

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000310-58.2020.8.05.0044 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MATEUS DOS SANTOS DA CONCEIÇÃO Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/2006. PRELIMINARES: NULIDADE POR AUSÊNCIA DE DECISÃO EXPRESSA DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA; IMPOSSIBILIDADE; PRELIMINAR REJEITADA. NULIDADE POR AUSÊNCIA DE CITAÇÃO DO ACUSADO E REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA. IMPROCEDÊNCIA. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO: PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO APELANTE POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPROCEDÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. IDONEIDADE DOS DEPOIMENTOS DA TESTEMUNHA E DOS POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO. HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS CONSTANTES DOS AUTOS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS QUE PARA A SUA CONFIGURAÇÃO BASTA A PRÁTICA DE UM DOS DEZOITO VERBOS NUCLEARES. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. IMPROCEDÊNCIA. HAVENDO COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E AUTORIA QUANTO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, NÃO HÁ COMO ACOLHER A PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE POSSE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. ADEMAIS, O SIMPLES FATO DE SER USUÁRIO, NÃO IMPEDE A TRAFICÂNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. AGRAVANTE DE REINCIDÊNCIA. NÃO APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. SUPOSTO BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO MANTIDA NOS SEUS EXATOS TERMOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CONFIGURADO. Preliminarmente, pleiteia a defesa que seja declarada a nulidade do processo, pela ausência de decisão expressa de recebimento da denúncia e de fundamentação para tanto. Despacho constante nos autos (fl. 66), que designa audiência de instrução por videoconferência após a apresentação da defesa preliminar, corresponde ao recebimento tácito da denúncia. Preliminar de nulidade absoluta do feito, por cerceamento de defesa ocasionada pela audiência realizada por videoconferência. A realização de audiências por meio de videoconferência decorre da necessidade de contenção da pandemia pelo vírus do Covid- 19, aliada à garantia da continuidade da prestação jurisdicional. Nenhum prejuízo à defesa verificado. Mérito: ilegalidade da prisão por ausência de fundada suspeita para busca pessoal. Apelante abordado em local amplamente conhecido como ponto de venda de entorpecentes, apresentando nervosismo, alterando a marcha e olhando para trás, o que ensejou a abordagem policial. Pleito de absolvição por insuficiência de provas. Materialidade e autoria devidamente comprovadas, em vista das circunstâncias em que se deu a prisão do Recorrente (encontrado em ponto conhecido pelo tráfico e ocultando as drogas dentro da boca), do potencial lesivo da droga apreendida (12 pedras de crack), bem como a forma de acondicionamento das substâncias entorpecentes, apresenta-se caracterizado o crime de tráfico de drogas. Impossibilidade de aplicação do Princípio da Insignificância ao delito de tráfico (jurisprudência consolidada). Trata-se de crime de perigo presumido ou abstrato, sendo irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente. Pleito de desclassificação para o delito de uso previsto no artigo 28 da mesma legislação. Conjunto probatório carreado aos autos comprova que o Apelante não é mero usuário de drogas, conforme o testemunho dos policiais que realizaram o flagrante. Dosimetria da Pena. Sentença mantida em sua totalidade. Alegação de suposta incidência do bis in idem quando da utilização da reincidência para exasperar a pena na segunda fase e afastar a redutora de tráfico

privilegiado. Inocorrência. "Não configura bis in idem a utilização da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena, como circunstância agravante, pois o indeferimento do redutor em razão do referido fundamento decorre de estrita observância do não atendimento do requisito da primariedade previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006." (STJ – AgRg no HC: 678996 SP 2021/0213505–0, Relator: Ministro João Otávio de Noronha), Julgamento: 09/11/2021, T5 – Quinta Turma, Publicação: DJe 16/11/2021). APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 0000310–58.2020.8.05.0044, oriundo da Vara Crime, Júri, Execuções Penais e Infância e Juventude da Comarca de Candeias/Ba, tendo como Apelante MATEUS DOS SANTOS DA CONCEIÇÃO e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER, REJEITAR PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO AO APELO, pelas razões e termos expostos no voto que se segue. