

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

Apelação nº 0512402-43.2020.8.05.0001 – Comarca de Salvador/BA
Apelante: Janderson da Silva Fernandes
Defensora Pública: Dra. Verônica de Andrade Nascimento
Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia
Promotora de Justiça: Dra. Ana Vitória C. Gouveia
Origem: 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA
Procurador de Justiça: Dr. João Paulo Cardoso de Oliveira
Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006). ÉDITO CONDENATÓRIO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR FRAGILIDADE PROBATÓRIA. ALEGATIVA de nulidade de provas derivadas de suposta tortura praticada pelos policiais responsáveis pela prisão. INALBERGAMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS EVIDENCIADAS DE FORMA INEQUÍVOCA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. DEPOIMENTOS FIRMES DOS AGENTES POLICIAIS EM JUÍZO. CREDIBILIDADE CONFERIDA. OUTROS ELEMENTOS CONSONANTES. LAUDO PERICIAL QUE NÃO ATESTA A EXISTÊNCIA DE QUAISQUER LESÕES À INTEGRIDADE FÍSICA DO PERICIADO. AGRESSÕES NÃO DECLINADAS À AUTORIDADE POLICIAL OU À PERITA. recorrente FLAGRADO NA POSSE DIRETA DE “MACONHA” EM MOMENTO ANTERIOR. AUSENTE RELAÇÃO ENTRE A ALUDIDA TORTURA E A APREENSÃO DOS ENTORPECENTES. TESE NÃO DEMONSTRADA CABALMENTE PELA DEFESA. CONTEXTO DO FLAGRANTE. FINALIDADE COMERCIAL DO PSICOTRÓPICO COMPROVADA. DOSIMETRIA DAS PENAS. PEDIDO de afastamento, na primeira fase, da valoração negativa dos ANTECEDENTES CRIMINAIS, COM CONSEQUENTE REDUÇÃO DAS PENAS–BASE AO MÍNIMO LEGAL. inacolhimento. réu duplamente reincidente em tráfico de drogas. possibilidade de utilização de uma das condenações definitivas como maus antecedentes e da outra como circunstância agravante, na etapa intermediária. PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INVIABILIDADE. apelante reincidente. não preenchido o requisito da primariedade. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. PENAS DEFINITIVAS RATIFICADAS. APELO CONHECIDO e IMPROVIDO.

I – Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Janderson da Silva Fernandes, assistido pela Defensoria Pública do Estado da Bahia, insurgindo-se contra a sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou às penas de 6 (seis) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 618 (seiscentos e dezoito) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, c/c art. 61, inciso I, do Código Penal, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade.

II – Narra a exordial acusatória (ID. 167731600, PJe 1º Grau), in verbis, que “[...] no dia 03/12/2020, por volta das 18h40min, na Rua Vila Vale, bairro Engenho Velho da Federação, nesta Capital, o ora denunciado trazia consigo substância entorpecente de uso proscrito no Brasil. Segundo os autos do procedimento inquisitorial incluso, policiais militares estavam em ronda de rotina no bairro Nordeste de Amaralina, quando foram

informados que um indivíduo foragido, morador do Nordeste, estava homiziado na Rua Vila Vale, bairro Engenho Velho da Federação, para onde se dirigiram. Lá chegando, avistaram o ora denunciado, cujas características e local coincidiam com as informações transmitidas aos policiais, tendo este, ao perceber a presença policial, tentado empreender fuga, sendo, contudo, detido pelos prepostos do estado. Realizada revista pessoal, foi encontrado, em poder do ora denunciado, 80 (oitenta) porções de maconha, massa bruta 50,37g (cinquenta gramas e trinta e sete centigramas), conforme auto de exibição e apreensão de fl. 08, bem como laudo de constatação de fls. 16. Por ocasião da abordagem, o denunciado afirmou que tentou fugir em razão de possuir mandado de prisão em aberto, referente a prática de um homicídio na Rua da Muriçoca, bairro Engenho Velho da Federação, o que fora checado e confirmado, ocasião em que também se verificou também já ter sido preso por tráfico de drogas e roubo. [...]”.

III – Irresignado, o Sentenciado interpôs Recurso de Apelação (ID. 167732421, PJe 1º Grau), postulando a Defesa, nas razões recursais (ID. 167732437, PJe 1º Grau), a absolvição por fragilidade probatória, ao argumento de que nenhuma droga foi encontrada com o Réu, o qual foi agredido e torturado pelos policiais responsáveis por sua prisão, conforme por ele noticiado em interrogatório judicial e corroborado pelas testemunhas de defesa, de maneira que a ilegalidade do flagrante contamina toda a prova dele advinda, eivando de nulidade absoluta o feito, razão pela qual deve ser aplicado o princípio in dubio pro reo, até porque o exame pericial para verificação de lesões corporais no acusado só foi realizado 08 (oito) dias após a sua prisão. Subsidiariamente, requer o redimensionamento das penas, a fim de que as reprimendas basilares sejam fixadas no mínimo legal, afastando-se a valoração negativa atribuída aos antecedentes criminais; bem assim a incidência da minorante do tráfico privilegiado no patamar máximo de 2/3 (dois terços), uma vez que a Magistrada utilizou o mesmo fundamento para exasperar as penas-base e afastar a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, incorrendo em bis in idem.

IV – Não merece acolhimento o pedido absolutório. In casu, o ora Apelante, ao ser interrogado perante a Autoridade Policial, negou a prática delitativa, alegando que, no dia do fato, se encontrava no bairro do Engenho Velho da Federação, na casa da prima de prenome Elaine, quando foi abordado e conduzido pelos policiais, mas que não estava na posse de nenhuma droga, além de ter confirmado que já foi preso por tráfico de entorpecentes e roubo com emprego de arma de fogo, bem como responder pelo homicídio de “Cleber”, ocorrido no Vale das Muriçocas, motivo pelo qual havia mandado de prisão em seu desfavor (ID. 167731601, págs. 09/10, PJe 1º Grau). Em Juízo, o Réu também negou o cometimento do crime que lhe foi imputado, asseverando que estava sentado em um banco com outras pessoas, quando foi abordado pelos policiais e nada ilícito foi encontrado na revista, tendo sido levado para dentro da casa de Jaqueline, onde foi agredido pelos agentes públicos na cozinha e depois levado para o matagal no Parque da Cidade, local em que foi vítima de tortura pelos policiais, inclusive com coronhadas na cabeça, mas não conseguiu visualizar as fisionomias dos ditos agressores por estarem encapuzados. Afirmou, ainda, que somente viu a droga na delegacia; que havia mandado de prisão contra si, mas dele não tinha conhecimento; que já foi preso cinco vezes por tráfico de drogas e roubo, tendo cumprido sete anos pelo tráfico e também sido condenado por roubo (ID. 167732400, PJe 1º Grau).

V – Contudo, a detida leitura do caderno processual permite concluir que a negativa do Réu não prevalece nos autos, pois, no caso em comento, a materialidade e a autoria delitivas restaram suficientemente comprovadas no conjunto probatório (PJe 1º Grau), merecendo destaque o Auto de Exibição e Apreensão (ID. 167731601, pág. 08); o Laudo Pericial toxicológico (ID. 167731602, pág. 06), no qual se verifica que os entorpecentes apreendidos se tratavam de 50,37g (cinquenta gramas e trinta e sete centigramas) de tetrahydrocannabinol (THC), conhecida como “maconha”, substância de uso proscrito no Brasil; além dos depoimentos, em ambas as fases da persecução penal, do SGT/PM Paulo Roberto Santos Carvalho e do SD/PM Helton Conceição Santos, responsáveis pela prisão em flagrante do Recorrente e ouvidos em Juízo na qualidade de testemunhas de acusação (ID. 167731601, págs. 03/04 e 06; IDs. 167732397 e 167732401).

VI – Os policiais militares, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, foram uníssonos ao relatarem que receberam informações via CICOM sobre um indivíduo foragido da justiça, o qual se encontrava na Rua Vila Vale, no Engelho Velho da Federação, com outras pessoas, local onde costumeiramente ocorre tráfico de drogas, razão pela qual os agentes públicos, a fim de averiguar o quanto noticiado, para lá se dirigiram, e, chegando na localidade, os indivíduos, ao avistarem a guarnição, tentaram empreender fuga, sendo o acusado alcançado, detido e abordado, e com ele foi encontrada certa quantidade de drogas, as quais, segundo o SGT/PM Paulo Roberto estavam em um saco plástico verde, acondicionadas em cápsulas de maconha. Os policiais relataram que outros elementos foram abordados, mas não foram presos e que foi confirmado que o Réu era o destinatário do mandado de prisão em aberto, além de o SD/PM Helton ter declarado que o acusado era conhecido por fotos no meio policial, em virtude da prática de homicídios contra facções rivais, admitindo o Réu que participou de chacina em uma comunidade. O SD/PM Helton afirmou, ainda, que não adentrou em nenhuma residência e que visualizou o ora Apelante vendendo as substâncias ilícitas.

