões recursais, suscita, inicialmente, preliminar de nulidade da denuncia, ao argumento de ausência de fundamentação. No mérito, requer a a absolvição do crime de tráfico e do crime de posse ilegal de munição, por insuficiência probatória. Lado outro, alega a ocorrência do princípio da insignificância para o crime do art. 14 da Lei 10.826/03. Subsidiariamente, requer redução da pena ao patamar do mínimo legal, em razão de lhe serem favoráveis as circunstância judiciais, bem como a aplicação do tráfico privilegiado previsto no parágrafo 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, no seu grau máximo. Por fim, requer a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direito, nos termos do art. 44 do Código Penal. DA PRELIMINAR DE NULIDADE – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO DA DENUNCIA. Argui o Apelante nulidade do processo em razão da ausência de fundamentação quando do recebimento da denuncia. Todavia, urge esclarecer que, a decisão que recebe a denúncia oferecida pelo Órgão acusador, não detém cunho decisória, logo, não pode ser equiparada àquela decisões estabelecidas nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal. Urge ressaltar que, a decisão que recebe a denuncia e determina a citação do acusado, mesmo que por um juízo perfunctório, examina implicitamente os pressupostos processuais, condições da ação e a justa causa para o exercício da ação

penal, pois, se assim não fosse, caso o juízo efetuasse um juízo aprofundado, haveria o risco de se antecipar o resultado do julgamento, com violação aos princípios indispensáveis, quais sejam o contraditório e a ampla defesa. O entendimento acima explicitado é consagrado nos nossos Tribunais Superiores, Vejamos: "(...) NÃO SE EXIGE QUE O ATO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA SEJA FUNDAMENTADO. – O ato judicial que formaliza o recebimento da denúncia oferecida pelo Ministério Público não se qualifica nem se equipara, para os fins a que se refere o art. 93, inciso IX, da Constituição, a ato de caráter decisório. O juízo positivo de admissibilidade da acusação penal, ainda que desejável e conveniente a sua motivação, não reclama, contudo, fundamentação." (HC 93056/PE, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJ de 15-05-2009) ."(...) PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS . ART. 396-A DO CPP. LEI nº 11.719/2008. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. MOMENTO PROCESSUAL. ART. 396 DO CPP. RESPOSTA DO ACUSADO. PRELIMINARES. MOTIVAÇÃO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. I – A par da divergência doutrinária instaurada, na linha do entendimento majoritário (Andrey Borges de Mendonça; Leandro Galluzzi dos Santos; Walter Nunes da Silva Junior; uiz Flávio Gomes; Rogério Sanches Cunha e Ronaldo Batista Pinto), é de se entender que o recebimento da denúncia se opera na fase do art. 396 do Código de Processo Penal. II – Apresentada resposta pelo réu nos termos do art. 396-A do mesmo diploma legal, não verificando o julgador ser o caso de absolvição sumária, dará prosseguimento ao feito, designando data para a audiência a ser realizada. III – A fundamentação referente à rejeição das teses defensivas, nesta fase, deve limitar-se à demonstração da admissibilidade da demanda instaurada, sob pena, inclusive, de indevido prejulgamento no caso de ser admitido o prosseguimento do processo-crime. IV – No caso concreto a decisão combatida está fundamentada, ainda que de forma sucinta. Ordem denegada. "(HC 138.089/SC, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJ de 22/03/2010.) Dessa forma, há que se enfatizar que a decisão de recebimento da denuncia, é uma decisão de natureza interlocutória mista, onde se analisa a presença dos pressupostos processuais, as condições da ação e a justa causa, não havendo a necessidade de fundamentação. Segue, portanto, rejeitada a preliminar de nulidade suscitada. Mérito. DA ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVA De início, consigna-se que a materialidade e a autoria delitivas encontram-se cabalmente comprovadas nos autos através do Auto de prisão em Flagrante, do Auto de Exibição e Apreensão, do Laudo Pericial, consoante se pode verificar no ID nº. 32821920 e pelos depoimentos das testemunhas. A materialidade do fato criminoso restou demonstrada por todos estes elementos acima citados, bem como pelo Laudo de Exame de Constatação e pelo Laudo de Exame Químico Toxicológico definitivo, que deu conta que a substância apreendida tratava-se de "cocaína". Já a Autoria se revela inconteste, mormente pelos depoimentos dos policiais que participaram das diligências e efetuaram a prisão flagrancial do Apelante. O Policial militar SD/PM Afonso Freitas, ao relatar em juízo, os fatos delitivos atribuídos ao Apelante, assim discorreu: "... que, em 16 de junho de 2021, a guarnição do declarante chegou ao local, quando avistou elementos que empreenderam fuga; que, quando os dois indivíduos foram alcançados, foi realizada a abordagem e averiguou-se que ambos portavam considerável quantidade de drogas, como maconha, que estava embalada em saquinhos; que o declarante se recorda que foi encontrada uma garrucha danificada, que não aparentava condições de uso; que também tinha aproximadamente duas munições de fuzil; que o declarante se recorda que foi encontrada uma balança de precisão, de cor branca; que a região onde o acusado estava é

