

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

APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501805-36.2016.8.05.0201

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: Alisson dos Anjos Silva

Advogado (s): GILBERTO SOARES

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

## ACORDÃO

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. APELANTE CONDENADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº. 11.343/2006, A UMA REPRIMENDA DE 06 (SEIS) ANOS E 03 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, E PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, NO VALOR DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS.

### PRETENSÕES RECURSAIS:

1) EXISTÊNCIA DE ATIPICIDADES NO DECORRER DO PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E AGRESSÕES PERPETRADAS PELOS AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA. AFASTADAS. SUPOSTA VIOLÊNCIA DOS POLICIAIS MILITARES NÃO COMPROVADA. RECORRENTE PRESO EM FLAGRANTE DELITO, APÓS DENÚNCIAS ANÔNIMAS DE QUE SERIA O CHEFE DO TRÁFICO NA REGIÃO E DE QUE ESTARIA TRAFICANDO NA SUA RESIDÊNCIA. ABORDAGEM REALIZADA FORA DO IMÓVEL, SENDO FRANQUEADA PELO SENTENCIADO (COMO REAFIRMOU EM AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO) A ENTRADA DOS AGENTES ESTATAIS NA SUA CASA, OPORTUNIDADE EM QUE FORAM

ENCONTRADAS 36 (TRINTA E SEIS) BUCHAS DE MACONHA E 115 (CENTO E QUINZE) PEDRAS DE CRACK. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE, CUJA CONSUMAÇÃO SE PROTRAI NO TEMPO. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA CARACTERIZADA. ENTENDIMENTO DO STJ NO SENTIDO DE QUE EVENTUAIS VÍCIOS OCORRIDOS NO INQUÉRITO POLICIAL NÃO MACULAM A AÇÃO PENAL. PRELIMINARES REJEITADAS.

2) ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS E INFORMATIVOS SUFICIENTES À EMBASAREM À CONDENAÇÃO. ALEGAÇÃO DE QUE OS ENTORPECENTES TERIAM SIDO ENXERTADOS NO LOCAL. DESCABIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DO COMÉRCIO ILÍCITO DE ENTORPECENTES DEVIDAMENTE COMPROVADAS. CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO, ALIADAS AOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS, PRODUZIDOS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, E ÀS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS, QUE CONVERGEM À CONDENAÇÃO DO SENTENCIADO NA FORMA DA SENTENÇA VERGASTADA.

3) REDUÇÃO DA PENA-BASE. ACOLHIMENTO PARCIAL. VETORIAIS NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS QUE SE REVELAM DESFAVORÁVEIS. POTENCIAL ALTAMENTE VICIANTE DO CRACK (CENTO E QUINZE PEDRAS), ALIADO A APREENSÃO DE TRINTA E SEIS BUCHAS DE MACONHA QUE AUTORIZAM A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PATAMAR INDICADO PELO JUÍZO PRIMEVO, AO ESTABELECEM A BASILAR EM 07 (SETE) ANOS E 06 (SEIS) MESES, QUE SE REVELA, CONTUDO, DESPROPORCIONAL.

REDIMENSIONAMENTO QUE SE IMPÕE. SANÇÃO-BASE FIXADA EM 06 (SEIS) ANOS, 05 (CINCO) MESES E 02 (DOIS) DIAS DE RECLUSÃO.

4) APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º, DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS, RECONHECIDA NO ÉDITO CONDENATÓRIO, EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA. DESCABIMENTO. DIVERSIDADE DE ENTORPECENTES QUE DEMONSTRAM, INCLUSIVE, A DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. SOPESAMENTO ADEQUADO, CONSIDERANDO, SOBRETUDO, OS INDICATIVOS DE QUE O RECORRENTE MANTINHA FREQUÊNCIA E ANTERIORIDADE NA MERCANCIA ILÍCITA.

5) REDIMENSIONAMENTO DA SANÇÃO. PENA-BASE DELIMITADA EM 06 (SEIS) ANOS, 05 (CINCO) MESES E 02 (DOIS) DIAS DE RECLUSÃO. MANUTENÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO IMPOSTO NA TERCEIRA FASE DO CRITÉRIO DOSIMÉTRICO PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU (1/6). REPRIMENDA DEFINITIVA FIXADA EM 05 (CINCO) ANOS, 04 (QUATRO) MESES E 06 (SEIS) DIAS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA NO REGIME INICIAL SEMIABERTO, E PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, NO VALOR DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. SENTENÇA MANTIDA EM SEUS DEMAIS TERMOS CONDENATÓRIOS.

APELAÇÃO CONHECIDA. PRELIMINARES REJEITADAS. NO MÉRITO, RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes Autos de APELAÇÃO CRIMINAL sob nº 0501805-36.2016.8.05.0201, em que figura como Apelante Alisson dos Anjos Silva e Apelado o Ministério Público do Estado da Bahia.

Acordam, à unanimidade de votos, os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em REJEITAR AS PRELIMINARES AVENTADAS E, NO MÉRITO, JULGAR PARCIALMENTE PROVIDO O APELO, nos termos do voto do Relator.

Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento.

Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA  
RELATOR  
(ASSINADO ELETRONICAMENTE)

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

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade  
Salvador, 19 de Setembro de 2022.

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

APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501805-36.2016.8.05.0201

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: Alisson dos Anjos Silva

Advogado (s): GILBERTO SOARES

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Apelação Criminal interposta por Alisson dos Anjos Silva em face de sentença condenatória proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Porto Seguro, nos autos da ação penal em epígrafe.