VII – Nota-se, portanto, que os relatos apresentados pelos policiais são coerentes, não se vislumbrando nenhum indício de que tenham prestado depoimentos falsos a respeito dos fatos, com intenção de prejudicar o Sentenciado, o qual não tinham prendido em outras ocasiões, sendo certo que o próprio Réu afirmou em Juízo que não conhecia os agentes públicos antes dos fatos em exame. Registre-se que a simples qualidade de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos por eles veiculados, mormente quando se apresentam coesos e harmônicos com os demais elementos e circunstâncias colhidos dos autos, e quando oferecidos em Juízo, sendo oportunizado o contraditório, como se deu no presente caso.

VIII – Não se olvida que, no caso sob destreame, as senhoras Jaqueline Costa de Jesus e Antonieta Macedo de Santana, ouvidas na qualidade de testemunhas de defesa, afirmaram em sede instrutória que presenciaram a abordagem e nada foi encontrado com o ora Recorrente, bem assim que este teria sido vítima de agressões e tortura por parte dos policiais (ID. 167732398 e 167732399, PJe 1º Grau). Ocorre que, como bem ponderado pela Magistrada sentenciante, os policiais responsáveis pela prisão foram as testemunhas que mais se aproximaram do Réu, e, nesse viés, seus depoimentos são mais consentâneos com a realidade fática de apreensão dos entorpecentes em poder do Apelante; até porque as testemunhas de defesa visualizaram a abordagem a uma certa distância, já que não se encontravam fora das respectivas residências e perto do acusado no exato momento em que a guarnição chegou ao local, informando a depoente Antonieta que saiu

na frente da sua casa para ver o que acontecia e se encontrava a uns 10 a 15 metros de distância de onde o Recorrente foi revistado.

IX – No tocante às supostas agressões e torturas engendradas pelos policiais contra o Réu, as quais, segundo a Defesa, eivam o flagrante de ilegalidade, contaminando toda prova dele advinda, cumpre ressaltar, inicialmente, que, ao ser ouvido em sede policial, o ora Recorrente foi cientificado dos seus direitos constitucionais e em momento algum reportou à Delegada de Polícia que teria sido agredido pelos agentes que realizaram a sua prisão, cabendo repisar que o acusado negou a prática delitativa em ambas as fases da persecução penal, não havendo nos fólios indícios de nenhuma querela entre o Apelante e os policiais.

X – Ademais, constata-se haver discrepâncias substanciais nos depoimentos das testemunhas de defesa, em comparação com o interrogatório do Réu, no que concerne ao local em que as agressões teriam sido perpetradas. A depoente Jaqueline afirmou em Juízo que estavam realizando um almoço na sua residência e os convidados se encontravam do lado de fora, quando a polícia chegou e abordou todos os presentes, adentrando posteriormente no seu imóvel com o acusado, sendo as agressões realizadas na cozinha. Entretanto, a referida depoente alegou ter ouvido tortura verbal, e que não presenciou tortura física, embora acredite também ter ocorrido, informando não saber se houve agressão fora da sua casa. Já a testemunha Antonieta asseverou que as agressões ocorreram na rua e foram empreendidas com uso de cassetetes, não fazendo menção a suposta violência perpetrada na residência de Jaqueline. Por sua vez, o Réu alegou que as lesões a sua integridade física aconteceram primeiro na cozinha da casa de Jaqueline e depois no matagal do Parque da Cidade, sem fazer qualquer referência a ter sido agredido na rua. Acrescente-se que em sede investigativa o acusado não fez nenhuma alusão a se encontrar na residência de Jaqueline no dia do fato, mas, sim, na casa de uma prima de prenome “Elaine”, não mencionada em Juízo.

XI – E não é só, ainda que o Laudo de Exame de Lesões Corporais tenha sido confeccionado no dia 11/12/2020 e, assim, como aduz a Defesa, 08 (oito) dias após a prisão em flagrante do ora Recorrente, considerando que as testemunhas de defesa afirmaram que o Réu foi agredido e torturado por cerca de 30 minutos, inclusive com cassetete, e que o próprio acusado alegou ter sofrido investida dos policiais em duas oportunidades no mesmo dia, sendo agredido no rosto, certamente a perita responsável teria observado a existência de lesões físicas no periciado. Todavia, ao revés, consta no respectivo laudo que: “Ao exame, a perita verificou: ausência de lesões corporais, macroscópicas, recentes, ao exame físico do periciando” (ID. 167731604, págs. 04/05).

XII – Nesse viés, ressalte-se, conforme sinalizado pela Juíza de primeiro grau, com precisão, não ser crível que as testemunhas de defesa tenham presenciado diversas agressões físicas perpetradas pelos policiais em face do Réu, com uso de cassetetes, e o resultado do laudo pericial tenha sido negativo, não constando na exposição fática da perícia nenhum relato do periciando no sentido de que foi agredido pelos policiais que efetivaram a sua prisão. Assinale-se, ainda, que, quando da conversão da prisão em flagrante em preventiva (ID. 167731603, págs. 10/11), a Magistrada pontuou que as audiências de custódia não estavam sendo realizadas em razão da pandemia por COVID-19, nos termos do Decreto Judiciário nº 570 de 09/09/2020, além de enfatizar o caráter não vinculativo do quanto disposto no art. 8º-A, V, da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, no que tange ao registro fotográfico do preso, competindo ao juiz analisar o contexto da

prisão; até porque, repita-se, não foi narrado pelo Réu à Delegada nenhum episódio de violência perpetrada pelos policiais.

XIII – Portanto, no cenário esboçado, inexiste demonstração cabal de que os agentes públicos tenham causado lesões à integridade física do ora Apelante, sendo certo que caberia à Defesa provar tal alegação, consoante previsão do art. 156, caput, do Código de Processo Penal, ônus do qual não se desincumbiu. Não é demasiado salientar que eventuais irregularidades perpetradas no momento do flagrante não têm o condão de infirmar a prova produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, sobretudo porque, na situação em testilha, as provas de materialidade e autoria do crime na pessoa do Réu não se vincularam às supostas agressões por ele sofridas, já que, além de a apreensão dos entorpecentes ter se dado anteriormente, o acusado, em nenhum momento, assumiu a propriedade da droga, negando a prática delitiva em todas as fases processuais, não havendo, nessa toada, relação entre eventual conduta ilegal por parte dos agentes públicos, a qual, frise-se, não restou demonstrada, e o convencimento da julgadora quanto à prática delitiva, haja vista que a Magistrada lastreou suas razões de decidir especialmente nos depoimentos prestados pelos policiais, convergentes no sentido de que as drogas foram localizadas na posse do acusado. Desse modo, inviável acolher a tese defensiva de nulidade de provas obtidas por derivação de supostas agressões perpetradas em desfavor do Apelante.

XIV – Com efeito, vale lembrar que, para a configuração do crime de tráfico de drogas, não se exige a efetiva prática de atos de comercialização da substância entorpecente. Pratica o delito de tráfico não apenas aquele que comercializa a droga, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção e da circulação dos psicotrópicos. O tipo penal contido no art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, é crime permanente, de ação múltipla e de mera conduta, sendo irrelevante a prova da traficância. São várias ações identificadas pelos diversos verbos e o delito se consuma com a prática de qualquer das hipóteses previstas.

XV – In casu, embora a quantidade de droga apreendida não tenha sido elevada (50,37g – cinquenta gramas e trinta e sete centigramas e sete gramas centigramas de maconha), a forma em que estava fracionada e acondicionada, em 80 (oitenta) microtubos de plástico verde, contidos em saco plástico incolor; o fato de ser costumeira a ocorrência de tráfico de drogas no local em que o Réu foi encontrado e ele ter tentado evadir-se ao ver a guarnição policial; além de um dos agentes ter visto situação de venda do material psicotrópico, não deixam dúvidas da destinação comercial dos entorpecentes. Por conseguinte, na hipótese vertente, as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção que concluem pelo acerto da condenação pelo crime previsto no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, não havendo, assim, que se falar em absolvição pelo princípio in dubio pro reo.

