

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8007773-22.2023.8.05.0039 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOSEILTON TAVARES SANTOS e outros Advogado (s): RICARDO POMBAL NUNES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO EMENTA. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33 DA LEI 11343/06. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO QUANTO À AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS POR POLICIAIS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. IMPOSSIBILIDADE. CONTEXTO DA PRISÃO DEMONSTRA A MERCANCIA, CONSIDERANDO A QUANTIDADE, NATUREZA E ACONDICIONAMENTO DA DROGA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REINCIDÊNCIA GENÉRICA. IMPOSSIBILIDADE. ATENUANTE GENÉRICA. INVIÁVEL AO CASO CONCRETO. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO CONHECIMENTO E PARCIAL PROVIMENTO. RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. 1. Emerge dos autos que o Magistrado de primeiro grau condenou pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei 11.343/06 (tráfico de drogas ilícitas) os recorrentes ISAIAS MENDES DA SILVA e JOSEILTON TAVARES SANTOS, o primeiro a uma pena definitiva de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e a 600 (seiscentos) dias-multa, e o segundo a uma pena de 07 (sete) anos e 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e a 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, ambos fixados o valor de cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo nacional vigente ao tempo dos fatos. 2. Inconformados, os apelantes interpuseram os presentes recursos. Em suas razões de apelação (61596340), o recorrente Joseilton Tavares dos Santos, aduziu as seguintes teses: I) a preliminar de nulidade devido à violação da cadeia de custódia da prova com relação ao art. 33, caput da lei 11.343/2006, pelo que sustenta ausência de prova da materialidade delitiva; II) absolvição por insuficiência probatória quanto à autoria; III) a desclassificação do delito para o uso; IV) subsidiariamente, requer que seja aplicada à espécie o privilégio previsto no parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/06; V) subsidiariamente, requer a reforma da sentença condenatória para excluir a valoração negativa da circunstância do crime, prevista no art. 59 do CP, sob pena de bis in idem, haja vista que o recorrente Joseilton teve a pena exasperada pela majorante prevista no art. 40. IV da lei 11.343/06 (IV – o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva); VI) por fim, para fins de dosimetria da pena, caso mantida a condenação, requer a aplicação da atenuante inominada prevista no art. 66 do CP, considerando que durante a abordagem e prisão do acusado Joseilton, este foi atingido por disparos, que lhe rendeu uma perfuração no joelho esquerdo, causando-lhe dano fisiológico. O apelante Isaias Mendes da Silva, por sua vez, aduziu: I) a insuficiência de provas que possam endossar a acusação deduzida na denúncia; II) negativa de autoria; III) a desclassificação da conduta para o delito previsto no artigo 28, da Lei nº 11.343/06; IV) aplicação do redutor previsto no § 4º, do Artigo 33, da Lei nº 11.343/06 e, nesta linha, substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos. 3. Quanto à preliminar de nulidade referente à quebra da cadeia de custódia, tem-se que não merece prosperar. Após a apreensão das drogas, estas foram devidamente registradas em seus campos próprios, com a sua entrega à Polícia Judiciária (id. 57558953, fl. 17), que detém o dever de manipular e periciar, o que restou devidamente feito, sem que nenhuma irregularidade fosse constatada, já que conduzidos por agentes públicos identificados e devidamente investidos da função pública. In casu, analisando as peças

periciais acostadas aos autos, evidencia-se a existência de presunção de legalidade na produção da cadeia de custódia, conforme verifica-se no Auto de Exibição e Apreensão (Id 57558953, fl. 17), nos respectivos Laudo de Constatação (Id 57558953 –fl. 34/35) e Laudo Definitivo (Id 57560128), os quais atestam detidamente a quantidade e a natureza da substância apreendida (cocaína e tetrahydrocannabinol), sem indícios de eventuais irregularidades. Desta forma, diante da coerência apresentada, não se vislumbra indicativo de irregularidade, de modo que caberia à Defesa demonstrar eventual adulteração nas provas, o que não verifico pelas alegações trazidas no presente recurso. 4. Para o cometimento do crime de tráfico de drogas, é necessário que a conduta do indivíduo adeque-se a um dos verbos mencionados no caput do art. 33 e que a finalidade seja o consumo de drogas por terceiros. Não é preciso o indivíduo ser flagrado vendendo as substâncias ilícitas para que o crime de tráfico esteja configurado. Basta que seja praticado um dos núcleos do tipo penal e exista o ímpeto de praticar a traficância. 5. A materialidade delitiva restou devidamente comprovada por meio do Auto de Exibição e Apreensão (ID 57558953, fl. 17), que demonstra que foram encontradas 59 (cinquenta e nove) pinos de Cocaína; Revólver .38 Taurus; 05 (cinco) munições calibre .38; 104 (cento e quatro) pequenas pedras de Crack; 7 (sete) papelotes pequenos de Cocaína; 08 (oito) pinos pequenos de Cocaína; 43 (quarenta e três) papelotes pequenos de Maconha/ TETRAHIDROCANABINOL; Laudo de Exame Pericial e Constatação (ID 57558953, fls. 34–36), que comprova que as substâncias encontradas eram Benzoilmetilecgonina (Cocaína/Crack) e Tetrahydrocannabinol (Maconha). 6. A autoria, por sua vez, também restou demonstrada de forma efetiva na situação em comento, conforme se pode denotar dos depoimentos convergentes das testemunhas, não havendo, portanto, como prosperar a tese de absolvição. Merece destaque a unidade de desígnios dos réus, que fica evidente por meio dos relatos policiais que anunciam que ambos os flagranteados atuavam em serviço ao chefe do tráfico local, e, como registrado na sentença de primeiro grau, compreende-se que “não há como desassociar o tráfico aqui presente com o uso de arma de fogo pelo corréu JOSEILTON, na forma da causa de aumento do artigo 40, IV, da Lei 11.343/06, visto que há total unidade de desígnios entre eles, pois enquanto um praticava a mercancia efetiva dos entorpecentes (ISAÍAS), o outro (JOSEILTON) dava suporte de segurança com o emprego de arma de fogo.” 7. Importante salientar que a palavra de policiais é revestida de fé pública, merecedora não só da comum credibilidade como também de presunção de veracidade. De acordo com o entendimento consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, a credibilidade desses depoimentos somente pode ser afastada por prova estreme de dúvida. Os depoimentos transcritos se encontram em harmonia com as provas dos autos, tornando infundado, ressalte-se, qualquer argumento de que os policiais sejam perseguidores dos apelantes, cujo interesse seria a incriminação destes. 8. Por sua vez, no que diz respeito à desclassificação do delito de tráfico para o de uso, previsto no art. 28 da Lei de Drogas, não merece guarida a irresignação dos recorrentes. A apreensão de quantidade de grande importância de entorpecentes em poder dos agentes e a forma do acondicionamento da droga, acrescidas das palavras consistentes das testemunhas, vislumbra uma conjuntura fática e delitiva irrepreensível à conformação da traficância. 9. Acerca do pedido de reconhecimento do tráfico privilegiado (artigo 33, § 4 da Lei de drogas), quanto ao réu Joseilton Tavares Santos, este já possui uma condenação, no bojo do processo de nº 0500172–88.2016.8.05.0039,

transitado em julgado em 21/09/2022, em razão da prática do delito previsto no art. 121, § 2º, Lei 2848/40, consoante atestado de pena colacionado ao id. 57558963. Deste modo, resta evidente que o acusado não faz jus ao reconhecimento do tráfico privilegiado, por não ostentar a condição de réu primário. Quando caracterizada a reincidência do acusado, ainda que não específica, isto é, por delito de natureza diversa, fica afastada a possibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado. 10. Outra sorte é a do apelante Isaias quanto ao pedido de reconhecimento do tráfico privilegiado. Nesta linha de intelecção é o parecer Ministerial (de id 66625666) de lavra da ilustre Procuradora de Justiça, Armênia Cristina Santos, que opinou pelo conhecimento e provimento do recurso de Apelação interposto neste ponto, para que seja reconhecida a redutora do tráfico privilegiado em favor do apelante, haja vista que este preenche os requisitos legais. 11. Quanto à dosimetria da pena do apelante Isaias, tem-se que, na sentença de primeiro grau, havia sido aplicada a causa de aumento do artigo 40, IV, da Lei 11.343/06. Reconhecida também a presença da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei de 11.343, reforma-se a dosimetria da pena. Desta forma, nesta oportunidade, fixa-se a pena definitiva de ISAIAS MENDES DA SILVA, em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, inicialmente em regime aberto, e a 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa, fixado o valor de cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo nacional vigente ao tempo dos fatos. 12. Quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, reconhece-se que o apelante Isaías não faz jus à referida substituição prevista no artigo 44 do Código Penal, uma vez que, apesar de a pena privativa de liberdade aplicada ter sido inferior a 04 (quatro) anos, não estão presentes os demais requisitos do artigo 44, CP, no caso, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, em razão do emprego de arma de fogo. 13. O apelante Joseilton, subsidiariamente, requer a reforma da sentença condenatória para excluir a valoração negativa da circunstância do crime, prevista no art. 59 do CP, na primeira fase da dosimetria da pena, sob pena de bis in idem, haja vista que ele teve a pena exasperada pela majorante prevista no art. 40. IV da lei 11.343/06, a qual prevê o aumento de um sexto a dois terços da pena, “se o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva”. Contudo, na hipótese, não há que se falar em bis in idem, na esteira do quanto decidido pelos demais tribunais pátrios, que reconhecem a seguinte distinção: de um lado, a previsão da causa de aumento refere-se a mera conduta de utilizar a arma de fogo para assegurar o cometimento do delito de tráfico de drogas ilícitas, com a punição ao risco em abstrato; de outro lado, a valoração negativa da circunstância judicial está alinhada com a gravidade do caso concreto, haja vista que os réus, ao notarem a proximidade da guarnição policial, efetuaram disparos com a arma de fogo, a fim de oferecer resistência e empreender fuga. 14. Referente ao pleito de aplicação de atenuante genérica (artigo 66, CP), considerando que o acusado Joseilton ofereceu resistência à aproximação da guarnição policial, tendo deflagrado disparos contra os policiais militares, não tendo sido exclusivamente vítima de um disparo de arma de fogo contra si, mas tendo, em verdade, agido ilegalmente, não há que se falar em aplicação da atenuante genérica de “pena natural” na hipótese. 15. Parecer ministerial pelo conhecimento de ambos recursos e parcialmente provimento para reconhecimento do tráfico privilegiado. 16. RECURSO DE JOSEILTON TAVARES SANTOS CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 17. RECURSO DE ISAIAS MENDES DA

SILVA SANTOS CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, para aplicar a redutora do tráfico privilegiado, passando a pena definitiva de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e a 600 (seiscentos) dias-multa, para 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, inicialmente em regime aberto, e a 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa, fixado o valor de cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo nacional vigente ao tempo dos fatos. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8007773-22.2023.8.05.0039, em que são apelantes ISAIAS MENDES DA SILVA E JOSEILTON TAVARES SANTOS e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, por maioria, em CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL DE JOSEILTON TAVARES SANTOS E CONHECER E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE ISAIAS MENDES DA SILVA, nos termos do voto do Relator. Sala das Sessões, Presidente Des. Geder Luiz Rocha Gomes Relator Procurador (a) de Justiça PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Maioria Salvador, 9 de Setembro de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8007773-22.2023.8.05.0039 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOSEILTON TAVARES SANTOS e outros Advogado (s): RICARDO POMBAL NUNES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Versam os autos sobre recursos de Apelação Criminal interpostos por ISAIAS MENDES DA SILVA E JOSEILTON TAVARES SANTOS, irresignados com a sentença condenatória proferida nos autos da ação penal nº 8007773-22.2023.8.05.0039, que tramitou perante o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Camaçari/BA, cujo teor condenou o primeiro a uma pena definitiva de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e a 600 (seiscentos) dias-multa, e o segundo a uma pena de 07 (sete) anos e 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e a 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, ambos fixados o valor de cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo nacional vigente ao tempo dos fatos, pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei 11.343/06 (tráfico de drogas ilícitas). Narrou a denúncia que “em 19 de junho de 2023, por volta das 08h30min, nas imediações da Rua Direta de Areias, próximo ao clube do Banco do Brasil, bairro Areias, nesta cidade, os Denunciados foram presos em flagrante por agentes policiais por terem em seu poder substâncias entorpecentes de uso proscrito no país, bem como arma de fogo, do tipo revólver, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar”. A peça acusatória descreve que “nas circunstâncias de tempo e lugar supracitadas, agentes policiais realizavam rondas de rotina, quando ao chegarem nas imediações do clube do Banco do Brasil, visualizaram um grupo de 05 (cinco) a 06 (seis) indivíduos com mochilas nas costas, os quais, ao avistarem a presença da viatura policial, passaram a efetuar disparos em desfavor da guarnição [...] Durante a troca de tiros, a maioria dos indivíduos – os quais se encontravam em vantagem numérica em relação aos policiais militares – conseguiram empreender fuga, adentrando em um matagal próximo ao local, contudo, um dos indivíduos, que portavam arma de fogo, foi atingido na perna, caindo ao chão, momento em que outro indivíduo veio a se render. O homem atingido durante a troca de tiros foi identificado como JOSEILTON TAVARES SANTOS. Ao lado de JOSEILTON, os agentes militares encontraram um revólver calibre .38, marca Taurus, nº de identificação UK918566, com cabo de borracha envolto em fita isolante, utilizado pelo ora Denunciado