Relata a inicial in verbis:

“Consta dos inclusos autos de inquérito policial que no dia 04 de outubro de 2016, por volta das 11h, policiais militares receberam uma denúncia anônima, com a informação de que o denunciado seria o comandante do tráfico de drogas no bairro Vila Vitória e que o mesmo residiria em uma casa localizada na Rua A, s/nº, daquele mesmo bairro, neste município.

Desta forma, a guarnição policial empreendeu em diligência a fim de apurar a denúncia recebida e, por volta das 11h40min, ao passar pelo endereço informado, os policiais respectivos avistaram o denunciado (em frente à sua residência), ocasião em que o abordaram e revistaram, encontrando-se de posse deste último apenas a quantia de R\$ 87,00 (oitenta e sete reais), em espécie.

Ao ser questionado sobre o conteúdo da denúncia respectiva, Alisson negou ser chefe e/ou exercer a traficância na localidade, tendo franqueado, inclusive, o acesso dos policiais à sua residência e, após permissão do morador, fora realizada busca no local, quando então, no quintal do imóvel, próximo a algumas telhas, foi encontrada sacola plástica de cor branca, a qual continha as substâncias entorpecentes descritas em auto de exibição e apreensão de fl. 07, quer seja, 36 (trinta e seis) buchas de 'maconha' e 115 (cento e quinze) pedras de substância entorpecente vulgarmente conhecida como “crack”, todas mantidas em depósito para fins de tráfico, prontas para venda, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, consoante laudo de constatação provisória à fl. 09.

Após a apreensão das drogas ilícitas encontradas na residência do denunciado, as quais eram guardadas para fins de tráfico, conforme salientado anteriormente, fora dada voz de prisão em flagrante ao mesmo, que foi conduzido à Delegacia de Polícia e apresentado à autoridade policial.

(...)” (sic) (Id nº. 169360892. Pje 1ª Instância).

Por tais fatos, restou o Apelante denunciado nos termos do art. 33 da Lei nº. 11.343/2006, tendo o juízo primevo recebido a Denúncia em 16 de fevereiro de 2017 (Id nº. 16936113. Pje 1ª Instância).

Ultimada a instrução criminal, o Apelante foi condenado pela prática do

crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 (Id nº. 169361315. Pje 1ª Instância)

Sua pena foi fixada em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

A sentença foi publicada em mãos do escrivão em 01/12/2017 (Id nº. 169361316. Pje 1ª Instância).

Inconformada, a Defesa interpôs Apelação (Id nº. 169661335), arguindo em suas razões a existência de atipicidade processual por ilicitude da prova produzida, sob o argumento de ausência de Mandado de Busca e Apreensão e agressões perpetradas pelos agentes estatais contra o Apelante.

No mérito, pugna pela absolvição do Recorrente, sustentando que não foram produzidos elementos probatórios suficientes a sustentar o édito condenatório.

Subsidiariamente, a reforma da sentença hostilizada, para que a pena-base seja reduzida ao mínimo legal e, aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº. 11.343/2006, reconhecida na sentença, em seu patamar máximo e modificado o regime de pena para o aberto.

Em contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo desprovimento do recurso (Id nº. 169361339. Pje 1ª Instância).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento da Apelação (Evento nº. 28980068. Pje 2ª Instância).

É o relatório. Passa-se ao voto.

Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA

RELATOR

(ASSINADO ELETRONICAMENTE)

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

APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501805-36.2016.8.05.0201

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: Alisson dos Anjos Silva

Advogado (s): GILBERTO SOARES

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

## VOTO

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, a Apelação deverá ser conhecida.

1) Preliminar de atipicidade processual.

1.1) Ausência de Mandado de Busca e Apreensão. Violação de Domicílio.

Não se discute que o legislador dispensou especial atenção à busca e apreensão no art. 5º, XI, da Carta Magna, garantindo a todo cidadão a inviolabilidade do seu domicílio.

Por outro lado, a inviolabilidade domiciliar não se estende às situações de flagrante delito, pois o art. 5º, XI da Constituição da República expressamente autoriza o ingresso em residências em tal situação, independentemente de autorização judicial, e a qualquer hora do dia, ex vi:

“a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”. (grifos acrescidos)

Com efeito, do exame do conjunto probatório dos autos verifica-se que no dia 04/10/2016, por volta das 11:40 horas, os agentes estatais, após denúncias anônimas informando que uma pessoa conhecida como “Gordo Traficante”, identificada posteriormente como Alisson dos Anjos Silva, ora Apelante, comandava o tráfico de drogas no bairro Vila Vitória, em uma casa localizada na rua A, s/n, no município de Porto Seguro-Ba, dirigiram-se ao local, encontrando o sentenciado, oportunidade em que abordado, foi encontrado na posse da quantia de R\$ 87,00 (oitenta e sete reais).

Dessume-se, ainda, dos autos que após a citada abordagem, o próprio Recorrente franqueou o acesso dos agentes estatais a sua residência. Todavia, como sói acontecer em casos como o presente, em suas razões recursais nega ter autorizado o ingresso dos policiais militares, erigindo a tese de violação de domicílio.

Não é por outra razão, senão a de que no quintal do imóvel do Recorrente, “próximo a umas telhas, foi encontrada uma sacola plástica branca, contendo 36 (trinta e seis) buchas de um vegetal esverdeado similar a “Maconha”, 115 (cento e quinze) pedras similar a “Crack”” (sic). (Id nº. 169360893, fl. 02).

Pontue-se que, em juízo (Pje Mídias), o Apelante confirma que autorizou os policiais militares a realizarem a citada busca em sua residência, restando, portanto, incontroversa a sua autorização.

