

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO CRIMINAL nº.: 8150655-58.2022.8.05.0001 CLASSE: APELAÇÃO CRIMINAL JUÍZO DE ORIGEM: 3ª VARA DOS FEITOS RELATIVOS A TÓXICOS DE SALVADOR (BA). ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA. RELATOR DES. JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTOR DE JUSTIÇA: LUIZ ESTÁCIO LOPES DE OLIVEIRA APELADO: RODRIGO RUBENS VIANA DEFENSORIA PÚBLICA: MARIA TERESA CARNEIRO S. C. ZARIF EMENTA. PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME PREVISTO NO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. 1) PRELIMINAR. DECLARAÇÃO DE ATIPICIDADE PROCESSUAL ABSOLUTA. NÃO REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA PARA A REQUISIÇÃO DO LAUDO PERICIAL DEFINITIVO. INVIABILIDADE. ÓRGÃO MINISTERIAL QUE SE COMPROMETERA EM APRESENTAR O LAUDO PERICIAL JUNTO ÀS ALEGAÇÕES FINAIS. PRECLUSÃO. PRECEDENTES DA CORTE DA CIDADANIA. REJEIÇÃO. 2) MÉRITO. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. EXISTÊNCIA. AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO. LAUDO DE CONSTATAÇÃO. DEPOIMENTOS POLICIAIS FIRMES E CONSONANTES. RELEVÂNCIA. PRECEDENTES DA CORTE DA CIDADANIA E DO PRETÓRIO EXCELSO. CRIME FORMAL, PLURINUCLEAR E DE MERA ATIVIDADE. AGENTE QUE FLEXIONOU UM DOS VERBOS DESCRITOS NO CAPUT, DO ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/2006. NEGATIVA DE AUTORIA. TESE ISOLADA. INVIABILIDADE EM PRODUZIR O RECHAÇO A TODO ARCABOUÇO PROBATÓRIO ENGENDRADO. PROVIMENTO. 3) DOSIMETRIA. 1ª FASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS. ARTIGO 42 DA LEI Nº. 11.343/2006. ANTECEDENTES. EXISTÊNCIA. 2ª ETAPA. INEXISTÊNCIA DE AGRAVANTES/OU ATENUANTES. 3ª ESTÁGIO. AUSÊNCIA DE CAUSAS DE AUMENTO E INAPLICABILIDADE DO PRIVILÉGIO. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. HABITUALIDADE. PRECEDENTES DA CORTE DA CIDADANIA. 4) PREQUESTIONAMENTO. MATÉRIA DEVIDAMENTE EXAMINADA. PREJUDICADO. 5) CONCLUSÃO: RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA CONDENAR O APELADO PELO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006, À REPRIMENDA DE 06 (SEIS) ANOS, 09 (NOVE) MESES E 10 (DEZ) DIAS, ALÉM DE 1.495 (UM MIL QUATROCENTOS E NOVENTA E CINCO) DIAS MULTA, CADA DIA CORRESPONDENTE À 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS, EM REGIME INICIAL FECHADO. ACÓRDÃO Relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL nº 8150655-58.2022.8.05.0001, oriunda da Comarca de Salvador/BA., tendo como Apelante o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e, Apelado, o RODRIGO RUBENS VIANA; ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER DO RECURSO E DAR-LHE PROVIMENTO, para condenar o Recorrido pela prática do crime previsto no 33, caput, da Lei 11.343/2006, conforme certidão de julgamento. Sala de Sessões, data registrada no sistema. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido Por Unanimidade Salvador, 22 de Janeiro de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO CRIMINAL nº.: 8150655-58.2022.8.05.0001 CLASSE: APELAÇÃO CRIMINAL JUÍZO DE ORIGEM: 3ª VARA DOS FEITOS RELATIVOS A TÓXICOS DE SALVADOR (BA). ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA. RELATOR DES. JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTOR DE JUSTIÇA: LUIZ ESTÁCIO LOPES DE OLIVEIRA APELADO: RODRIGO RUBENS VIANA DEFENSORIA PÚBLICA: MARIA TERESA CARNEIRO S. C. ZARIF RELATÓRIO Trata-se de APELAÇÃO CRIMINAL, interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, inconformado com a Sentença absolutória proferida pelo Juízo de Direito da a 3ª Vara dos

feitos relativos a Tóxicos da comarca de Salvador/BA., que julgou improcedente o pedido acusatório do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. Narrou a exordial que: “Consta nos inclusos autos de inquérito policial que, no dia 12 de setembro de 2022, Policiais Militares a bordo da viatura de prefixo 93720, em ronda de rotina, na localidade da rua da Alegria, bairro da Liberdade, nesta cidade, cumprindo o seu papel legal de prevenção ao crime, terminou por abordar o ora denunciado. Nesse momento, após revista pessoal, encontrou uma pochete em posse do denunciado, que no interior continha; 40 (quarenta) porções de uma erva análoga a maconha, 53 (cinquenta e três) cápsulas contendo uma substância esbranquiçada, semelhante a cocaína e 03 (três) cápsulas contendo uma substância esbranquiçada, semelhante a cocaína, 01 (um) recipiente contendo pó esbranquiçado, aparentando ser a mesma substância entorpecente, 06 (seis) recipientes plásticos, contendo uma substância líquida, aparentando ser “Loló”, e uma quantia de 24 (vinte e quatro) reais em espécie. Consta que, em razão da quantidade e forma como estavam armazenadas as substâncias, procedeu-se à condução e lavratura do auto de flagrante, ao qual se fez anexar Laudo de Constatação de nº 030712/01, onde consignaram os peritos tratar-se de 193,68g (cento e noventa e três gramas e sessenta e oito centigramas) correspondendo à massa bruta de amostra vegetal seca, parte prensada, de coloração verde-amarronzada, constituída por fragmentos de talos e folhas, inflorescências e frutos ablongos, distribuídas em 41 (quarenta e uma) porções, sendo uma porção maior embalada em plástico preto e 40 (quarenta) porções menores embaladas em pedaços de plástico incolor; 35,30g (trinta e cinco gramas e trinta centigramas) de massa bruta de substância sólida de cor branca sob a forma de pó, distribuídas em 53 (cinquenta e três) porções acondicionadas em microtubos de plástico verde e incolor, contidos em saco plástico incolor; 101,28g (cento e uma gramas e vinte e oito gramas) de massa bruta de substância sólida de cor branca sob a forma de pó, distribuído sob forma de porção acondicionada em recipiente plástico com as inscrições “Fermento em pó químico”, “Dona Benta”; 0,72g (setenta e dois centigramas) de massa bruta de substância sólida de cor amarela sob a forma de “pedras”, distribuídas em 08 (oito) porções, sendo 07 (sete) porções embaladas em papel alumínio e uma porção embalada em plástico incolor, contidas em saco plástico incolor; 06 (seis) flaconetes de plástico esbranquiçados, sendo 03 (três) maiores, apresentadas em etiquetas nas cores: amarela, azul e vermelha e 03 (três) menores, contendo líquido incolor; sendo testadas tais substâncias, que resultaram positivo para maconha, cocaína e clorofórmio. O indício suficiente de autoria vem demonstrado pelo depoimento do condutor e testemunhas de apresentação, que reconhecem o denunciado como autor do crime. As provas colhidas na fase de investigação revelam características de tráfico, tais como a postura do denunciado no momento que antecedeu a abordagem policial, a substância apreendida e forma de acondicionamento fracionada, apontam para a destinação de venda a usuários, subsumindo-se o comportamento do denunciado a uma das múltiplas condutas do crime de tráfico de drogas”. (SIC) Dessa forma, foi denunciado nos termos do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Devidamente citado, o Apelado apresentou Resposta, ID. 302347995, tendo a Denúncia sido recebida no ID. 364861759. Houve assentada de instrução, ID. 375589585, tendo o Ministério Público, por ocasião das Alegações Finais, requerido a condenação do Apelado, nos termos da exordial (ID. 378823439). A Defesa, por sua vez, em suas derradeiras razões, requereu a absolvição, tendo em vista a suposta ausência de prova da materialidade delitiva, porque não