XVI – Relativamente ao pleito de reforma da dosimetria das penas, melhor sorte não assiste à Defesa. Na primeira fase, após análise das circunstâncias judiciais e preponderantes (art. 59 do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/06), a Magistrada a quo reputou como desfavorável tão somente o vetor relativo aos antecedentes criminais, fixando as penas-base em 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão e 530 (quinhentos e trinta) dias-multa. Tal operação foi realizada com acerto, não merecendo guarida o pedido para aplicação das penas-base no mínimo legal, uma vez que o ora Recorrente foi definitivamente condenado, também por tráfico de drogas, nos autos da ação penal nº 0143426-43.2009.8.05.0001 (extrato de

ações penais constantes nos IDs. 167732364 e 167732365, PJe 1º Grau), que tramitou na 2ª Vara de Tóxicos da Capital, com trânsito em julgado em 29/07/2013 (SAJ 2º Grau), cuja execução da pena foi extinta em 26/06/2019 (evento 22.1 dos autos 0353527-19.2013.8.05.0001 – SEEU), tratando-se de acusado reincidente, nos termos do art. 63 do Código Penal, circunstância hábil a caracterizar maus antecedentes, na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

XVII – Outrossim, o incremento realizado pela Juíza de origem em razão da existência de uma circunstância judicial negativa foi de apenas 03 (três) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, e, portanto, diminuto, tendo em vista que a jurisprudência autoriza a elevação da pena por cada vetor desfavorável no patamar de 1/8 do intervalo entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas, não havendo qualquer reparo a ser feito, nesse ponto, em sede de recurso exclusivo da defesa.

XVIII – Na etapa intermediária, ausentes circunstâncias atenuantes, a Magistrada singular reconheceu a presença da agravante da reincidência (art. 61, I, CP), aumentando as reprimendas basilares em 1/6 (10 meses e 15 dias de reclusão e 88 dias-multa), na linha da jurisprudência pátria, o que ora se mantém, pois, além da condenação definitiva pelo feito anteriormente mencionado, verifica-se que o ora Apelante também ostenta condenação transitada em julgado em 25/11/2013 (SAJ 2º Grau), pela prática de tráfico de drogas, nos autos da ação penal nº

0096333-21.2008.8.05.0001, que tramitou perante a 1ª Vara de Tóxicos da Capital, e cuja execução da pena foi extinta em 26/06/2019 (evento 22.1 dos autos n. 0353527-19.2013.8.05.0001 – SEEU), configurando, igualmente, hipótese de reincidência, pois o crime em análise ocorreu cerca de um ano e meio (03/12/2020) após extinta a pena pelo fato anterior, não ultrapassando o prazo depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal.

XIX – Cumpre sinalizar o entendimento uníssono do STJ de que “[...] pode a Corte estadual, sem piorar a situação do recorrente, em recurso exclusivo da defesa, de fundamentação livre e efeito devolutivo amplo, observados os limites horizontais do tema suscitado, manifestar sua própria e cuidadosa fundamentação sobre as matérias debatidas na origem. Desse modo, ao Tribunal de Justiça, provocado a apreciar o cálculo da reprimenda, compete examinar as circunstâncias judiciais e rever os pormenores da individualização da sanção deliberados na sentença, mantendo ou diminuindo a sanção imposta na instância de origem”. (AgRg no HC 562.074/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 13/12/2021). Assim, considerando a utilização de condenações definitivas distintas, uma a título de maus antecedentes na primeira fase, e outra a título de agravante da reincidência na segunda etapa, não há que se falar em exasperação da pena pelo mesmo fato.

XX – Avançando à terceira fase, a Sentenciante afastou a aplicação do redutor do tráfico privilegiado, expondo a seguinte motivação: “O réu não faz jus à causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, dadas as notícias de que se dedica de forma contumaz à prática de delitos, com condenação na 2ª vara de Tóxicos de Salvador”. É sabido que a incidência da causa especial de diminuição de pena disciplinada no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa.

XXI – Na hipótese em lume, inviável acolher o pleito defensivo para aplicação do aludido redutor, tendo em vista que o Recorrente trata-se de

Réu duplamente reincidente em tráfico de drogas, fato que, por si só, torna incabível a aplicação da minorante do tráfico privilegiado por expressa disposição legal, já que ausente o requisito da primariedade. Pertinente observar, nesse aspecto, que a orientação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a utilização da reincidência na segunda e terceira fases do cálculo dosimétrico não configura bis in idem. Logo, não havendo causas de aumento ou diminuição, ficam ratificadas como definitivas as penas de 6 (seis) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e 618 (seiscentos e dezoito) dias-multa, no valor unitário mínimo.

XXII – Acerca do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, mister referendar o regime fechado imposto pela Magistrada a quo, pois, embora a pena final seja inferior a 08 (oito) anos, além da reincidência, foi valorada como desfavorável circunstância judicial (antecedentes criminais), fatores que, nos termos do art. 33, § 2º, b e § 3º, do Código Penal, justificam a aplicação do regime mais gravoso, não havendo que se falar em bis in idem nessa operação. De mais a mais, inviável proceder à detração penal em razão dos motivos que ensejaram a manutenção do regime prisional fechado. Inaplicável, ainda, a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, diante do quantum de pena fixado, consoante exegese do art. 44, inciso I, do Código Penal.

XXIII – Ratifica-se, ainda, a custódia cautelar do Réu, a qual foi idoneamente mantida pela Sentenciante, pois, além de ter respondido a outros processos por tráfico de drogas (reincidente), também foi condenado por roubo na 14ª Vara Criminal de Salvador (autos n. 0571529-14.2017.8.05.0001), ainda pendente de definitividade, restando demonstrada a contumácia na prática delitiva e o consequente risco à ordem pública, conforme destacado pela Juíza de primeiro grau, havendo prova da materialidade e autoria no feito em apreço quanto ao crime a que foi condenado, sendo certo, ainda, que respondeu ao processo na condição de preso.

XXIV – Por fim, cabe destacar que a Juíza a quo cuidou de determinar a expedição de Guia de Recolhimento Provisória, o que foi devidamente cumprido (ID. 167732427, PJe 1º Grau), dando origem à Execução Penal nº 2001255-09.2021.8.05.0001 – SEEU.

XXV – Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e improvimento do Apelo.

XXVI – APELO CONHECIDO e IMPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 0512402-43.2020.8.05.0001, provenientes da Comarca de Salvador/BA, em que figuram, como Apelante, Janderson da Silva Fernandes, e, como Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Colenda Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em conhecer e NEGAR PROVIMENTO ao Apelo, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto da Desembargadora Relatora.

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e não provido Por Unanimidade
Salvador, 30 de Agosto de 2022.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Apelação nº 0512402-43.2020.8.05.0001 – Comarca de Salvador/BA

Apelante: Janderson da Silva Fernandes

Defensora Pública: Dra. Verônica de Andrade Nascimento

Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia

Promotora de Justiça: Dra. Ana Vitória C. Gouveia

Origem: 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA

Procurador de Justiça: Dr. João Paulo Cardoso de Oliveira

Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Janderson da Silva Fernandes, assistido pela Defensoria Pública do Estado da Bahia, insurgindo-se contra a sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou às penas de 6 (seis) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 618 (seiscentos e dezoito) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, c/c art. 61, inciso I, do Código Penal, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Em observância aos princípios da celeridade, da efetividade e da economia processual, e considerando ali se consignar, no que relevante, a realidade do processo até então desenvolvida, adota-se, como próprio, o relatório da sentença (ID. 167732415, PJe 1º Grau), a ele acrescendo o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto.

Irresignado, o Sentenciado interpôs Recurso de Apelação (ID. 167732421, PJe 1º Grau), postulando a Defesa, nas razões recursais (ID. 167732437, PJe 1º Grau), a absolvição por fragilidade probatória, ao argumento de que nenhuma droga foi encontrada com o Réu, o qual foi agredido e torturado pelos policiais responsáveis por sua prisão, conforme por ele noticiado em interrogatório judicial e corroborado pelas testemunhas de defesa, de maneira que a ilegalidade do flagrante contamina toda a prova dele

advinda, eivando de nulidade absoluta o feito, razão pela qual deve ser aplicado o princípio in dubio pro reo, até porque o exame pericial para verificação de lesões corporais no acusado só foi realizado 08 (oito) dias após a sua prisão. Subsidiariamente, requer o redimensionamento das penas, a fim de que as reprimendas basilares sejam fixadas no mínimo legal, afastando-se a valoração negativa atribuída aos antecedentes criminais; bem assim a incidência da minorante do tráfico privilegiado no patamar máximo de 2/3 (dois terços), uma vez que a Magistrada utilizou o mesmo fundamento para exasperar as penas-base e afastar a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, incorrendo em bis in idem.

Nas contrarrazões, pugna o Parquet pela manutenção do decisio recorrido (ID. 167732448, PJe 1º Grau).

Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e improvimento do Apelo (ID. 24538712, PJe 2º Grau).