Ora, como cediço, o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é classificado na doutrina como delito permanente. Logo, a situação de flagrância persiste enquanto durar a permanência, podendo haver prisão em flagrante, e a consequente invasão ao domicílio, em todo esse período. É a lição de Renato Brasileiro de Lima:

“Em todos esses crimes permanentes, em relação aos quais a prisão em flagrante é possível a qualquer momento, enquanto não cessar a permanência, a Constituição Federal autoriza a violação ao domicílio mesmo sem prévia autorização judicial (art. 5º, XI). Assim, supondo-se um delito de tráfico de drogas na modalidade ‘ter em depósito’, delito de natureza permanente, no qual a consumação se prolonga no tempo, e, consequentemente, persiste o estado de flagrância, admite-se, ainda que em período noturno, e sem autorização judicial, o ingresso da Polícia na casa em que está sendo praticado tal crime, com a consequente prisão em flagrante dos agentes e apreensão do material relativo à prática criminosa”. [1]

Comentando o art. 241 do Código de Processo Penal, Guilherme de Souza Nucci destaca que “é indiscutível que a ocorrência de um delito no interior do domicílio autoriza a sua invasão, a qualquer hora do dia ou da noite, mesmo sem o mandado, o que, aliás, não teria mesmo sentido exigir fosse expedido. Assim, a polícia pode ingressar na casa alheia para intervir num flagrante delito, prendendo o agente e buscando salvar,

quando for o caso, a vítima. Em caso de crimes permanentes (aqueles cuja consumação se prolonga no tempo), como é o caso do tráfico de entorpecentes, na modalidade “ter em depósito” ou “trazer consigo”, pode o policial penetrar no domicílio efetuando a prisão cabível.” [2]

No mesmo sentido colhem-se julgados dos Tribunais de Superposição:

“PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ALEGADA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. GUARDAS MUNICIPAIS. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO DOMICILIAR. FLAGRANTE DELITO. LEGALIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. O Supremo Tribunal Federal, apreciando o Tema n. 280 da sistemática da repercussão geral, à oportunidade do julgamento do RE n. 603.616/R0, reafirmou tal entendimento, com o alerta de que, para a adoção da medida de busca e apreensão sem mandado judicial, faz-se necessária a presença da caracterização de justa causa, consubstanciada em razões as quais indiquem a situação de flagrante delito. Nessa linha de raciocínio, o ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência, é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio.

2. Existindo elementos indicativos da prática de crime no local a autorizarem a entrada, mostra-se desnecessário o prévio mandado de busca e apreensão, como no presente caso, em que, antes do ingresso dos guardas municipais na residência, foram encontradas com o acusado 80 porções de cocaína. É que, em patrulhamento de rotina, os guardas se depararam com motocicleta apontada em denúncias anônimas pela utilização na distribuição de entorpecentes. Por tal razão, deram ordem de parada, tendo o condutor empreendido fuga, que, após perseguição, caiu e derrubou um pacote plástico, contendo as porções de cocaína.

(...)

Precedentes. Portanto, considerando a natureza permanente do delito em questão e a presença da justa causa para ensejar o ingresso dos guardas municipais no domicílio do réu, não há qualquer ilegalidade a ser sanada.

4. Em atenção aos artigos 33 e 44 do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva do acusado Bruno em 6 anos e 8 meses de reclusão, sendo ele primário e sem antecedentes, a quantidade, a natureza e a variedade das substâncias apreendidas (418 porções de cocaína, com peso líquido de 97,89g, e 175 porções de LSD, com peso líquido de 45,07g), inclusive utilizadas para exasperar a reprimenda inicial, justificam a manutenção do regime prisional mais gravoso, no caso, o fechado.

Quanto a acusada Beatriz, embora estabelecida a pena definitiva em 6 anos e 8 meses de reclusão, justificada a manutenção do regime prisional mais gravoso, no caso, o fechado, em razão de sua reincidência e da quantidade, da natureza e da variedade das substâncias apreendidas (418 porções de cocaína, com peso líquido de 97,89g, e 175 porções de LSD, com peso líquido de 45,07g), inclusive utilizadas para exasperar a reprimenda inicial.



5. O montante da pena definitiva é incompatível com a substituição da prisão por penas alternativas, conforme previsão do art. 44, inciso I, do Código Penal.

6. Agravo regimental não provido.”

(AgRg nos EDcl no AREsp n. 2.084.715/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 20/5/2022.) (grifos acrescidos).

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUPOSTA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA O INGRESSO FORÇADO DE POLICIAIS. DILIGÊNCIAS PRÉVIAS. ATITUDE SUSPEITA. FUNDADAS RAZÕES. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. O ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial para busca e apreensão é legítimo se amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, especialmente nos crimes de natureza permanente, como são o tráfico de entorpecentes e a posse ilegal de arma de fogo.

2. Afere-se a justa causa para o ingresso forçado em domicílio mediante a análise objetiva e satisfatória do contexto fático anterior à invasão, considerando-se a existência ou não de indícios mínimos de situação de flagrante no interior da residência.

(...)” (AgRg no AgRg no HC n. 695.575/ES, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe de 13/5/2022).

Fica claro, nesse contexto, o intuito do Apelante em buscar eximir-se da sua responsabilidade penal, através de versões pouco consistentes, contraditórias e não amparadas nos demais elementos de prova, não havendo o que se falar em violação de domicílio.

Assim, verificando-se no caso vertente que o ingresso dos policiais no seu imóvel se deu com a sua anuência e em situação de flagrante delito, não se pode dizer que houve qualquer violação à garantia constitucional albergada no art. 5º, XI, do Texto Maior, razão pela qual rejeita-se a preliminar aventada.

1.2) Agressões perpetradas pelos policiais militares que efetuaram a prisão.

A Defesa do sentenciado pugna pela decretação da nulidade do processo, sustentando, em síntese, que o Apelante foi agredido durante a operação policial que resultou na sua prisão em flagrante.