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Denegado Por Unanimidade Salvador, 31 de Maio de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000310–58.2020.8.05.0044 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MATEUS DOS SANTOS DA CONCEIÇÃO Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO MATEUS DOS SANTOS DA CONCEIÇÃO fora denunciado pelo ilustre Representante do Ministério Público (Id. 21983104) como incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Consta da denúncia: “No dia 24 de março de 2020, por volta das 13:20 h (treze horas e vinte minutos), nesta cidade, nas imediações do Centro de Abastecimento de Candeias. em local conhecido como ponto de venda de entorpecentes, uma guarnição da Polícia Militar abordou o denunciado Mateus dos Santos da Conceição, que se encontrava em companhia de Anderson Bispo Ferreira de Melo. Nessa oportunidade, os policiais militares perceberam que o acusado ocultava no interior de sua boca um saco plástico incolor contendo 12 (doze) pedras de crack com 1,20 g (um grama e vinte centigramas) de massa bruta, bem assim portava, em um bolso, a quantia de R\$ 59,00 (cinquenta e nove reais), consoante se infere do auto de exibição e apreensão de fls. 07 do IP e da certidão de ocorrência policial de fls. 12 e 13 do IP. Exsurge do acervo apuratório que o increpado costuma comercializar a droga vulgarmente conhecida como crack pelo valor unitário de R\$ 10,00 (dez reais).” Concluída a instrução processual e apresentadas as alegações derradeiras, o Magistrado a quo julgou procedente a denúncia, condenando o Apelante a pena definitiva de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias–multa, em regime inicial fechado, pela prática de delito previsto no art. 33, caput da Lei 11343/06. Inconformado com a sentença, recorreu da decisão o Réu. Em suas razões (Id. 21983189) requer, preliminarmente, que seja declarada a nulidade do processo desde após a apresentação da defesa prévia, pela ausência de decisão expressa de recebimento da denúncia e de fundamentação para tanto, bem como pela falta de citação do réu e, ainda, que seja reconhecida a inconstitucionalidade e a ilegalidade de realização da instrução processual por videoconferência, com a consequente nulidade da fase de instrução probatória. No mérito, pugna pela absolvição do Recorrente, com fulcro no art. 386, incs. III ou VII, do Código de Processo Penal, ante a ilicitude da prova. Subsidiariamente, requer a desclassificação do delito descrito na denúncia para aquele previsto no art. 28, caput, da Lei nº 11.343/06, ou,

secundariamente, para o art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal. Por fim, pleiteia a fixação da sanção no patamar mínimo, com o afastamento da agravante da reincidência. Em sede de contrarrazões (Id. 21983197), o Ministério Público manifestou-se pelo afastamento das preliminares suscitadas e, no mérito, pelo improvimento da Apelação e manutenção do decisum vergastado em todos os termos. A Procuradoria de Justiça, em parecer exarado (Id. 23073500) opinou pelo improvimento do recurso, mantendo-se a sentença de primeiro grau, com a condenação do Apelante. Examinados e lançado este relatório, submeto-os à apreciação do eminente Desembargador Revisor. É o relatório. Salvador/BA, 04 de março de 2022.

Des. Aliomar Silva Britto – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000310-58.2020.8.05.0044 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MATEUS DOS SANTOS DA CONCEIÇÃO Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO O recurso preenche todos os pressupostos necessários à sua admissibilidade, por isso dele conheço. Cuida-se de Apelação Criminal apresentada por Mateus dos Santos da Conceição, inconformado com a decisão que o condenou, pela prática do delito capitulado no artigo 33 da Lei 11.343/2006, à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, em regime inicial fechado. Nas razões recursais, consigna-se, preliminarmente, que seja declarada a nulidade do processo, pela ausência de decisão expressa de recebimento da denúncia e de fundamentação para tanto, bem como pela falta de citação do réu. Requer, ainda, que seja reconhecida a inconstitucionalidade e a ilegalidade de realização da instrução processual por videoconferência, com a consequente nulidade da fase de instrução probatória. No mérito, pugna pela absolvição do Recorrente, com fulcro no art. 386, incs. III ou VII, do Código de Processo Penal, ante a ilicitude da prova. Subsidiariamente, requer a desclassificação do delito descrito na denúncia para aquele previsto no art. 28, caput, da Lei nº 11.343/06, ou, secundariamente, para o art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal. Por fim, pleiteia a fixação da sanção no patamar mínimo, com o afastamento da agravante da reincidência, como acima fundamentado. Nas contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo improvimento da apelação e manutenção do decisum vergastado em todos os termos. DA PRELIMINAR DE NULIDADE DIANTE DA AUSÊNCIA DE DECISÃO EXPRESSA DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. Preliminarmente, o Recorrente pugna pela declaração de nulidade do feito, alegando suposta ausência da decisão que recebe, expressamente, a denúncia. Neste sentido, afirmou o Juízo de primeiro grau: “(...) no que toca à alegação de nulidade por falta de recebimento expresso da denúncia, calha registrar que o despacho de fls. 66, ao designar audiência de instrução após a apresentação da defesa prévia, corresponde ao recebimento tácito da denúncia, amplamente aceito pela jurisprudência pátria, notadamente quando não há invocação e demonstração de prejuízo, como é o caso dos autos. (...)” Conforme entendimento consolidado pelos Tribunais Superiores, embora não tenha ocorrido o recebimento expresso da peça acusatória, a legislação processual penal não impôs nenhum formalismo ao ato de recebimento da denúncia, de forma que o despacho com ordem de citação do acusado para apresentar resposta ou que designa audiência de instrução e julgamento, caracteriza juízo implícito de admissibilidade da acusação. Neste sentido, diz a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 1º, INCISO I, DO DECRETO-LEI 201/1967. ART. 89 DA LEI 8.666/1993.