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

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Apelação nº 0512402-43.2020.8.05.0001 – Comarca de Salvador/BA

Apelante: Janderson da Silva Fernandes

Defensora Pública: Dra. Verônica de Andrade Nascimento

Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia

Promotora de Justiça: Dra. Ana Vitória C. Gouveia

Origem: 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA

Procurador de Justiça: Dr. João Paulo Cardoso de Oliveira

Relatora: Des. Rita de Cássia Machado Magalhães

VOTO

Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Janderson da Silva Fernandes, assistido pela Defensoria Pública do Estado da Bahia, insurgindo-se contra a sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou às penas de 6 (seis) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 618 (seiscentos e dezoito) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, c/c art. 61, inciso I, do Código Penal, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Narra a exordial acusatória (ID. 167731600, PJe 1º Grau), in verbis, que “[...] no dia 03/12/2020, por volta das 18h40min, na Rua Vila Vale, bairro Engenho Velho da Federação, nesta Capital, o ora denunciado trazia consigo substância entorpecente de uso proscrito no Brasil. Segundo os autos do

procedimento inquisitorial incluso, policiais militares estavam em ronda de rotina no bairro Nordeste de Amaralina, quando foram informados que um indivíduo foragido, morador do Nordeste, estava homiziado na Rua Vila Vale, bairro Engenho Velho da Federação, para onde se dirigiram. Lá chegando, avistaram o ora denunciado, cujas características e local coincidiam com as informações transmitidas aos policiais, tendo este, ao perceber a presença policial, tentado empreender fuga, sendo, contudo, detido pelos prepostos do estado. Realizada revista pessoal, foi encontrado, em poder do ora denunciado, 80 (oitenta) porções de maconha, massa bruta 50,37g (cinquenta gramas e trinta e sete centigramas), conforme auto de exibição e apreensão de fl. 08, bem como laudo de constatação de fls. 16. Por ocasião da abordagem, o denunciado afirmou que tentou fugir em razão de possuir mandado de prisão em aberto, referente a prática de um homicídio na Rua da Muriçoca, bairro Engenho Velho da Federação, o que fora checado e confirmado, ocasião em que também se verificou também já ter sido preso por tráfico de drogas e roubo. [...]”.

Irresignado, o Sentenciado interpôs Recurso de Apelação (ID. 167732421, PJe 1º Grau), postulando a Defesa, nas razões recursais (ID. 167732437, PJe 1º Grau), a absolvição por fragilidade probatória, ao argumento de que nenhuma droga foi encontrada com o Réu, o qual foi agredido e torturado pelos policiais responsáveis por sua prisão, conforme por ele noticiado em interrogatório judicial e corroborado pelas testemunhas de defesa, de maneira que a ilegalidade do flagrante contamina toda a prova dele advinda, eivando de nulidade absoluta o feito, razão pela qual deve ser aplicado o princípio in dubio pro reo, até porque o exame pericial para verificação de lesões corporais no acusado só foi realizado 08 (oito) dias após a sua prisão. Subsidiariamente, requer o redimensionamento das penas, a fim de que as reprimendas basilares sejam fixadas no mínimo legal, afastando-se a valoração negativa atribuída aos antecedentes criminais; bem assim a incidência da minorante do tráfico privilegiado no patamar máximo de 2/3 (dois terços), uma vez que a Magistrada utilizou o mesmo fundamento para exasperar as penas-base e afastar a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, incorrendo em bis in idem.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, conhece-se do Apelo.

Não merece acolhimento o pedido absolutório. In casu, o ora Apelante, ao ser interrogado perante a Autoridade Policial, negou a prática delitiva, alegando que, no dia do fato, se encontrava no bairro do Engenho Velho da Federação, na casa da prima de prenome Elaine, quando foi abordado e conduzido pelos policiais, mas que não estava na posse de nenhuma droga, além de ter confirmado que já foi preso por tráfico de entorpecentes e roubo com emprego de arma de fogo, bem como responder pelo homicídio de “Cleber”, ocorrido no Vale das Muriçocas, motivo pelo qual havia mandado de prisão em seu desfavor (ID. 167731601, págs. 09/10, PJe 1º Grau).

Em Juízo, o Réu também negou o cometimento do crime que lhe foi imputado, asseverando que estava sentado em um banco com outras pessoas, quando foi abordado pelos policiais e nada ilícito foi encontrado na revista, tendo sido levado para dentro da casa de Jaqueline, onde foi agredido pelos agentes públicos na cozinha e depois levado para o matagal no Parque da

Cidade, local em que foi vítima de tortura pelos policiais, inclusive com coronhadas na cabeça, mas não conseguiu visualizar as fisionomias dos ditos agressores por estarem encapuzados. Afirmou, ainda, que somente viu a droga na delegacia; que havia mandado de prisão contra si, mas dele não tinha conhecimento; que já foi preso cinco vezes por tráfico de drogas e roubo, tendo cumprido sete anos pelo tráfico e também sido condenado por roubo (ID. 167732400, PJe 1º Grau). Veja-se:

[...] que os fatos narrados na denúncia não são verdadeiros; que o interrogado não estava com nada de ilícito em mãos; que no dia da sua prisão estava sentado em um banco com outras pessoas; que os policiais chegaram e abordaram o acusado e essas outras pessoas que tinham entre 16 e 17 anos; que esses menores eram primos do interrogado e que todos foram abordados mas somente o acusado foi conduzido; que não sabe dizer onde essa maconha foi encontrada e somente viu a droga no DHPP; que esse local que o acusado estava não era ponto de venda de drogas; que não conhecia os policiais que lhe prenderam; que sofreu agressões durante essa diligência; que os policiais lhe levaram para casa de Jaqueline e depois conduziram o acusado para um matagal; que tinha um mandado de prisão mas que não tinha conhecimento; que já havia sido preso anteriormente e que esta é a sua quinta prisão sendo uma da choque e outra pela polícia militar; que essas prisões são por drogas e assalto; que cumpriu sete anos por tráfico de drogas e que teve condenação por assalto também; que os policiais não encontraram nada de ilícito no local. [...] que no local havia duas viaturas e conduziram o acusado para o Parque da Cidade e lá começaram a tortura onde o interrogado levou coronhada na cabeça; que os policiais lhe agrediram querendo informações e dinheiro; que não visualizou o rosto de alguns policiais, pois estavam de brucutu; que os policiais lhe pegaram na rua onde o acusado estava sentado e o conduziram para dentro da residência de Jaqueline e lhe agrediram dentro da cozinha; que foi conduzido para o matagal e sua família já estava na rua procurando informações sobre o paradeiro do interrogado; que quando chegou no DHPP já era meia noite; que o interrogado foi agredido no rosto. [...] (gravação constante no PJe Mídias)

Contudo, a detida leitura do caderno processual permite concluir que a negativa do Réu não prevalece nos autos, pois, no caso em comento, a materialidade e a autoria delitivas restaram suficientemente comprovadas no conjunto probatório (PJe 1º Grau), merecendo destaque o Auto de Exibição e Apreensão (ID. 167731601, pág. 08); o Laudo Pericial toxicológico (ID. 167731602, pág. 06), no qual se verifica que os entorpecentes apreendidos se tratavam de 50,37g (cinquenta gramas e trinta e sete centigramas) de tetrahydrocannabinol (THC), conhecida como “maconha”, substância de uso proscrito no Brasil; além dos depoimentos, em ambas as fases da persecução penal, do SGT/PM Paulo Roberto Santos Carvalho e do SD/PM Helton Conceição Santos, responsáveis pela prisão em flagrante do Recorrente e ouvidos em Juízo na qualidade de testemunhas de acusação (ID. 167731601, págs. 03/04 e 06; IDs. 167732397 e 167732401).

Os policiais militares, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, foram uníssomos ao relatarem que receberam informações via CICOM sobre um indivíduo foragido da justiça, o qual se encontrava na Rua Vila Vale, no Engelho Velho da Federação, com outras pessoas, local onde costumeiramente ocorre tráfico de drogas, razão pela qual os agentes públicos, a fim de

averiguar o quanto noticiado, para lá se dirigiram, e, chegando na localidade, os indivíduos, ao avistarem a guarnição, tentaram empreender fuga, sendo o acusado alcançado, detido e abordado, e com ele foi encontrada certa quantidade de drogas, as quais, segundo o SGT/PM Paulo Roberto estavam em um saco plástico verde, acondicionadas em cápsulas de maconha. Os policiais relataram que outros elementos foram abordados, mas não foram presos e que foi confirmado que o Réu era o destinatário do mandado de prisão em aberto, além de o SD/PM Helton ter declarado que o acusado era conhecido por fotos no meio policial, em virtude da prática de homicídios contra facções rivais, admitindo o Réu que participou de chacina em uma comunidade. O SD/PM Helton afirmou, ainda, que não adentrou em nenhuma residência e que visualizou o ora Apelante vendendo as substâncias ilícitas.