In casu, em que pese o Apelante tenha afirmado em seu interrogatório que foi torturado por dois agentes de segurança pública, o juízo primevo destacou que “o paciente foi preso em flagrante delito no dia 04 de outubro de 2016 e foi devidamente apresentado a este juízo, em audiência de custódia no dia 05 de outubro de 2016, sendo submetido a exame de lesões corporais e não demonstrando quaisquer sinal de tortura que viesse a macular os depoimentos dos policiais” (sic) (Id nº. 169361315).

Do mesmo modo, é importante ressaltar que o Apelante não demonstrou, quando ouvido pela autoridade policial, que estivesse sendo coagido ou agredido para relatar os fatos naquele momento, tanto que se sentiu

confiante em descrever à referida autoridade que “(...) não sabe dizer o motivo pelo qual os PMs o acusam de ser traficante; que os PMs queriam que o interrogado disse qual a casa onde estavam escondendo drogas e armas de fogo; que, após negar que sabia onde ficava a referida casa, os PMs chegaram com um pacote dizendo que encontraram drogas no quintal; que as drogas apresentadas não são suas; (...) (Id nº. 169360893, fl. 10. Pje 1ª Instância).

Nesse contexto, é importante destacar, mais uma vez, como registrado na sentença, que o Recorrente foi apresentado em audiência de custódia, oportunidade em que não se constatou qualquer sinal de tortura ou irregularidade que viesse a ensejar a ilegalidade do flagrante, sendo este convertido em prisão preventiva.

É importante registrar, ainda, que, consoante se demonstrará no exame do mérito recursal, os depoimentos das testemunhas de defesa igualmente não socorrem a tese preliminar de Apelante, haja vista que além de não terem sido testemunhas de visu da busca realizada no interior da residência, local onde supostamente teriam sido perpetradas as agressões, apresentaram declarações totalmente contraditórias quanto aos fatos relatados. Ademais, eventual violência, que não está comprovada nos autos, exercida pelos policiais que efetuaram a prisão em flagrante, não possui o condão de viciar a diligência e apreensão das substâncias entorpecentes.

Inclusive, o Superior Tribunal de Justiça tem entendimento no sentido de que eventuais irregularidades ocorridas no procedimento investigatório não maculam a ação penal. Transcreve-se, a seguir, julgado recente:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIME DE LESÃO CORPORAL (ART. 129, § 9º. DO CP) IMPUTADO A DESEMBARGADOR DO TJPR. DELITO EM TESE PRATICADO NO ÂMBITO DAS RELAÇÕES DOMÉSTICAS E FAMILIARES. ALEGAÇÃO DE IRREGULARIDADES NA FASE DE INQUÉRITO QUE NÃO IMPEDEM O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. INDÍCIOS SUFICIENTES DE AUTORIA E MATERIALIDADE. DENÚNCIA RECEBIDA.

1. Trata-se de Ação Penal em que se pede a apuração de alegada prática do crime de lesão corporal (art. 129, § 9º. c.c. art. 73, ambos do CP), em tese cometido no âmbito das relações domésticas e familiares, imputado a Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

2. Na fase de recebimento da denúncia, cabe ao julgador unicamente verificar se as provas produzidas são suficientes para demonstrar a existência de justa causa para a instauração do processo penal, o que é demonstrado pela presença de indícios veementes de autoria e prova de materialidade do alegado ilícito. 3. A dicção de irregularidades na condução do Inquérito, consistentes no eventual cerceamento de defesa e seletividade das investigações, não impede o recebimento da denúncia. Com efeito, o Inquérito, mesmo quando relativo a fatos imputados a autoridades com foro por prerrogativa de função, deve ser conduzido segundo a orientação do Ministério Público, de modo a formar adequadamente a sua opinio delicti. Nestes casos, embora a investigação tramite sob a supervisão do STJ, o Ministro Relator não desempenha a figura de autoridade investigadora, restringindo-se, a sua atuação, à preservação dos direitos fundamentais do acusado, efetivamente preservados ao longo das investigações.

4. Ademais, essa fase pré-processual se caracteriza como procedimento

investigatório meramente informativo. Mesmo sendo desejável que se oportunize, à defesa, uma atuação que auxilie os esclarecimentos dos fatos, o Inquérito não se submete ao crivo do contraditório, não sendo garantido, ao Indiciado, portanto, o exercício de ampla defesa.

5. Eventuais vícios ocorridos nessa fase de apuração, não têm o condão de inviabilizar o recebimento da peça acusatória, se nela estiverem presentes os requisitos legais exigidos para o início da persecução penal, como é a hipótese dos autos.

6. No caso dos autos, a materialidade do delito decorre das conclusões dos Laudos do Exame de Lesões Corporais no.

13.632/2013-RPB e no. 13.706/2013-RPB. Os indícios de autoria estão presentes no depoimento de uma das vítimas, prestado ao Ministério Público do Estado do Paraná, com a descrição dos fatos de forma coerente com a sequência de áudios que registram os momentos que, aparentemente, sucederam a alegada agressão.

7. Afastamento cautelar e provisório do denunciado do cargo de Desembargador, requerido pelo Ministério Público Federal na sessão de julgamento pela Corte Especial. Vencido o Relator que entendia pelo não cabimento de medida na espécie, em razão de os fatos investigados não terem relação com as atividades desempenhadas no cargo ocupado pela autoridade investigada, entendendo, também, tratar-se de medida desarrazoada e desproporcional, vez que, de acordo com a disposição do art. 92, I, b do CP, sequer a condenação à pena máxima do crime imputado resultaria na perda do cargo do investigado; fundamentos que não prevaleceram entre Ministros da Corte Especial, que concluíram pelo afastamento do Desembargador.