uma localidade com alta incidência de crimes, inclusive tráfico de drogas; que, justamente pelo nível de periculosidade, o declarante e demais policiais militares são aconselhados a não adentrarem sozinhos, pois é comum serem recebidos pelos traficantes com disparos de armas de fogo; (...) que o acusado Tailson e seu comparsa Eduardo foram conduzidos com as drogas até a presença de autoridade policial; que o declarante acompanhou a PETO, que faz parte da 22ª CPM; que o aspirante Afonso era o coordenador de área; que o declarante estava comandando a guarnição do PETO e o comandante Afonso estava como coordenador da outra guarnição; que tinham mais pessoas que correram ao avistar a polícia, que estavam juntos aos acusados; que a polícia militar só conseguiu alcançar Tailson e Eduardo; que o declarante acompanhou toda a revista; que a bolsa estava com um dos réus; que ambos os réus tinham em seus bolsos saquinhos contendo drogas como maconha.” Importante também transcrever o depoimento da testemunha, CB/PM Antonio Marcos Barros da Silva, também policial militar, ouvido sob o crivo do contraditório, declarou: “ ... que, em 16 de junho de 2021, a guarnição do declarante chegou ao local, quando avistou elementos que empreenderam fuga; que, quando os dois indivíduos foram alcançados, foi realizada a abordagem e averiguou-se que ambos portavam considerável quantidade de drogas, como maconha, que estava embalada em saquinhos; que o declarante se recorda que foi encontrada uma garrucha danificada, que não aparentava condições de uso; que também tinha aproximadamente duas munições de fuzil; que o declarante se recorda que foi encontrada uma balança de precisão, de cor branca; que a região onde o acusado estava é uma localidade com alta incidência de crimes, inclusive tráfico de drogas; que, justamente pelo nível de periculosidade, o declarante e demais policiais militares são aconselhados a não adentrarem sozinhos, pois é comum serem recebidos pelos traficantes com disparos de armas de fogo; (...) que o acusado Tailson e seu comparsa Eduardo foram conduzidos com as drogas até a presença de autoridade policial; que o declarante acompanhou a PETO, que faz parte da 22ª CPM; que o aspirante Afonso era o coordenador de área; que o declarante estava comandando a guarnição do PETO e o comandante Afonso estava como coordenador da outra guarnição; que tinham mais pessoas que correram ao avistar a polícia, que estavam juntos aos acusados; que a polícia militar só conseguiu alcançar Tailson e Eduardo; que o declarante acompanhou toda a revista; que a bolsa estava com um dos réus; que ambos os réus tinham em seus bolsos saquinhos contendo drogas como maconha.” Dessa forma se revela incontestemente a autoria pelos diversos elementos encontrados no momento em que a droga foi apreendida, a forma como estava acondicionada e pelos depoimentos das testemunhas, não havendo como negar a finalidade comercial da droga, revelando o dolo do réu. Vale ressaltar que, em relação aos depoimentos dos policiais, não há qualquer justificativa para se questionar sobre sua credibilidade. O fato de as testemunhas da acusação serem policiais não invalidam os seus depoimentos, servindo perfeitamente como prova testemunhal do crime. Veja-se que, pela aplicação do princípio da igualdade, haverá, como qualquer outra testemunha, o compromisso de dizer a verdade conforme estipulado no artigo 203 do CPP e, se o policial fizer alguma afirmação falsa, calar ou ocultar a verdade, então o Juiz que estiver tomando o depoimento, com força no artigo 211 do CPP, determinará a instauração de inquérito para apurar o crime de falso testemunho. Com efeito, não é razoável admitir-se que o Estado possa credenciar pessoas para a função repressiva e, sem elementos cabais de prova, negar-lhes crédito quando de sua estrita atividade. Conforme a doutrina tradicional, os depoimentos dos policiais,