fora juntado Laudo definitivo e, ainda, por ausência de provas suficientes para a condenação. No ID nº. 52604185, o Juízo Primevo proferiu Sentença, cujo dispositivo: “Da análise dos autos, verifiquei quanto à materialidade do caso em questão, que o laudo toxicológico definitivo não foi juntado aos autos. Além disso, em audiência, foi concedido prazo para que o Ministério Público promovesse à juntada do laudo definitivo quando da apresentação de suas alegações finais, veja-se: “Aberta a audiência, foram ouvidas as testemunhas arroladas pela denúncia, SD/PM Cristiano de Jesus Lago, mat. 30.528.333-9, SD/PM Tarcisio Ribeiro de Oliveira, mat. 30.586.207-8 e SD/PM Hailender Presley Santos, mat. 30.643.039-5. A defesa desistiu das testemunhas indicadas. Em seguida, o réu foi qualificado e interrogado. O MP se comprometeu em juntar o Laudo Pericial aos autos concomitante com as alegações finais.”(ID 375589585). O laudo definitivo é indispensável para a comprovação da materialidade delitiva nos delitos de tráfico de drogas, disciplinam os arts. 50, §§ 1º e 3º e 50-A, da Lei 11.343/06. O STJ já pacificou o tema, atestando a imprescindibilidade da apresentação do laudo toxicológico definitivo para apuração da materialidade delitiva, veja-se: EMENTA: PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. É imprescindível, para a condenação pelo crime de tráfico de drogas, que seja anexado o laudo toxicológico definitivo, concluindo que a falta desse laudo conduz à absolvição do acusado por falta de materialidade delitiva. Precedentes. 3. Somente em situação excepcional poderá a materialidade do crime de drogas ser suportada por laudo de constatação, quando permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes. 4. A prova testemunhal não tem o condão de suprir a ausência do laudo definitivo, na medida em que somente tem relevância no que diz respeito à autoria e não à materialidade do delito, daí a imprescindibilidade. 5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para absolver o paciente dos delitos previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, a ele imputados na Ação Penal n. 0005247-21.2014.8.19.0016. (STJ – HC: 350996 RJ, 2016/0062707-0, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 24/08/2016, S3 – TERCEIRA SEÇÃO). No caso, forçoso é se reconhecer que o Ministério Público não provou, na forma da lei, a materialidade delitiva, uma vez que não juntou o laudo toxicológico definitivo da droga apreendida.. Sendo assim, não restando comprovada a materialidade do crime, não há como afirmar sobre a sua ocorrência certeza do crime, sendo imperativa a absolvição do acusado. Ante o exposto, julgo improcedentes os pedidos e ABSOLVO Rodrigo Rubens Viana, por ausência de materialidade.”(SIC) A Defensoria Pública se cientificou acerca do Decisum, ID nº. 52604186, com intimação pessoal do Recorrido, ID nº. 52604187, e interposição de Apelação, com razões, pelo Ministério Público do Estado da Bahia, consoante ID nº. 52604192, pugnando, ao cabo: “Ex positis, requer o Ministério Público que seja dado provimento ao recurso pela Colenda Câmara, para em consequência, ser decretada a nulidade da sentença objurgada, anulando todos os atos posteriores à instrução criminal e determinar o retorno dos autos ao Juízo de origem, com o

intuito de ser proferida uma nova decisão, após a prévia manifestação das partes a respeito do laudo definitivo ulteriormente anexado, por ser da mais sábia e lúdima JUSTIÇA!." (SIC) As Contrarrazões ao Recurso interposto foram apresentadas no ID nº. 52604195, pelo conhecimento e desprovemento do Apelo. O feito fora distribuído, mediante sorteio, consoante ID nº. 52651345 e despachado, ID nº. 52650697, com vista à Procuradoria de Justiça, a qual apresentara Parecer, ID nº. 54103777, "pelo CONHECIMENTO do presente recurso de apelação e pelo seu PROVIMENTO PARCIAL, rejeitando-se a preliminar e provendo-se o mérito, para que o apelado RODRIGO RUBENS VIANA seja condenado como incurso nas sanções art. 33, caput, da Lei Antidrogas". (SIC) Efetuou-se nova conclusão dos autos. É o que insta, brevemente, relatar. Sala de Sessões, data registrada no sistema. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO CRIMINAL nº.: 8150655-58.2022.8.05.0001 CLASSE: APELAÇÃO CRIMINAL JUÍZO DE ORIGEM: 3ª VARA DOS FEITOS RELATIVOS A TÓXICOS DE SALVADOR (BA). ÓRGÃO JULGADOR: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA. RELATOR DES. JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTOR DE JUSTIÇA: LUIZ ESTÁCIO LOPES DE OLIVEIRA APELADO: RODRIGO RUBENS VIANA DEFENSORIA PÚBLICA: MARIA TERESA CARNEIRO S. C. ZARIF VOTO 1 – PRESSUPOSTOS DE ADMISSIBILIDADE Conhece-se do Recurso, eis que presentes os requisitos objetivos e subjetivos para a sua admissibilidade. Passa-se, portanto, à sua análise. 2 – PRELIMINAR. DECLARAÇÃO DA ATIPICIDADE PROCESSUAL ABSOLUTA. NÃO REALIZAÇÃO DE DILIGÊNCIA PARA A REQUISIÇÃO DO LAUDO PERICIAL DEFINITIVO. INVIABILIDADE. ÓRGÃO MINISTERIAL QUE SE COMPROMETERA EM APRESENTAR O LAUDO PERICIAL JUNTO ÀS ALEGAÇÕES FINAIS. PRECLUSÃO. PRECEDENTES DA CORTE DA CIDADANIA. REJEIÇÃO. Da minuciosa anamnese processual, verifica-se que o Ministério Público, preliminarmente, pugnou pela declaração de nulidade processual absoluta, haja vista a suposta inexistência de cumprimento da diligência para a requisição de laudo pericial definitivo. Não lhe assiste razão, entretanto. Ve-se, pois, consoante salientado pela Procuradoria de Justiça, com relevo, que, de fato, houve o pedido na cota ministerial, mas, tendo em vista que a diligência não tivera sido cumprida, o próprio Parquet ajustara com o Juízo que, ao cabo da instrução processual, adotaria as providências necessárias para colacioná-lo aos autos. Observe-se, ao caminhar por este escopo, aquilo que ficara disposto na Ata de Audiência de Instrução de ID nº. 52604175: "[...] Aos 21 de março de 2023, nesta cidade SALVADOR, às 11:00, na sala de audiência desta 3ª Vara de Tóxicos, onde se achavam presentes o (a) Exmo (a). Sr (a). Juiz (a), EDUARDO AUGUSTO LEOPOLDINO SANTANA, Juiz de Direito, comigo Estagiária de Direito, bem como o Réu, Rodrigo Rubens Viana, acompanhado de sua Defensora Pública, Bela. Camila Berenguer, presente a Representante do Ministério Público, Bela. Iara Augusto da Silva. Assistiram a audiência as estudantes de Direito, Gabriela Maciel Melo e Thais da Cruz Reis de Oliveira. Aberta a audiência, foram ouvidas as testemunhas arroladas pela denúncia, SD/PM Cristiano de Jesus Lago, mat. 30.528.333-9, SD/PM Tarcisio Ribeiro de Oliveira, mat. 30.586.207-8 e SD/PM Hailender Presley Santos, mat. 30.643.039-5. A defesa desistiu das testemunhas indicadas. Em seguida, o réu foi qualificado e interrogado. O MP SE COMPROMETEU EM JUNTAR O LAUDO PERICIAL AOS AUTOS CONCOMITANTE COM AS ALEGAÇÕES FINAIS. Pelo MM.Juiz foi dito que: Não havendo diligências dou por encerrada a Instrução. Intime-se o Ministério Público e a Defesa para no prazo sucessivo de 05 (cinco) dias, apresentarem suas alegações finais. Após,