RECEBIMENTO TÁCITO DA DENÚNCIA. VALIDADE. MARCO INTERRUPTIVO DA PRESCRIÇÃO. ATO QUE DETERMINA A CITAÇÃO DO ACUSADO. PRECEDENTES DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR DANO E EFETIVO PREJUÍZO AO ERÁRIO. TEMA EXAMINADO NO HC-418.041/MA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. MATÉRIA NÃO APRESENTADA NO RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. INCOMPETÊNCIA DESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. É assente na jurisprudência desta Corte Superior e do Supremo Tribunal Federal o entendimento de que se trata de ato que dispensa maior fundamentação, não se subsumindo à norma insculpida no art. 93, inciso IX, da Constituição da República. Assim, admite-se, inclusive, o recebimento tácito ou implícito da denúncia, justamente diante da ausência de formalidade que o ordenamento jurídico empresta ao ato judicial em questão. (AgRg no REsp 1450363/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 30/06/2017) 2. Assim, tendo o magistrado de origem determinado a citação do ora agravante em 7/8/2014, esta deve ser a data considerada como marco interruptivo da prescrição da pretensão punitiva estatal (art. 117, I, do CP). 3. Quanto à alegação de falta de comprovação de dolo específico, bem como de ausência de dano ao erário, segundo a defesa, elementos essenciais para condenação nas penas dos crimes previstos nos arts. 1º do Decreto Lei nº 201/67 e 89 da Lei n. 8.666/1993, esta Corte Superior examinou a matéria no HC n. 481.041/MA, impetrado em favor do ora agravante. 4. A tese acerca da violação ao princípio da correlação/congruência não foi abordada nas razões do recurso especial, caracterizando inovação recursal, sendo inviável, portanto, a análise pretendida. 5. Não cabe no recurso especial analisar violação a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 6. Agravo regimental improvido. (STJ – Agg no AREsp: 1172741 MA 2017/0246526-4, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 17/10/2019, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/10/2019) Sendo assim, verifica-se que a preliminar de nulidade não merece ser acolhida, visto que o despacho de fls. 66, ao designar audiência de instrução por videoconferência após a apresentação da defesa preliminar, corresponde ao recebimento tácito da denúncia. Ainda neste sentido, não merece acolhimento a alegação da defesa acerca da ausência de citação do acusado para integrar a relação processual. Afirmou o Juízo de piso, na sentença condenatória: "(...) Quanto à suposta ausência de citação, cumpre anotar que o acusado foi notificado PESSOALMENTE acerca da imputação, recebendo cópia da denúncia, restando plenamente cientificado do teor da imputação (fl. 48), tendo apresentado defesa tempestiva. O acusado, à toda evidência, teve ciência do teor da imputação e, desde então, vem exercendo ferrenhamente a sua defesa, inexistindo qualquer prejuízo que justifique o reconhecimento da nulidade alegada. (...)” Portanto, verifica-se dos autos que o Recorrente foi devidamente citado para integrar o processo, exercendo o seu direito de defesa e sem a existência de qualquer prejuízo. DA PRELIMINAR DE NULIDADE DA AUDIÊNCIA REALIZADA POR MEIO DE VIDEOCONFERÊNCIA. A aludida preliminar de nulidade absoluta do feito, por cerceamento de defesa ocasionada pela audiência realizada por videoconferência, não merece guarida, isto porque, não há comprovação de qualquer prejuízo à defesa do Apelante. Outrossim, há que se destacar que a realização de audiências por meio de videoconferência decorre da necessidade de contenção da pandemia pelo vírus do Covid-19, aliada à garantia da continuidade da prestação jurisdicional, sendo, portanto, uma medida benéfica tanto para o Réu

quanto para as testemunhas e demais envolvidos na prestação jurisdicional, que ficam protegidos da exposição ao vírus, sendo a situação de distanciamento social imprescindível para a saúde pública. Acrescente-se, ainda, que a suspensão das audiências pelo prazo de confinamento social determinado pelas autoridades sanitárias, constituiria atentado aos interesses da justiça e nítida violação aos princípios da proteção integral e da prioridade absoluta. Urge esclarecer que, a realização de audiências por videoconferência foi autorizada pelo art. 6º, § 2º, da Resolução 314/2020 do CNJ. No mesmo sentido, a recomendação 62/2020 do CNJ disciplinou o tratamento a ser dispensado pelos magistrados em tempos da presente pandemia, às pessoas privadas de liberdade. Esta Corte de Justiça editou as Portarias Conjuntas nº 02/2020, de 18/02/2019, Decretos Judiciários nº. 276 de 30/04/2020 e 282 de 07/05/2020, para disciplinar as orientações recomendadas pelo Conselho Nacional de Justiça, quem em face da pandemia da Covid-19, orientou a realização de audiência por meio de videoconferência, de forma a garantir a continuidade da prestação jurisdicional, garantindo proteção as partes processuais. Além disso, em tempo de pandemia, as audiências de instrução e julgamento realizadas por videoconferência, equivalem a verdadeiros atos processuais presenciais, e, como verdadeiros atos presenciais, todas as garantias constitucionais são observadas, dentre elas, aquelas contidas no artigo 210 do Código de Processo Penal. Neste tocante já houve posicionamento do Superior Tribunal de Justiça em recente julgamento, consoante se vê do excerto abaixo colacionado: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. OFENSA. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADE. PLEITO DE REALIZAÇÃO DA SESSÃO DO TRIBUNAL DO JÚRI NA PRESENÇA DO ACUSADO. RESTRIÇÕES CAUSADAS PELA PANDEMIA DE COVID-19. OITIVA DO RÉU POR VIDEOCONFERÊNCIA. PREJUÍZO NÃO CONSTATADO. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A prolação de decisão unipessoal pelo Ministro Relator não representa violação do princípio da colegialidade, pois está autorizada pelo art. 34 do Regimento Interno desta Corte e em diretriz consolidada pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça por meio do enunciado n. 568 de sua Súmula. 2. O direito de presença é um dos desdobramentos do princípio da plenitude da defesa, na sua vertente da autodefesa, pois permite a participação ativa do réu, dandolhe a possibilidade de presenciar e participar da instrução criminal e auxiliar seu advogado, se for o caso, na condução e direcionamento dos questionamentos e diligências. Entretanto, não se trata de um direito absoluto, sendo legítima a restrição, quando houver fundado motivo. 3. Na situação dos autos, a opção pelo interrogatório do agravante por meio de videoconferência justifica-se em razão da emergência sanitária vivenciada não apenas pelo Brasil, mas pelo mundo todo, diante da pandemia causada pelo novo coronavírus. Com o objetivo de minimizar os agravos causados pela disseminação da doença, os governos locais adotaram diversas medidas restritivas. 4. Portanto, não há que se falar em nulidade, seja pela presença de amparo legal para a realização do interrogatório por meio de videoconferência, especialmente considerando a necessidade da adoção do procedimento tendo em vista a situação emergencial de saúde pública vivenciada pelo mundo neste momento. 5. Agrado regimental improvido. (AgRg no HC 648.336/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 25/05/2021, DJe 01/06/2021) Ademais, sustenta a defesa que o prejuízo da realização do ato judicial por videoconferência se encontra no fato de que a testemunha Anderson Bispo Ferreira de Melo, deixou de ser ouvida simplesmente porque “informou o telefone da vizinha e no momento da

audiência não atendeu a chamada e não respondeu as mensagens", conforme consignado na ata de fls. 64. Contudo, apontou o Juízo primevo que: "(...) Neste tópico, calha consignar que toda a insatisfação defensiva cai por terra, assumindo contornos de irrelevância pelo simples motivo de se tratar de testemunha arrolada pelo Ministério Público, o qual desistiu EXPRESSAMENTE da oitiva referida, embora a defesa – seguramente por escusável equívoco – diga o contrário. Vale mencionar que o pedido de desistência, conforme já dito, constou expressamente da ata e não houve qualquer impugnação ou requerimento referente à produção/complementação da prova testemunhal, do que resulta evidente preclusão quanto ao tema. (...)” Ademais, sustenta que houve falha do mecanismo de comunicação em tempo real, quando da realização da audiência por videoconferência. Contudo, observa-se que a audiência de instrução e julgamento ocorreu regularmente, de modo que não houve qualquer impugnação da Defesa, no momento oportuno, quanto ao modo de sua realização. De igual sorte não há qualquer demonstração de prejuízo ao direito de ampla defesa, isto porque, o aludido princípio foi devidamente respeitado. MÉRITO DA ILEGALIDADE DA PRISÃO POR AUSÊNCIA DE FUNDADA SUSPEITA PARA BUSCA PESSOAL. Salienta, a defesa, que a busca pessoal foi realizada de forma ilícita, por ausência de fundada suspeita declinada, tornando-a inadmissível, assim como todas as provas dela derivadas. Inicialmente, extrai-se da peça acusatória que o Apelante foi encontrado nas imediações do Centro de Abastecimento de Candeias, local amplamente conhecido como ponto de venda de entorpecentes, apresentando nervosismo, alterando a marcha e olhando para trás, o que ensejou a abordagem policial. Além disso, verifica-se que a existência de fundada suspeita restou devidamente comprovada, tanto que o acusado foi encontrado com 12 (doze) pedras de crack dentro de sua boca, enroladas em saco plástico, além da quantia de R\$59,00 (cinquenta e nove) reais. Vale ressaltar que o delito de tráfico de drogas possui natureza permanente, de forma que o estado de flagrância se prolonga com o tempo, o que autoriza a prisão em flagrante enquanto o delito estiver se perpetrando. Sendo assim, ainda que não haja mandado de busca pessoal no caso em análise, a prisão do Recorrente é considerada lícita. Neste sentido, diz a jurisprudência dos Tribunais de Justiça: RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – CONDENAÇÃO – IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA – 1. PRELIMINAR DE NULIDADE – ALEGADA AUSÊNCIA DE FUNDADAS SUSPEITAS PARA BUSCA PESSOAL SEM MANDADO JUDICIAL – INOCORRÊNCIA – SUSPEITA FUNDADA EM ELEMENTOS CONCRETOS QUE INDICAVAM A OCORRÊNCIA DE CRIME NO MOMENTO DA ABORDAGEM – FUNDADAS RAZÕES DE PRÁTICA DE CRIME PERMANENTE – EXCEÇÃO CONSTITUCIONAL À GARANTIA DA INTIMIDADE, PRIVACIDADE E LIBERDADE – PRELIMINAR REJEITADA – 2. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO E/OU DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME CAPITULADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI ANTIDROGAS PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA MESMA LEX – ALEGADA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA ACERCA DA DESTINAÇÃO MERCANTIL – DESCABIMENTO – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – DEPOIMENTO COERENTE DOS POLICIAIS MILITARES QUE EFETUARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE – COMPROVAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO – CONDIÇÃO DE USUÁRIO QUE NÃO EXCLUI A TRAFICÂNCIA – CONDENAÇÃO MANTIDA – 3. PRETENDIDA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 33, § 2º, DA LEI N. 11.343/2006 – ALEGAÇÃO DE QUE IRIA AUXILIAR O USO DE DROGAS – INOCORRÊNCIA – FORNECER DROGAS A TERCEIRO, AINDA QUE GRATUITAMENTE, SE INCLUI NO NÚCLEO VERBAL DO ART. 33, CAPUT, DA LEI ANTIDROGAS – EVIDENCIADO O TRÁFICO DE DROGAS – 4. POSTULADO O AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO RELATIVA AO ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE NA PRÁTICA CRIMINOSA – INVIABILIDADE – ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE DEMONSTRADO NESTES AUTOS – CAUSA DE AUMENTO MANTIDA – 5. RECURSO DESPROVIDO. 1. É dispensável

o mandado de busca e apreensão quando se trata do crime de tráfico de drogas, pois sua consumação, por se protrair no tempo, coloca os agentes em constante estado de flagrância, autorizando, por conseguinte, quando houver suspeita fundada em elementos concretos que indiquem, objetivamente, a ocorrência de crime no momento da abordagem, enquadrando-se, assim, na excepcionalidade da revista pessoal sem a necessidade de mandado de busca e apreensão. 2. É inviável o acolhimento da pretensão defensiva almejando a absolvição, porque os elementos probatórios jungidos nestes autos evidenciam a materialidade e autoria delitivas, mormente pelo depoimento dos policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante do apelante, devendo, pois, ser mantida a condenação do apelante pelo crime de tráfico de drogas e não por uso de entorpecente (art. 28 da Lei n. 11.343/06). 3. Descabe falar-se em desclassificação para a conduta prevista no § 2º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, eis que o fornecimento de substância ilícita a terceiro integra as múltiplas condutas previstas no art. 33, da Lei Antidrogas, porquanto entre os vários núcleos está o fornecimento, ainda que gratuitamente, o que consiste, sem margem de dúvida, no crime de tráfico de drogas. 4. Aplica-se a majorante prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/06, porquanto restou demonstrado, pelas provas produzidas na instrução processual, que o apelante envolveu adolescente na empreitada criminoso. 5. Apelo desprovido. (TJ-MT 00304618420168110042 MT, Relator: LUIZ FERREIRA DA SILVA, Data de Julgamento: 05/04/2021, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: 08/04/2021) DA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. Por conseguinte, alega que inexiste qualquer prova acerca da existência dos fatos, motivo pelo qual a absolvição do acusado seria necessária, na forma do art. 386 , VII, do Código de Processo Penal. De início, consigna-se que a materialidade do delito encontra-se cabalmente comprovada nos autos, através do Auto de Exibição e Apreensão, dos Laudos Periciais e de Constatação e do Laudo definitivo, que demonstram que a substância apreendida tratava-se de cocaína dividida em 12 porções com aspecto de “pedras” amareladas envoltas em plástico incolor com massa bruta de 1,13g, entorpecente de uso proscrito no Brasil, consoante Portaria nº 344, de 12/05/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. Quanto à autoria delitiva, encontra-se devidamente demonstrado no acervo probatório ter o Apelante praticado a conduta tipificada no artigo 33 da Lei 11.343/06, pois foi encontrado na posse das drogas, com a finalidade de comercialização, fato este constatado, inclusive, pelos depoimentos testemunhais do indivíduo que se encontrava em companhia do Apelante no momento da abordagem policial, e dos policiais que efetuaram a prisão. Inicialmente, a testemunha Anderson Bispo, em sede policial, afirmou que: “(...) o declarante ia fumar droga com “BONECO”, mas ele não ia cobrar do declarante; o declarante sabe que “BONECO” vende droga e que cobra por cada pedra de crack RS 10,00”; (...)” O Sd. Pm. Julio Cesar, em seu depoimento judicial, asseverou que: “(...) Os indivíduos demonstraram nervosismo com a aproximação da viatura; retornaram e fizeram a abordagem; que o rapaz que acompanhava o acusado disse que estava ali só de passagem, enquanto o acusado ficava o tempo todo calado respondendo por gestos; que perguntou se ele era mudo e ele resmungava humhum, mas não abria a boca nem falava; que o colega pediu que o acusado abrisse a boca e constaram que estava com a droga na boca; que em poder do acusado também foi encontrada a quantia de R\$ 59,00; Matheus confessou para o depoente que vendia drogas, que havia comprado o entorpecente no Sarandi e que estava no local onde foi preso efetuando a