especialmente quando colhido em juízo, com respeito ao contraditório e que não forma contraditórios, são válidos. Sobre o tema, explica Julio Fabbrini Mirabete: "Não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha." (Processo penal. 10. ed., São Paulo: Atlas, 2000, p. 306). Para Fernando Capez: "Os policiais não estão impedidos de depor, pois não podem ser considerados testemunha inidôneas ou suspeitas, pela mera condição funcional. (...) Necessário, portanto, que seus depoimentos sejam corroborados por testemunhas estranhas aos quadros policiais. Assim, em regra, trata-se de uma prova a ser recebida com reservas, ressalvando-se sempre a liberdade de o juiz, dependendo do caso concreto, conferir-lhe valor de acordo com a sua liberdade de convicção." (Curso de processo penal. 9. ed. Saraiva: São Paulo, 2003. Nesta mesma linha de inteligência, a jurisprudência de nossos Tribunais Superiores tem decidido no sentido de que, é válido o testemunho prestado por agente policial, não contraditado nem desqualificado, na medida em que provém de agente público no exercício de suas funções e não destoa do conjunto probatório. Corroborando tal entendimento, vem assim decidindo os Tribunais: "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. SENTENÇA FUNDAMENTADA. CONDENAÇÃO AMPARADA EM TESTEMUNHOS PRESTADOS POR POLICIAIS. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO. (...) 2. Não há óbice a que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do réu sejam considerados na sentença como elemento de prova amparador da condenação, desde que colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de cognição, tal como na hipótese, em que a expressiva quantidade de droga apreendida – 24 (vinte e quatro) invólucros com crack – revela não ser o entorpecente destinado a consumo próprio. (...)". (STJ, HC 162131/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 21/06/2010) "(...) É válido testemunho prestado por agente policial, não contraditado ou desqualificado, na medida em que provém de agente público no exercício de suas funções e não destoa do conjunto probatório. Precedentes. (...)". (ACR 2006.38.02.001052-8/MG, Rel. Desembargador Federal Cândido Ribeiro, Terceira Turma, e-DJF1 p.22 de 31/07/2009) Outrossim, as provas produzidas de forma exaustiva, são suficiente para a constatação da materialidade do crime de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, não tendo a defesa trazidas aos autos elementos suficientes para contrapor e elidir a imputação ao Apelante. Dessa forma, constato que o réu não se desincumbiu do ônus de trazer justificativa plausível para afastar o juízo condenatório realizado em seu desfavor. Meridianamente claro, deste modo, pelo raciocínio lógico aqui desenvolvido, que a tese de negativa de autoria apresentada pelo Apelante em juízo, e sustentada na presente apelação não tem consistência perante os elementos de prova trazidos aos autos, muito pelo contrário, há no "in folio", volto a frisar, materiais probandi apto à condenação, restando a autoria e a materialidade da prática do crime de tráfico de drogas e poses ilegal de arma de fogo afigurados, o que impossibilita o acolhimento da tese de absolvição, sustentada pela defesa. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO – EXCLUDENTE DE ATIPICIDADE DECORRENTE DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA EM RELAÇÃO DO DELITO DO ARTIGO 14 DA LEI 10.826/2003. O crime previsto no artigo 14 da Lei nº 10.826/03, porte irregular de arma de fogo de uso permitido, é de mera conduta e de perigo abstrato, ou seja, não é necessária a efetiva exposição de risco a terceiro, pois a conduta do agente já configura a prática do delito, e

segundo entendimento já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, é inaplicável o princípio da insignificância independentemente da quantidade apreendida (AgRg no REsp n. 1.682.315/RJ, Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, DJe 13/11/2017) . A intenção do legislador foi resguardar os bens jurídicos tutelados pelo Estado no intuito de evitar que esses fossem violados por algum ato decorrente da conduta típica. Portanto, para configurar o tipo penal estabelecido pelo artigo 14 da Lei n. 10.826/03, é prescindível a comprovação do perigo concreto, sendo típica a conduta de possuir projéteis de arma de fogo em desacordo com determinação legal, ainda que desacompanhados de arma de fogo. Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal já pacificou entendimento no sentido de que mostra -se irrelevante, no caso, cogitar-se da lesividade da conduta de portar apenas a munição, porque a hipótese é de crime de perigo abstrato, para cuja caracterização não importa o resultado concreto da ação (Cf. acórdão no HC 113295, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 13/11/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-239 DIVULG 05-12-2012 PUBLIC 06-12-2012.). Com efeito, da literalidade do artigo 14 da Lei nº 10.826/03 extrai-se que a posse da munição, ainda que isoladamente, já constitui infração penal. A propósito, José Geraldo da Silva leciona:" É importante destacar que o tipo penal fez referência ao termo 'munição' no singular, o que nos permite afirmar que a simples posse ou guarda de uma única munição caracterizaria o delito em análise, desde que, por óbvio, a munição esteja apta para ser disparada. (SILVA, José Geraldo da. BONINI, Paulo Rogério. LAVORENTI, Wilson. Leis Penais Anotadas. 12ª Edição. Campinas, SP: Millennium. Editora, 2011, p. 720/721.) Outrossim, o delito de portar munições de arma de fogo não depende de lesão ou perigo concreto para caracterizar sua tipicidade, pois o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim a segurança pública e a paz social, colocados em risco com a posse ou o porte de munições à deriva do controle estatal, mostrando-se irrelevante, portanto, o fato de estar ou não acompanhada de arma de fogo. No caso dos autos, encontra-se devidamente comprovada o perigo abstrato capaz de gerar lesão ao bem estar social decorrente da apreensão de projéteis de arma de fogo, na posse do Apelante, tornando evidente a tipicidade da conduta. Logo, aquele que porta munições sem a devida licença incide no crime definido no art. 14 do Estatuto do Desarmamento, sendo presumido o risco de dano, não havendo que se falar em absolvição por atipicidade da conduta ou insignificância. Neste sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ART. 16 DA LEI 10.826/2003. ARMA DESMUNICIADA. DELITO DE PERIGO ABSTRATO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Não há ofensa ao princípio da colegialidade quando o relator acolhe ou nega provimento ao recurso, em virtude da decisão impugnada estar em consonância com jurisprudência dominante da Corte Suprema ou de Tribunal Superior, nos termos da Súmula 568/STJ. 2. Consoante entendimento firmado no julgamento do AgRg nos EAREsp n. 260.556/SC, o crime previsto no art. 14 da Lei n. 10.826/2003 é de perigo abstrato, sendo irrelevante o fato de a arma estar desmuniçada ou, até mesmo, desmontada ou estragada, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim a segurança pública e a paz social, colocados em risco com o porte de arma de fogo sem autorização ou em desacordo com determinação legal, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo do artefato através de laudo pericial. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1465987/DF, Rel. Ministro

RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 16/05/2019, DJe 21/05/2019). AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ART. 14 DO CP. ARMA DESMUNICIADA E DESMONTADA. IRRELEVÂNCIA. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. PRECEDENTES. ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE QUE A ARMA ESTAVA APTA A SER DISPARADA. NECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ÓBICE PREVISTO NA SÚMULA 7/STJ. 1. Em relação ao porte de arma de fogo desmuniada e desmontada, esta Corte Superior uniformizou o entendimento de que o tipo penal em apreço é de perigo abstrato. Precedentes. 2. Ademais, para entender como pretende o agravante – no sentido de que a arma não oferecia perigo de dano, lesividade ou ameaça alguma à incolumidade pública – seria necessário o revolvimento fático-probatório dos autos – e não sua reavaliação –, o que se mostra incabível em razão do óbice previsto na Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1367442/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 14/12/2018) . Há que se ressaltar que esse relator não desconhece os precedentes do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal que defendem a tese suscitada no recurso, no entanto, o afastamento do tipo penal ocorre apenas em caráter excepcional, há que se considerar a diminuta apreensão de munições e a não apreensão da arma de fogo. Assim decidiu os Tribunais Superiores. PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. VIA INADEQUADA. NÃO CONHECIMENTO. ARTS. 12 E 16, CAPUT, DA LEI N.º 10.826/2003. PROTEÇÃO DO DOMICÍLIO (ART. 5º, INCISO XI, DA CF). POSSIBILIDADE DE INGRESSO. LICITUDE DA PROVA. FLAGRANTE BEM DELIMITADO. POSSE/PORTE DE MUNIÇÕES. AUSÊNCIA DE ARMA. IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DOS DELITOS, EM TESE. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. POSSIBILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE MUNIÇÃO. AUSÊNCIA DE ARTEFATO. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. ENTENDIMENTO QUE NÃO PODE LEVAR À PROTEÇÃO DEFICIENTE. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO. POSSE DE 2 (DUAS) MUNIÇÕES CALIBRE 12 E 1 (UMA) MUNIÇÃO CALIBRE .38, DESACOMPANHADAS DE ARMA DE FOGO. INEXPRESSIVIDADE DA LESÃO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. – O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir 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. – A Suprema Corte definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/R0, Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJe 08/10/2010). (REsp n. 1.498.689/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 27/02/2018, DJe 08/03/2018). No caso, os depoimentos dos policiais confirmam que os pacientes, perseguidos por se encontrarem em atitude suspeita, pouco antes de serem abordados, dispensaram duas munições de calibre 12, e após serem detidos, os flagranteados foram até a residência de JEFFERSON com os policiais, tendo sido nela encontrada mais uma munição. Diante disso, a entrada na residência pelos policiais foi legitimada pelas circunstâncias do caso, que indicavam a ocorrência de um crime (porte de munição sugerindo a posse de artefato bélico), tendo havido, assim, justa causa para a invasão domiciliar, e não ilegalidade. – Permanece hígida a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como a do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que a posse de munição,

mesmo desacompanhada de arma apta a deflagrá-la, se adequa à tipicidade penal, de regra, não podendo ser considerada atípica a conduta. Precedentes. – Passou-se a admitir, no entanto, a incidência do princípio da insignificância quando se tratar de posse de ínfima quantidade de munição, desacompanhada de armamento capaz de deflagrá-la, uma vez que ambas as circunstâncias conjugadas denotam a inexpressividade da lesão jurídica provocada. Precedentes. – A possibilidade de incidência do princípio da insignificância não pode levar a situação de proteção deficiente ao bem jurídico tutelado. Portanto, não se deve abrir muito o espectro de sua aplicação, que deve se dar apenas quando for efetivamente mínima a quantidade de munição apreendida, e em conjunto com as circunstâncias do caso concreto, venha a denotar a inexpressividade da lesão. Com efeito, analisando os precedentes, verifica-se que a insignificância se apresentou em situações nas quais se portava de 1 a 7 munições. Outrossim, a Quinta Turma já considerou que a apreensão de 20 projéteis não autorizava a aplicação do mencionado princípio. – A situação apresentada está mais próxima das hipóteses em que se reconheceu a possibilidade de aplicação do princípio da insignificância, possuindo, assim, a nota de excepcionalidade que autoriza a incidência do referido princípio, porquanto apreendidas apenas duas munições calibre .12 e uma munição calibre .38, desacompanhadas de arma de fogo. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para absolver o paciente DANIEL FERREIRA DA SILVA da imputação do crime do art. 16, caput, da Lei n.º 10.826/2003 e para absolver o paciente JEFFERSON DE OLIVEIRA DA SILVA da imputação dos crimes dos arts. 12 e 16, caput, da Lei n.º 10.826/2003, nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal. (HC 480.698/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 27/06/2019, negritei) Portanto, neste caso em especial, vê-se que, tão somente foram encontrados com o Apelante 03 (três) munições, calibre 12 (doze), logo, esta quantidade está contemplada entre os casos excepcionais em que se afastou a tipicidade material do delito, cabendo destacar, ainda, que nenhuma arma de fogo foi encontrada em poder direto ou indireto do Réu, inexistindo sequer notícia de algum artefato bélico a sua disponibilidade. Neste esboço, salvo melhor juízo, merece ser acolhido o pedido de absolvição, em virtude da ausência de ofensividade ao bem jurídico tutelado, resultando na atipicidade do fato, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal em relação ao delito do art. 14 da Lei 10.826/03. APLICAÇÃO DA PENA NO MÍNIMO LEGAL EM RELAÇÃO AO DELITO DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. A pena cominada ao delito varia entre 05 (cinco) e 15 (quinze) anos de reclusão e, no caso em análise, fora fixada em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, tendo o magistrado sentenciante, na segunda fase, reconhecendo e aplicando a atenuante, em razão da época do fato, ter o apelante 19 (dezanove) anos, mostrando-se a reprimenda adequada ao fato, não ensejando modificações para diminuição ou aumento, até em razão da inexistência de causas legais de aumento ou diminuição. Entendo que houve correta individualização e quantificação da pena pelo d. Julgador monocrático em todas as fases da dosimetria, que exasperou a pena em virtude da grande quantidade e variedade de drogas apreendidas na posse do Apelante, restou a pena estabilizada em 05 (cinco) anos 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias, não havendo qualquer reparo a ser efetuado neste tocante. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º da Lei nº 11.343/06. O artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 dispõe que: "Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar,

produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)" Todavia, o magistrado sentenciante não analisou se o Apelante preenchia os requisitos necessários para a benesse do multicitado artigo. Não obstante os judiciosos argumentos defensivos, o mais atual entendimento da Terceira Seção do augusto Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a quantidade e a natureza das drogas podem ser consideradas na primeira ou na terceira fase dosimétricas, só não se admitindo a valoração concomitante, para exasperar a pena-base e para modular o redutor, sob pena de bis in idem. A saber: "HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DIRETRIZES FIRMADAS NO ERESP 1.887.511/SP. USO APENAS SUPLETIVO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA NA TERCEIRA FASE. PROPOSTA DE REVISÃO DE POSICIONAMENTO. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO HÁ ANOS PELAS CORTES SUPERIORES. ACOLHIDO NO ARE 666.334/AM PELO STF. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM 1/6. ORDEM CONCEDIDA. 1. Esta Corte – HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 – e o Supremo Tribunal Federal – AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, 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. 2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Eresp 1.887.511/SP, de Relatoria do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (em 9/6/2021), fixou as seguintes diretrizes para a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 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 da Lei n. 11.343/2006. 2 – sua utilização supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, somente pode ocorrer quando esse vetor 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 utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas na primeira etapa, para fixação da pena-base. (grifos no original). 3. Embora tenha externado a minha opinião pessoal, inúmeras vezes, sobre a impossibilidade de se aplicar a minorante especial da Lei de Drogas nos casos de apreensões de gigantescas quantidades de drogas – p. ex. toneladas, 200 ou 300 kg – por ser deduzível que apenas uma pessoa envolvida habitualmente com a traficância teria acesso a esse montante de entorpecente, a questão não merece discussão, uma vez que está superada, diante do posicionamento contrário do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 4. Todavia, proponho a revisão das orientações estabelecidas

nos itens 1 e 2 do Eresp 1.887.511/SP, especificamente em relação à aferição supletiva da quantidade e da natureza da droga na terceira fase da dosimetria. 5. No julgamento do ARE 666.334/AM, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Pleno do STF, em análise da matéria reconhecida como de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência de que 'as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena'. O resultado do julgado foi assim proclamado: Tese As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015. Tema 712 – Possibilidade, em caso de condenação pelo delito de tráfico de drogas, de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. 6. Portanto, diante da orientação consolidada há tempos pelas Cortes Superiores, proponho mantermos o posicionamento anterior, conforme acolhido no ARE 666.334/AM, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da penabase quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena 7. Precedentes recentes do STF no mesmo sentido: RHC 207256 AgR, Relator (a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/12/2021; RHC 192.643 AgR, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/5/2021). 8. Hipótese em que o Juiz de origem afastou o redutor do tráfico privilegiado por entender que a expressiva quantidade de droga apreendida (147 quilos de maconha) não qualificaria o réu como pequeno e iniciante no comércio ilícito de entorpecentes. Contudo, o STF tem posicionamento firme de que 'A quantidade de droga apreendida não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006' (RHC 138117 AgR, Relatora: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/12/2020, publicado em 6/4/2021). 9. Assim, verificado o atendimento dos requisitos do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, reduzo a pena em 1/6, atento ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343.2006 (expressiva quantidade de droga apreendida – 147 quilos de maconha). 