Confiram-se:

[...] que consegue visualizar o acusado presente na audiência; que consegue se recordar da situação descrita na denúncia; que já havia realizado diversas diligências na localidade Vila Vale no bairro Engenho Velho da Federação e que este local é um local bastante crítico em relação à criminalidade; que no dia dos fatos descritos na denúncia a guarnição do depoente havia recebido uma informação via sistema de comunicação da polícia de que havia indivíduos, inclusive o acusado, na localidade, que estava fugido; que a guarnição do depoente se dirigiu ao local para verificar a informação, e lá chegando alguns indivíduos evadiram mas o acusado foi alcançado e abordado; que o depoente foi um dos policiais que abordou o acusado; que foram encontradas drogas com o acusado, mas o depoente não sabe precisar a quantidade, mas que era uma quantidade considerável para tráfico; que já conhecia o acusado através de fotos no meio policial e por informações no próprio bairro de que o acusado cometeu diversos homicídios contra pessoas de facções rivais de tráfico; que o acusado admitiu para os policiais que tinha mandado de prisão em aberto e que estava em chacina em uma comunidade próxima, que era área de uma facção rival; que além do acusado outros indivíduos foram abordados, mas o depoente não se recorda se foram presos; que acusado foi conduzido para a delegacia pelo fato do mesmo ter admitido que estava em uma chacina em uma comunidade, porque estava traficando e porque havia um mandado de prisão em aberto; que a natureza das drogas que foram encontradas com acusado eram maconha e cocaína; [...] que certamente as outras guarnições realizaram a varredura no local, pois a guarnição do depoente estava responsável pela abordagem no acusado; que o depoente abordou o acusado e encontrou drogas, mas quanto à varredura o depoente não sabe informar; que além das drogas foi encontrado dinheiro no bolso do acusado; que quando chegou ao local havia indivíduos com o acusado e empreenderam fuga; que o acusado não conseguiu empreender fuga; que esses indivíduos antes de empreenderem fuga estavam praticando tráfico de drogas; que o depoente visualizou o ato de venda de drogas pelo acusado; que não se recorda se o acusado aparentava ter feito o uso de substâncias entorpecentes; que outros indivíduos foram abordados, mas pela guarnição do depoente somente o acusado foi abordado; que o local era um local muito grande e vasto; que a guarnição do depoente não chegou a adentrar alguma residência; que o acusado não ofereceu resistência pois não houve alternativa; que o acusado admitiu que a droga lhe pertencia e que havia participado de uma chacina. [...] (Depoimento judicial da testemunha de acusação SD/PM Helton

Conceição Santos; gravação constante no PJe Mídias)

[...] que se recorda dos fatos narrados na denúncia; que consegue visualizar o acusado presente na audiência; que o depoente já havia realizado diligências na localidade Engenho Velho da Federação, mas não referentes ao acusado, com quem teve contato apenas no dia da ocorrência; que na Rua Vila Vale é comum haver tráfico de drogas; que no dia dos fatos a guarnição do depoente estava em operação no bairro Nordeste de Amaralina, quando receberam informações via rádio, pela CICOM, de que na Rua Vila Vale se encontrava um elemento foragido da justiça, e que havia em torno de seis elementos comemorando, fazendo churrasco; que se deslocaram até a localidade e realizaram a incursão a pé a partir de um determinado ponto, pois não tinha como passar com veículo no local, que era composto por escadarias e vielas; que quando os indivíduos avistaram a guarnição tentaram correr, mas conseguiram deter o acusado, com o qual, durante a abordagem, foram encontradas porções de drogas; que confirmaram a documentação do acusado e o mandado de prisão em desfavor dele; que estava havendo uma operação no Nordeste de Amaralina com o objetivo de prender elementos envolvidos com o tráfico de drogas, pois nessa época estava tendo muita ocorrência na localidade; que na operação havia três viaturas da Rondesp; que de lá foram para o Engenho Velho, onde visualizaram os indivíduos; que não se recorda quem realizou a busca e apreensão; que a droga foi encontrada com o acusado; que a maconha estava em um saco plástico verde, em cápsulas pequenas; que não se recorda o local exato em que estava esse saco; que mais dois indivíduos foram abordados além do acusado, mas que eram menores de idade, e foram identificados após a chegada dos genitores; que não se recorda se o acusado informou se morava naquele local; que a quantidade de maconha era salvo engano em torno de 20 a 30 cápsulas de maconha; que o acusado informou aos policiais que não estava respondendo a processo, mas que depois que foi feita a consulta foi constatado que havia mandado de prisão em desfavor do acusado. [...] que o acusado tentou evadir do local, mas que essa foi a única resistência que o acusado ofereceu; que provavelmente o acusado estava sob efeito do uso de drogas, já que havia um churrasco no local; que foi feita a varredura do local, mas que não foi encontrada substâncias entorpecentes no local, apenas com o acusado. [...]

(Depoimento judicial da testemunha de acusação SGT/PM Paulo Roberto Santos Carvalho; gravação constante no PJe Mídias)

Nota-se, portanto, que os relatos apresentados pelos policiais são coerentes, não se vislumbrando nenhum indício de que tenham prestado depoimentos falsos a respeito dos fatos, com intenção de prejudicar o Sentenciado, o qual não tinham prendido em outras ocasiões, sendo certo que o próprio Réu afirmou em Juízo que não conhecia os agentes públicos antes dos fatos em exame.

Registre-se que a simples qualidade de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos por eles veiculados, mormente quando se apresentam coesos e harmônicos com os demais elementos e circunstâncias colhidos dos autos, e quando oferecidos em Juízo, sendo oportunizado o contraditório, como se deu no presente caso.

Nessa esteira:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR EFETUADA POR POLICIAIS MILITARES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INFORMAÇÕES PRÉVIAS DE OCORRÊNCIA DE TRÁFICO DE DROGAS NA RESIDÊNCIA. PERMISSÃO DO PACIENTE PARA ENTRADA DOS POLICIAIS NA RESIDÊNCIA. SUBSEQUENTE CONFISSÃO INFORMAL DO RÉU DE QUE OS ENTORPECENTES HAVIAM SIDO ARMAZENADOS EM LOCAL DISTANTE DA RESIDÊNCIA. VALIDADE. CREDIBILIDADE DO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS EM JUÍZO. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE, ANTE A EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO, CONJUGADA COM A QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

[...] 7. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. Precedentes: AgRg no HC 606.384/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 29/09/2020; AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 05/08/2019; REsp n. 1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 17/05/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/03/2016. [...] (STJ, HC 608.558/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 07/12/2020) (grifos acrescidos)

[...] O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firme de que os depoimentos dos policiais, que acompanharam as investigações prévias ou que realizaram a prisão em flagrante, são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. [...]. 10. Agravo regimental não provido.” (STJ, AgRg no AREsp 918.323/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019) (grifos acrescidos)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. PALAVRA DE POLICIAIS. PROVA PARA A CONDENAÇÃO. VALIDADE. INSUFICIÊNCIA DO ACERVO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. WRIT NÃO CONHECIDO. 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 possível a concessão da ordem de ofício. II – 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. Precedentes. III – Ademais, no caso dos autos, constou do v. acórdão vergastado que os depoimentos dos policiais são corroboradas por outros elementos probatórios, notadamente a apreensão de considerável quantidade de crack, de forma a demonstrar que a droga tinha por destinação o tráfico ilícito. IV – Afastar a condenação, in casu, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória.

Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 404.507/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 18/04/2018) (grifos acrescidos).

Não se olvida que, no caso sob destreame, as senhoras Jaqueline Costa de Jesus e Antonieta Macedo de Santana, ouvidas na qualidade de testemunhas de defesa, afirmaram em sede instrutória que presenciaram a abordagem e nada foi encontrado com o ora Recorrente, bem assim que este teria sido vítima de agressões e tortura por parte dos policiais (ID. 167732398 e 167732399, PJe 1º Grau), a saber:

[...] que a prisão do acusado foi bastante conturbada; que no dia dos fatos estavam fazendo um almoço e convidaram o acusado para almoçar; que os preparos para este almoço foram dentro da casa da testemunha, mas o almoço estava acontecendo na frente da sua residência, onde aconteceu a prisão do acusado; que os policiais chegaram e abordaram todo mundo; que o acusado não fez menção de correr; que a abordagem do acusado foi turbulenta, mas não sabe explicar o motivo; que visualizou o momento em que a polícia fez a revista no acusado; que o acusado não estava em posse de nada errado; que a testemunha visualizou o acusado sofrendo agressões; que os policiais adentraram na residência da testemunha com o acusado; que o portão da casa da testemunha estava aberto; que os policiais falavam que o acusado estava com drogas; que a testemunha não sabe dizer se houve alguma agressão fora da sua residência, porque depois que os policiais saíram de sua casa com o acusado a testemunha ficou em casa porque sua mãe se encontrava muito abalada e a própria testemunha também; que as agressões que ocorreram dentro da casa da testemunha foram dentro da cozinha e não dava para as pessoas que estavam na rua ver; que os policiais ficavam perguntando para o acusado para onde ele estava indo, informando que o mesmo queria fugir; que ouviu agressões verbais, mas não viu agressões físicas, pois os policiais não deixaram as pessoas passarem para a cozinha quando estavam lá com o acusado; que a casa foi revistada e nada foi encontrado [...] que os policiais entraram na sua residência e que as agressões que o acusado sofreu foram no interior da residência da testemunha; que os policiais chegaram no local no início da noite e entraram em sua residência, agrediram e saíram com o acusado o que demorou bastante; que depois os policiais retornaram com o acusado para o bairro; que não chegou a ver essa segunda volta com o acusado, mas que os familiares do acusado já estavam presentes na rua; que os policiais ficaram em torno de 30 minutos dentro da residência da depoente; que o acusado sofreu agressões verbais e acredita que também físicas enquanto estava dentro da residência da depoente. [...] (Depoimento judicial da testemunha de defesa Jaqueline Costa de Jesus; gravação constante no PJe Mídias)