durante a troca de tiros com os policiais. No local, também foram encontradas 05 (cinco) munições calibre .38 deflagradas e 01 munição calibre .38 intacta". A exordial informa, ademais, que "o homem que se rendeu, prostrando-se ao chão, foi identificado como ISAÍAS MENDES DA SILVA, sendo que, em poder de ISAÍAS, foi encontrada uma mochila, contendo os seguintes itens, conforme Auto de Exibição e Apreensão e Laudo de Constatação acostados aos autos (ID MP 13792143 – Pág. 15 e ID MP 13792143 – Pág. 32): a) 218,84g (duzentos e dezoito gramas e oitenta e quatro centigramas) de massa bruta de maconha, acondicionada em 43 (quarenta e três) papelotes; b) 109,16g (cento e nove gramas e dezesseis centigramas) de cocaína, distribuídas em 67 (sessenta e sete) pinos de tamanhos diferentes e 07 (sete) papelotes pequenos; c) 38,95g (trinta e oito gramas e noventa e cinco centigramas) de cocaína, em sua forma amarelada e sólida, sob a forma de "pedras" – conhecida como crack –, distribuídas em 104 (cento e quatro) trouxas; d) 01 (um) rádio comunicador, marca Baofering". A peça inicial ainda informa que "JOSEILTON, que é conhecido na localidade como "GORDO", confessou que tanto ele quanto ISAÍAS, além dos demais indivíduos que conseguiram se evadir do local, estavam se organizando para a venda de drogas no momento da chegada da guarnição policial.". Por tais razões, o Parquet ofereceu denúncia contra ISAÍAS MENDES DA SILVA, como incurso nas penas dos arts. 33, caput, e 35 da Lei 11.343/06, e contra JOSEILTON TAVARES SANTOS, pelos arts. 33, caput, e 35 da Lei 11.343/06 e art. 14 e 15 da Lei 10.826/03. Finalizada a instrução criminal e oferecidas as alegações finais, sobreveio a sentença ora combatida, que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na denúncia, tendo condenado os acusados pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, e absolvido quanto às imputações dos crimes previstos no artigo 35 da Lei nº 11.343/06 e, também, absolvido JOSEILTON TAVARES SANTOS quanto ao artigo 14 e 15 da Lei 10.826/03. Inconformado, os apelantes interpuseram os presentes recursos, pugnando, em suas razões recursais, pela reforma do decisum. Em suas razões de apelação (61596340), o recorrente Joseilton Tavares dos Santos, aduziu as seguintes teses: I) a preliminar de nulidade devido à violação da cadeia de custódia da prova com relação ao art. 33, caput da lei 11.343/2006, pelo que sustenta ausência de prova da materialidade delitiva; II) absolvição por insuficiência probatória quanto à autoria; III) a desclassificação do delito para o uso; IV) subsidiariamente, requer que seja aplicada à espécie o privilégio previsto no parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/06; V) subsidiariamente, requer a reforma da sentença condenatória para excluir a valoração negativa da circunstância do crime, prevista no art. 59 do CP, sob pena de bis in idem, haja vista que o recorrente Joseilton teve a pena exasperada pela majorante prevista no art. 40. IV da lei 11.343/06; VI) por fim, para fins de dosimetria da pena, caso mantida a condenação, requer a aplicação da atenuante inominada prevista no art. 66 do CP, considerando que durante a abordagem e prisão do acusado Joseilton, este foi atingido por disparos, que lhe rendeu uma perfuração no joelho esquerdo, causando-lhe dano fisiológico. O apelante Isaías Mendes da Silva, por sua vez, aduziu: I) a insuficiência de provas que possam endossar a acusação deduzida na denúncia; II) negativa de autoria; III) a desclassificação da conduta para o delito previsto no artigo 28, da Lei nº 11.343/06; IV) aplicação do redutor previsto no § 4º, do Artigo 33, da Lei nº 11.343/06 e, nesta linha, substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos. Em sede de contrarrazões (ids. 61596343 e 66483652), o Ministério Público refuta os

argumentos do apelo interposto, pugnando pela manutenção da sentença guerreada em todos os seus termos. Vieram os autos à Segunda Instância, onde, distribuídos a esta Colenda Câmara Criminal, coube-me a relatoria. Remetidos os autos à Procuradoria de Justiça, consoante previsão da legislação de regência, a Douta Procuradora de Justiça Armênia Cristina Santos opinou pelo conhecimento e desprovimento dos Recursos, nos termos do parecer de Id. 66625666. Assim, examinados os autos, lancei o presente relatório e o submeti à apreciação do eminente Revisor, que pediu a inclusão do feito em pauta de julgamento. Salvador/BA, 28 de agosto de 2024. Des. Geder Luiz Rocha Gomes – 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8007773-22.2023.8.05.0039 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOSEILTON TAVARES SANTOS e outros Advogado (s): RICARDO POMBAL NUNES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Versam os autos sobre recursos de Apelação Criminal interpostos por ISAIAS MENDES DA SILVA e JOSEILTON TAVARES SANTOS, irresignados com a sentença condenatória proferida nos autos da ação penal nº 8007773-22.2023.8.05.0039, que tramitou perante o Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Camaçari/BA, cujo teor condenou o primeiro a uma pena definitiva de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e a 600 (seiscentos) dias-multa, e o segundo a uma pena de de 07 (sete) anos e 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e a 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, ambos fixados o valor de cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo nacional vigente ao tempo dos fatos, pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei 11.343/06 (tráfico de drogas ilícitas). 1. DA ADMISSIBILIDADE RECURSAL Com relação ao cabimento da apelação, Aury Lopes Júnior¹ afirma que: “é a exigência de que inexista uma decisão imutável e irrevogável, ou seja, não se tenha operado a coisa julgada formal. Uma decisão é apelável porque não preclusa.” Já com relação à adequação, é “vista como a correção do meio de impugnação eleito pela parte interessada, também abrange a regularidade formal da interposição do recurso.” Sobre o recurso de apelação, Aury Lopes Júnior² também assevera: “Na visão de DALIA e FERRAIOLI³, l'appello è il mezzo di impugnazione ordinario che consente ad un giudice di grado superiore di rivedere, in forma “crítica”, il giudizio pronunciato dal giudice di primo grado. É um meio de impugnação ordinário por excelência (podendo ser total ou parcial), que autoriza um órgão jurisdicional de grau superior a revisar, de forma crítica, o julgamento realizado em primeiro grau. O “revisar de forma crítica” deve ser compreendido na mesma perspectiva de CARNELUTTI, anteriormente referida, de que os recursos são “la crítica a la decisión”, posto que, etimologicamente, criticar não significa outra coisa que julgar, e o uso deste vocábulo tende a significar aquele juízo particular que tem por objeto outro juízo, isto é, o juízo sobre o juízo e, dessa maneira, um juízo elevado à segunda potência.” Já para o Preclaro Guilherme de Souza Nucci⁴: “Cuida-se de recurso contra decisões definitivas, que julgam extinto o processo, apreciando ou não o mérito, devolvendo ao tribunal amplo conhecimento da matéria⁵. Essa seria, a nosso ver, a melhor maneira de conceituar a apelação, embora o Código de Processo Penal tenha preferido considerá-la como o recurso contra as sentenças definitivas, de condenação ou absolvição, e contra as decisões definitivas ou com força de definitivas, não abrangidas pelo recurso em sentido estrito.” Gustavo Henrique Badaró acrescenta sobre o conceito e antecedentes históricos⁶: “A apelação é o recurso ordinário por

excelência, visando à reapreciação de matéria de fato e de direito. É cabível, inclusive, quando houver provas novas. Sua finalidade é a correção de error in iudicando (reforma da decisão) ou error in procedendo (anula a decisão) das sentenças. Prevalece o entendimento de que sua origem histórica é a appellatio dos romanos. No regime português, a apelação ingressou por meio das querimas ou querimonias dos Foraes chegando às Ordenações Manuelinas, recebendo reformulações, até chegar ao modelo de t. 68 a 83 do L. III das Ordenações Filipinas. Entre nós, sua referência pode ser buscada no Regulamento 737, de 21.11.1950.” Em relação aos requisitos de admissibilidade, novamente Aury Lopes Júnior assim dispõe: “=>Requisitos objetivos: → Cabimento e adequação: pode ser interposta por petição ou termo nos autos, nos casos previstos no art. 593. → Art. 593, II: é residual em relação à taxatividade do RSE, cabendo em relação às decisões interlocutórias mistas não abrangidas pelo art. 581. → Art. 593, III: o inciso III dirige-se exclusivamente às decisões proferidas pelo Tribunal do Júri. Nas alíneas a e d, se acolhido o recurso, a consequência será a realização de novo júri. Nas alíneas b e c, acolhendo o recurso, o tribunal faz a retificação se enviar a novo júri. → Art. 593, § 3º: decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela completamente dissociada da prova dos autos, sem qualquer apoio no processo. O que se entende por “mesmo motivo”? Significa novo recurso com base na letra d, sendo irrelevante a tese sustentada. Quanto ao cabimento do recurso de apelação, por parte do acusador, com base no art. 593, III, d, quando o réu é absolvido no quesito genérico da absolvição, existe uma divisão no STJ e uma importante decisão do STF no sentido do não cabimento. → Tempestividade: 5 dias para interposição (art. 593) e 8 dias para razões. Assistente: 5 dias habilitado – 15 dias não habilitado. → Preparo: exige-se nas ações penais privadas. =>Requisitos subjetivos: → Legitimidade (art. 577) e gravame/prejuízo.” Volvendo olhares para os autos, verificada a tempestividade do recurso em tela, bem como à presença dos demais requisitos de admissibilidade exigidos para o seu manejo, razão pela qual deverá ser conhecido, passamos à análise do mérito. 2. DA CADEIA DE CUSTÓDIA Assim como ocorre no direito penal, a tipicidade também faz parte da seara processual penal. Enquanto naquele a tipicidade se mostra por meio da subsunção do fato à norma, neste ela se dá pela observância das normas que regem o procedimento processual, seja antes ou depois da instrução, isso porque em que pese um olhar superficial do título de “Código de Processo Penal” remeta à ideia errônea de que naquele diploma legal estão codificadas tão somente matérias atinentes à fase instrutória, a verdade é que o processo penal inicia-se antes do oferecimento da inicial acusatória. Com efeito, não é com o oferecimento da denúncia ou queixa que se dá o start para o processo penal. Com a oferta da peça ovo, o que ocorre é o início da instrução processual, sob o crivo do contraditório, com vistas a se perquirir se existem provas hábeis da autoria e materialidade delitiva pois, do contrário, absolver-se-á ou impronunciar-se-á o acusado. De fato, antes mesmo de tratar acerca da natureza da ação penal, o Diploma Processual Penal trata de assuntos pertinentes à fase pré-instrutória, citando-se por amostragem as disposições concernentes ao juiz das garantias e ao inquérito policial. Ademais, a produção probatória via de regra tem início antes de instaurada a ação penal, posto que é necessária a presença de justa causa para o oferecimento da inicial acusatória, tratando-se, da presença de um suporte probatório mínimo apto a embasar o exercício da ação penal. Não estando presente a justa causa, não há o oferecimento da denúncia ou queixa ou,

sendo estas oferecidas e constatando o Magistrado que as provas apresentadas não se mostram aptas a amparar a persecução penal, rejeitá-las-á, porquanto o próprio início da instrução sem o mínimo probatório exigido culminaria em uma ilegalidade manifesta. Nesse sentido, cite-se a doutrina de Alexandre Morais da Rosa⁸: “(...) Aparentemente o jogo somente começa com a denúncia. Todavia, reside justamente na atuação do órgão investigador, na maioria das vezes, o ponto de virada das expectativas de comportamento. Desde as relações que se estabelece com os agentes da força pública, a vítima e o investigado, bem assim com o advogado. A atitude ativa ou passiva pode ser determinante na apuração das provas necessárias à verificação da conduta imputada. Portanto, joga-se muito na fase do pré-jogo. As Garantias Constitucionais e Convencionais devem incidir na investigação preliminar. (...) No contexto brasileiro, de mentalidade autoritária, parte-se da legitimidade dos atos administrativos tendentes à apuração de infrações penais, contaminando as fases posteriores. Entretanto, deveria acontecer justamente o inverso. A legitimidade da intervenção da vida, propriedade e liberdade dos sujeitos deve ser comprovada – pelo Estado – e no decorrer do processo. (...) Não é o acusado quem deve comprovar que seus direitos e garantias não foram efetivados, mas o Estado promover meios (gravação, testemunhas, etc.) capazes de demonstrar o procedimento correto. Esse giro de compreensão, da pressuposta legitimidade dos atos, para a presunção de ilicitude é um passo para a efetivação do devido processo substancial. (...) a finalidade do inquérito policial é de produzir material probatório e informativo capaz de colher todos os pontos de vistas possíveis, a partir das regras democráticas, para o fim de justificar ou não a autoria, materialidade e culpabilidade, diante dos efeitos nefastos do processo de criminalização. (...) A função da investigação preliminar é a de produzir as provas irrepetíveis decorrentes da ação do Estado Policial, juntamente com as declarações preliminares, tanto de testemunhas, como informantes e o interrogatório do indiciado. Com base nesses elementos o jogador-acusador poderá exercer a ação penal ou promover o arquivamento. Esses elementos, embora produzidos unilateralmente, servem à análise da justa causa da ação penal. (...)” Nesse contexto de instrução probatória é que exsurge a ideia da importância da preservação da cadeia de custódia. A relevância da incolumidade da cadeia de custódia das provas produzidas no processo penal ganhou enfoque global quando do julgamento do ex-jogador de futebol americano OJ. Simpson, ocorrido em 3/10/1995 e transmitido ao vivo pela televisão norte-americana, ficando ali conhecido como “Julgamento do Século”. Na ocasião, OJ. Simpson estava indo a Júri sob a acusação de ter praticado os crimes de homicídio que vitimaram sua ex-mulher, Nicole Brown Simpson, e seu amigo, Ronald Goldman. Quando do julgamento, alegou sua inocência e trouxe como uma de suas teses defensivas a contaminação das provas que compunham o acervo processual, de forma que, conforme destaca Michelle Moreira Machado⁹, “mesmo diante de provas que demonstravam o envolvimento do jogador em um duplo homicídio, a defesa conseguiu a absolvição devido à preservação do local inadequada, aos procedimentos de coleta de vestígios em que ficaram evidentes falhas na cadeia de custódia.” Aponta a autora que, após o supracitado caso judicial, “[o] Departamento Nacional de Justiça dos Estados Unidos elaborou um guia denominado 'Crime Scene Investigation' destinado a todos os profissionais que atuam na cena do crime, desde o isolamento e a preservação do local até a análise científica dos vestígios. O guia compreende os procedimentos a serem adotados pelos profissionais em suas áreas de atuação. (...)”¹⁰ No