concluso para sentença. [...]” (grifos aditados). Nota-se, com clarividência, que o Órgão Ministerial se comprometera em juntar, com as alegações finais, o Laudo Pericial definitivo relativo às substâncias proscritas, fato que não ocorrera. Ou seja, não se trata de uma deficiência do Juízo de primeiro grau no seu mister, haja vista a inequívoca avença perpetrada entre os Órgãos julgador e acusatório, respectivamente. Para além mais, queda-se necessário sublinhar que este não é o momento processual adequado para perpetrar a alegação subexamine, porque devidamente fulminado pela preclusão, tanto temporal quanto consumativa: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EM HABEAS CORPUS RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. ART. 121, § 2º, IV E VII, C.C ART. 14, II, POR DUAS VEZES, AMBOS DO CÓDIGO PENAL, E ART. 2ª, § 2ª, DA LEI N. 12.850/2013. ALEGAÇÃO DE NULIDADE ARGUIDA APÓS A DECISÃO DE PRONÚNCIA. PRECLUSÃO. PRODUÇÃO DE PROVA. INDEFERIMENTO MOTIVADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1. Embargos declaratórios com nítidos intuitos infringentes devem ser recebidos como agravo regimental, em homenagem ao princípio da fungibilidade recursal. 2. Esta Corte já se pronunciou no sentido de que, nos termos do artigo 571, inciso I, do Código de Processo Penal, as máculas ocorridas no decorrer da instrução criminal dos processos de competência do júri devem ser arguidas em sede de alegações finais, sob pena de preclusão. Precedentes. 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não se acolhe alegação de nulidade por cerceamento de defesa, em função do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, pois o magistrado, que é o destinatário final da prova, pode, de maneira fundamentada, indeferir a realização daquelas que considerar protelatórias ou desnecessárias ou impertinentes (REsp. 1.519.662/DF, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 1/9/2015). 4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, ao qual se nega provimento”. (STJ – EDcl no HC: 589547 CE 2020/0143916-6, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 01/09/2020, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/09/2020)(grifos acrescidos) “PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGAÇÃO DE NULIDADE ABSOLUTA. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO QUANTO AO LAUDO PERICIAL DO APARELHO CELULAR. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PRINCÍPIO DO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte é reiterada no sentido de que a decretação da nulidade processual, ainda que absoluta, depende da demonstração do efetivo prejuízo por aplicação do princípio do pas de nullité sans grief. No caso em análise, além de preclusa a questão, como consignado no acórdão recorrido, a defesa não logrou demonstrar qual o prejuízo experimentado em razão da alegada falta de intimação para se manifestar acerca do laudo pericial. 2. Agravo regimental desprovido”. (STJ – AgRg no AgRg no AREsp: 1709692 SC 2020/0131735-9, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 08/09/2020, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/09/2020 Diante do exposto, rejeita-se, de plano, a preliminar ventilada. 3 – MÉRITO. CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. EXISTÊNCIA. AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO. LAUDO DE CONSTATAÇÃO. DEPOIMENTOS POLICIAIS FIRMES E CONSONANTES. RELEVÂNCIA. PRECEDENTES DA CORTE DA CIDADANIA E DO PRETÓRIO EXCELSO. CRIME FORMAL, PLURINUCLEAR E DE MERA ATIVIDADE. AGENTE QUE FLEXIONOU UM DOS VERBOS DESCRITOS NO CAPUT, DO ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/2006. NEGATIVA DE AUTORIA. TESE ISOLADA. INVIABILIDADE EM PRODUZIR O RECHAÇO DE TODO O ARCABOUÇO PROBATÓRIO ENGENDRADO. PROVIMENTO. Houve pleito, pelo Parquet, pela a condenação do