[...] que no dia da prisão do acusado a testemunha estava em casa e saiu na frente de casa e visualizou o acusado sendo abordado; que o acusado estava sentado e lá mesmo ficou; que visualizou o acusado sofrendo agressões físicas e verbais; que a testemunha visualizou as agressões sofridas no acusado; que o acusado foi agredido com cassetete; que vários moradores saíram na frente de casa no momento; que havia bastante pessoas na rua; que a polícia não encontrou nada com o acusado; que depois de muitas agressões e tortura os policiais levaram o acusado na viatura; que ficou sabendo que o levaram ao Parque da Cidade, onde as agressões teriam

continuado. [...] que a testemunha reside na Rua Vila Vale; que no momento que os fatos ocorreram a testemunha estava em sua residência; que quando o acusado estava sendo abordado a testemunha saiu para frente de sua casa e ficou um pouco afastada em torno de 10 a 15 metros de distância; que os policiais agrediram o acusado com cassetete; que o acusado enquanto sofria essas agressões estava deitado no chão e com as mãos para trás; que foram vários policiais que bateram no acusado; que em torno de 3 a 4 policiais agrediram o acusado; que essa agressão durou em torno de 20 minutos à meia hora. [...] (Depoimento judicial da testemunha de defesa Antonieta Macedo de Santana; gravação constante no PJe Mídias).

Ocorre que, como bem ponderado pela Magistrada sentenciante, os policiais responsáveis pela prisão foram as testemunhas que mais se aproximaram do Réu, e, nesse viés, seus depoimentos são mais consentâneos com a realidade fática de apreensão dos entorpecentes em poder do Apelante; até porque as testemunhas de defesa visualizaram a abordagem a uma certa distância, já que não se encontravam fora das respectivas residências e perto do acusado no exato momento em que a guarnição chegou ao local, informando a depoente Antonieta que saiu na frente da sua casa para ver o que acontecia e se encontrava a uns 10 a 15 metros de distância de onde o Recorrente foi revistado.

No tocante às supostas agressões e torturas engendradas pelos policiais contra o Réu, as quais, segundo a Defesa, eivam o flagrante de ilegalidade, contaminando toda prova dele advinda, cumpre ressaltar, inicialmente, que, ao ser ouvido em sede policial, o ora Recorrente foi cientificado dos seus direitos constitucionais e em momento algum reportou à Delegada de Polícia que teria sido agredido pelos agentes que realizaram a sua prisão, cabendo repisar que o acusado negou a prática delitiva em ambas as fases da persecução penal, não havendo nos fólios indícios de nenhuma querela entre o Apelante e os policiais.

Ademais, constata-se haver discrepâncias substanciais nos depoimentos das testemunhas de defesa, em comparação com o interrogatório do Réu, no que concerne ao local em que as agressões teriam sido perpetradas. A depoente Jaqueline afirmou em Juízo que estavam realizando um almoço na sua residência e os convidados se encontravam do lado de fora, quando a polícia chegou e abordou todos os presentes, adentrando posteriormente no seu imóvel com o acusado, sendo as agressões realizadas na cozinha. Entretanto, a referida depoente alegou ter ouvido tortura verbal, e que não presenciou tortura física, embora acredite também ter ocorrido, informando não saber se houve agressão fora da sua casa.

Já a testemunha Antonieta asseverou que as agressões ocorreram na rua e foram empreendidas com uso de cassetetes, não fazendo menção à suposta violência perpetrada na residência de Jaqueline. Por sua vez, o Réu alegou que as lesões a sua integridade física aconteceram primeiro na cozinha da casa de Jaqueline e depois no matagal do Parque da Cidade, sem fazer qualquer referência a ter sido agredido na rua. Acrescente-se que em sede investigativa o acusado não fez nenhuma alusão a se encontrar na residência de Jaqueline no dia do fato, mas, sim, na casa de uma prima de prenome "Elaine", não mencionada em Juízo.

E não é só, ainda que o Laudo de Exame de Lesões Corporais tenha sido

confeccionado no dia 11/12/2020 e, assim, como aduz a Defesa, 08 (oito) dias após a prisão em flagrante do ora Recorrente, considerando que as testemunhas de defesa afirmaram que o Réu foi agredido e torturado por cerca de 30 minutos, inclusive com cassetete, e que o próprio acusado alegou ter sofrido investida dos policiais em duas oportunidades no mesmo dia, sendo agredido no rosto, certamente a perita responsável teria observado a existência de lesões físicas no periciado. Todavia, ao revés, consta no respectivo laudo que: "Ao exame, a perita verificou: ausência de lesões corporais, macroscópicas, recentes, ao exame físico do periciando" (ID. 167731604, págs. 04/05).

Nesse viés, ressalte-se, conforme sinalizado pela Juíza de primeiro grau, com precisão, não ser crível que as testemunhas de defesa tenham presenciado diversas agressões físicas perpetradas pelos policiais em face do Réu, com uso de cassetetes, e o resultado do laudo pericial tenha sido negativo, não constando na exposição fática da perícia nenhum relato do periciando no sentido de que foi agredido pelos policiais que efetivaram a sua prisão. Assinale-se, ainda, que, quando da conversão da prisão em flagrante em preventiva (ID. 167731603, págs. 10/11), a Magistrada pontuou que as audiências de custódia não estavam sendo realizadas em razão da pandemia por COVID-19, nos termos do Decreto Judiciário nº 570 de 09/09/2020, além de enfatizar o caráter não vinculativo do quanto disposto no art. 8º-A, V, da Recomendação nº 62/2020 do CNJ, no que tange ao registro fotográfico do preso, competindo ao juiz analisar o contexto da prisão; até porque, repita-se, não foi narrado pelo Réu à Delegada nenhum episódio de violência perpetrada pelos policiais.

Portanto, no cenário esboçado, inexiste demonstração cabal de que os agentes públicos tenham causado lesões à integridade física do ora Apelante, sendo certo que caberia à Defesa provar tal alegação, consoante previsão do art. 156, caput, do Código de Processo Penal, ônus do qual não se desincumbiu.

A respeito:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PRELIMINAR DE NULIDADE – TORTURA POLICIAL – CIRCUNSTÂNCIA NÃO COMPROVADA NOS AUTOS – ÔNUS QUE INCUMBE À DEFESA – MÉRITO – DESCLASSIFICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – DESTINAÇÃO MERCANTIL EVIDENCIADA – CONDENAÇÃO MANTIDA – REDUÇÃO DA PENA-BASE – IMPOSSIBILIDADE – RECONHECIMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES E DA REINCIDÊNCIA – INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM – RECONHECIMENTO DA ATENUANTE GENÉRICA – INVIABILIDADE – ESCORREITA OBSERVÂNCIA AOS PRECEITOS LEGAIS PELO MAGISTRADO A QUO. – Comprovadas a autoria e a materialidade do crime de tráfico de drogas, ante a prova produzida sob o contraditório judicial e o idôneo depoimento dos policiais, é de ser mantida a condenação, não merecendo prosperar a tese desclassificatória – No tocante à pena imposta ao apelante pelo crime de tráfico, nenhuma alteração há de ser procedida na sentença, que é suficiente e proporcional à repreensão do delito. (TJ-MG – APR: 10693190060782001 Três Corações, Relator: Márcia Milanez, Data de Julgamento: 16/09/2021, Câmaras Criminais / 8ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 21/09/2021) (grifos acrescidos)

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33,

CAPUT, C.C ART. 40, VI, DA LEI Nº 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA 1). PRELIMINAR. CERCEAMENTO DE DEFESA. AVENTADA ILICITUDE PROBATÓRIA. 1.1). ALEGAÇÃO DE TORTURA, EM TESE, SOFRIDA PELO APELANTE PARA OBTENÇÃO DA SENHA DO CELULAR QUE RESULTOU NA CONFISSÃO E APREENSÃO DA DROGA. TESE AFASTADA. INEXISTÊNCIA DE INDÍCIOS DE OCORRÊNCIA DE TORTURA. LAUDO DE LESÕES CORPORAIS QUE NÃO ATESTA A OCORRÊNCIA DE VIOLAÇÃO FÍSICA. AUSÊNCIA DE PROVA INCOSTESTE ACERCA DA ALEGADA AGRESSÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 156 DO CPP. VERSÃO DO APELANTE ISOLADA NOS AUTOS. TRAFICÂNCIA ATESTADA. DESTAQUE AOS RELATOS JUDICIAIS DOS AGENTES POLICIAIS QUE ATUARAM NO FEITO. EVIDÊNCIA DE ESPECIAL VALOR PROBATÓRIO MORMENTE QUANDO, HARMÔNICOS ENTRE SI, SÃO CORROBORADOS PELAS DEMAIS PROVAS COLIGIDAS NOS AUTOS. PRECEDENTES. CONDENAÇÃO MANTIDA. APELO CONHECIDO E DESPROVIDO. (TJ-PR – APL: 00010767520188160109 PR 0001076-75.2018.8.16.0109 (Acórdão), Relator: Desembargadora Sônia Regina de Castro, Data de Julgamento: 22/11/2018, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 23/11/2018) (grifos acrescidos)