Brasil, apesar de há algum tempo ser alvo de debate na doutrina e na jurisprudência, a cadeia de custódia foi introduzida na legislação pátria por meio da Lei nº 13.964/2019, conhecida como “Pacote Anticrime”, e encontra previsão nos artigos 158-A e seguintes do CPP, sendo definida pelo legislador pátrio como sendo o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte (art. 158-A, caput, CPP) 11. Geraldo Prado¹² conceitua a cadeia de custódia como sendo o “método por meio do qual se pretende preservar a integridade do elemento probatório e assegurar sua autenticidade em contexto de investigação e processo”; Badaró¹³, por seu turno, enfatiza que ela “deve ser entendida como a sucessão encadeada de pessoas que tiveram contato com a fonte de prova real, desde que foi colhida, até que seja apresentada em juízo.” Pacelli¹⁴ leciona que “[a] definição do conceito e dos parâmetros da denominada cadeia de custódia das provas foi introduzida pela Lei nº 13.964/19. Para além da conceituação jurídica agora incorporada ao ordenamento, a doutrina e a jurisprudência há muito tratavam do que se denomina cadeia de custódia, que nada mais é do que a preservação e registro do caminho da prova, desde sua coleta até a apreciação pelo Poder Judiciário. A finalidade precípua é garantir a lisura e validade das provas que serão valoradas pelo julgador, maximizando-se o devido processo legal, sob duplo vetor: a) tanto sob a ótica da necessária apuração dos fatos na sua maior inteireza; b) como também para permitir o exercício da ampla defesa e do contraditório a partir de provas e indícios que sejam considerados como válidos à luz do ordenamento jurídico. (...)” Tecendo comentários acerca da cadeia de custódia da prova, Aury Lopes Jr¹⁵ destaca que ela “(...) nos remete ao conjunto de procedimentos, concatenados, como elos de uma corrente, que se destina a preservar a integridade da prova, sua legalidade e confiabilidade. Uma corrente que liga duas pontas, que vai da identificação dos vestígios até o seu descarte. A quebra equivale ao rompimento de um dos elos da corrente.” Para Avena¹⁶, “[t]rata-se do caminho percorrido pela prova desde o conhecimento da prática de uma infração pelas autoridades encarregadas da persecução criminal até o momento em que, constatada a ocorrência de vestígios e realizados os exames necessários, for produzido o laudo pericial e descartado o material que serviu de base para a perícia.” Renato Brasileiro¹⁷ disserta que a cadeia de custódia “(...) consiste, em termos gerais, em um mecanismo garantidor da autenticidade das evidências coletadas e examinadas, assegurando que correspondem ao caso investigado, sem que haja lugar para qualquer tipo de adulteração. Funciona, pois, como a documentação formal de um procedimento destinado a manter e documentar a história cronológica de uma evidência, evitando-se, assim, eventuais interferências internas e externas capazes de colocar em dúvida o resultado da atividade probatória, assegurando, assim, o rastreamento da evidência desde o local do crime até o Tribunal. Fundamenta-se no chamado princípio da “autenticidade da prova”, um princípio básico pelo qual se entende que determinado vestígio relacionado à infração penal, encontrado, por exemplo, no local do crime, é o mesmo que o magistrado está usando para formar seu convencimento. Daí o porquê de tamanho cuidado na formação e preservação dos elementos probatórios no âmbito processual penal. (...)” Ve-se, assim, que a cadeia de custódia foi concebida como uma forma de se garantir a lisura da produção probatória, assegurando que todas as etapas foram respeitadas e cumpridas nos exatos ditames da norma legal, com vistas a formar um

conjunto probatório lícito, obtido sob a luz das previsões constitucional e infraconstitucional, assegurando-se, deste modo, a autenticidade ou autenticação da prova, em observância ao que a doutrina denomina de princípio da mesmidade, conforme dita Geraldo Prado¹⁸: "a cadeia de custódia fundamenta-se no princípio universal de 'autenticidade da prova', definido como 'lei da mesmidade', isto é, o princípio pelo qual se determina que 'o mesmo' que se encontrou na cena [do crime] é 'o mesmo' que se está utilizando para tomar a decisão judicial." Respeitando-se a cadeia de custódia durante a instrução probatória, há a presunção (*juris tantum*, claro) de que a prova que consta do mundo formado pelos autos, são oriundas daquele fato investigado (cena do crime, objeto ou corpo periciado, material coletado etc.), de forma que se cria uma segurança jurídica na relação entre os sujeitos que compõem aquele processo quanto à coleta da (s) prova (s), materializando-se, assim, o princípio da autenticidade da prova, que ganha grande relevância na seara do direito penal (material e processual), porquanto lida com um dos bens mais valiosos do ser humano: a sua liberdade. Fazendo analogia à situação cotidiana com vistas a explicitar a importância da cadeia de custódia, Moraes da Rosa¹⁹ explica: "Como demonstrar que o elemento probatório apresentado aos autos é o mesmo apreendido por ocasião da ação policial na cena do crime ou mesmo em decorrência de interceptação telefônica, de dados, etc.? (...) Todos nós já fomos fazer exame de sangue em laboratórios e o cuidado com a identificação da titularidade do material coletado, os cuidados metodológicos com o manuseio, buscam garantir a cadeia de custódia, evitando-se, com isso, erros de resultados. O percurso é importante para a demonstração do nexo entre o meio de prova obtido e os resultados buscados." Prossegue o jurista, ao tratar da relevância da cadeia de custódia: "(...) O trajeto percorrido entre a obtenção do elemento probatório, especificando as condições, a higidez, e completude do material que será usado para fins probatórios, precisa ser levado a sério. De um lado garante a legitimidade da prova de acusação e, por outro, efetiva a possibilidade de a defesa manifestar-se sobre o percurso. A fé inabalável nos agentes estatais deve ser invertida, não pela desconfiança pressuposta e sim porque se trata de comprovação de condutas, a partir da presunção de inocência. (...)." ²⁰ Na mesma linha são os ensinamentos de Renato Brasileiro²¹, *exempli gratia*: "(...) Em um sistema processual penal regido pela presunção de inocência e pelo devido processo legal, e inspirado em uma matriz processual consentânea com o modelo acusatório, estrutura básica para a realização de um processo equitativo, há-se de tutelar com muito cuidado a atividade probatória, assegurando-se à defesa não apenas o conhecimento da acusação, mas também à ciência dos meios e fontes de prova existentes. (...) A cadeia de custódia visa assegurar a idoneidade dos objetos e bens apreendidos, de modo a evitar qualquer tipo de dúvida quanto a sua origem e caminho percorrido durante a investigação criminal e o subsequente processo criminal. (...)." Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, "[o] instituto da quebra da cadeia de custódia diz respeito à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, sendo certo que qualquer interferência durante o trâmite processual pode resultar na sua imprestabilidade. Tem como objetivo garantir a todos os acusados o devido processo legal e os recursos a ele inerentes, como a ampla defesa, o contraditório e principalmente o direito à prova lícita." ²² 2.1

Consequências jurídicas da quebra da cadeia de custódia da prova (break on the chain of custody) Do cenário até aqui descrito, percebe-se que o

desenrolar dos atos processuais para a obtenção da prova (praticados tanto na fase inquisitória quanto na instrutória) não se dá de forma aleatória. Contrariamente a isso, segue ritos preestabelecidos e a sua observância é uma forma de materialização do princípio da segurança jurídica, porquanto “[a] regulamentação das formas processuais, longe de representar um mal, constitui para as partes a garantia de uma efetiva participação na série de atos necessários à formação do convencimento judicial e, para o próprio juiz, instrumento útil para alcançar a verdade sobre os fatos que deve decidir.”²³ O legislador ordinário, por meio do art. 158-A ao art. 158-F, detalhou de forma proficiente a forma como se deve dar a preservação da cadeia de custódia, entretanto não tratou acerca das consequências advindas da não observância das regras ali descritas. Eis o teor dos artigos: Art. 158-A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte. § 1º O início da cadeia de custódia dá-se com a preservação do local de crime ou com procedimentos policiais ou periciais nos quais seja detectada a existência de vestígio. § 2º O agente público que reconhecer um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial fica responsável por sua preservação. § 3º Vestígio é todo objeto ou material bruto, visível ou latente, constatado ou recolhido, que se relaciona à infração penal. Art. 158-B. A cadeia de custódia compreende o rastreamento do vestígio nas seguintes etapas: I – reconhecimento: ato de distinguir um elemento como de potencial interesse para a produção da prova pericial; II – isolamento: ato de evitar que se altere o estado das coisas, devendo isolar e preservar o ambiente imediato, mediato e relacionado aos vestígios e local de crime; III – fixação: descrição detalhada do vestígio conforme se encontra no local de crime ou no corpo de delito, e a sua posição na área de exames, podendo ser ilustrada por fotografias, filmagens ou croqui, sendo indispensável a sua descrição no laudo pericial produzido pelo perito responsável pelo atendimento; IV – coleta: ato de recolher o vestígio que será submetido à análise pericial, respeitando suas características e natureza; V – acondicionamento: procedimento por meio do qual cada vestígio coletado é embalado de forma individualizada, de acordo com suas características físicas, químicas e biológicas, para posterior análise, com anotação da data, hora e nome de quem realizou a coleta e o acondicionamento; VI – transporte: ato de transferir o vestígio de um local para o outro, utilizando as condições adequadas (embalagens, veículos, temperatura, entre outras), de modo a garantir a manutenção de suas características originais, bem como o controle de sua posse; VII – recebimento: ato formal de transferência da posse do vestígio, que deve ser documentado com, no mínimo, informações referentes ao número de procedimento e unidade de polícia judiciária relacionada, local de origem, nome de quem transportou o vestígio, código de rastreamento, natureza do exame, tipo do vestígio, protocolo, assinatura e identificação de quem o recebeu; VIII – processamento: exame pericial em si, manipulação do vestígio de acordo com a metodologia adequada às suas características biológicas, físicas e químicas, a fim de se obter o resultado desejado, que deverá ser formalizado em laudo produzido por perito; IX – armazenamento: procedimento referente à guarda, em condições adequadas, do material a ser processado, guardado para realização de contraperícia, descartado ou transportado, com vinculação ao número do laudo correspondente; X – descarte: procedimento referente à

liberação do vestígio, respeitando a legislação vigente e, quando pertinente, mediante autorização judicial. Art. 158-C. A coleta dos vestígios deverá ser realizada preferencialmente por perito oficial, que dará o encaminhamento necessário para a central de custódia, mesmo quando for necessária a realização de exames complementares. § 1º Todos vestígios coletados no decurso do inquérito ou processo devem ser tratados como descrito nesta Lei, ficando órgão central de perícia oficial de natureza criminal responsável por detalhar a forma do seu cumprimento. § 2º É proibida a entrada em locais isolados bem como a remoção de quaisquer vestígios de locais de crime antes da liberação por parte do perito responsável, sendo tipificada como fraude processual a sua realização. Art. 158-D. O recipiente para acondicionamento do vestígio será determinado pela natureza do material. § 1º Todos os recipientes deverão ser selados com lacres, com numeração individualizada, de forma a garantir a inviolabilidade e a idoneidade do vestígio durante o transporte. § 2º O recipiente deverá individualizar o vestígio, preservar suas características, impedir contaminação e vazamento, ter grau de resistência adequado e espaço para registro de informações sobre seu conteúdo. § 3º O recipiente só poderá ser aberto pelo perito que vai proceder à análise e, motivadamente, por pessoa autorizada. § 4º Após cada rompimento de lacre, deve se fazer constar na ficha de acompanhamento de vestígio o nome e a matrícula do responsável, a data, o local, a finalidade, bem como as informações referentes ao novo lacre utilizado. § 5º O lacre rompido deverá ser acondicionado no interior do novo recipiente. Art. 158-E. Todos os Institutos de Criminalística deverão ter uma central de custódia destinada à guarda e controle dos vestígios, e sua gestão deve ser vinculada diretamente ao órgão central de perícia oficial de natureza criminal. § 1º Toda central de custódia deve possuir os serviços de protocolo, com local para conferência, recepção, devolução de materiais e documentos, possibilitando a seleção, a classificação e a distribuição de materiais, devendo ser um espaço seguro e apresentar condições ambientais que não interfiram nas características do vestígio. § 2º Na central de custódia, a entrada e a saída de vestígio deverão ser protocoladas, consignando-se informações sobre a ocorrência no inquérito que a eles se relacionam. § 3º Todas as pessoas que tiverem acesso ao vestígio armazenado deverão ser identificadas e deverão ser registradas a data e a hora do acesso. § 4º Por ocasião da tramitação do vestígio armazenado, todas as ações deverão ser registradas, consignando-se a identificação do responsável pela tramitação, a destinação, a data e horário da ação. Art. 158-F. Após a realização da perícia, o material deverá ser devolvido à central de custódia, devendo nela permanecer. Parágrafo único. Caso a central de custódia não possua espaço ou condições de armazenar determinado material, deverá a autoridade policial ou judiciária determinar as condições de depósito do referido material em local diverso, mediante requerimento do diretor do órgão central de perícia oficial de natureza criminal. Assim, diante do silêncio da lei acerca das consequências jurídico-processuais decorrentes da violação da cadeia de custódia, surgiram os seguintes entendimentos: (i) o descumprimento de alguma regra legal não enseja automaticamente a imprestabilidade da prova, cuja fiabilidade pode ser provada por outros; (ii) a violação da cadeia de custódia acarreta a ilicitude da prova e, conseqüentemente, sua inadmissibilidade; (iii) a violação da cadeia de custódia decorre da inobservância de normas processuais, o que torna a prova ilegítima, aplicando-se a teoria das nulidades; (iv) a violação da cadeia de custódia