venda da droga; que na Delegacia obteve a informação que o acusado já tinha entradas e que o mesmo era conhecido por Boneco; Neste dia, o centro de abastecimento estava muito movimentado; que viu na Delegacia algum documento/extrato que mostrava que o acusado tinha passagem anterior, mas não lembra por qual motivo; que não sabe explicar porque o extrato do portalssp constante do processo referente ao acusado não tem ocorrências ao passo que o depoente afirma teria visto algum documento na Delegacia que apontava passagem anterior do acusado; (...)” A Sd. Emilia, que também participou da diligência que culminou na prisão em flagrante do Apelante alegou que: “(...) estavam em ronda na central de abastecimento quando perceberam a atitude suspeita de MATEUS e outro rapaz que o acompanhava; que o acusado não respondia às perguntas e se mantinha com a boca fechada; que desconfiou que o mesmo tivesse colocado algum objeto ilícito na boca; pediram que ele abrisse a boca e constataram que o mesmo tinha escondido as pedras de crack na boca; que já ouviu dizer que ele foi preso por tráfico e por roubo, mas não averiguou; já tinha conhecimento que ele era envolvido com o tráfico na localidade; Matheus disse que iria comercializar a droga ali mesmo; que ao avistarem a viatura o acusado e o outro rapaz ficaram nervosos e tentaram se afastar, chamando a atenção da guarnição; o fato aconteceu no início da tarde; não se recorda se o acusado chegou a mencionar valores; que havia um grande fluxo de pessoas no local; que a guarnição era integrada por 4 componentes; Em nenhum momento nenhum policial ficou sozinho com Matheus; que não sabe porque no depoimento da depoente na Delegacia não foi dito que o acusado confessou; não se lembra se os 04 policiais entraram juntos na Delegacia para apresentar o preso; mas em algum momentos todos entraram na Delegacia; O Sd. Julio Cesar é o comandante da guarnição e, portanto, é quem usualmente faz a apresentação do preso; não se lembra se foi exibido algum documento comprovando que o acusado tinha passagens, mas obteve esse informação de outros colegas policiais militares; (...)” Por sua vez, o Sd. Pm. Wilton disse que: “(...) Estavam em ronda no local, que é contumaz no tráfico; que visualizaram o acusado e outro indivíduo; em poder do acusado foram encontradas pedras de crack a boca, mas não se recorda a quantidade; que durante a abordagem, perguntaram o nome do acusado, mas ele não quis falar e então pediram que ele abrisse a boca e constataram que o mesmo tinha droga escondida; que ao chegarem na Delegacia constaram que o acusado já tinha uma extensa ficha, com passagem por tráfico e roubo; o acusado e o outro rapaz se comportaram de forma suspeita pq passaram por trás de uma barraca ao avistarem a viatura. (...)” Vale ressaltar que, em relação aos depoimentos dos policiais, não há qualquer justificativa para se questionar sobre sua credibilidade. O fato de as testemunhas da acusação serem policiais não invalidam os seus depoimentos, servindo perfeitamente como prova testemunhal do crime. Veja-se que, pela aplicação do princípio da igualdade, haverá, como qualquer outra testemunha, o compromisso de dizer a verdade conforme estipulado no artigo 203 do CPP e, se o policial fizer alguma afirmação falsa, calar ou ocultar a verdade, então o Juiz que estiver tomando o depoimento, com força no artigo 211 do CPP, determinará a instauração de inquérito para apurar o crime de falso testemunho. Com efeito, não é razoável admitir-se que o Estado possa credenciar pessoas para a função repressiva e, sem elementos cabais de prova, negar-lhes crédito quando de sua estrita atividade. Segundo a Jurisprudência, é válido o testemunho prestado por agente policial, não contraditado nem desqualificado, na medida em que provém de agente público no exercício de suas funções e não destoa do conjunto probatório. Corroborando tal