APELAÇÃO CRIMINAL. DENÚNCIA QUE IMPUTA AO RÉU A PRÁTICA DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006). PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL POR ILICITUDE DAS PROVAS COLHIDAS SOB TORTURA – REJEITADA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS EVIDENCIADAS DE FORMA INEQUÍVOCA. PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO PARA O DELITO TIPIFICADO NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS – IMPOSSIBILIDADE – COMPROVAÇÃO DE QUE OS ENTORPECENTES SE DESTINAVAM AO COMÉRCIO ILÍCITO. DOSIMETRIA QUE NÃO MERECE REPAROS – PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL – IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33, DA LEI ANTIDROGA. PLEITO DE RECORRER EM LIBERDADE – IMPROCEDENTE. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. 1 – O Apelante restou condenado ao cumprimento da pena de 05 anos (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, à base de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do delito, pela prática do crime de tráfico de drogas previsto no artigo 33, da Lei nº 11.343/06. 2 – Consta da peça acusatória que o réu foi preso em flagrante, no dia 08/04/2016, por volta das 16:00 horas, na localidade do Subúrbio, mais precisamente na "prainha do Lobato", na Cidade de Salvador/BA, na posse de 85 (oitenta e cinco) trouxinhas de Tetrahydrocannabinol (THC) maconha; além de 01 (uma) camisa branca; 01 (um) aparelho celular vermelho da marca Motorola com chip da operadora Claro; e 01 (um) chaveiro contendo 05 (cinco) chaves. 3 – Da preliminar de nulidade processual por ilicitude das provas colhidas sob tortura. Tese já arguida pelo condenado, quando da apresentação de suas alegações finais (fls. 140-150), e rejeitada pela Magistrada a quo, na Sentença objurgada. Com efeito, inexistem elementos nos autos que evidenciem que a confissão do Apelante foi obtida mediante tortura. Nesse particular, no laudo de exame de Lesões corporais (fls. 175-177), restou evidenciada a inexistência de "lesões corporais macrascópicas recentes, ao exame físico do periciando". Outrossim, presume-se a correção e lisura no exercício das funções dos agentes policiais estatais, de sorte que qualquer entendimento diverso somente poderia ser elidido mediante prova cabal. Todavia, a Defesa não se desincumbiu do ônus de provar tal alegação. Por tais razões, rejeita-se a preliminar aventada. [...] APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. (TJ-BA – APL: 05266999420168050001, Relator: ARACY LIMA BORGES, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 05/07/2017) (grifos acrescidos)

Não é demasiado salientar que eventuais irregularidades perpetradas no

momento do flagrante não têm o condão de infirmar a prova produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, sobretudo porque, na situação em testilha, as provas de materialidade e autoria do crime na pessoa do Réu não se vincularam às supostas agressões por ele sofridas, já que, além de a apreensão dos entorpecentes ter se dado anteriormente, o acusado, em nenhum momento, assumiu a propriedade da droga, negando a prática delitiva em todas as fases processuais, não havendo, nessa toada, relação entre eventual conduta ilegal por parte dos agentes públicos, a qual, frise-se, não restou demonstrada, e o convencimento da julgadora quanto à prática delitiva, haja vista que a Magistrada lastreou suas razões de decidir especialmente nos depoimentos prestados pelos policiais, convergentes no sentido de que as drogas foram localizadas na posse do acusado.

Em sentido similar:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINARES. PROVAS. NULIDADE. MATÉRIA ATINENTE AO MÉRITO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. FLAGRANTE. AGRESSÃO. PROVAS. CONTAMINAÇÃO. INOCORRÊNCIA. SUBSTÂNCIAS ILÍCITAS. TRANSPORTE PESSOAL DESTINADO À MERCANCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO QUANTO À MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. DEPOIMENTOS. DIVERGÊNCIAS PERIFÉRICAS. IRRELEVÂNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ELEVAÇÃO. PROCESSOS EM CURSO. IMPOSSIBILIDADE. REDIMENSIONAMENTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. INVIABILIDADE. DEDICAÇÃO CRIMINOSA. PENA. SUBSTITUIÇÃO. VEDAÇÃO. REGIME INICIAL. ADEQUAÇÃO. RECURSO EM LIBERDADE. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. SUBSISTÊNCIA. BENS. RESTITUIÇÃO. NEGATIVA. PERDIMENTO. GRATUIDADE. DEFERIMENTO. APELO. PROVIMENTO PARCIAL. 1. As preliminares recursais não se confundem com as nulidades ou imperfeições do processo na primeira instância, muito menos com a discussão sobre capítulos próprios do julgado, cingindo-se, ao revés, aos temas que afetam o processamento do próprio recurso, obstando seu prosseguimento analítico, mas nunca abarcando aqueles que, acolhidos ou não, conduzem ao provimento ou improvimento do apelo, os quais se reservam à apreciação no mérito da insurgência. 2. No esteio do entendimento assentado nas Cortes Superiores, eventuais máculas de irregularidade no flagrante não contaminam as provas da ação penal. 3. Ainda que grave a acusação defensiva de terem os policiais que prenderam o Réu o agredido fisicamente, não há que se falar em nulidade das provas se, além de inexistir comprovação da ocorrência da conduta diante da ausência de seu registro em laudo próprio –, dela não resultara qualquer elemento utilizado para embasar a condenação, sobretudo porque mantida a negativa de autoria desde o flagrante até a fase recursal. [...] 12. Apelação parcialmente provida. (TJ-BA – APL: 05732990820188050001, Relator: ABELARDO PAULO DA MATTA NETO, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 29/01/2020) (grifos acrescidos)

Desse modo, inviável acolher a tese defensiva de nulidade de provas obtidas por derivação de supostas agressões perpetradas em desfavor do Apelante.

Com efeito, vale lembrar que, para a configuração do crime de tráfico de drogas, não se exige a efetiva prática de atos de comercialização da substância entorpecente. Pratica o delito de tráfico não apenas aquele que comercializa a droga, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção e da circulação dos psicotrópicos.

O tipo penal contido no art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, é crime permanente, de ação múltipla e de mera conduta, sendo irrelevante a prova da traficância. São várias ações identificadas pelos diversos verbos e o delito se consuma com a prática de qualquer das hipóteses previstas:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Sobre a matéria, colaciona-se o seguinte aresto:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA ESTREITA DO WRIT. MERCANCIA. PRESCINDIBILIDADE. TIPO MISTO ALTERNATIVO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O habeas corpus não é a via adequada para apreciar o pedido de desclassificação do delito, tendo em vista que, para se desconstituir a conclusão obtida pelas instâncias locais sobre a condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do remédio heróico, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória. 2. O crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo, restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC 618.667/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 27/11/2020) (grifos acrescidos)

In casu, embora a quantidade de droga apreendida não tenha sido elevada (50,37g – cinquenta gramas e trinta e sete centigramas e sete gramas centigramas de maconha), a forma em que estava fracionada e acondicionada, em 80 (oitenta) microtubos de plástico verde, contidos em saco plástico incolor; o fato de ser costumeira a ocorrência de tráfico de drogas no local em que o Réu foi encontrado e ele ter tentado evadir-se ao ver a guarnição policial; além de um dos agentes ter visto situação de venda do material psicotrópico, não deixam dúvidas da destinação comercial dos entorpecentes.

Por conseguinte, na hipótese vertente, as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção que concluem pelo acerto da condenação pelo crime previsto no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, não havendo, assim, que se falar em absolvição pelo princípio in dubio pro reo.

Relativamente ao pleito de reforma da dosimetria das penas, melhor sorte não assiste à Defesa.

Na primeira fase, após análise das circunstâncias judiciais e

preponderantes (art. 59 do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/06), a Magistrada a quo reputou como desfavorável tão somente o vetor relativo aos antecedentes criminais, fixando as penas-base em 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão e 530 (quinhentos e trinta) dias-multa.