deve ser tratada no campo da valoração da prova, e não no campo processual, da sua validade. Partidário da primeira corrente, Moraes da Rosa²⁴ disserta que “[é] comum afirmar-se que 'os vícios do inquérito policial não contaminam a ação penal'. Como procedimento administrativo que é, da fase pré-jogo, alguns elementos, produzidos em desconformidade com a lei, podem e devem contaminar a ação penal, como, por exemplo, a partir de provas obtidas de maneira ilícita. Assim, nem toda violação procedimental acarretará contaminação, mas não se pode dizer que toda violação procedimental estará 'lavada' pela instauração da ação penal, justamente porque a investigação não está alheia ao regime democrático de produção normativa. (...)” Esse também é o posicionamento de Pacelli²⁵, para quem “eventual falha nos procedimentos aqui previstos não importará automaticamente na inutilidade/invalidade do vestígio como elemento probatório para utilização no bojo de procedimento investigatório ou ação penal, embora esta seja a consequência na maioria dos casos. A eventual ausência de uma parte desse procedimento não necessariamente invalidará a prova coletada, que poderá ser analisada no contexto com as demais partes do procedimento de sua produção. Exemplificando: não é a ausência eventual do lacre retirado anteriormente dentro do novo recipiente que implicará a invalidade do vestígio coletado. Há de se analisar se o erro procedimental é suficiente, por si só, para contaminar o resultado da perícia de tal forma que seu resultado não possa ser tido como confiável.” O STJ também comunga da opinião de que “[se] mostra mais adequada a posição que sustenta que as irregularidades constantes da cadeia de custódia devem ser sopesadas pelo magistrado com todos os elementos produzidos na instrução, a fim de aferir se a prova é confiável. Assim, à míngua de outras provas capazes de dar sustentação à acusação, deve a pretensão ser julgada improcedente, por insuficiência probatória, e o réu ser absolvido.”²⁶ Comungando da terceira corrente, Renato Brasileiro²⁷ destaca: “(...) Por consequência, na eventualidade de haver algum tipo de quebra da cadeia de custódia de provas – 'break on the chain of custody' – , quer se trate de meio ou de fonte de prova, há de se reconhecer a inadmissibilidade dessa evidência como prova, assim como das demais provas dela decorrentes (CPP, art. 157, § 1º). com efeito, se houve a quebra da cadeia de custódia das provas, pouco importando se causada de boa ou má-fé, surge inevitável dúvida quanto ao grau de fiabilidade das evidências colhidas pelo órgãos persecutórios, dúvida esta que deverá ser interpretada em favor do acusado à luz da regra probatória in dubio pro reo, daí por que tal evidência deve ser excluída dos autos. É exatamente nesse sentido a lição de Geraldo Prado. Segundo o autor, 'a constatação em um processo concreto de que houve supressão de elementos informativos colhidos nestas circunstâncias fundamenta a suspeição sobre a infidelidade de registros remanescentes e realça a ineficácia probatória resultante da quebra da cadeia de custódia'. (...)” Na mesma direção caminha Aury Lopes Jr.²⁸, veja-se: “(...) Preferimos pensar a quebra da cadeia de custódia como temática diretamente vinculada às regras do devido processo penal, na medida em que significa o descumprimento de uma forma-garantia. Portanto, como regra, deve conduzir ao campo da ilicitude probatória, devendo esbarrar no filtro da admissibilidade/inadmissibilidade. Utilizando o mesmo raciocínio desenvolvido ao tratar das invalidades processuais, onde explicamos que a violação da forma traz a lesão atrelada a um direito fundamental, é preciso compreender que a disciplina da cadeia de custódia é um meio para o cumprimento de regras probatórias diretamente vinculadas à concepção de devido processo penal. Dessarte, quebrar a cadeia de custódia é violar as

regras que a definem e, portanto, é violar o devido processo. A quebra da cadeia de custódia faz com que ela seja considerada uma prova ilícita, na medida em que, na dicção do art. 157 do CPP, viola normas legais (CPP). Sendo prova ilícita, não deve ser admitida (esbarra no filtro de admissibilidade, que é o segundo momento da prova), mas se já estiver incorporada ao processo (quando a quebra é detectada posteriormente ao ingresso, por exemplo, ou se produz no curso do próprio processo), deve ser declarada ilícita, desentranhada e proibida a valoração probatória. Quando se trabalha com prova ilícita e quebra da cadeia de custódia da prova, a lógica é: existe um preço a ser pago para construir uma cultura de respeito ao devido processo penal em países com processo primitivo e cultura inquisitória, como é o caso do Brasil. Em outras palavras, é preciso incorporar o ‘efeito dissuasório’ (deterrent effect) com um caráter pedagógico, para comunicar às instâncias inferiores e às autoridades policiais sobre a existência de um standard de legalidade a ser observado. Quando se anula um processo por práticas ilegais dos agentes do Estado, se evita a anulação de centenas de outros, pois se comunica o padrão de legalidade exigido e se desestimula a prática de ilegalidades, ao mesmo tempo em que se fomenta as boas práticas policiais, periciais e judiciais. É por isso que não se pode transigir, não se pode flexibilizar, porque o movimento da resistência inquisitória vai trabalhar para que nada mude e o vale-tudo punitivista siga vigendo. Nesse tema, não se pode ser ingênuo. A efetivação do devido processo no Brasil é algo em construção, longe de ser acabado, de modo que não podemos flexibilizar, sob pena de retrocesso e recrudescimento da lógica substancialista. Não temos maturidade para permitir concessões, sob pena de a concessão voltar a ser a regra geral. (...)”

2.2 O caso concreto Na situação sub judice, a defesa sustenta em sede preliminar, a nulidade decorrente da alegada quebra da cadeia de custódia da prova. Em seu apelo, a defesa técnica do réu Joseilton assevera que “os depoimentos das testemunhas da acusação são contraditórios, pois em sede inquisitorial, todos relataram que as supostas drogas estavam sendo portadas em mochilas, que sequer foram citadas no Auto de Exibição e Apreensão (ID.400356648 – pág.17). Neste ponto, cabe mencionar que o citado Auto de Exibição e Apreensão não traz as quantidades das drogas apreendidas, nem a quantidade aproximada. A testemunha SD Danilton Santos da Silva, em seu depoimento (degravação minuto 10:15) informa que recolheram todo o material; conduziram os acusados até o hospital e após isso, até à delegacia. (...) que tinha substância análoga à maconha, cocaína e pedra de crack; que não se lembra da quantidade (...) que não se lembra de quem fez a revista. A testemunha S.D. Leandro Oliveira Souza disse que o material estava em mochila, sacos e alguns espalhados pelo chão (minuto 06:15). Não soube informar a quantidade das drogas e disse que quando chegou lá estava tudo espalhado pelo chão (09:40). A testemunha SD Leandro Pinto Simões diz que se lembra que acharam uma quantidade de drogas no bolso de um rapaz, que acharam uma mochila junto a eles com drogas, um outro com arma e drogas ao redor deles (a partir do minuto 18:30). Decerto, os depoimentos acima são contraditórios, cada testemunha informou um local diferente em que as supostas drogas foram localizadas e nenhuma delas soube afirmar a quantidade apreendida. Desse modo, os testemunhos demonstram que mesmo tendo os policiais encontrado as drogas em circunstâncias que abrem significativa margem de incerteza quanto à quem pertencia, não houve preocupação da autoridade policial no sentido de preservar a integridade e confiabilidade da prova”. Em que pese a argumentação traçada no apelo, a

simples ausência de recordação precisa dos agentes policiais acerca da quantidade de droga apreendida não é suficiente pára invalidar a cadeia de custódia. Decerto que dos depoimentos dos policiais, todos narraram que os agentes encontravam-se com vasta quantidade de droga no local da apreensão, existindo substâncias localizadas em mochilas e espalhadas no local. Depreende-se do depoimento do policial militar Danilton Santos, destacado pela defesa do apelante, que todas as substâncias encontradas no local, junto com os acusados, foram recolhidas e encaminhadas para o regular procedimento. A narrativa dos fatos nos depoimentos em juízo, dão conta de que os policiais recolheram as drogas ilícitas, prestaram socorro ao suspeito alvejado na troca de tiros, e em seguida dirigiram-se à delegacia, para o regular procedimento. A defesa supõe eventual manipulação nas substâncias entorpecentes apreendidas, mas não há qualquer informação do ponto em que resida qualquer impropriedade na produção probatória. Não obstante, examinando detidamente os elementos informativos contidos no inquérito policial acostado aos autos (Id 57558953), não vislumbra-se qualquer ação atentatória à qualidade da prova, a ponto de configurar quebra na cadeia de custódia da prova, tal como suscita a Defesa. O auto de exibição a apreensão registra que foram apreendidos os seguintes materiais: – Munição, Descrição: 01 UMA, Fabricação: Sem informação, Calibre: .38, Situação Disparo: Intacta. – Relógio de Pulso, Descrição: CASIO G SHOCK, Fabricação: Sem informação. – Cocaína, Descrição: 59 PINOS TAMANHO GRANDE, Tipo Embalagem: Frasco. – Revólver, Descrição: REVÓLVER .38 TAURUS, Número de identificação: UK918566, Calibre: .38, Quantidade de Tiros: 6. – Munição, Descrição: 05 MUNIÇÕES, Fabricação: Sem informação, Calibre: .38, Situação Disparo: Deflagrada. – Colar (Cordão/Corrente), Descrição: APARENTANDO PRATA COM PINJENTE, Fabricação: Sem informação. – Crack, Descrição: 104 PEQUENAS PEDRINHA APARENTANDO CRACK, Tipo Embalagem: Outro. – Cocaína, Descrição: 7 PAPELOTES PEQUENOS, Tipo Embalagem: Pacote. – Cocaína, Descrição: 8 PINOS COCAINA TAMANHO PEQUENO, Tipo Embalagem: Frasco. Quantidade: 0 Quilograma – Maconha/TETRAHIDROCANABINOL, Descrição: 43 PAPELOTES PEQUENOS, Tipo Embalagem: Pacote. – Aparelhos de GPS, Descrição: RADIO BAOFERING COMUNICADOR, Marca: BAOFERING, Fabricação: Sem informação. Após a apreensão das drogas, estas foram devidamente registrados em seus campos próprios, com a sua entrega à Polícia Judiciária (id. 57558953, fl. 17) que detém o dever de manipular e periciar, o que restou devidamente feito, sem que nenhuma irregularidade fosse constatada, já que conduzidos por agentes públicos identificados e devidamente investidos da função pública. In casu, analisando as peças periciais acostadas aos autos, evidencia-se a existência de presunção de legalidade na produção da cadeia de custódia, conforme verifica-se no Auto de Exibição e Apreensão (Id 57558953, fl. 17), nos respectivos Laudos de Constatação (Id 57558953 –fl. 34/35) e Definitivo (Id 57560128), os quais atestam detidamente a quantidade e a natureza da substância apreendida (cocaína e tetrahydrocannabinol), sem indícios de eventuais irregularidades. Desta forma, entendo que, diante da coerência apresentada, não vislumbrando indicativos de irregularidade, caberia à Defesa demonstrar eventual adulteração nas provas, o que não verifico pelas alegações trazidas no presente recurso. Sendo assim, havendo farta comprovação acerca da materialidade delitiva quanto às drogas apreendidas, examinadas por profissionais habilitados a constatar as suas naturezas, sem qualquer evidencia concreta que houve vício de manipulação, não há razão para desconsiderá-los, senão meras suposições trazidas pela Defesa. No sentido de que compete à Defesa comprovar a

ocorrência de eventual adulteração no caminho probatório, cito precedentes do Col. Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. AUSÊNCIA DE INTEGRIDADE E INTEGRALIDADE. AUSÊNCIA DE CADEIA DE CUSTÓDIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. 1. Na hipótese, o Tribunal apontou que o reconhecimento da nulidade na cadeia de custódia demandaria uma incursão aprofundada no exame da prova" na medida em que pressuporia a oitiva dos depoimentos judiciais prestados pelas testemunhas acima indicadas e seu cotejo com os demais elementos de prova, num juízo que claramente desborda do espectro do "habeas corpus" ". 2. Além disso, apontou que" tampouco há como se assentar, ao menos à luz dos documentos trazidos à impetração, que a defesa não tenha tido acesso à integralidade das provas produzidas, tal como fornecidas à polícia federal ". 3. O instituto da quebra da cadeia de custódia refere-se à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, e uma vez ocorrida qualquer interferência durante o trâmite processual, esta pode implicar, mas não necessariamente, a sua imprestabilidade. Não é o que se tem no caso dos autos, em que não houve comprovação por parte da defesa de qualquer adulteração no iter probatório. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no RHC 147.885/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 13/12/2021) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. QUEBRA DE CADEIA DE CUSTÓDIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. 1. O instituto da quebra da cadeia de custódia refere-se à idoneidade do caminho que deve ser percorrido pela prova até sua análise pelo magistrado, e, uma vez ocorrida qualquer interferência durante o trâmite processual, esta pode resultar na sua imprestabilidade. 2. Não se trata, portanto, de nulidade processual, senão de uma questão relacionada à eficácia da prova, a ser vista em cada caso. Não é o que se tem no caso dos autos, em que não houve comprovação por parte da defesa acerca de qualquer adulteração no iter probatório. 3. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no HC: 665948 MS 2021/0143812-4, Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 24/08/2021, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 30/08/2021) Os demais tribunais pátrios, em idêntico sentido, compreendem que pela desnecessidade de isolamento do local do crime, sendo suficientes que os entorpecentes e demais substâncias ilícitas tenham sido devidamente recolhidas pelas autoridades policiais, embalados, lacrados e submetidos a exame pericial. É o que se vê dos julgados abaixo: TRÁFICO DE ENTORPECENTES – Apelos do réu e do Ministério Público – Preliminar – Alegada nulidade por violação à quebra da cadeia de custódia – Inocorrência – Desnecessidade de isolamento do local do crime – Entorpecentes que foram devidamente recolhidos, embalados, lacrados e submetidos a exame pericial – Ausência de elementos concretos que demonstrem a imprestabilidade dos elementos de prova – Preliminar rejeitada – Mérito – Pretendida absolvição – Impossibilidade – Relatos uníssomos e coerentes dos policiais civis responsáveis pela diligência – Apreensão de expressiva quantidade e variedade de estupefacientes – Evidente destinação das drogas ao consumo de terceiros – Condenação mantida – Penas corretamente impostas – Fixação da pena-base acima do patamar mínimo legal – Apreensão de entorpecentes detentores de efeitos altamente deletérios, dentre eles, o crack e a cocaína – Réu reincidente – Delito cometido durante o período de calamidade pública – Precedentes deste Tribunal de Justiça – Pedido de aplicação da causa de diminuição

prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas rechaçado – Não há que se falar em bis in idem na exasperação da pena na segunda fase pela reincidência e no afastamento do mencionado redutor – Precedentes do STJ – Manutenção do regime fechado para início de cumprimento de pena. RECURSOS DESPROVIDOS. (TJ-SP – APR: 15197957820218260228 SP 1519795-78.2021.8.26.0228, Relator: Cesar Mecchi Morales, Data de Julgamento: 11/02/2022, 3ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 11/02/2022) EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS ILÍCITAS – QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – DEPOIMENTO DE AGENTES POLICIAIS – CREDIBILIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA. 01. Não havendo indícios de que o ato de recolher o vestígio submetido à análise pericial tenha alterado as características e a natureza das substâncias apreendidas, não há falar-se em quebra da cadeia de custódia da prova, cujo escopo é preservar a idoneidade do iter percorrido pelo objeto desde a colheita até a elaboração do exame técnico-pericial. 02. Demonstradas a autoria e a materialidade do delito de tráfico de drogas, a condenação do réu, à falta de causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, é medida que se impõe. 03. Ao testemunho de agentes policiais deve ser dada a mesma credibilidade que se dá ao depoimento de qualquer outra testemunha, porque a aceitabilidade de suas declarações está jungida à presunção de idoneidade moral de que gozam, salvo prova em contrário, razão pela qual suas palavras são aptas para a formação de um juízo de censurabilidade penal em desfavor do agente. (TJ-MG – APR: 10000220467716001 MG, Relator: Fortuna Grion, Data de Julgamento: 07/06/2022, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 09/06/2022) Pelo exposto, rejeito a preliminar suscitada. 3. DO MÉRITO. Emerge dos autos que o Magistrado de primeiro grau condenou os recorrentes ISAIAS MENDES DA SILVA E JOSEILTON TAVARES SANTOS, o primeiro a uma pena definitiva de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e a 600 (seiscentos) dias-multa, e o segundo a uma pena de 07 (sete) anos e 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e a 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, ambos fixados o valor de cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo nacional vigente ao tempo dos fatos, pela prática do delito tipificado no art. 33 da Lei 11.343/06 (tráfico de drogas ilícitas). Inconformados, os apelantes interpuseram os recursos, pugnando, em suas razões recursais, pela reforma do decisor. Apesar da relevante argumentação delineada pela Defesa, o Ministério Público refuta o pleito em comento, pugnando pelo desprovimento do apelo. Para o cometimento do crime de tráfico de drogas, é necessário que a conduta do indivíduo se adeque a um dos verbos mencionados no caput do art. 33 e que a finalidade seja o consumo de drogas por terceiros. Dispõe o texto legal: 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 este tipo penal, Luiz Flávio Gomes vaticina: “Consuma-se o crime com a prática de qualquer um dos núcleos trazidos pelo tipo, não se exigindo efetivo ato de tráfico.” Cesar Dário Mariano da Silva escreve: “Trata-se de crimes de perigo abstrato e coletivo. Como crimes de perigo abstrato, não necessitam da demonstração de que efetivamente alguém foi exposto a perigo de dano, que é presumido pela lei de forma absoluta, não admitindo prova em contrário. São, também, crimes de perigo coletivo (ou comum), uma vez que a saúde de um número

indeterminado de pessoas é exposta a perigo de dano. Com efeito, a objetividade jurídica dos delitos descritos na Lei de Drogas é a saúde pública, ou seja, a saúde de toda a coletividade, que pode ser seriamente atingida quando circulam substâncias ou produtos capazes de levar à dependência física ou psíquica. Os crimes descritos na Lei de Drogas prescindem da comprovação da ocorrência de perigo concreto, uma vez que a experiência tem demonstrado que a posse ou o porte, bem como o tráfico de drogas, são condutas nocivas não apenas em relação à saúde pública, mas também quanto à individualidade das pessoas.” Sobre o delito em comento, Cleber Masson e Vinícius Marçal lecionam:²⁹ “Como deixa claro o caput do art. 33 da Lei de Drogas, a traficância pode ocorrer ainda que gratuitamente, mas desde que a conduta seja praticada sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (elementos normativos do tipo). Como se sabe, o tráfico de drogas é crime de ação múltipla, e não exige a prática de atos de mercancia para a sua configuração, bastando a realização de alguma das condutas previstas no tipo penal³⁰. Com efeito, a conduta de vender materializa apenas uma das dezoito figuras típicas”. Extrai-se daqui que não é preciso o indivíduo ser flagrado vendendo as substâncias ilícitas para que o crime de tráfico esteja configurado. Basta que seja praticado um dos núcleos do tipo penal e exista o ímpeto de praticar a traficância. No que concerne à materialidade do crime, interessante entender o conceito de droga. O parágrafo único do art. 1º da Lei 11.346/06 preleciona: “Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. Trata-se de norma penal em branco, preenchida pelo teor da portaria Nº 344 da ANVISA, em que são elencadas quais as drogas proibidas. Somente constando nesta portaria e tendo o status de substância proibida é que o item poderá ser considerado droga nos termos da lei 11.346/06.

3.1 DA MATERIALIDADE E AUTORIA O cerne do presente recurso de Apelação, ultrapassada a nulidade aventada, gira em torno da tese de que não há no caderno processual prova suficiente para se condenar os Réus pelos crimes de tráfico de drogas. Entretanto, na contramão do quanto alegado pelas defesas técnicas, o que se depreende das provas que compõem os presentes fólios é que estão presentes os requisitos ensejadores para a condenação dos Apelantes, nos moldes do quanto determinado na sentença primeva. Com efeito, no que pertine ao crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006), restou comprovado nos autos que, ao avistarem a ronda policial, os acusados iniciaram disparos de arma de fogo em direção aos policiais, tendo ocorrido troca de tiros, o que ocasionou a fuga de alguns agentes não identificados, rendição de um dos apelantes e ferimento no outro recorrente. De acordo com os depoimentos das testemunhas de acusação, no momento em que foram encontrados, os réus estavam com vasta quantidade de drogas ilícitas, além de variadas (cocaína, crack, maconha), e realizando atividades com intuito de mercancia do material, a exemplo do acondicionamento das substâncias ilícitas em pinos e papelotes (“cortando drogas”). Prima facie, tem-se que a materialidade delitiva restou devidamente comprovada por meio do Auto de Exibição e Apreensão (ID 57558953, fl. 17), que demonstra que foram encontradas 59 (cinquenta e nove) pinos de Cocaína; 104 (cento e quatro) pequenas pedras de Crack; 7 (sete) papelotes pequenos de Cocaína; 08 (oito) pinos pequenos de Cocaína; 43 (quarenta e três) papelotes pequenos de Maconha/ TETRAHIDROCANABINOL, além do Laudo de Exame Pericial e Constatação (ID 57558953, fls. 34/36), que comprova que as substâncias

encontradas eram Benzoilmetilecgonina (Cocaína/Crack) e Tetrahydrocannabinol (Maconha). A autoria, por sua vez, também restou de forma efetiva demonstrada na situação em comento, conforme se pode denotar dos depoimentos convergentes das testemunhas, não havendo, portanto, como prosperar a tese de absolvição. É o que se depreende do depoimento da testemunha SD/PM Leandro Pinto Simões quando inquirida em juízo, tendo informado que: [...]. Que surpreendeu os acusados dentro de um clube, que geralmente é usado por traficantes para separar drogas. Que havia quatro elementos. Que ao se aproximar os elementos efetuaram disparos de arma de fogo, o que estava com a arma na mão foi pego e o outro fugiu, que inclusive prendemos esse na semana passada. Que ao se aproximar estavam os quatro juntos passando as drogas, momento em que deu voz de prisão, eles efetuaram o tiro e quando revidamos um rapaz foi atingido ficou ao solo e o outro botou a mão na cabeça. Que o indivíduo que foi baleado estava em posse de uma arma (.38) ao lado dele; foi encontrado drogas no bolso do outro rapaz e uma vasta quantidade de drogas ao redor deles. Que havia munição regalada, mas não se recorda a quantidade de disparos. Que os acusados confirmaram o que foi trazido em seu depoimento, inclusive a questão de passagem de serviço, cortando drogas etc, que eles confessaram que estavam ali traficando, fazendo a passagem de serviço. Que inclusive o rapaz que foi atingido informou que um dos rapazes que correu é sobrinho dele e pediu pra gente não matar o sobrinho dele. Que eles trabalham para Maurício, que é o chefe do tráfico na localidade. Que informaram o nome de quem correu, que foi Robert, que eu prendi semana passada. Robert é o gerente do tráfico de areias, só responde a Maurício. Que os acusados admitiram perante a guarnição que trabalhavam para Maurício e Robert. [...]. A testigo PM Danilton Santos da Silva, por sua vez, em mesmo sentido, afirmou em seu depoimento judicial: “[...] Que era apenas uma viatura realizando patrulhamento, composta por três policiais, além dele o SD/PM Simões e SD/PM Leandro. Que não se recorda do horário, mas que foi durante o dia. Que foi na região do clube de Areias. Que não se recorda exatamente a quantidade de elementos que ali se encontravam, mas que era um grupo com mais de quatro indivíduos. Que ao perceberam a chegada da polícia, os indivíduos efetuaram os primeiros disparos, havendo, em seguida, o revide. Que uma parte do grupo conseguiu fugir, sendo dois deles detidos. Que ao se aproximar, eles se deitaram no chão, sendo um dos elementos atingido na perna, que este estava em posse de um revólver 38. Armamento utilizado para deflagrar disparos, que havia capsulas deflagradas. Que o indivíduo que se rendeu, deitando-se ao solo, estava com uma mochila com drogas. Que não conseguiu visualizar se os demais indivíduos estavam em posse de outras mochilas. Que havia diversos tipos de drogas, que tinha elemento análogo a maconha, aparentando ser cocaína também e pedras de crack. [...] Que em conversa informal com os indivíduos, ambos relataram que eles estavam fazendo o tráfico de drogas para o chefe do tráfico chamado Maurício, que naquele momento eles estavam fazendo a passagem de serviço do plantão deles. Que o atingido foi o acusado Joseilton. Que conhecia os acusados apenas pelos apelidos, sendo Joseilton conhecido pelo vulgo “Gordo”, que foi o atingido, e Isaías conhecido pelo vulgo “Galego”. Que já conhecia os vulgos, mas não tinha conhecimento da fisionomia deles, até essa abordagem, que foi o primeiro contato; que após ocorrer toda a situação, os policiais recolheram todo o material, conduziram o ferido até o hospital Menandro de Faria, e após conduziram os suspeitos à delegacia [...]; Que dentro da mochila tinha elementos análogos a maconha, cocaína e pedras de crack. [...] (audiência

de ID 57560160 – Grifos nossos). A testemunha PM Danilton Santos da Silva, em inquérito policial, havia descrito, de igual modo, como havia ocorrido a diligência: QUE estava em ronda na viatura 5902, fazendo parte da guarnição SD PM LEANDRO DE OLIVEIRA, sob o comando do SD PM LEANDRO PINTO SIMÕES, quando nas imediações do Clube em Areias, avistaram os já conhecidos como envolvidos como trafico de drogas na localidade de Areias, ISAIAS, LEANDRO e JOSEILTON, dentre outros, os quais ao avistarem a viatura, pularam o muro do clube, efetuando disparos contra a guarnição, tendo o depoente e os demais também pulado o muro, sendo recebido com mais disparos de arma de fogo tendo a guarnição revidado a injusta agressão, sendo um dos homens que estava portando arma de fogo, sido atingido na perna, tendo este caído com a arma do lado, e ISAIAS tendo se jogado no chão, se rendendo a voz de prisão, sendo a mochila que estava nas costas dele retirada, onde continha drogas e rádio de comunicação, mas este negou participação no trafico, embora já responda por tráfico e ser conhecido como "ZAI", alegando não saber informar porque havia drogas e o radio de comunicação na mochila que ele portava; QUE o homem que foi atingido na perna portava um REVOLVER calibre 38, da marca TAURUS, cabo enrolado com fita isolante, tendo este se identificado como JOSEILTON, conhecido como GORDO, sendo este já conhecido somente pelo nome, por fazer parte do trafico de Areias, responder por trafico de drogas e homicidio, o qual disse que os que conseguiram correr, estavam também com drogas, armas e dinheiro, identificando um deles como ROBERT, informando ainda que é quem gerencia o trafico e que todos trabalham para MAURICIO, o qual comanda o trafico em Areias e encontra-se preso; QUE GORDO informou ainda que quando a policia chegou, ele e os demais estavam se organizando para a venda dos entorpecentes; QUE ambos receberam voz de prisão em flagrante e imediatamente prestaram socorro a JOSEILTON e depois de ser atendido e liberado pelo médico, foi apresentado nesta delegacia, tendo esta autoridade ratificado a voz de prisão. (id. 57558953, fl. 12) Em mesma direção é o depoimento do SD/PM Leandro de Oliveira, que, em audiência de instrução, descreveu os fatos nos seguintes moldes: [...]. Que lembra que tinha mais gente com os acusados; que o depoente estava com sua guarnição, acompanhado de mais dois colegas, sd. Simões e sd. Danilton; que avistou um grupo de elementos; que quando os policiais desembarcaram, e foram se aproximando dos acusados, houve confronto, e alguns agentes conseguiram fugir; que os policiais se aproximaram mais e localizaram os dois acusados que estão presos; Que localizou os acusados dentro de um clube, que não se recorda se ativado ou desativado; que ao chegar próximo dos acusados, houve o confronto; que tinha mais de cinco elementos; que um dos elementos que escaparam estava com um saco, amarrado no braço; que um dos detidos, salvo engano, foi atingido na perna; que próximo aos sujeitos apreendidos havia drogas e arma também; que salvo engano, eles estavam separando droga, embalando; que eles estavam em atividade quando houve o embate; que próximo aos acusados, estavam o material no chão; que salvo engano, a arma de fogo encontrada era um revolver; que quanto ao material entorpecente, estava em saco, mochila, alguns espalhados pelo chão; que era mais de um tipo de droga; [...] que não conhecia Isaias e Joseilton antes da diligências, mas já tinha ouvido falar no apelido de "galego", mas não sabia de quem se tratava; que quando foram detidos, os acusados admitiram a prática ilícita, que estavam na separação de droga para um tal de Mauricio, que está até preso [...] que sempre chega denúncia de que eles estão nesse clube, que nessa vez foi verificar, e confirmou; que é um local que os policiais estão sempre circulando, pois sempre chegar