8. Denúncia recebida, determinando-se a instauração da competente Ação Penal.

(APn 835/DF, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, CORTE ESPECIAL, julgado em 21/02/2018, REPDJe 24/08/2018, DJe 04/05/2018) (grifos acrescidos).

Desse modo, não se vislumbra a existência qualquer nulidade a ser declarada na coleta da prova vertida nos autos, no contexto em que foi efetivada.

Por tais razões, rejeita-se a preliminar aventada.

Ultrapassadas as prefaciais, passa-se a análise do *meritum causae*.

## 2 – Absolvição.

In casu, o nobre Magistrado de primeiro grau proferiu o édito condenatório com âncora em elementos dos autos (probatórios e/ou informativos) que demonstraram a certeza de que o Apelante foi o autor do fato criminoso, cuja materialidade igualmente restou configurada, conforme narrado na exordial.

Com efeito, a prova de que as substâncias encontradas na posse do Recorrente (Auto de Exibição e Apreensão, fl. 07. Id nº. 169360893. Pje 1ª Instância) tratam-se, de fato, de entorpecentes de uso proibido neste país resta devidamente evidenciada pelos Laudos Periciais acostados no Id nº. 169360903 e no evento nº 169361119.

Aliando a prova pericial com os depoimentos dos Policiais Militares que

efetuaram a prisão em flagrante do sentenciado, não pairam dúvidas de que as substâncias entorpecentes estavam com este para serem comercializadas, conforme se infere dos trechos abaixo destacados:

“(...)

o nome dele Alisson não, mas o nome dele Gordo sim, naquela localidade da Vila Vitória, conhecida por tráfico de drogas. Exatamente, características físicas sim, não o nome específico dele, o nome de nascimento não, só as características físicas e o local onde ele ficava, na região da Vila Vitória; umas três denúncias, via colaboradores e via Sicom também; em frente a casa, exatamente, a casa estava até aberta; foi abordado naturalmente, sem reação; só o dinheiro; fez a abordagem dentro da doutrina e na hora da indagação o Sargento Fábio, como comandante da guarnição que fez esse papel; ele permitiu a entrada na casa e eu fiquei na área externa, fazendo a segurança do perímetro, por se tratar de um local de risco, Vila Vitória, tráfico de drogas, muitas informações; fiquei na área externa e o Sargento e o Soldado Mendes que entraram na residência; essa parte não vi porque quem encontrou foi o Sargento Fábio; saiu com a droga; foi na hora que saiu já tinha uma população, bem provável que eram os parentes dele e amigos, vizinhos, não gostando da nossa ação ali, tentou contra a guarnição, então a gente usou material não letal, que é arma química para poder se defender e sair com segurança da localidade; (...) algumas pessoas observaram a gente fazer a busca, ao que eu me lembro chegou também o pai dele, e até um vendendo de laranja chegou no local também; a gente explicou a situação que se tratava, acabou compreendendo também (...); eles entraram juntos; por que tem que fazer a busca na casa; por volta de trinta minutos, porque tem que fazer a busca porque eles escondem a droga bem escondido e tem que fazer um trabalho com paciência; (...) não escutei não; (...) existe um setor de inteligência no 8º Batalhão que faz o papel de coletar informações e passar para a guarnição e além disso tem via Sicom e colaboradores, que são pessoas que são a favor da segurança pública que não quer ver a desordem e quer nos ajudar com esse apoio a acabar com esse instrumento (...); não houve testemunha externa, parentes ou amigos, porque naturalmente iam ser a favor porque é compreensível que existe um receio da população, principalmente quem mora na localidade de ser testemunha de acusação de um cidadão que comete crimes na sua localidade; (...) a localidade lá não requer uma testemunha a favor de um traficante dentro do seu bairro”. (Policia! Militar Arailton Pereira Paixão. Pje Mídias).

“(...)

Se eu não me engano foi via Sicom, mas já existia denúncias; o nome dele não, informava o apelido dele, Gordo, e características; (...) o local exato que ele estava vendendo drogas não, indicavam a rua que normalmente ele ficava, mas o local exato da rua não; várias; se não me engano foi via Sicom que recebemos a denúncia; salvo engano é uma das ruas principais; estava na porta da casa; foi feita a busca principal nele, foi encontrado dinheiro; (...) eu lembro que foi autorizado a entrada na casa e a gente procurou; (...) sim, em uma sacola; (...) dentro da casa, sim; (...) que atualmente o chefe do tráfico na Vila Vitória, seria um indivíduo de apelido Gordo, que a gente não sabia quem era, mas tinha as características; (...) como de costume, lá no local, não sei por qual motivo, normalmente quando a gente efetua uma prisão de um traficante, várias e várias pessoas vem tentando tomar o traficante, coloca criança,

joga pedra, pau, quase sempre acontece isso e no caso dele aconteceu, várias pessoas jogaram pedra; abordagem normal não, mas prisão de traficante sim; (...)” (Policial Militar Wederson Souza Silva. Pje Mídias).

“(...)”

Doutora, já teve várias denúncias a respeito dele; a pessoa dele como estava traficando na Vila Vitória e já passamos lá muitas vezes, abordamos ele, mas não encontramos nada; as características físicas e o apelido também, Gordo; que ele traficando e comandando a Vila Vitória; sempre no local que ele ficava, nesse local que pegamos ele, teve essa denúncia também; foi uma denúncia, como eu falei no depoimento; (...) pela informação da área que nós temos é a mesma facção do Campinho, daqui do centro da cidade, da Vila Vitória e CP, Campinho; (...) prisão não, abordagem eu fiz duas ou três vezes, no mesmo local, na Vila Vitória, mas não encontramos nada das outras vezes não; (...)” (Policial Militar Fabio Costa Silva. Pje Mídias).