Recorrido, haja vista a existência de provas suficientes de materialidade e autoria quanto a consumação da conduta delitiva estampada no artigo 33, caput, da Lei nº. 11.434/2006. Razão assiste ao Órgão Ministerial. Ao perfilar por esta linha de inteligência, verifica-se que materialidade está devidamente estampada no Auto de Exibição e Apreensão à fl. 21, do ID. 52603234, bem assim do Laudo de Constatação às fl. 46/47 do ID, 52603234, segundo os quais, foram apreendidas, em poder do Apelado, “40 (quarenta) porções de maconha, com massa total de 193,68g (cento e noventa e três gramas e sessenta e oito centigramas); 53 (cinquenta e três) porções de cocaína, sendo 35,30g (trinta e cinco gramas e trinta centigramas) de cocaína em forma de pó e 0,72g (setenta e dois centigramas) em forma de pedras de crack; e 06 (seis) porções de clorofórmio líquido, vulgarmente conhecido como lóló”. (SIC) Vê-se que o Juízo de 1º grau, quando da Sentença, afirmara que havia falecimento da materialidade, porquanto o Laudo de Constatação definitivo não houvera sido juntado aos autos. Ocorre, contudo, consoante é de sabença primordial, que a Corte da Cidadania tem entendido, há muito, sobre a prescindibilidade de Laudo Pericial definitivo, quando a materialidade possa ser verificada através de outros meios idôneos; e quando o exame preliminar for confeccionado por perito criminal, fato que ocorrera no caso em destre, veja-se: “HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. IMPOSSIBILIDADE DE CONDENAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS ACERCA DA MATERIALIDADE DO DELITO. EXISTÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS APTOS A COMPROVAR A PRÁTICA DO CRIME. IRRELEVÂNCIA. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. IMPRESCINDIBILIDADE DE APREENSÃO DE DROGAS NA POSSE DIRETA DO AGENTE. ORDEM CONCEDIDA, COM EXTENSÃO, DE OFÍCIO AOS CORRÉUS. No julgamento do HC n. 350.996/RJ, de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, a Terceira Seção reconheceu, à unanimidade, que o laudo toxicológico definitivo é imprescindível para a comprovação da materialidade dos delitos envolvendo entorpecentes, sem o qual é forçosa a absolvição do acusado, admitindo-se, no entanto, em situações excepcionais, que a materialidade do crime de tráfico de drogas possa ser demonstrada por laudo de constatação provisório, desde que ele permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo e haja sido elaborado por perito oficial, em procedimento e conclusões equivalentes. Por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.544.057/RJ, de relatoria do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (DJe 9/11/2016), a Terceira Seção desta Corte uniformizou o entendimento de que a ausência do laudo toxicológico definitivo implica a absolvição do acusado, por ausência de provas acerca da materialidade do delito, e não a nulidade da sentença. Foi ressalvada, no entanto, a possibilidade de se manter o édito condenatório quando a prova da materialidade delitiva estiver amparada em laudo preliminar de constatação, dotada de certeza idêntica ao do definitivo, certificado por perito oficial e em procedimento equivalente, que possa identificar, com certo grau de certeza, a existência dos elementos físicos e químicos que qualifiquem a substância como droga, nos termos em que previsto na Portaria n. 344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. Pelo que decidido nos autos dos EREsp n. 1.544.057/RJ, é possível inferir que, em um ou outro caso, ou seja, com laudo toxicológico definitivo ou, de forma excepcionalíssima, com laudo de constatação provisório, é necessário que sejam apreendidas drogas. Em outros termos, para a condenação de alguém pela prática do crime de tráfico de drogas, é necessária a apreensão de drogas e a consequente elaboração ao menos de laudo preliminar, sob pena de se impor a absolvição do réu, por ausência de provas acerca da materialidade do delito. Pelo

raciocínio desenvolvido no julgamento dos referidos EREsp n. 1.544.057/RJ, também é possível depreender que, nem mesmo em situação excepcional, a prova testemunhal ou a confissão do acusado, por exemplo, poderiam ser reputadas como elementos probatórios aptos a suprir a ausência do laudo toxicológico, seja ele definitivo, seja ele provisório assinado por perito e com o mesmo grau de certeza presente em um laudo definitivo. O art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 apresenta-se como norma penal em branco, porque define o crime de tráfico com base na prática de dezoito condutas relacionadas a drogas – 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 –, sem, no entanto, trazer a definição do elemento do tipo "drogas". Segundo o parágrafo único do art. 1º da Lei n. 11.343/2006, "consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União." Portanto, a definição do que sejam "drogas", capazes de caracterizar os delitos previstos na Lei n. 11.343/2006, advém da Portaria n. 344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (daí a classificação doutrinária, em relação ao art. 33 da Lei n. 11.343/2006, de que se está diante de uma norma penal em branco heterogênea). Vale dizer, por ser constituída de um conceito técnico-jurídico, só será considerado droga o que a lei (em sentido amplo) assim reconhecer como tal. Mesmo que determinada substância cause dependência física ou psíquica, se ela não estiver prevista no rol das substâncias legalmente proibidas, ela não será tratada como droga para fins de incidência da Lei n. 11.343/2006. No entanto, para a perfectibilização do tipo previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é necessário mais do que isso: é necessário que a substância seja efetivamente apreendida e periciada, para que se possa identificar, com grau de certeza, qual é o tipo de substância ou produto e se ela (e) efetivamente encontra-se prevista (o) na Portaria n. 344/1998 da Anvisa. A caracterização do crime de tráfico de drogas prescinde de apreensão de droga em poder de cada um dos acusados; basta que, evidenciado o liame subjetivo entre os agentes, haja a apreensão de drogas com apenas um deles para que esteja evidenciada, ao menos em tese, a prática do delito em questão. Assim, a mera ausência de apreensão de drogas na posse direta do agente não afasta a materialidade do delito de tráfico quando estiver delineada a sua ligação com outros integrantes da mesma organização criminosa que mantinham a guarda dos estupefacientes destinados ao comércio proscrito", conforme decidido por ocasião do julgamento do HC n. 536.222/SC, de relatoria do Ministro Jorge Mussi (5ª T., DJe de 4/8/2020). Na hipótese dos autos, embora os depoimentos testemunhais e as provas oriundas das interceptações telefônicas judicialmente autorizadas tenham evidenciado que a paciente e os demais corréus supostamente adquiriam, vendiam e ofereciam "drogas" a terceiros – tais como maconha, cocaína e crack –, não há como subsistir a condenação pela prática do delito descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, se, em nenhum momento, houve a apreensão de qualquer substância entorpecente, seja em poder dela, seja em poder dos corréus ou de terceiros não identificados. Apesar das diversas diligências empreendidas pela acusação, que envolveram o monitoramento dos acusados, a realização de interceptações telefônicas, a oitiva de testemunhas (depoimentos de policiais) etc., não houve a apreensão de droga, pressuposto da materialidade delitiva. Assim, mesmo sendo possível extrair dos autos