informação de populares, de transeuntes; que no dia foi verificar, e ao chegar ao local, foi se aproximar dos acusados e houve o confronto; [...] que os acusados estavam tipo em um quiosque, que os acusados ficam no meio; que esse quiosque fica dentro de um clube (audiência de ID 57560160 – grifos nossos). Em fase inquisitorial, esta testemunha, SD/PM Leandro de Oliveira, havia narrado os fatos nos seguintes termos: No dia de hoje, por volta da 08 hs fazia rondas na localidade de Areias na VTR 5902, juntamente com os soldados LEANDRO e DANILTON quando chegaram nas imediações do clube um grupo de mais de quatro homens ao avistarem a presença da viatura policial passaram a efetuar disparos em desfavor da guarnição; Que o depoente e seus colegas então passaram à revidar à injusta agressão ainda no interior da viatura; Que então os elementos pularam o muro do clube, sendo imediatamente perseguidos pelo depoente e seus colegas; Que, ao pularem o muro, a guarnição foi novamente recebida à tiros e novamente revidou à injusta agressão; Que a maioria dos homens conseguiram empreender fuga, sendo que a guarnição então percebeu que um dos elementos havia sido baleado na perna e foi imediatamente socorrido, sendo encontrado ao lado dele um revólver, calibre .38 e com outro rapaz posteriormente identificado como ISAÍAS foi encontrada uma mochila contendo drogas diversas e um rádio comunicador; Que o depoente já tinha ouvido falar dos flagrantados, pois eles são contumazes na prática da venda de entorpecentes; Que o rapaz baleado confessou que um dos homens que havia conseguido fugir era o conhecido traficante de drogas ROBERT, gerente do tráfico da localidade de Areias; Que foi dada voz de prisão em flagrante aos conduzidos [...] (id. 57558953, fl. 15) É notório que os depoimentos encontram-se todos em harmonia. Os policiais são uníssomos em narrar a diligência empreendida no local, e as circunstâncias da apreensão do material ilícito e o flagrante dos réus. Importante salientar que a palavra de policiais é revestida de fé pública, merecedora não só da comum credibilidade como também de presunção de veracidade. De acordo com o entendimento consagrado pela doutrina e pela jurisprudência, a credibilidade desses depoimentos somente pode ser afastada por prova estreme de dúvida. Desse modo, não havendo qualquer elemento que demonstre estarem os agentes se escusando do seu papel de apurar o crime e de demonstrá-lo como de fato ocorreu, nem existindo qualquer interesse particular, não pode ser aceita a tese de que os depoimentos em comento são fracos para embasar uma condenação. Sobre o assunto leciona Mirabete³¹: "É também discutido o depoimento de policiais, quando são os únicos apresentados pela acusação. Em regra, tem ele o mesmo valor de qualquer outro testemunho, só perdendo esse valor quando se demonstra ter o depoente interesse na investigação." Impende ressaltar que os depoimentos anteriormente transcritos se encontram em harmonia com as provas dos autos, tornando infundado, ressalte-se, qualquer argumento de que os policiais sejam os seus perseguidores, cujo interesse seria a sua incriminação. Saliente-se que os depoimentos de policiais possuem valor probatório, sendo aptos a fundamentar o édito condenatório, haja vista não existir elementos nos autos que permitam desqualificá-los. Assim, vale colacionar, quanto à validade do depoimento de policiais, lapidar acórdão do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello: "O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não

terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência.” (HC 73.518-5/SP, 1.ª T STF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 18.10.1996). Nesse mesmo diapasão, vejam outros julgamentos: “TRF3 – ACR 2004.60.05.001066-2 – (22547) – 5ª TURMA – REL. DES. FED. SUZANA CAMARGO – O fato da prova testemunhal estar consubstanciada, também, em declarações prestadas por policiais, por si só, não descaracteriza a sua verossimilhança, tendo em vista que não foram esses depoimentos analisados isoladamente, mas sim em consonância com todo o conjunto probatório colhido sob o crivo do contraditório.” (Grifos acrescentados) “(...) Ademais, o simples fato daquela prova testemunhal estar consubstanciada, também, em declarações prestadas por policiais, por si só, não descaracteriza a sua verossimilhança, tendo em vista que não foram esses depoimentos analisados isoladamente, mas sim em consonância com todo o conjunto probatório colhido sob o crivo do contraditório. É que neste particular, não é dado olvidar que os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções. Em sendo assim, tais depoimentos revestem-se de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório, sendo que nesse sentido já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 604815/BA, Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, DJ 26.09.2005 p. 438 LEXSTJ vol. 194 p. 332).” “TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL – Classe do Processo: APELAÇÃO CRIMINAL 20030110259584APR DF Registro do Acórdão Número: 230971 Data de Julgamento: 25/08/2005 – Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal – Relator: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS – Publicação no DJU: 01/12/2005 – INVIÁVEL A ABSOLVIÇÃO DO DELITO IMPUTADO AO APELANTE QUANDO TODO O CONJUNTO PROBATÓRIO CARREADO NOS AUTOS DEMONSTRA, INEQUIVOCADAMENTE, A PRÁTICA DELITUOSA DESCRITA NA DENÚNCIA. 2. ESTE TRIBUNAL JÁ CONSOLIDOU O ENTENDIMENTO DE QUE O DEPOIMENTO DE POLICIAIS, QUANDO EM CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS, É SUFICIENTE PARA AMPARAR A CONDENAÇÃO.” (Grifos acrescentados) Tráfico de drogas. Depoimentos policiais. Desclassificação para consumo pessoal. Impossibilidade. [...] 2 – Os depoimentos prestados por policiais provêm de agentes públicos no exercício de suas atribuições. Não podem ser desconsiderados, sobretudo se corroborados pelas demais provas dos autos. 3 – Descabida a desclassificação para o crime do art. 28 da L. 11.343/06, se os elementos de prova indicam a prática do crime de tráfico de drogas. 4 – Apelação não provida. (TJ-DF 20160110580374 DF 0019552-23.2016.8.07.0000, Relator: JAIR SOARES, Data de Julgamento: 31/08/2017, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 05/09/2017. Pág.: 75/84). (Grifos acrescentados.) Com efeito, cumpre reforçar que a doutrina e a jurisprudência são pacíficas quanto à admissibilidade e validade do testemunho de policiais como meio de prova, concedendo-lhe a mesma credibilidade dos testemunhos em geral, mormente quando os agentes se encontravam no momento e no local do crime, ou tiveram atuação nas investigações e quando os seus relatos são confirmados pelo próprio contexto probatório. Merece destaque a unidade de desígnios dos réus, que fica evidente por meio dos relatos policiais que anunciam que ambos os flagranteados atuavam em serviço ao chefe do tráfico local, e, como registrado na sentença de primeiro grau, compreende-se que “não há como desassociar o tráfico aqui presente com o uso de arma de fogo pelo corréu

JOSEILTON, na forma da causa de aumento do artigo 40, IV, da Lei 11.343/06, visto que há total unidade de desígnios entre eles, pois enquanto um praticava a mercancia efetiva dos entorpecentes (ISAÍAS), o outro (JOSEILTON) dava suporte de segurança com o emprego de arma de fogo.” Nesta senda da unidade de desígnios, convém ainda consignar que o magistrado primevo absolveu o acusado Joseilton das penas relativas aos crimes dos artigos 14 e 15 da Lei 10.826/03 (Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e Disparo de arma de fogo), tendo decidido que, no caso em análise, o emprego de arma tem como intento principal garantir o tráfico de drogas. Assim, para não configurar bis in idem, julgou pela absolvição do acusado quanto aos delitos regulados pelo Estatuto do Desarmamento. Este é o entendimento apresentado pelo STJ em seus julgados, a exemplo: HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PORTE E POSSE DE ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES. CONCURSO MATERIAL. RECLASSIFICAÇÃO. ARMAS UTILIZADAS COMO GARANTIA DO SUCESSO DA MERCANCIA ILÍCITA. ABSORÇÃO. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTA NO INCISO IV DO ART. 40 DA LEI N. 11.343/2006. 1. Segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, a absorção do crime de porte ou posse ilegal de arma pelo delito de tráfico de drogas, em detrimento do concurso material, deve ocorrer quando o uso da arma está ligado diretamente ao comércio ilícito de entorpecentes, ou seja, para assegurar o sucesso da mercancia ilícita. Nesse caso, trata-se de crime meio para se atingir o crime fim que é o tráfico de drogas, exige-se o nexos finalístico entre as condutas de portar ou possuir arma de fogo e aquelas relativas ao tráfico (HC n. 181.400/RJ, Quinta Turma, Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 29/6/2012). 2. Na hipótese, a moldura fática delineada pelo acórdão impugnado demonstra que as armas de fogo se destinavam a garantir o sucesso da mercancia ilícita, apontando o nexos finalístico, qual seja, a segurança do ponto de tráfico, seja para a garantia de proteção da gerente do laboratório, seja para garantia do domínio daquele ponto de tráfico em face de outros traficantes (fl. 57). 3. Ordem concedida para, absorvendo os delitos previstos na Lei do Desarmamento, reclassificar a conduta da paciente, condenando-a pela prática dos delitos tipificados nos arts. 33, caput, e 35, caput, ambos c/c o art. 40, IV, todos da Lei n. 11.343/2006, em concurso material, à pena de 10 anos e 8 meses de reclusão, mantidos os demais termos do acórdão impugnado. (STJ – HC: 282259 SP 2013/0377684–1, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Julgamento: 26/09/2017, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/10/2017) Nesta linha, registre-se que restou comprovado que ambos os recorrentes foram presos em decorrência de terem sido encontrados em situação de flagrância durante ronda policial, com vasta quantidade e variedade de drogas ilícitas, realizando o “corte” das substâncias, que encontravam-se acondicionadas em pinos e papelotes, não possuindo amparo para a tese de absolvição construída pela defesa, notadamente em razão da coerência e harmonia das provas coligidas em sentido contrário a esta pretensão. 3.2 DO PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO PARA O DE USO Por sua vez, no que diz respeito à desclassificação do delito de tráfico para o de uso previsto no art. 28 da Lei de Drogas, também não merece guarida a irresignação dos recorrentes. Com núcleos semelhantes – adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo – a Lei de Drogas faz previsão, também, do crime de uso pessoal, previsto no art. 28 nos seguintes termos: Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será

submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. § 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica. § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. § 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses. § 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses. § 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas. § 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a: I – admoestação verbal; II – multa. § 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado. Na previsão constante do artigo 28, diferentemente do que ocorre no crime de tráfico de drogas, a intenção do sujeito é o consumo pessoal da droga. Quando pratica qualquer um dos núcleos acima elencados, a pretensão não é a mercancia da droga ou o uso por terceiro, mas, sim, o consumo por ele próprio. Fazendo uma diferenciação simples entre o crime de tráfico e o de uso pessoal, Paulo Queiroz e Marcus Mota Moreira Lopes³² ensina que: “Além disso, os verbos típicos não são exatamente os mesmos, embora coincidam no essencial. De todo o modo, temos que sempre que o agente praticar as ações descritas como constitutivas de tráfico (importar, exportar, remeter etc.) sem o objetivo de difusão (onerosa ou gratuita) para terceiros, mas visando apenas ao consumo próprio, responderá segundo o art. 28, na forma de adquirir, transportar ou trazer consigo droga.” Juarez Cirino dos Santos esclarece uma questão relevante sobre o concurso de condutas: “A conduta preexistente de ter em depósito ou de guardar drogas aparece no contexto de um concurso aparente de leis penais, porque está prevista em dois tipos legais da Lei 11.343/06: no art. 33, que define o tipo de tráfico; e no art. 28, que define o tipo de uso pessoal de drogas. O dilema de interpretação é óbvio: como saber se a conduta preexistente de ter em depósito ou de guardar drogas é subsumível no art. 33, como tráfico de drogas, ou no art. 28, como uso pessoal de drogas? O concurso aparente é resolvido pelo critério da especialidade: o tipo especial (art. 28) exclui o tipo geral (art. 33), porque contém todos os caracteres do tipo geral e mais alguns caracteres especiais, que afastam o tipo geral, segundo o princípio *lex specialis derogat legi generali* (Jescheck; Weigend, 1996; Santos, 2022, p. 447). Assim, se não existe indicação probatória da ação de ter em depósito ou de guardar droga para comercialização, então o tipo especial menos grave (art. 28) exclui o tipo geral mais grave (art. 33) da Lei de Drogas. Logo, a opção judicial de subsunção da conduta preexistente no tipo legal mais grave do art. 33, ignorando idêntica conduta no tipo legal menos grave do art. 28, infringe o princípio da especialidade, o