10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do ora agravante para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 486 dias-multa." (STJ – HC 725.534, Rel.(a): Min.(a) Ribeiro Dantas, TERCEIRA SEÇÃO, julgamento em 27/04/2022, publicação da súmula em 01/06/2022). "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. DOSIMETRIA. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA JÁ UTILIZADA NA PRIMEIRA FASE. MODULAÇÃO DO REDUTOR INDEVIDA. PATAMAR MÁXIMO CONCEDIDO. EMBARGOS ACOLHIDOS. EFEITO MODIFICATIVO. 1. 'A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712)' (REsp n. 1.887.511/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1/7/2021). 2. A Terceira Seção deste STJ, na apreciação do HC 725.534/SP, revisou as diretrizes estabelecidas no EREsp n. 1.887.511/SP e firmou

o entendimento de que é possível a utilização do critério da natureza e quantidade da droga apreendida tanto para a fixação da pena-base, quanto para a modulação da minorante do tráfico privilegiado – nesse último caso, ainda que sejam os únicos elementos aferidos. Todavia, é necessário que sejam considerados apenas em uma das fases da dosimetria da pena. 3. No caso, a elevada quantidade apreendida de maconha – 23,166kg – justificaria a aplicação da benesse na fração mínima de 1/6. Contudo, já tendo sido valorada para aumentar a pena-base, imprópria a utilização concomitante para modular a causa de diminuição em fração diversa da máxima, sob pena de bis in idem. 4. Embargos de declaração acolhidos para conferir efeitos modificativos ao julgado, a fim de estabelecer a fração de redução da minorante do tráfico no patamar máximo, fixando-se a pena definitiva em 2 anos e 4 meses de reclusão, além de 233 dias-multa. (STJ – EDcl nos EDcl no HC 723.643, Rel.(a): Desembargador Convocado Olindo Menezes, SEXTA TURMA, julgamento em 08/11/2022, publicação da súmula em 11/11/2022). No caso em apreço, a pena-base foi fixada em 06 (seis) anos e 03 (três) meses, sendo exasperada em 01 (um) ano e 03 (três) meses em com fundamento na quantidade e qualidade das drogas apreendidas, restando estabilizada em razão da atenuante da menor idade em 05 (cinco) anos e 02 (dois) meses, logo, com respaldo no entendimento do Superior Tribunal de Justiça, já tendo sido utilizada a quantidade a variedade de drogas para exasperar a pena base é impróprio a utilização concomitante para não conceder a benesse do § 4º, do Art. 33, da Lei 11.343/2006, se o Apelante preenche os requisitos necessários para tal desiderato. Por esta razão, faz jus o Apelante a benesse do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006. DA NOVA DOSIMETRIA. Assim sendo, necessário se faz o realização da nova dosimetria, com base no novo entendimento do Superior Tribunal de Justiça, em virtude da ausência de ofensividade ao bem jurídico tutelado, resultou na atipicidade do fato, nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal em relação ao delito do art. 14 da Lei 10.826/03, sendo o Apelante absolvido do cometimento do delito. Quanto ao crime do art. 33 da Lei 11.343/2006, restou fixada a pena em 05 (cinco) anos e 02 (dois) meses, que com o reconhecimento da benesse do § 4º, do Art. 33 da Lei 11.343/2006, resta estabilizada em 01 (um) ano, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias. DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS Em pleito subsidiário, o Apelante pugna que a pena privativa de liberdade seja substituída pela restritiva de direitos. O artigo 44 do Código Penal dispõe que: “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: 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; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.” Da análise dos autos, verifica-se que a pena aplicada é inferior a quatro anos. Além disso, o acusado não responde a outras ações penais, não é reincidente, mostrando a medida socialmente recomendável na espécie, consistente em prestações de serviços à comunidade, cujas condições de cumprimento deverão ser estabelecida pelo Juízo da Execução. Diante do exposto, VOTO pelo CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL do apelo interposto, para redimensionar a pena aplicada, para nos termos do artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal, absolver o Apelante da prática do delito do art. 14 da Lei 10.826/03, bem como reconhecer o tráfico privilegiado,

redimensionando a pena para 01 (um) ano, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias, substituindo a pena aplicada, na forma do art. 44 do Código Penal, por uma pena restritiva de direito, consistente em prestações de serviços à comunidade, cujas condições de cumprimento deverão ser estabelecida pelo Juízo da Execução. Sala das sessões, de de 2023. Presidente Relator Procurador (a) de Justiça