diversas tratativas de comercialização de entorpecentes pelos acusados, essas provas podem caracterizar o crime de associação para o tráfico de drogas, mas não o delito de tráfico em si. Ao funcionar como regra que disciplina a atividade probatória, a presunção de não culpabilidade preserva a liberdade e a inocência do acusado contra juízos baseados em mera probabilidade, determinando que somente a certeza pode lastrear uma condenação. A presunção de inocência, sob tal perspectiva, impõe ao titular da ação penal todo o ônus de provar a acusação, quer a parte objecti, quer a parte subjecti. Não basta, portanto, atribuir a alguém conduta cuja compreensão e subsunção jurídico-normativa, em sua dinâmica subjetiva – o ânimo a mover a conduta –, decorre de avaliação pessoal de agentes do Estado, e não dos fatos e das circunstâncias objetivamente demonstradas. Uma vez que houve clara violação da regra probatória inerente ao princípio da presunção de inocência, não há como subsistir a condenação da acusada no tocante ao referido delito, por ausência de provas acerca da materialidade. Permanece hígida a condenação da ré no tocante ao crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei n. 11.343/2006), haja vista que esta Corte Superior de Justiça entende que, para a configuração do referido delito, é irrelevante a apreensão de drogas na posse direta do agente. Precedentes. Embora remanescente apenas a condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas, deve ser mantida inalterada a imposição do regime inicial fechado. Isso porque, embora a acusada haja sido condenada a reprimenda superior a 4 e inferior a 8 anos de reclusão, teve a pena-base desse delito fixada acima do mínimo legal, circunstância que, evidentemente, autoriza a fixação de regime prisional mais gravoso do que o permitido em razão da pena aplicada. Ordem de habeas corpus concedida, a fim de absolver a paciente em relação à prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, objeto do Processo n. 0001004-55.2016.8.12.0017, por ausência de provas acerca da materialidade do delito. Extensão, de ofício, dos efeitos da decisão a todos os corréus, para também absolvê-los no tocante ao delito de tráfico de drogas”. (STJ – HC: 686312 MS 2021/0255481-2, Relator: SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 12/04/2023, S3 – TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 19/04/2023)(grifos acrescidos) Está, dessa forma, atendida a redação do artigo 158 do Código Penal Brasileiro, visto que o Laudo pericial elencado às fls. 46/47, do ID nº. 52603234, fora elaborado por perita criminal do Laboratório Central de Polícia Técnica – DPT/SSP/BA. Note-se, neste diapasão, que houve o emprego das técnicas próprias e necessárias à perícia de entorpecentes, inclusive com a realização de exames macroscópicos, físicos e químicos, quedando-se, pois, o Laudo em análise, em documento idôneo e apto, estreme de dúvidas, a comprovar a materialidade do delito. Na mesma toada, sustenta-se a autoria. O SD/PM CRISTIANO DE JESUS LAGO, testemunha compromissada, afirmou, em seu depoimento, que: “Que lembra do acusado, se recorda. Que estravam em ronda na localidade da Alegria, conhecida pelo tráfico, inclusive com confrontos com a Polícia. O réu, quando percebeu a presença, tentou evadir. Foi alcançado, fez a busca pessoal e foram encontrados os entorpecentes. Não fez a busca pessoal, era o comandante. As drogas estavam em um saco e pronta para serem comercializadas. Se recorda que tinha dinheiro também, Se recorda de maconha e cocaína. A abordagem foi em via pública. Recorda-se vagamente de loló, mas lembra bem de de maconha e cocaína. A mesma guarnição da abordagem foi aquele que o apresentou à Autoridade Policial. Ele tentou evadir, estava muito nervoso, tentou criar situações para abordagem, mas fora contido e conduzido à Delegacia. É uma localidade de



tráfico de drogas, tomada pela facção Bonde do Maluco. Naquela região, só é permitido atuar quem faz parte do BDM". Outrossim, observa-se que o Investigador de SD/PM TARCÍSIO RIBEIRO DE OLIVEIRA, também testemunha compromissada, asseverou que: "Que o reconhece. Que recorda dos fatos. Que ele fora preso por posse de drogas. Que fora em via pública. Que fez a revista nele. Que as drogas estava em uma tiracolo. Tenho certeza que tinha maconha. Que estava em ronda, quando avistou e foi para fazer a abordagem, ele tentou correr e foi alcançado. Essa rua tem muito tráfico de drogas. Que ele tentou evadir várias vezes. Acredito que seja BDM a facção que domina o bairro. O material estava fracionado para comércio. Tinham outras vasilhas pequenas, eu não sei nem se ela loló. Tinham uns frascos que eu acredito ser loló". Na mesma liça, o SD/PM HAILANDER PRESLEY SANTOS: "Que o reconhece. Que ao abordá-lo, ele estava com uma tira coloco, um saco na mão. Que tentou evadir. Que é um local que já teve troca de tiros. Tinha grande quantidade de entorpecentes. Tinha cocaína, maconha, alguns tubos aparentando ser lança-perfume. Ele tentou evadir. Não sei se ele integra facção". O Apelado, em seu interrogatório, negou os fatos, afirmando que não tinha nada em mãos e que, inclusive, estava acompanhado de sua esposa e seu enteado. Afirmou, ademais, que é usuário de substâncias entorpecentes e que não estava na posse de nenhuma droga no dia do flagrante. Por fim, testilhou que a abordagem se dera como fruto de perseguição. De logo, percebe-se que a negativa de autoria, por parte do Recorrido, fora ponto isolado nos autos, não encontrando consonância com o arcabouço probatório coligido. Noutro enfoque, tem-se que os depoimentos dos Policiais Militares foram circunstanciados e consonantes entre si, com o reconhecimento do Apelado e minúcias acerca dos fatos entabulados na exordial, os quais foram devidamente ratificados. Sublinhe-se que, com espeque no entendimento jurisprudencial consolidado, os depoimentos de testemunhas policiais, em regra, possuem plena eficácia probatória, sendo tal presunção afastada apenas na presença de motivos concretos que coloquem em dúvida a veracidade de suas declarações. Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal: "VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. – O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos." (HC 73518/SP, 1ª T., Relator: Ministro Celso de Mello, j. 26-03-1996, DJe 18-10-1996). Em esquitante acepção, a jurisprudência, há muito pacificada, do Superior Tribunal de Justiça: "(...) (a) Ademais, os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções. Em sendo assim, tais depoimentos revestem-se de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes do STJ e do STF (Resp. 604815/BA, 5ª T., Relatora: Ministra Laurita Vaz, j. 23-08-2005, DJe 26-09-2005); (b) (...) Os policiais que participaram da custódia em flagrante podem figurar como testemunhas. (HC 45653/PR, 6ª T., relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, j. 16-02-2006, DJe 13-03-2006)." (grifos