Da leitura dos depoimentos dos agentes estatais não se verifica qualquer dúvida acerca da conduta do Apelante, tendo as testemunhas sido uníssonas na descrição das circunstâncias da prisão – denúncias anônimas de que o Apelante comandava o tráfico na região e apreensão em seu poder 36 (trinta e seis) buchas de maconha e 115 (cento e quinze) pedras de crack. Tais elementos, aliados às demais provas encartadas aos autos, demonstram a prática do delito capitulado no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006.

Convém referir que as testemunhas arroladas pela acusação, cautelosamente, procuraram trazer a lume, tão somente, o que recordavam acerca dos fatos, com o devido cuidado em não culminar por atribuir aos seus relatos narrativas estribadas em “falsas memórias”, o que demonstra, por mais essa vertente, que os agentes de segurança pública não possuem qualquer motivo pessoal para incriminar o sentenciado, sendo imerecido o questionamento defensivo no sentido de que “como não encontraram nada em poder do acusado, acionaram outra viatura, cujos policiais integrantes surgiram com um saco nas mãos, minutos depois (...)” (sic) (Id nº. 169361335, fl. 144).

Sobreleve-se que em razão da relevância do cargo que ocupam, com o objetivo de promover a segurança pública da sociedade baiana, deve-se atribuir um significativo valor probatório para as suas declarações, caracterizando-as como meio idôneo a lastrear eventual condenação.

Decerto, o Tribunal da Cidadania já consolidou entendimento neste sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA USUÁRIO (ART. 28, LAD). DESCABIMENTO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MEDIDA NÃO RECOMENDÁVEL (ART. 44, INC. III, CP). WRTI NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I – A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela

Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício.

II – Segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso.

III – Afastar a condenação ou mesmo desclassificar a conduta, em razão do depoimento dos agentes, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir a conclusão feita pelas instâncias ordinárias, soberano na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória.

IV – Não se pode olvidar que, uma vez reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC n. 111.840/ES, DJe 17/12/2013), a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

V – A luz das particularidades do caso concreto, entendo que o regime inicial semiaberto é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal e do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006.

VI – Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, consoante disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal.

Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar anteriormente concedida (fls. 73–75), fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação.

(HC 449.657/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018) (grifos acrescidos)

PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. ACESSO DA POLÍCIA ÀS MENSAGENS DE TEXTO TRANSMITIDAS POR TELEFONE CELULAR. AUTORIZAÇÃO DOS RÉUS. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. O acesso da polícia às mensagens de texto transmitidas pelo telefone celular, com a devida autorização dos réus, afasta a ilicitude da prova obtida.

2. O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a respaldar a condenação, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu na hipótese.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC 391.080/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 01/06/2017, DJe 09/06/2017) (grifos acrescidos)

Ademais, ressalte-se que a Defesa não se desincumbiu em trazer ao in folio qualquer prova que ilidisse os depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação, de forma que a presunção de legitimidade que norteia a atuação dos agentes de segurança pública não pode ser afastada, uma vez que as suas declarações se encontram corroboradas nos autos através de outros elementos de prova, conforme se infere do caderno processual.

Sobreleve-se, acerca dos depoimentos das testemunhas arroladas pela Defesa que, como bem destacaram os agentes estatais, populares residentes na localidade, como ocorreu no dia dos fatos, comumente tentam impedir a prisão dos traficantes, inclusive com a utilização de pedras e paus, além de crianças, o que, por si só, já compromete a veracidade de tais depoimentos.

Nesse contexto, infere-se, do depoimento da testemunha Magno Alves de Jesus que este é “amigo íntimo” do Apelante e da sua família, consoante declarou em juízo, cuja amizade foi estabelecida desde o ano de 2001.

Em sua narrativa, embora tenha sustentado ter visto os policiais com uma sacola preta nas mãos, disse inicialmente que não viu os agentes de segurança pública entrarem com a aludida sacola no imóvel, só afirmando o contrário após a Defesa refazer a pergunta, já no final da sua inquirição. Acerca dessa suposta sacola, disse a citada testemunha que provavelmente seria a mesma sacola que os policiais carregavam “granadas, as bombas e o spray” (sic) e que a sua cor era “preta” (sic).

Todavia, após uma nova pergunta da Defesa relativa a cor da sacola, arguindo se essa era esverdeada, modificou a tonalidade do objeto, dizendo que era esverdeada. Tudo isso, inobstante, ter confirmando no final do seu depoimento que estava a longa distância do local do fato.

É importante deixar assente, ainda, que a testemunha declarou que entendeu que o Apelante estava sendo torturado porque tinha um barulho de espancamento, contudo, afirmou que quando o Recorrente saiu da casa não estava machucado; que também não ouviu barulho de afogamento ou sendo “enfiado na água ou recebendo porrada” (sic).

As contradições em seu testemunho, portanto, são evidentes e de clareza solar que a tese de enxerto se caracteriza como uma mera tentativa, inócua, de eximir o Recorrente da responsabilização criminal.

Por sua vez, a segunda testemunha da Defesa, Erlane Lino dos Santos, afirmou que era vizinha do Apelante; que saiu do interior da sua residência quando ouviu um barulho e que viu os policiais entrando na casa do sentenciado e este não estava na rua, mas dentro do imóvel. As suas declarações se enfraquecem, contudo, quando relata que só saiu de casa quando ouviu o barulho dos policiais entrando na residência do sentenciado. Logo, como poderia afirmar que o Recorrente foi abordado dentro de casa, se não presenciou o momento da chegada dos policiais militares?