Tal operação foi realizada com acerto, não merecendo guarida o pedido para aplicação das penas-base no mínimo legal, uma vez que o ora Recorrente foi definitivamente condenado, também por tráfico de drogas, nos autos da ação penal nº 0143426-43.2009.8.05.0001 (extrato de ações penais constantes nos IDs. 167732364 e 167732365, PJe 1º Grau), que tramitou na 2ª Vara de Tóxicos da Capital, com trânsito em julgado em 29/07/2013 (SAJ 2º Grau), cuja execução da pena foi extinta em 26/06/2019 (evento 22.1 dos autos 0353527-19.2013.8.05.0001 – SEEU), tratando-se de acusado reincidente, nos termos do art. 63 do Código Penal, circunstância hábil a caracterizar maus antecedentes, na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, confira-se:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. DECOTE DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA PENA. REGIME FECHADO MANTIDO. REINCIDÊNCIA. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS, COM EFEITOS INFRINGENTES. 1. O Tribunal de origem, ao reavaliar a dosimetria, manteve a exasperação da pena-base em 1/6, em razão da natureza da droga, dos maus antecedentes e da personalidade voltada para o crime. 2. É consabido que "a valoração negativa da personalidade com fundamento nas condenações transitadas em julgado não encontra respaldo na atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, consolidada no sentido de que eventuais condenações criminais do réu transitadas em julgado e não utilizadas para caracterizar a reincidência somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização também para desvalorar a personalidade ou a conduta social do agente." (EAREsp n. 1.311.636/MS, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Terceira Seção, DJe 26/4/2019). [...] 4. Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, "inexiste constrangimento ilegal a ser sanado, eis que o paciente detém circunstâncias judiciais desfavoráveis e é reincidente, sendo aplicável, destarte, o regime fechado, nos termos do art. 33, parágrafos 3º e 2º, alínea b, do Código Penal. (HC 669.583/SP, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 24/08/2021, DJe 01/09/2021). 5. Embargos de declaração parcialmente acolhidos para excluir da pena-base a negatização da circunstância judicial da personalidade e fixar a pena definitiva em 6 anos, 6 meses e 22 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 655 dias-multa. (EDcl no AgRg no HC n. 658.192/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1/7/2022.) (grifos acrescidos)

Outrossim, o incremento realizado pela Juíza de origem em razão da existência de uma circunstância judicial negativa foi de apenas 03 (três) meses de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, e, portanto, diminuto, tendo em vista que a jurisprudência autoriza a elevação da pena por cada vetor desfavorável no patamar de 1/8 do intervalo entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas, não havendo qualquer reparo a ser feito, nesse ponto, em sede de recurso exclusivo da defesa.

Na etapa intermediária, ausentes circunstâncias atenuantes, a Magistrada singular reconheceu a presença da agravante da reincidência (art. 61, I, CP), aumentando as reprimendas basilares em 1/6 (10 meses e 15 dias de reclusão e 88 dias-multa), na linha da jurisprudência pátria, o que ora se mantém, pois, além da condenação definitiva pelo feito anteriormente mencionado, verifica-se que o ora Apelante também ostenta condenação transitada em julgado em 25/11/2013 (SAJ 2º Grau), pela prática de tráfico de drogas, nos autos da ação penal nº 0096333-21.2008.8.05.0001, que tramitou perante a 1ª Vara de Tóxicos da Capital, e cuja execução da pena foi extinta em 26/06/2019 (evento 22.1 dos autos n. 0353527-19.2013.8.05.0001 – SEEU), configurando, igualmente, hipótese de reincidência, pois o crime em análise ocorreu cerca de um ano e meio (03/12/2020) após extinta a pena pelo fato anterior, não ultrapassando o prazo depurador previsto no art. 64, I, do Código Penal.

Cumprе sinalizar o entendimento uníssono do STJ de que “[...] pode a Corte estadual, sem piorar a situação do recorrente, em recurso exclusivo da defesa, de fundamentação livre e efeito devolutivo amplo, observados os limites horizontais do tema suscitado, manifestar sua própria e cuidadosa fundamentação sobre as matérias debatidas na origem. Desse modo, ao Tribunal de Justiça, provocado a apreciar o cálculo da reprimenda, compete examinar as circunstâncias judiciais e rever os pormenores da individualização da sanção deliberados na sentença, mantendo ou diminuindo a sanção imposta na instância de origem”. (AgRg no HC 562.074/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 13/12/2021).

Assim, considerando a utilização de condenações definitivas distintas, uma a título de maus antecedentes na primeira fase, e outra a título de agravante da reincidência na segunda etapa, não há que se falar em exasperação da pena pelo mesmo fato.

Avançando à terceira fase, a Sentenciante afastou a aplicação do redutor do tráfico privilegiado, expondo a seguinte motivação: “O réu não faz jus à causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, dadas as notícias de que se dedica de forma contumaz à prática de delitos, com condenação na 2ª vara de Tóxicos de Salvador”.

É sabido que a incidência da causa especial de diminuição de pena disciplinada no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa.

Na hipótese em lume, inviável acolher o pleito defensivo para aplicação do aludido redutor, tendo em vista que o Recorrente trata-se de Réu duplamente reincidente em tráfico de drogas, fato que, por si só, torna incabível a aplicação da minorante do tráfico privilegiado por expressa disposição legal, já que ausente o requisito da primariedade.

Pertinente observar, nesse aspecto, que a orientação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a utilização da reincidência na segunda e terceira fases do cálculo dosimétrico não configura bis in idem, a saber:

[...] 6. Em relação ao reconhecimento do tráfico privilegiado, o entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a reincidência, ainda que por delito de natureza diversa, constitui óbice legal à concessão da minorante do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º – da Lei 11.343/2006), inexistindo bis in idem ante a utilização concomitante na segunda e terceira fases da dosimetria. [...] 8. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no HC n. 709.004/MG, relator Ministro Olindo Menezes (desembargador Convocado do Trf 1ª Região), Sexta Turma, DJe de 11/3/2022.)

Logo, não havendo causas de aumento ou diminuição, ficam ratificadas como definitivas as penas de 6 (seis) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e 618 (seiscentos e dezoito) dias–multa, no valor unitário mínimo.

Acerca do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, mister referendar o regime fechado imposto pela Magistrada a quo, pois, embora a pena final seja inferior a 08 (oito) anos, além da reincidência, foi valorada como desfavorável circunstância judicial (antecedentes criminais), fatores que, nos termos do art. 33, § 2º, b e § 3º, do Código Penal, justificam a aplicação do regime mais gravoso, não havendo que se falar em bis in idem nessa operação.

Nessa linha intelectual:

[...] 7. Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, "inexiste constrangimento ilegal a ser sanado, eis que o paciente detém circunstâncias judiciais desfavoráveis e é reincidente, sendo aplicável, destarte, o regime fechado, nos termos do art. 33, parágrafos 3º e 2º, alínea b, do Código Penal (HC 669.583/SP, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 24/08/2021, DJe 01/09/2021). 8. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no HC n. 709.004/MG, relator Ministro Olindo Menezes (desembargador Convocado do Trf 1ª Região), Sexta Turma, DJe de 11/3/2022.)

[...] – Não há que se falar em bis in idem na ponderação das circunstâncias judiciais desfavoráveis tanto para elevar a pena, na primeira etapa dosimétrica, quanto para agravar o regime prisional inicial imposto, pois a própria lei dispõe que a determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 9 do Código Penal l (art. 33, § 3.º, do Código Penal). – Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 722.854/MS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 14/3/2022.)

[...] 5. Reconhecida a reincidência do agente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais. A utilização de tal vetor concomitantemente na segunda e terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem. Precedentes. 6. Mantido o quantum da reprimenda imposta em patamar superior a 4 anos de reclusão e tendo em vista a reincidência do paciente, é incabível a alteração do regime prisional para o aberto ou semiaberto, a teor do art. 33, § 2º, b, do CP. 7. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no HC n. 667.338/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 21/6/2021.)

De mais a mais, inviável proceder à detração penal em razão dos motivos que ensejaram a manutenção do regime prisional fechado. Inaplicável, ainda, a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, diante do quantum de pena fixado, consoante exegese do art. 44, inciso I, do Código Penal.

Ratifica-se, ainda, a custódia cautelar do Réu, a qual foi idoneamente mantida pela Sentenciante, pois, além de ter respondido a outros processos por tráfico de drogas (reincidente), também foi condenado por roubo na 14ª Vara Criminal de Salvador (autos n. 0571529-14.2017.8.05.0001), ainda pendente de definitividade, restando demonstrada a contumácia na prática delitiva e o consequente risco à ordem pública, conforme destacado pela Juíza de primeiro grau, havendo prova da materialidade e autoria no feito em apreço quanto ao crime a que foi condenado, sendo certo, ainda, que respondeu ao processo na condição de preso.

Por fim, cabe destacar que a Juíza a quo cuidou de determinar a expedição de Guia de Recolhimento Provisória, o que foi devidamente cumprido (ID. 167732427, PJe 1º Grau), dando origem à Execução Penal nº 2001255-09.2021.8.05.0001 – SEEU.

Pelo quanto expandido, voto no sentido de conhecer e NEGAR PROVIMENTO ao Apelo.

Sala das Sessões, ____ de _____ de 2022.

Presidente

Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães
Relatora

Procurador (a) de Justiça