nossos). APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. Materialidade e autoria comprovadas pelo registro de ocorrência, pelo auto de apreensão (497 gramas de crack) e pelos laudos de constatação da natureza da substância, além da prova oral produzida nos autos, dando conta da prática do narcotráfico pelo acusado. O depoimento prestado pelos agentes da segurança merece especial relevância quando não verificada qualquer razão plausível a justificar um possível falso testemunho. Não haveria sentido o Estado credenciar policiais para realizar a segurança pública e, ao depois, em juízo, se lhes retirar a credibilidade de seus depoimentos por terem desempenhado regularmente suas funções. (AgRg no AREsp 1554118/RN, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/02/2020, DJe 12/02/2020). Ante o exposto, nego provimento ao recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 27 de março de 2020. MINISTRO NEFI CORDEIRO Relator (grifos nossos). É, outrossim, o entendimento adotado por essa Corte: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. RECURSO SEM PREPARO. RECEBIMENTO. EM AÇÕES PENAIS PÚBLICAS, O PREPARO PODE SER REALIZADO APÓS O TRÂNSITO EM JULGADO. ENTENDIMENTO DO STF. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. TESTEMUNHAS FIRMES E HARMÔNICAS ENTRE SI. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. ENTENDIMENTO DO STJ. RECORRER EM LIBERDADE. DESPROVIMENTO. RISCO DE REITERAÇÃO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Recurso recebido, ainda que sem prévio preparo. Conforme entendimento consolidado do STF, em ações penais públicas, as custas somente são exigíveis após o trânsito em julgado. O Apelante Valdemar José Roberto foi flagrantado mantendo, em seu estabelecimento comercial, 50" petecas "de cocaína, pesando 50,1g. Quanto a Sebastião José dos Santos, no momento do flagrante, trazia consigo 03" petecas "de cocaína, além de manter, escondidas em um cano no quintal de sua residência, 202" petecas "de cocaína, pesando 125,76 g. Ambos tentam atribuir o crime a um menor de 17 anos, porém essa versão está em conflito com as demais provas dos autos. Oitiva judicial de três policiais que são firmes e harmônicos em apontar os Réus como autores do delito. Ao Acusado Valdemar, condenado a 05 anos de reclusão no regime inicial semiaberto, foi negado o direito de recorrer em liberdade. Permanência dos requisitos do art. 312 do CPP. Risco de reiteração da conduta. Garantia da ordem pública. O Apelante responde a outro processo, com sentença condenatória, por tráfico de drogas. Não há incompatibilidade entre o regime inicial semiaberto e a prisão cautelar, se os requisitos da prisão provisória estiverem presentes. Orientação do STJ. O Réu está custodiado no Conjunto Penal de Juazeiro, que dispõe de estrutura para a execução provisória no regime semiaberto. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0505508-43.2016.8.05.0146, Relator (a): Carlos Roberto Santos Araújo, Segunda Câmara Criminal – Primeira Turma, Publicado em: 11/04/2018) (TJ-BA – APL: 05055084320168050146, Relator: Carlos Roberto Santos Araújo, Segunda Câmara Criminal – Primeira Turma, Data de Publicação: 11/04/2018) (grifos nossos) Note-se, neste diapasão, que a consumação do delito ficou patente, visto que os elementos probatórios são cabais à demonstrar que, de fato, as substâncias foram encontradas com o Recorrido, embaladas para consumo, em quantidade e variedade típicas para a mercância, não havendo dúvidas, dessarte, da prática do Crime de Tráfico de Drogas. Apenas a fim de ratificar o quanto adredemente entabulado, leia-se a jurisprudência da Corte Cidadã, no que concerne aos múltiplos verbos existentes no tipo penal consubstanciado no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, in verbis:

"PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. TIPO CRIMINAL DE AÇÃO MÚLTIPLA. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 OU 33, § 3º, AMBOS DA LEI N. 11.343/06. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DELINEADO NOS AUTOS. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. I – Inicialmente, vale dizer que o tráfico de drogas é crime de ação múltipla, e, como tal, a prática de um dos verbos contidos no art. 33, caput, da Lei de Drogas, já é suficiente para a consumação da infração. II – O eg. Tribunal de origem declinou, de forma explícita, as razões – com base nas provas carreadas aos autos – pelas quais concluiu pela manutenção da condenação da ora agravante quanto ao delito de tráfico de drogas, bem como pela impossibilidade de desclassificação da conduta. Destacou-se, outrossim, que os policiais afirmaram que "as Rés gritarem" marijuana" e presenciaram estas oferecerem, aos transeuntes, os doces confeccionados com maconha" (fl. 788), portanto, restando comprovado que a agravante e as corrés estavam na posse coletiva de material entorpecente, expondo-os à venda. III – Assim, não há que se falar em absolvição ou desclassificação, visto que o delito é tipo criminal de ação múltipla, o qual se consuma pela prática de qualquer um dos núcleos previstos no art. 33, da Lei n. 11.343/2006. IV – Na hipótese, entender de modo contrário ao estabelecido pelo eg. Tribunal a quo para absolver ou desclassificar a conduta da recorrente, como pretende a Defesa, demandaria, necessariamente, o revolvimento, no presente recurso, do material fático-probatório dos autos, inviável nesta instância. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp: 2160831 RJ 2022/0203986–0, Data de Julgamento: 07/02/2023, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/02/2023) (grifos acrescidos) Necessário, portanto, prover o pleito vindicado. 3 – DOSIMETRIA Inicialmente, quanto à primeira fase do sistema dosimétrico, no que pertine às circunstâncias judiciais de natureza subjetiva (antecedentes, conduta social e personalidade do agente), necessário valorar negativamente os ANTECEDENTES. Isto porque, o Recorrido fora condenado nos autos tombados sob o número 0501942–94.2020.8.05.0001, por crime anterior, cujo trânsito em julgado correra em 09/02/2023. No que tange às circunstâncias objetivas (motivos, circunstâncias e consequências do crime), nada há que já não se relacione intimamente à gravidade da conduta do tráfico de drogas. Imprescindível, entretanto, VALORAR NEGATIVAMENTE A QUANTIDADE E NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS encontradas, em face do quanto entabulado no artigo 42 da Lei 11.343/06, haja vista terem sido apreendidas em posse do Apelado vultosa quantidade de entorpecentes: 40 (QUARENTA) PORÇÕES DE MACONHA, COM MASSA TOTAL DE 193,68G (CENTO E NOVENTA E TRÊS GRAMAS E SESENTA E OITO CENTIGRAMAS); 53 (CINQUENTA E TRÊS) PORÇÕES DE COCAÍNA, SENDO 35,30G (TRINTA E CINCO GRAMAS E TRINTA CENTIGRAMAS) DE COCAÍNA EM FORMA DE PÓ E 0,72G (SETENTA E DOIS CENTIGRAMAS) EM FORMA DE PEDRAS DE CRACK; E 06 (SEIS) PORÇÕES DE CLOROFÓRMIO LÍQUIDO, VULGARMENTE CONHECIDO COMO LOLÓ. Ademais, vislumbra-se a natureza altamente nociva e o elevado grau de dependência gerados por parte dos entorpecentes encontrados, a exemplo do crack e cocaína, autorizando, destarte, a exasperação da reprimenda basilar. Nesse sentido é o entendimento firmado pelos Tribunais Superiores: HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. NULIDADE. OFENSA AO MÉTODO TRIFÁSICO. NÃO OCORRÊNCIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. NÃO CONHECIMENTO. (...) 2. É assente na jurisprudência desta Corte que não há violação ao art. 59 do Código Penal quando a majoração da