Como já advertido pelos agentes estatais, os populares residentes na Vila Vitória, como sói acontecer em casos como o ora em testilha, comumente defendem aguerridamente o traficante, tanto que a aludida testemunha todo o tempo se esquivava de perguntas relativas ao tráfico de drogas no local ou que julgasse comprometer o Recorrente, aduzindo que “sobre essas coisas de tráfico não sabe dizer” (sic) e que “a gente que é morador não pode ficar dentro ou nem querer saber de coisa de tráfico” (sic).

Ainda em seu depoimento, confirmou que ouviu Alisson autorizando os policiais a revistarem o imóvel e novamente afirmou que permaneceu no interior da sua residência durante a ação policial. Aduziu, ainda, que ouvia o barulho gerado pela suposta ação dos policiais (bater) no Apelante, mas que em nenhum instante o ouviu pedir para que parassem de bater ou até mesmo gritar que estava apanhando, admitindo, assim, que apenas supôs a versão desenvolvida em juízo, haja vista que não presenciou o quanto relatado.

Nesse ponto, é importante deixar assente, ainda, que a aludida testemunha resumiu-se todo o tempo, como que imbuída a esse propósito, a acusar os agentes de segurança pública de “abuso de poder” (sic), o que foi a sua justificativa também para a tentativa dos populares residentes no local de impedir a prisão do sentenciado.

Desse modo, as declarações das testemunhas arroladas pela Defesa, revelam-se, tão somente, em uma construção fantasiosa, desenvolvida para macular a idoneidade dos depoimentos dos agentes de segurança pública e o farto material probatório contextualizado nos autos, estes indelévels de dúvida.

A despeito, portanto, de a Defesa afirmar que tais testemunhas presenciaram a prisão em flagrante do sentenciado e as supostas agressões e enxerto da droga, tais testemunhos não podem ser considerados, pelas suas próprias declarações, como de visu, haja vista que, ainda que fossem ponderadas as suas versões para o fato, estas confirmaram que não presenciaram a ação policial no interior da residência do sentenciado, como se depreende das suas oitivas na audiência de instrução e julgamento (Pje Mídias).

Dessa maneira, os relatos das testemunhas arroladas pela Defesa, não comprovam o suposto “enxerto” de drogas, como quer fazer crer em suas razões recursais, muito menos se revestem de credibilidade e eficácia probatória suficientes a lançar qualquer mácula às circunstâncias fáticas descritas nos autos e ao longo deste Acórdão, bem como aos depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação, totalmente coerentes entre si.

Saliente-se, inclusive, que o Policial Militar Fábio Costa Silva, deixou claro que não foram encontrados entorpecentes em outras abordagens ao Recorrente (denúncias anônimas anteriores), com a devida cautela, assim como os demais agentes de segurança pública, de trazer a lume apenas o que de fato ocorreu no momento da abordagem e prisão em flagrante do Apelante, de forma que a presunção de legitimidade que norteia a sua atuação e dos demais dos policiais militares que participaram da diligência, não pode ser afastada no caso ora em testilha.

Assim, a Defesa não se desincumbiu em trazer ao in folio qualquer



adminículo de prova no sentido de que os policiais possuíam motivos pessoais para imputar falsamente o delito ao Apelante, colocando drogas no local para incriminá-lo.

Destarte, as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, a natureza, a quantidade e a forma de acondicionamento dos entorpecentes encontrados com o Recorrente – 36 (trinta e seis) buchas de maconha e 115 (cento e quinze) pedras de crack –, aliados às demais provas encartadas aos autos, demonstram, estreme de dúvida, a prática do delito capitulado no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006, devendo, assim, ser mantida a sua condenação na forma da sentença.

3 – Redução da sanção-base para o mínimo legal.

Neste ponto, a pretensão deduzida pela defesa deve ser parcialmente acolhida.

Na primeira fase do procedimento dosimétrico, o nobre Magistrado a quo reconheceu como desfavorável as moduladoras previstas no art. 42 da Lei nº. 11.343/2006, exasperando a basilar em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses nos seguintes termos:

“1ª fase – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (artigo 59, do Código Penal)– Conforme o conceito trazido por Guilherme de Souza Nucci, as circunstâncias judiciais:

(...)

CULPABILIDADE – O réu, na oportunidade, tinha capacidade para querer, compreender e entender as circunstâncias do fato e a sua ilicitude. A culpabilidade está presente, não havendo qualquer causa que exclua os elementos que a integram. Ademais, agiu com culpabilidade normal a espécie, nada tendo a valorar. ANTECEDENTES CRIMINAIS – De acordo com Guilherme de Souza Nucci entende-se como antecedentes criminais tudo o que existiu ou aconteceu, no campo penal, ao agente antes da prática do fato criminoso. Diante disso, nada pode ser considerado negativamente neste item, uma vez que não consta dos autos maus antecedentes dos acusados. CONDUTA SOCIAL – Poucos elementos se coletaram nos autos a respeito da conduta social do agente. PERSONALIDADE DOS AGENTE – Poucos elementos foram coletados a respeito da personalidade dos agente. MOTIVOS DO CRIME – O tráfico de drogas traz para os agentes a possibilidade de lucro fácil CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME – As circunstâncias são reprováveis. CONSEQUÊNCIAS EXTRA – PENAS DO CRIME – As vítimas – Estado e a sociedade – em nada contribuíram para a atuação do acusado, uma vez que se busca, constantemente, reprimir o tráfico de drogas. QUANTIDADE DA DROGA – A quantidade foi considerável, a saber: 115 pedras de crack e 36 buchas de maconha. Pena-base – Pela quantidade e diversidade das drogas apreendidas, fixo a pena base do acusado acima do mínimo legal, ou seja, em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 500 (quinhentos dias-multa), valorando cada dia-multa em 1/30 do salário mínimo, em face da situação econômica do réu ser desconhecida, neste instante (art. 60, Código Penal).