mais importante critério do concurso aparente de tipos penais.” Estabelecendo os critérios para definir se a pessoa deve ser punida pelo uso pessoal ou pelo tráfico, o art. 28, § 2º da Lei 11.343/2006 faz a seguinte previsão: “Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”. Outrossim, no Recurso Extraordinário (RE) 635659, com repercussão geral (Tema 506), o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), discutiu se o porte de maconha para consumo próprio pode ou não ser considerado crime e qual a quantidade da droga diferenciaria o usuário do traficante, tendo sido proferida a seguinte decisão: Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 506 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, para i) declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de modo a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal, ficando mantidas, no que couberem, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, vencidos os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Nunes Marques, Dias Toffoli e Luiz Fux; [...] Em seguida, por maioria, fixou a seguinte tese: “1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); 2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; 3. Em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delibere a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; 4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; 5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; 6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; 7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; 8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova

suficiente da condição de usuário". Assim, deve-se levar em consideração a quantidade e natureza da droga, o contexto em que o acusado fora flagrado com as substâncias ilícitas, bem como se já fora condenado anteriormente por crime do mesmo jaez, dentre outras circunstâncias sociais e pessoais. Na situação sub examen, a apreensão de quantidade de grande importância de entorpecentes em poder dos agentes e a forma do acondicionamento da droga, acrescidas das palavras consistentes das testemunhas, vislumbram uma conjuntura fática e delitiva irrepreensível à conformação da traficância. Isso porque, além de fundadas as razões que precederam a ação dos policiais, em especial a troca de tiros, as circunstâncias que se apresentaram demonstram a finalidade mercantil da droga apreendida, afastando-se a desclassificação do delito de tráfico para o de uso previsto no art. 28 da Lei de Drogas, haja vista que fora apreendido, em flagrância, 59 (cinquenta e nove) pinos de Cocaína; 104 (cento e quatro) pequenas pedras de Crack; 7 (sete) papelotes pequenos de Cocaína; 08 (oito) pinos pequenos de Cocaína; 43 (quarenta e três) papelotes pequenos de Maconha/ TETRAHIDROCANABINOL, não se podendo obliterar, igualmente, que se afigura despiciendo ser o agente no momento certo da prática da mercancia para se caracterizar o delito de tráfico de drogas. Portanto, malgrado a afirmação de que as drogas ilícitas encontradas são de uso pessoal dos recorrentes, na hipótese em epígrafe, restou demonstrado a traficância não só pela forma de acondicionamento, quantidade significativa e natureza da droga apreendida – resultado positivo para a substância cocaína e cannabis sativa –, assim como pelas demais circunstâncias da prisão, tal como testemunhos dos policiais que participaram da diligência, e narraram o flagrante no momento em que os acusados "cortavam" as drogas, a tentativa de fuga dos réus, além da troca de tiros. Descabida, portanto, a desclassificação para o crime do art. 28 da Lei n. 11.343/06, se os elementos de prova indicam a prática do crime de tráfico de drogas.

3.3 DO TRÁFICO PRIVILEGIADO Nas razões recursais, os réus pugnam que aplicada a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, correspondente ao tráfico privilegiado. Joseilton Tavares dos Santos assevera nas razões recursais que "o Juízo sentenciante deixou de reconhecer o privilégio do tráfico, fundamentando a sua decisão na grande quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, além da arma de fogo. Contudo, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é no sentido da aplicação da minorante da pena". Aduz, ainda, que a condenação anterior no processo nº 0500172-88.2016.0039, não é específica no delito de tráfico e, portanto, é cabível a aplicação do privilégio, visando a redução da pena. Isaias Mendes da Silva, por sua vez, afirma em suas razões de apelação, que "ante a inexistência de elementos concretos e objetivos que indiquem o envolvimento do Apelante em atividades criminosas, que não pode ser verificado por apreensão única de quantidades pequenas de drogas variadas (ali mesmo no local da diligência), não havia – e não há! – qualquer impedimento legal e idôneo à aplicação da redução prevista em lei". Convém analisar a causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Prescreve o citado dispositivo: "Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". A causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é um instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita. Sua utilização permite o abrandamento de uma padronização severa (provocada pela exasperação da

pena-base fundada no art. 42 da Lei n. 11.343/2006), favorecendo o traficante eventual, sem grande envolvimento com o mundo criminoso. Seu reconhecimento exige a presença, no caso concreto, de requisitos cumulativos expressamente identificados pelo legislador, a saber: que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. Nesta trilha, impende trazer a lição de Renato Brasileiro³³ sobre a temática: “De maneira inovadora, a Lei nº 11.343/06 passou a prever uma causa de diminuição de pena em seu art. 33, § 4º (...) Apesar de muitos se referirem a este dispositivo com a denominação de tráfico privilegiado, tecnicamente não se trata de privilégio, porquanto o legislador não inseriu um novo mínimo e um novo máximo de pena privativa de liberdade. Limitou-se apenas a prever a possibilidade de diminuição da pena de um sexto a dois terços. Logo, não se trata de privilégio, mas sim de verdadeira causa de diminuição de pena, a ser sopesada na terceira fase de cálculo da pena, no sistema trifásico de Nelson Hungria (CP, art. 68).” No caso em apreço, o magistrado de primeiro grau decidiu que os réus não fazem jus ao reconhecimento do tráfico privilegiado, por não atenderem aos requisitos elencados pela lei, por dedicarem-se à atividade criminosa. Neste sentido, o juízo de primeiro grau consignou na sentença (id. 57560278): De outro turno, quanto à pretensão de reconhecimento do tráfico privilegiado, resta o mesmo prejudicado, uma vez que a grande quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos com o réu e, também, o quanto que representa financeiramente tal material, comprovam que o réu ISAÍAS se dedica à atividade criminosa, ou seja, faz desta mercancia meio de atividade/sustento, razão pela qual, não faz jus aos requisitos elencados no § 4º da Lei 11.343/2006. [...] De outro turno, quanto à pretensão de reconhecimento do tráfico privilegiado, resta o mesmo prejudicado, uma vez que a grande quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos e, também, o quanto que representa financeiramente tal material e, além, do emprego de arma de fogo pelo mesmo à segurança do comércio ilegal em comento, comprovam que o réu JOSEILTON se dedica à atividade criminosa, ou seja, faz desta mercancia meio de atividade/sustento, razão pela qual, não faz jus aos requisitos elencados no § 4º da Lei 11.343/2006. Quanto ao réu Joseilton Tavares Santos, este já possui uma condenação, no bojo do processo de nº 0500172-88.2016.8.05.0039, transitado em julgado em 21/09/2022, em razão da prática do delito previsto no art. 121, § 2º, Lei 2848/40, consoante atestado de pena colacionado ao id. 57558963. Deste modo, resta evidente que o acusado não faz jus ao reconhecimento do tráfico privilegiado, por não ostentar a condição de réu primário. Quando caracterizada a reincidência do acusado, ainda que não específica, isto é, por delito de natureza diversa, fica afastada a possibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado. Neste sentido, é uníssona a jurisprudência pátria: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. REINCENTE NÃO ESPECÍFICO. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006). ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REGIME INICIAL FECHADO. DECISÃO FUNDAMENTADA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A dosimetria da reprimenda penal, atividade jurisdicional caracterizada pelo exercício de discricionariedade vinculada, realiza-se dentro das balizas fixadas pelo legislador. 2. Constatada pelas instâncias ordinárias a reincidência do acusado, ainda que por delito de natureza diversa, fica afastada a possibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado. 3. O juiz pode fixar regime

inicial mais gravoso do que aquele relacionado unicamente com o quantum da pena ao considerar a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, especialmente a natureza ou a quantidade da droga, até mesmo sua forma de acondicionamento, desde que fundamente a decisão. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp: 2000600 SP 2021/0343035–7, Data de Julgamento: 24/05/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/05/2022) A concessão deste benefício tem interpretação restritiva, de modo que uma benesse legal somente deve ser aplicada a quem efetivamente mereça, interpretando-se de forma teleológica o dispositivo, conforme exposição de motivos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Outra sorte é a do apelante Isaias. Nesta linha de inteligência é o parecer ministerial (de id 66625666) de lavra da ilustre Procuradora de Justiça, Armênia Cristina Santos, que opinou pelo conhecimento e provimento do recurso de Apelação interposto neste ponto, para que seja reconhecida a redutora do tráfico privilegiado em favor do apelante, haja vista que este preenche os requisitos legais: Evidencia-se que o tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele agente que ainda não se encontra mergulhado na atividade ilícita do comércio de entorpecentes. Nessa direção, disciplina o mencionado dispositivo legal que, para a aplicação da causa de diminuição de pena em comento, é imprescindível que o acusado preencha, cumulativamente, todos os requisitos, quais sejam: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso em concreto. No entanto, conforme demonstrado ao longo do processo, assim como deste parecer, o apelante se enquadra no parâmetro de concessão desse direito, visto que cumpre todas as exigências. Sendo assim, também neste aspecto, merece provimento o recurso sob análise, posto que, como demonstrado, o apelante faz jus à incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, por atender aos respectivos pressupostos legais. Perlustrando os autos, verifica-se que o inconformismo do Apelante Isaias deve prosperar, para que seja reconhecida em seu favor a redutora do tráfico privilegiado. 3.4 DO PLEITO DE EXCLUSÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA CIRCUNSTÂNCIA DO CRIME O apelante Joseilton, subsidiariamente, requer a reforma da sentença condenatória para excluir a valoração negativa da circunstância do crime, prevista no art. 59 do CP, sob pena de bis in idem, haja vista que ele teve a pena exasperada pela majorante prevista no art. 40. IV da lei 11.343/06, a qual prevê o aumento de um sexto a dois terços da pena, “se o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva”. Segue a transcrição parcial da sentença, quanto à dosimetria da pena referente ao acusado Joseilton: 1) JOSEILTON TAVARES SANTOS Pena Base: CULPABILIDADE: regular; ANTECEDENTES: valoro negativamente, em razão do processo nº 0500172–88.2016.8.05.0039 – ID 422065023; CONDUITA SOCIAL não reprovada; PERSONALIDADE DO AGENTE: não tem como apurar em razão da cognição sumária; os MOTIVOS e as CONSEQUÊNCIAS: não fogem do tipo penal; as CIRCUNSTÂNCIAS: valoro negativamente, em razão da resistência por parte do condenado JOSEILTON com emprego de arma de fogo (disparos contra policiais militares); COMPORTAMENTO DA VÍTIMA: a própria sociedade. Nesta análise, em razão de duas circunstâncias negativas, fixo a pena base pouco acima do mínimo legal (2/8 = 01ano03meses), ou seja, 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão. Na ausência de agravantes e atenuantes, aplico a causa de aumento do artigo 40, IV, da Lei 11.343/06, esta no patamar mínimo legal (1/6 =

01ano15dias). Assim, torno definitiva a pena para o condenado JOSEILTON TAVARES SANTOS em 07 (sete) anos e 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial de cumprimento da pena em FECHADO, por força do artigo 33, § 3, do Código Penal, em razão das circunstâncias negativas, em especial pela periculosidade apresentada na postura de disparar com arma de fogo contra os policiais militares. Observa-se, que o apelante defende que o magistrado a quo utilizou, por duas vezes, da mesma circunstância para exasperar a pena do acusado: sustenta que na decisão recorrida houve a referência à utilização da arma de fogo pelo réu na primeira fase da dosimetria da pena, para valorar negativamente as circunstâncias do delito, e, de igual modo, a pena foi elevada na terceira fase, pelo reconhecimento da causa de aumento relativa ao emprego da arma de fogo para cometimento do delito. Contudo, não há que se falar em bis in idem, na esteira do quanto decidido pelos demais tribunais pátrios, que reconhecem a seguinte distinção: de um lado, a previsão da causa de aumento refere-se a mera conduta de utilizar a arma de fogo para assegurar o cometimento do delito de tráfico de drogas ilícitas, com a punição ao risco em abstrato; de outro lado, a valoração negativa da circunstância judicial está alinhada com a gravidade do caso concreto, haja vista que os réus, ao notarem a proximidade da guarnição policial, efetuaram disparos com a arma de fogo, a fim de oferecer resistência e empreender fuga. Neste caminho, recorda-se que o legislador, inclusive, pune de forma autônoma, no estatuto do desarmamento, os crimes de porte e posse de arma e o delito de disparar arma de fogo. À luz da gravidade distinta das condutas, vislumbra-se que os crimes de porte e posse de perigo abstrato, enquanto no crime de disparar arma de fogo, há o risco em concreto Compreende-se, neste espeque, que, o oferecimento da resistência, com deflagração de tiros contra os policiais militares é circunstância que extrapola a previsão da causa de aumento prevista no artigo 40, IV da Lei de drogas. O julgado abaixo, proferido pelo TJRJ, clareia a identificação dessa separação de conceitos: APELAÇÃO CRIMINAL. TRIBUNAL DO JÚRI. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO, TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. O CONSELHO DE SENTENÇA DESCLASSIFICOU O DELITO DE HOMICÍDIO PARA O DE RESISTÊNCIA, ALÉM DE CONDENAR O RÉU THALES PELOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. APELO DA DEFESA PRETENDE A ABSOLVIÇÃO DO DELITO DE RESISTÊNCIA E A DIMINUIÇÃO DE SUA PENA-BASE. EM RELAÇÃO AOS DELITOS DE TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, PRETENDE A REDUÇÃO DA REPRIMENDA FINAL, AO ARGUMENTO DE QUE HOVE"BIS IN IDEM"NO AUMENTO DE 1/6, POR DUAS VEZES, EM RAZÃO DE DUAS CAUSAS DE AUMENTO DO MESMO ART. 40 DA LEI DE DROGAS. CRIME DE RESISTÊNCIA. PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO, NECESSÁRIO É QUE AS TESTEMUNHAS CONFIRMEM QUE O RÉU UTILIZOU-SE DA VIOLÊNCIA CONTRA OS POLICIAIS, COM A INTENÇÃO DE IMPEDI-LOS DE PRATICAR A ORDEM LEGAL – REALIZAÇÃO DA REVISTA E ABORDAGEM –, O QUE, NO CASO PRESENTE, É PATENTE. O RÉU E SEUS COMPARSAS, AO VISUALIZARAM OS AGENTES DA LEI EM PATRULHAMENTO DE ROTINA, EFETUARAM DIVERSOS DISPAROS DE ARMAS DE FOGO, COM O INTUITO DE EVITAREM A ABORDAGEM POLICIAL. FOI ENCONTRADA UMA ARMA DE FOGO NA POSSE DOS MELIANTES, COM UMA MUNIÇÃO DEFLAGRADA, ATESTANDO QUE ELES, DE FATO, ATIRARAM CONTRA A GUARNIÇÃO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO QUE SE MANTÉM EM RAZÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO E DA CULPABILIDADE DO AGENTE. REPRIMENDAS FINAIS DOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO QUE DEVEM SER MANTIDAS. AS CAUSAS DE AUMENTO DO ARTIGO 40, INCISOS IV E VI, SÃO DE NATUREZAS TOTALMENTE DISTINTAS. LOGO, NÃO HOVE" BIS IN IDEM ". FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PARA APLICAÇÃO DE FRAÇÃO ACIMA DE 1/6. CORREÇÃO DA DOSIMETRIA OPERADA PELO SENTENCIANTE. RECURSO DEFENSIVO A QUE

SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. (TJ-RJ – APL: 00588351420168190002 201905019878, Relator: Des (a). FLAVIO MARCELO DE AZEVEDO HORTA FERNANDES, Data de Julgamento: 09/06/2020, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 22/06/2020) Pelas razões delineadas, não merece prosperar o apelo do réu Joseilton quanto ao pedido de redimensionamento da pena na primeira fase da dosimetria, uma vez que não resta configurado bis in idem. 3.5 DA ATENUANTE INOMINADA O apelante Joseilton pugna, ainda, em seu recurso, pela aplicação da atenuante inominada prevista no art. 66 do CP, ao argumento de que “durante a abordagem e prisão do acusado Joseilton, este foi atingido por disparos, que lhe rendeu uma perfuração no joelho esquerdo, causando-lhe dano fisiológico”. Acerca da matéria, tem-se que o Superior Tribunal de Justiça (STJ), no HC 239.037/SP reconheceu a atenuante da" pena natural "devido ao réu ter sofrido uma lesão grave durante a fuga, o que justificou a redução da pena. Em semelhante direção, o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), na Apelação Criminal nº 0001276-74.2012.8.26.0363, reconheceu a atenuante genérica, considerando que o réu foi ferido por um disparo de arma de fogo enquanto fugia, o que contribuiu para a redução da pena, e o Tribunal de Justiça de Minas Gerais (TJMG), na Apelação Criminal nº 1.0702.13.044746-6/001 aplicou a atenuante genérica ao considerar que o réu, ferido durante a fuga, já havia sofrido uma consequência significativa pelo ato, o que justificava a redução da pena. Ocorre que, na situação dos presentes autos, em conformidade com os depoimentos colhidos em instrução judicial, os policiais militares narraram que a agressão com disparos de arma de fogo foi iniciada pelos supostos criminosos, que, ao avistarem a ronda policial, deflagraram tiros contra os servidores, o que, conseqüentemente, ocasionou uma troca de tiros. PENAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO, CONCURSO DE PESSOAS E EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUTORIA. PROVA. ATENUANTE INOMINADA (ART. 66, DO CP). PENA. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA, SUFICIENTEMENTE, A MATERIALIDADE DO CRIME E A AUTORIA IMPUTADA AOS ACUSADOS. NÃO SE RECONHECE COMO CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE INOMINADA DO ART. 66 DO CÓDIGO PENAL O FATO DE O AGENTE, AGINDO EM DESRESPEITO À LEI, COMETENDO CRIME GRAVE, SER ATINGIDO POR DISPARO DE ARMA DE FOGO EFETUADO POR POLICIAL, QUE ATUAVA LEGITIMAMENTE EM DEFESA DAS VÍTIMAS, AINDA MAIS SE O POLICIAL TAMBÉM RESTOU FERIDO POR TIRO DISPARADO PELO CRIMINOSO. PENA BEM DOSADA. APELO DESPROVIDO. (TJ-DF – APR: 62693420018070007 DF 0006269-34.2001.807.0007, Relator: JOÃO TIMÓTEO, Data de Julgamento: 19/02/2009, 1ª Turma Criminal, Data de Publicação: 29/04/2009, DJ-e Pág. 131) Portanto, considerando que o acusado Joseilton ofereceu resistência à aproximação da guarnição policial, tendo deflagrado disparos contra os policiais militares, não tendo sido exclusivamente vítima de um disparo de arma de fogo contra si, mas tendo, em verdade, agido ilegalmente, não há que se falar em aplicação da atenuante genérica de “pena natural” na hipótese. In terminis, por tudo quanto exposto, inclina-se este Relator pelo acerto do decisum proferido pelo Juízo a quo neste ponto, que não merece nenhuma reprimenda. 4. DA DOSIMETRIA O art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006 tem como finalidade punir com menor rigor o traficante não habitual, isto é, o indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, o que é o caso dos autos com relação ao apelante ISAIAS MENDES DA SILVA, como reconhecido em tópico anterior desta decisão. Da leitura da sentença primeva, quanto à dosimetria da pena deste réu, havia decidido o magistrado a quo: 1) ISAIAS MENDES DA SILVA Pena Base: CULPABILIDADE: regular; ANTECEDENTES: primário; CONDUTA SOCIAL: não reprovada; PERSONALIDADE DO AGENTE: não tem como apurar em razão da cognição sumária; os MOTIVOS; as CIRCUNSTÂNCIAS e as

CONSEQUÊNCIAS: não fogem do tipo penal; COMPORTAMENTO DA VÍTIMA: a própria sociedade. Nesta análise, fixo a pena base no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão. Em seguimento, reconheço a atenuante etária, todavia, em respeito a Súmula 231 do STJ, deixo de aplicá-la em razão da pena já se encontrar no mínimo legal. Por fim, aplico a causa de aumento do artigo 40, IV, da Lei 11.343/06, esta no patamar mínimo legal ($1/6 = 10$ meses). Assim, torno definitiva a pena para o condenado ISAIAS MENDES DA SILVA em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial de cumprimento da pena em SEMI-ABERTO, por força do artigo 33, § 2º, 'b', do Código Penal. Reconheço o direito a detração, todavia, em nada altera, neste momento a presente. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista a ausência da benesse (artigo 44, I do Código Penal). Na terceira fase, havia sido aplicada a causa de aumento do artigo 40, IV, da Lei 11.343/06. Contudo, agora, na terceira fase da dosimetria, reconhece-se também a presença da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei de 11.343/34. O artigo 68, caput, do Código Penal, determina que as causas de diminuição de pena devem anteceder às causas de aumento. Este entendimento é pacífico na doutrina, a exemplo dos ensinamentos compartilhados pelo professor Ricardo Schmitt³⁵ que leciona: “diante da previsão legal expressa, a qual determina que as circunstâncias atenuantes devem anteceder as circunstâncias agravantes (segunda fase), do mesmo modo as causas de diminuição devem anteceder as causas de aumento de pena (terceira fase), em obediência a determinação legal específica”. Passa-se ao cálculo. Consoante extrai-se da sentença, a pena intermediária havia sido fixada em 05 (cinco) anos de reclusão. Aplica-se a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º da Lei de 11.343, em seu redutor máximo (na razão $2/3$), pelo que resulta em 1 ano e oito meses de reclusão. Sobre este valor, acrescenta-se a causa de aumento do artigo 40, IV, da Lei 11.343/06, esta no patamar mínimo legal ($1/6$), cujo resultado é 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão. De igual sorte, realizado esse cálculo sobre a pena de multa, a qual havia sido fixada, na fase intermediária em 500 dias-multa, com diminuição de $2/3$, seguido do acréscimo de $1/6$, tem-se como resultado 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa. Assim, nesta oportunidade, fixa-se a pena definitiva de ISAIAS MENDES DA SILVA, em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, inicialmente em regime aberto, e 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa, fixado o valor de cada dia-multa em $1/30$ (um trigésimo) do salário-mínimo nacional vigente ao tempo dos fatos. Outrossim, considerada a redução do quantum de pena, necessário observar a alteração do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 33, CP), para fixar o regime aberto. Por fim, quanto à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, reconhece-se que o apelante Isaias não faz jus à referida substituição prevista no artigo 44 do Código Penal, uma vez que, apesar de a pena privativa de liberdade aplicada ter sido inferior a 04 (quatro) anos, não estão presentes os demais requisitos do artigo 44, CP, no caso, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, em razão do emprego de arma de fogo.³⁶

5. CONCLUSÃO Ante o exposto, voto no sentido de CONHECER AMBOS RECURSOS e NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Apelação de JOSEILTON TAVARES SANTOS, E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DE ISAIAS MENDES DA SILVA, para aplicar a redutora do tráfico privilegiado, passando a pena definitiva de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e a 600 (seiscentos) dias-multa, para 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, inicialmente em regime aberto, e a 195 (cento e noventa e

cinco) dias-multa, fixado o valor de cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo nacional vigente ao tempo dos fatos. Salvador/BA, 28 de agosto de 2024. Des. Geder Luiz Rocha Gomes – 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator GLRG II 238 / 239 1Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1597. 2Idem, p. 1596. 3DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. Manuale di Diritto Processuale Penale. Milano, CEDAM, 1997. p. 685. 4Curso de direito processual penal / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1418. 5“O termo apelação deriva do vocábulo latino appellationem, no sentido de recurso de juiz inferior para superior, oriundo do verbo appellare, recorrer a tribunal superior. A apelação sempre teve como característica a natureza definitiva da sentença de que se recorre para instância superior e nisso se distingue do recurso em sentido estrito, que é interposto, em regra, das decisões interlocutórias” (Câmara Leal, Comentários ao Código de Processo Penal, v. IV, p. 78). Na mesma ótica, Florêncio de Abreu (Comentários ao Código de Processo Penal, v. V, p. 280). 6Manual dos recursos penais / Gustavo Henrique Badaró. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.235. 7Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020., p. 1709–1710. 8ROSA, Alexandre Moraes da. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. 9MACHADO, Michelle Moreira. Importância da cadeia de custódia para prova pericial. In: REVISTA CRIMINALÍSTICA E MEDICINA LEGAL V.1 | N.2 | 2017 | P. 8 – 12 | ISSN 2526–0596. Disponível em: <https://revistacml.com.br/wp-content/uploads/2018/04/RCML-2-01.pdf> Acesso em: 14/06/2024. 10MACHADO, Michelle Moreira. Importância da cadeia de custódia para prova pericial. In: REVISTA CRIMINALÍSTICA E MEDICINA LEGAL V.1 | N.2 | 2017 | P. 8 – 12 | ISSN 2526–0596. Disponível em: <https://revistacml.com.br/wp-content/uploads/2018/04/RCML-2-01.pdf> Acesso em: 14/06/2024. 11Art. 158–A. Considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte. 12PRADO, Geraldo. A cadeia de custódia da prova no processo penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. 13Apud: SIDI, Ricardo; LOPES, Anderson B. A cadeia de custódia e sua relevância para a prova penal. Temas atuais da investigação preliminar no processo penal. Belo Horizonte: D'Plácido, 2018. 14PACELLI, Eugênio Curso de processo penal. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021. 15LOPES JR., Aury Direito Processual Penal. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. 16AVENA, Norberto Processo penal. 15. ed. Rio de Janeiro: Método, 2023. 17LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote anticrime: comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. 18PRADO, Geraldo. A cadeia de custódia da prova no processo penal. 2. ed. Rio de Janeiro: Marcial Pons, 2021. 19ROSA, Alexandre Moraes da. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. 20ROSA, Alexandre Moraes da. Guia compacto do processo penal conforme a teoria dos jogos. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016. 21LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote anticrime: comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. 22STJ – AgRg no HC: 752444 SC 2022/0197646–2, Data de Julgamento: 04/10/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/10/2022 23GRINOVER, Ada Pelegrini. As nulidades no processo penal. 6. Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999. 24ROSA, Alexandre Moraes da. Guia compacto do processo penal conforme a

teoria dos jogos. 3. ed. Florianópolis: Empório do Direito, 2016.

25PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021 26STJ – HC: 653515 RJ 2021/0083108–7, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 23/11/2021, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/02/2022 27LIMA, Renato Brasileiro de. Pacote anticrime: comentários à Lei 13.964/2019 artigo por artigo. Salvador: Editora JusPodivm, 2020. 28.LOPES JR., Aury. Direito processual penal. 19. ed. São Paulo: SaraivaJur, 2022. 29Lei de Drogas: aspectos penais e processuais / Cleber Masson, Vinícius Marçal. – [2. Reimp.] – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, pp. 40–41. 30“A legislação penal brasileira não faz qualquer distinção, para efeito de configuração típica do delito de tráfico de entorpecentes, entre o comportamento daquele que fornece gratuitamente e conduta do que, em caráter profissional, comercializa a substância tóxica. A cessão gratuita de substância canábica (‘maconha’) equivale, juridicamente, ao fornecimento oneroso de substância tóxica, pelo que ambos os comportamentos realizam, no plano da tipicidade penal, a figura delituosa do tráfico de entorpecentes” (STF, HC 69.806/G0, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, j. 04.06.1993).” 31MIRABETE. Código de Processo Penal Interpretado. 11. Ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 555. 32QUEIROZ, Paulo; Lopes, Marcus Mota Moreira. Comentários à Lei de drogas. Salvador: JusPODIVM, 2018. p23 33Legislação criminal especial comentada: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 1069. 34§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos , desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. 35 Schmitt, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória: aspectos práticos e teóricos à elaboração. Editora JusPodivm. 2006, p. 105 36 Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998) I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;(Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998) II – o réu não for reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998) III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.