pena-base é devidamente fundamentada com fulcro na natureza e na quantidade de drogas apreendidas, à luz do disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006. 3. Foram adotados fundamentos concretos para justificar a exasperação da pena-base acima do mínimo legal, não parecendo arbitrário o quantum imposto, tendo em vista a quantidade e a natureza da droga apreendida – 202,7 g de crack – (art. 42 da Lei n.º 11.343/2006). 3. Habeas corpus não conhecido. (STJ – HC: 312009 ES 2014/0333914-9, Relator: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 19/05/2015, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 27/05/2015). Pois bem. Este Desembargador entende ser devida a incidência de critério dosimétrico mais proporcional, de modo a considerar a média aritmética entre a pena máxima e a pena mínima abstratamente previstas no tipo penal como o patamar máximo que a pena-base pode alcançar, sendo devida a readequação da sanção mínima nesses termos. A partir desse raciocínio, caso todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP sejam valoradas negativamente, a pena-base será fixada na média aritmética entre os limites abstratos da sanção penal. Do contrário, a segunda fase de aplicação da pena pode não ter nenhuma eficácia, visto que não poderá superar o patamar máximo fixado em abstrato, à luz do entendimento sumulado do STJ, materializado no enunciado de nº 231. Desta forma, é imprescindível destacar a inexistência de parâmetros legais aritméticos para a fixação da pena-base, a qual deve ser estabelecida conforme o princípio da discricionariedade motivada e dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ao perfilhar por esta linha de inteligência, notabiliza-se, ainda, a ausência de determinação legal expressa sobre eventual exigência matemática a ser empregada para o quantitativo da reprimenda basilar, ou, ainda, para as circunstâncias atenuantes e agravantes, cabendo, então, ao Julgador, fixá-las consoante a especificidade de cada caso. Destaque-se, neste diapasão, não se tratar de um entendimento isolado deste julgador, mas aquele que é elencado, de modo ostensivo, pelas Cortes Superiores de Justiça. Observe-se, pois, a jurisprudência ATUALIZADA DE AMBAS AS TURMAS DO PRETÓRIO EXCELSO sobre o assunto: “EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. INADMISSIBILIDADE. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. NULIDADE PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PREMISSAS FÁTICAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (...) 4. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. 5. A exasperação da pena-base foi devidamente fundamentada em critérios racionais e judicialmente motivados, e cuja resultante não se mostra flagrantemente desproporcional, pois lastreada nos parâmetros de discricionariedade reconhecidos na jurisprudência desta Suprema Corte. (...) (HC 185183 AgR, Relator (a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 08/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 10-03-2021 PUBLIC 11-03-2021)”(grifos acrescidos) “EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REGIME INICIAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (...) 3. O Supremo Tribunal Federal entende que “[a] dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena” (RHC 145.598, Relª. Minª. Rosa Weber). (...) (HC 188621 AgR, Relator (a): ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 15/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-233 DIVULG 21-09-2020 PUBLIC 22-09-2020)”(grifos

acrescidos) “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO. ACRÉSCIMO NA PENA-BASE JUSTIFICADO. AFASTAMENTO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL. ART. 33 DO CP. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O julgador, nas instâncias ordinárias, possui discricionariedade para proceder à dosimetria da pena, cabendo aos Tribunais Superiores o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados na fixação da sanção. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (...) (HC 171539 AgR, Relator (a): EDSON FACHIN, Segunda Turma, julgado em 13/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2020 PUBLIC 03-02-2020)” (grifos acrescidos) Outrossim, é o que preleciona a JURISPRUDÊNCIA ATUALIZADA DE AMBAS AS TURMAS DA CORTE CIDADÃ: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. USURA E EMBARÇO À INVESTIGAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INQUÉRITO INSTAURADO PELO MP/RS CONTRA POLICIAL CIVIL, E NÃO PELA CORREGEDORIA RESPECTIVA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. CONDENAÇÃO EMBASADA EM PROVAS PRODUZIDAS EM JUÍZO, BEM COMO EM INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA (PROVA IRREPETÍVEL). OFENSA AO ART. 155 DO CPP NÃO CONFIGURADA. SUPOSTO NÃO PREENCHIMENTO DOS ELEMENTOS DO TIPO DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 12850/2013. ALEGADA GENERALIDADE DO PERDIMENTO DE BENS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DO ART. 384 DO CPP. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. PRETENDIDA VINCULAÇÃO DO JULGADOR AO AUMENTO DE 1/6 DA PENA MÍNIMA, PARA CADA VETORIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. DESCABIMENTO. TESE DE ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA DO CRIME DE USURA. INOVAÇÃO RECURSAL. POSSIBILIDADE, PORÉM, DE ESTENDER AO AGRAVANTE OS EFEITOS DO PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL DO CORRÉU, PARA SANAR O EQUÍVOCO COMETIDO PELA CORTE DE ORIGEM. ART. 580 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO EM PARTE, APENAS PARA REDUZIR A PENA DO CRIME DE USURA, COM ESPEQUE NO ART. 580 DO CPP.(...) 6. Sobre a dosimetria da pena, observa-se que, diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador. 7. Contudo, a posição dominante nesta Corte, embora não impeça o cálculo matemático rigoroso e exato, não chega ao ponto de obrigá-lo, predominando o entendimento de não ser ele absoluto, havendo uma discricionariedade regrada e motivada. Justamente por isso, não existe um direito subjetivo do acusado de ter 1/6 de aumento da pena mínima para cada circunstância judicial valorada negativamente. (...) (AgRg nos EDcl na PET no REsp 1852897/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 29/03/2021)” (grifos acrescidos) “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. INAPLICABILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O quantum de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito à prudente discricionariedade do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento nesta via. Ressalvados os casos de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena por esta Corte Superior. 2. Uma vez que o aumento da pena-base não está adstrito a critérios matemáticos e considerando-se o