2ª fase – CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES ( CP, 61 e 65): Não verifico atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

Quanto a causa de aumento prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, insta consignar que tal minorante visa conferir uma proporcionalidade à

repressão penal do pequeno traficante, assim concebido o agente que, *ipsis litteris*, "seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". Embora haja afirmações no sentido de que o sentenciado estaria comandando o tráfico de drogas no Bairro Vila Vitória, não há provas nos autos que nos aponte a esse juízo de certeza, razão pela qual não há como afirmar que ele se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa. Assim, reconheço a diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, diminuindo, portanto, à pena privativa de liberdade imposta no art. 33 da Lei 11.343/2006, em 1/6 (um sexto), perfazendo em 06 (seis) anos e 03 (três) meses." (Id nº. 169361315, fls. 05/06. Pje 1ª Instância) (grifos acrescidos).

Com razão o nobre Magistrado no tocante a desfavorabilidade das aludidas circunstâncias, haja vista que a natureza dos entorpecentes, notadamente o crack (115 pedras), deve ser valorada negativamente. Isso porque a aludida substância ilícita possui caráter altamente nocivo, gerado pela produção de peculiar e especial efeitos prejudiciais à saúde (potencial viciante), em comparação a outros tipos de psicotrópicos.

Ademais, o Apelante também cometeu a presente infração penal pelo tráfico de maconha (36 (trinta e seis) buchas), o que também deve ser valorado negativamente, em razão do maior e especial juízo de reprovabilidade do comportamento pela quantidade excessiva de entorpecentes.

Logo, as circunstâncias da natureza e quantidade da droga devem prevalecer para fins de realização da primeira fase da dosimetria.

Por outro lado, a elevação da reprimenda de fato mostra-se desarrazoada, impondo-se um novo cálculo da pena basilar, uma vez que desproporcional o quantum indicado por cada vetorial negativa (duas) para afastá-la do mínimo legal previsto à espécie.

Entende-se, portanto, 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 nos tipos penais 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, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. 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 EMBARAÇO 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 presentemente abordado, retoma-se o cálculo da reprimenda basilar.

Destarte, no caso do crime descrito no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006, aplicando-se este entendimento, o limite máximo da pena-base 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 a 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 (dezesesseis) dias para 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.

Nos presentes autos, como devem ser valoradas de forma negativa as circunstâncias preponderantes da natureza e quantidade da droga (art. 42 da Lei nº. 11.343/2006), a pena-base deve ser fixada em 06 (seis) anos, 05 (cinco) meses e 02 (dois) dias de reclusão.

Quanto à segunda fase da dosimetria, considerando a inexistência de circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem reconhecidas, a pena intermediária permanece inalterada.

Na terceira fase do critério dosimétrico em testilha, o douto sentenciante reconheceu, como já transcrito alhures, a minorante prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº. 11.343/2006, no seu patamar mínimo, pretendendo a Defesa, nesta instância, a incidência do redutor em sua fração máxima.

Melhor sorte, contudo, não assiste ao Apelante.

Isto porque, do exame do édito condenatório observa-se que o douto

Magistrado a quo fundamentou o sopesamento de forma adequada, considerando os seus requisitos autorizadores.

In casu, não se pode perder de vista que a natureza (crack) e a quantidade de entorpecentes apreendidos com o Apelante – 36 buchas de maconha e 115 pedras de crack – se compatibilizam com a redução aplicada pelo juízo primevo.

Além disso, deve ser observada, ainda, a diversidade de entorpecentes (maconha e crack) e mais, que a quantidade apreendida reforça a indicação de que o Apelante se dedicava a atividades criminosas, o que impede, inclusive, o reconhecimento da minorante ora em testilha, na medida em que não se compatibiliza com a figura do pequeno traficante, mas daquele que com frequência e anterioridade (inúmeras denúncias anônimas) se debruça à mercancia ilícita.

Todavia, considerando tratar-se de recurso exclusivo da Defesa, devem ser mantidos o reconhecimento da redutora e a modulação realizada pelo douto sentenciante (1/6) e, conseqüentemente, afastado o pleito do Apelante.

Mantém-se, dessa forma, a fração aplicada (1/6) na sentença hostilizada, resultando uma sanção de 05 (cinco) anos, 04 (quatro) meses e 06 (seis) dias de reclusão, a qual, torna-se definitiva.

Quanto à pena de multa, mantém-se o quantum aplicado na sentença hostilizada, qual seja, 500 (quinhentos) dias-multa, sob pena de reformatio in pejus, haja vista que, considerando-se os mesmos parâmetros fixados para delimitação da sanção corporal nesta instância, o Apelante restaria condenado ao pagamento de 566 (quinhentos e sessenta e seis) dias-multa.

O redimensionamento da pena não acarreta a modificação do regime de cumprimento de pena estabelecido na sentença, permanecendo, portanto, o inicial semiaberto, à inteligência do art. 33, § 2º, b, do CPB,

Ante todo o exposto, vota-se pela rejeição das preliminares aventadas e, no mérito, pelo provimento parcial do recurso para redimensionar a pena do Apelante para 05 (cinco) anos, 04 (quatro) meses e 06 (seis) dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, mantendo-se a sentença hostilizada em seus demais termos condenatórios.

O presente acórdão serve como ofício.

[1] Curso de Processo penal, v. único, 2013, p. 878

[2] Código de Processo Penal Comentado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, fl. 560

Des. Julio Cezar Lemos Travessa  
Relator