intervalo entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de furto qualificado (2 a 8 anos de reclusão), não se verifica desproporcionalidade na exasperação da pena em 6 (seis) meses de reclusão, em razão do reconhecimento dos maus antecedentes. (...) (AgRg no HC 618.167/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 05/04/2021)“(grifos acrescidos) Feito o necessário esclarecimento a respeito do tema em epígrafe, retoma-se o cálculo da reprimenda basilar. No caso do crime descrito no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, o valor médio entre as penas mínima e máxima cominadas é de 10 (dez) anos. Subtraindo deste valor a pena mínima, 05 (cinco) anos, encontra-se o intervalo de 05 (cinco) anos, a ser dividido pelo número de circunstâncias judiciais. Pontue-se, porém, que em situações como a dos autos, por tratar-se de delito de tráfico de drogas, deve-se levar em conta o disposto no art. 42 da Lei Tóxicos, que traz duas outras circunstâncias não elencadas no Código Penal, a saber, a quantidade e a natureza da droga comercializada, consideradas preponderantes pelo referido dispositivo, juntamente à conduta social e personalidade do agente – já elencada pelo art. 59 do CPB – totalizando, assim, não 08 (oito), mas 10 (dez) circunstâncias a serem analisadas. Outrossim, refletindo acerca da questão e visando dar efetividade à determinação de preponderância das 04 (quatro) circunstâncias judiciais citadas acima, trazida pelo já mencionado art. 42 da Lei de Drogas, impõe-se a atribuição de peso diverso a estas, em relação às demais elencadas no art. 59 do diploma repressivo. Assim, através de um juízo de razoabilidade e ponderação, revela-se coerente a atribuição de valor dobrado quando da análise da quantidade e natureza da droga, como também da personalidade e conduta social do agente, quando comparadas às outras seis circunstâncias a serem examinadas, a saber, consequências e circunstâncias do crime, comportamento da vítima, culpabilidade, antecedentes e motivos do delito. Logo, em um cálculo aritmético, buscando a objetivação de tal raciocínio, chega-se à conclusão de que, na análise de delitos envolvendo a Lei de Drogas, existem 04 (quatro) circunstâncias judiciais cujo peso de valoração seria 02 (dois), enquanto outras 06 (seis) com peso 01 (um). Nessa linha, dividindo-se o intervalo de 05 (cinco) anos supramencionado, por todas as circunstâncias judiciais referidas, e levando em consideração seus pesos diversificados, no esteio do quanto exposto acima, resulta o valor aproximado de 08 (oito) meses e 16 (dezesseis) dias por cada uma das circunstâncias preponderantes do art. 42 da Lei de Drogas, bem como 04 (quatro) meses e 08 (oito) dias em relação às demais. No presente caso, como permaneceu a valoração negativa no que concerne à natureza e quantidade de entorpecentes, que tem caráter preponderante, além dos antecedentes. Dito isto, seguido-se o entendimento deste Magistrado, a reprimenda base deveria ser fixada em 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias e 1.495 (um mil quatrocentos e noventa e cinco) dias multa, cada dia correspondente à 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. No que pertine à segunda fase, inexistem atenuantes ou agravantes. Por ocasião da terceira etapa do sistema dosimétrico, não existem causas de aumento e nem é possível aplicar o tráfico privilegiado. Veja-se, inicialmente, que já fora devidamente condenado, inclusive com trânsito em julgado, por alção penal em face do crime entabulado no artigo art. 157, § 2º, II, c/c art. 70, ambos do Código Penal Brasileiro. Necessário, ademais, examinar a ficha de antecedentes criminais elencada nos ID’s números 52603239, 52603240 e 52603242. Ve-se, para além, consoante bem salientado pelos Policiais Militares que foram ouvidos como testemunhas compromissadas

durante a assentada de instrução, que o local em que o Apelado fora abordado e preso em flagrante é tomado pela facção conhecida como Bonde do Maluco. Na mesma toada, dois dos três policiais afirmaram que o Apelado fazia parte do BDM e outro disse que, malgrado não pudesse afirmar, o local em que a prisão se deu é uma área consabidamente controlada pelo tráfico de drogas da retrocitada organização criminosa. Nesse sentido: “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REQUISITOS AUSENTES. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE ILÍCITA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O habeas corpus não é a via adequada para apreciar o pedido de de desclassificação de condutas, tendo em vista que, para se desconstituir o decidido pelas instâncias de origem, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do mandamus, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória. Precedentes. 2. No caso dos autos, a condenação do paciente por tráfico de drogas decorreu de elementos fáticos e probatórios – consistentes no depoimento dos policiais que, após o recebimento de denúncia anônima, procederam à prisão do acusado, além da quantidade de droga (01 porção de crack, pesando 51,692 gramas) e de materiais para embalagem em porções individuais apreendidos em seu poder. Dessa forma, a rediscussão da matéria mostra-se incompatível com a via mandamental eleita, porquanto, para se invalidar a conclusão das instâncias ordinárias, torna-se imprescindível a reavaliação do contexto fático-probatório. 3. Embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), processos criminais em andamento podem embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido”. (STJ – AgRg no HC: 684984 GO 2021/0248281-1, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 14/09/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/09/2021)(grifos acrescidos) Importante asseverar que a a jurisprudência da Corte da Cidadania defende a inaplicabilidade da quantidade e natureza da droga, quando utilizada na primeira fase do sistema dosimétrico para exasperar a pena-base, para afastar o privilégio do artigo 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, quando utilizadas de forma ISOLADA, recaindo-se, pois, em bis in idem, in verbis: “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. 1. A Terceira Seção, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, consolidou o entendimento de que a natureza e a quantidade da droga devem ser sopesadas na fixação da pena-base, mas a sua utilização como justificativa para o afastamento da minorante do tráfico privilegiado somente pode ocorrer se conjugada com outras circunstâncias do caso concreto que revelem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa. 2. A quantidade de drogas transportada pelos pacientes (366 kg de maconha), isoladamente, não faz presumir que integram organização criminosa ou, ao menos, que possuem a sua confiança, o que, aliás, também não seria determinante. 3. Agravo regimental não provido”. (STJ – AgRg no HC: 696642 MS 2021/0311783-1, Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 08/03/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/03/2022)(grifos acrescidos) Dessa forma, deixa-se de aplicar o privilégio, mantendo-se a reprimenda, como

definitiva, em 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias e 1.495 (um mil quatrocentos e noventa e cinco) dias multa, cada dia correspondente à 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, em regime inicial fechado, tendo em vista o quanto entabulado no § 3º, do artigo 33, do CPB, em análise do artigo 59 do mesmo Diploma Legal. Deixa-se de aplicar a substituição, em face do artigo 44., I do CPB, bem assim o SURSIS penal, haja vista a redação do artigo 77 do mesmo Diploma Legal. 3 – CONCLUSÃO Ante o exposto, vota-se no sentido de CONHECER do Recurso e PROVÊ-LO, para condenar o Apelado pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, da lei 11.343/2006, à reprimenda de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 10 (dez) dias e 1.495 (um mil quatrocentos e noventa e cinco) dias multa, cada dia correspondente à 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, em regime inicial fechado, pelas razões acima delineadas. Decreta-se o perdimento dos bens/valores apreendidos na posse do Apelado, destinando-os ao Fundo Nacional Antidrogas. Condena-se o Apelado ao pagamento das custas processuais. Nos termos do art. 50, § 3º, da Lei no 11.343/06, determina-se a destruição da droga apreendida, por meio de incineração, nos termos do art. 50-A, da mesma Lei, caso tal providência ainda não tenha sido tomada. Com o trânsito em julgado desta para a Defesa, oficie-se ainda para destruição da amostra de droga reservada à contraprova, nos termos do art. 72, da Lei nº. 11.343/06. Após o trânsito em julgado, expeçam-se guias de recolhimento, tenha seu nome lançado no rol dos culpados (art. 5º, LVII, da Constituição Federal) e comunique-se à Vara de Execuções Penais, Instituto de Identificação e Tribunal Regional Eleitoral (art. 15, III, da Constituição Federal). Liquide-se a pena de multa. Dê-se ciência ao Ministério Público. Publique-se. Intime-se. Registre-se. Oportunamente, arquivem-se os autos com as baixas e anotações de estilo. Sala de Sessões, data registrada no sistema. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA RELATOR