entendimento, vem assim decidindo os Tribunais: "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. SENTENÇA FUNDAMENTADA. CONDENAÇÃO AMPARADA EM TESTEMUNHOS PRESTADOS POR POLICIAIS. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO. (...) 2. Não há óbice a que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do réu sejam considerados na sentença como elemento de prova amparador da condenação, desde que colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de cognição, tal como na hipótese, em que a expressiva quantidade de droga apreendida – 24 (vinte e quatro) invólucros com crack – revela não ser o entorpecente destinado a consumo próprio. (...)." (STJ, HC 162131/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 21/06/2010) "(...) É válido testemunho prestado por agente policial, não contraditado ou desqualificado, na medida em que provém de agente público no exercício de suas funções e não destoia do conjunto probatório. Precedentes. (...)." (ACR 2006.38.02.001052-8/MG, Rel. Desembargador Federal Cândido Ribeiro, Terceira Turma, e-DJF1 p.22 de 31/07/2009) Portanto, a autoria e a materialidade restaram devidamente comprovadas nos autos, considerando a substância entorpecente encontrada em posse do Recorrente (crack), que se encontravam embaladas individualmente, prontas para a venda, bem como pelos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão, que atestam o envolvimento do Apelante com o tráfico ilícito de entorpecentes, não havendo como negar a finalidade comercial da droga e revelando o dolo do acusado. Outrossim, conforme devidamente apontado pela acusação nas contrarrazões, a quantidade encontrada no momento da prisão (doze pedras de crack) se mostra incompatível com a conduta de alguém que pretendia somente utilizá-la fora de casa, de forma que, nesta hipótese, deveria manter consigo uma quantidade menor da substância. Vale também salientar que em vista das circunstâncias em que se deu a prisão do Recorrente (encontrado em ponto conhecido pelo tráfico, e ocultando as drogas dentro da boca), do potencial lesivo da droga apreendida (crack), bem como a forma de acondicionamento das substâncias entorpecentes, apresenta-se caracterizado o crime de tráfico de drogas, contido no citado artigo 33, da Lei 11.343/2006. Há que se enfatizar que o tipo penal descrito no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, é considerado crime de conteúdo variado ou de natureza múltipla, bastando a prática de um dos núcleos descritos na norma para configurar o cometimento do crime de tráfico de drogas, sendo, portanto, desnecessário que o agente seja flagrado no momento exato em que comercializada a droga. Neste sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "Sendo o tráfico de entorpecentes classificado como crime de ação múltipla, praticando o agente qualquer dos dezoito verbos descritos no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, mesmo que mais de um deles, está sujeito à reprimenda prevista no preceito secundário do tipo. (...) (STJ, HC 125617/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJ de 15/12/2009).""A noção legal de tráfico de entorpecentes não supõe, necessária a pratica de atos onerosos ou de comercialização (...)" STJ, HC 69.806/G0, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 04/06/93. Portanto, não merece acolhimento o pleito de absolvição do Apelante pelo crime de tráfico de drogas, vez que não resta dúvida acerca da autoria e materialidade delitivas, que se encontram muito bem cristalizadas. Além disso, ao lado das provas, produzidas de forma exaustiva e suficiente para a constatação da materialidade do crime de tráfico de drogas, bem como da autoria do crime pelo réu, não foram trazidas pela Defesa provas aptas a elidir a imputação. Meridianamente claro, deste modo, pelo raciocínio lógico aqui desenvolvido, que a tese de

insuficiência probatória apresentada na apelação do Recorrente não tem consistência perante os elementos de prova trazidos aos autos, o que impossibilita o acolhimento da tese de absolvição, sustentada pela defesa. Afastado, também, o argumento do Apelante de quantidade ínfima de droga apreendida em posse do Recorrente, com aplicação, a esta hipótese, do princípio da insignificância, até porque, já encontra-se pacificado nos Tribunais Superiores, o entendimento de que é inaplicável ao delito de tráfico de drogas, o aludido princípio. Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, é incompatível a aplicação do princípio da insignificância ao crime de tráfico de drogas, haja vista tratar-se de crime de perigo presumido ou abstrato, sendo irrelevante a quantidade de droga apreendida em poder do agente. (STJ – REsp: 1914093 DF 2021/0000163-0, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Publicação: DJ 25/02/2021). Portanto, ainda não que tenha sido apreendida uma quantidade expressiva de droga, a materialidade e autoria delitivas quanto ao delito de tráfico de drogas encontram-se devidamente comprovadas pelas provas constantes nos autos, razão pela qual não deve ser aplicado o aludido princípio ao caso em análise. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. Outrossim, no que concerne ao pleito de desclassificação do delito de tráfico de drogas para o de uso previsto no artigo 28 da mesma legislação, tem-se que este também não merece acolhido, isto porque o art. 33 da Lei 11.343/06 prevê 18 verbos em que a prática de qualquer uma das ações ali elencadas configura o delito de tráfico. In casu, seja usuário de drogas, tal condição não afasta a traficância, restando incontroverso que a circunstância em que a droga foi encontrada (escondida no interior da boca do Apelante) e a forma em que estava acondicionada (dividida em 12 porções com aspecto de “pedras” amareladas envoltas em plástico incolor com massa bruta de 1,13g), indicam, com segurança, a sua destinação ao tráfico e não ao uso pessoal do Apelante, sendo, portanto, incabível a pleiteada desclassificação. A mera alegação de ser o Apelante dependente químico, desprovida de prova no sentido, desautoriza a desclassificação dos fatos para o delito mais brando, previsto no artigo 28 da referida lei, ainda mais quando há prova segura da atividade do agente na comercialização de droga. Diante das circunstâncias de sua prisão, bem como, pelo conjunto probatório carreado aos autos, vislumbra-se que o Apelante não é mero usuário de drogas, conforme o testemunho dos policiais que realizaram o flagrante, não sendo possível a desclassificação do crime de tráfico para o previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006. DA DOSIMETRIA DA PENA No que concerne à aplicação da pena, pleiteia o Apelante pela fixação da sanção imposta em seu patamar mínimo, com o afastamento da agravante da reincidência. Na primeira fase da dosimetria, observa-se que o magistrado a quo verificou a incidência de apenas uma circunstância desfavorável (a reincidência do acusado) contudo, deixou para aplicá-la na fase seguinte da dosimetria, no intuito de evitar o bis in idem, fixando a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Na segunda fase, aplicou a agravante da reincidência, tendo em vista que o acusado ostenta duas condenações transitadas em julgado, sendo uma delas pelo crime de tráfico de entorpecentes (processo nº 1283-52.2016.805- 0044 e outra por roubo (processo nº 2936-60.2014.8050.0044), as quais já se encontram em fase de execução, aumentando a pena em 1/6, resultando em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa. Vale ressaltar que, não obstante a alegação da defesa, embora não conste nos autos certidão probatória de condenação transitada em julgado dos

processos mencionados, tais dados são de domínio público, facilmente extraíveis dos bancos de dados e sistemas processuais disponibilizados (SEEU e SAIPRO). Na terceira fase, verificou-se a inexistência de causas de aumento ou diminuição de pena. Ademais, deixou de aplicar causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (tráfico privilegiado) em razão da reincidência do acusado. O artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 dispõe que: "Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)" Sendo assim, no caso em análise, não é possível a aplicação do referido benefício, visto que o réu não preenche um dos requisitos previstos no dispositivo acima, qual seja, a primariedade, visto que, conforme dito anteriormente, o acusado ostenta duas condenações transitadas em julgado, sendo uma delas pelo crimes de tráfico de entorpecentes (processo nº 1283-52.2016.805-0044 e a outra por roubo (processo nº 2936-60.2014.8050.0044), as quais já se encontram em fase de execução, o que revela que o Apelante respondeu a outras ações penais, daí porque deve ser mantida a pena fixada pelo ilustre Magistrado a quo. Além disso, alega a defesa, que o magistrado sentenciante teria incorrido em bis in idem ao valorar negativamente a reincidência, na segunda fase, e, sob o mesmo argumento, afastar a incidência do tráfico privilegiado, na terceira fase. Contudo, não merece guarida tal afirmação. O entendimento já consolidado pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça admite a utilização da agravante de reincidência na segunda fase da dosimetria para exasperar a pena, bem como a não aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 pelo mesmo motivo, sem incorrer em bis in idem. Isto porquê, para o reconhecimento do tráfico privilegiado, a lei penal exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa, de forma que referidas condições devem ser cumpridas cumulativamente para a concessão do benefício. Uma vez constatada a existência de reincidência, fica afastada a possibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado. AGRADO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO. REVISÃO CRIMINAL. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. QUANTIDADE RAZOÁVEL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. REINCIDÊNCIA. NON BIS IN IDEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. A impetração de habeas corpus após o trânsito em julgado da condenação e com a finalidade de reconhecimento de eventual ilegalidade na colheita de provas é indevida e tem feições de revisão criminal. 2. Ocorrendo o trânsito em julgado de decisão condenatória nas instâncias de origem, não é dado à parte optar pela impetração de writ no STJ, cuja competência prevista no art. 105, I, e, da Constituição Federal restringe-se ao processamento e julgamento de revisões criminais de seus próprios julgados. 3. A revisão da dosimetria da pena pelo Superior Tribunal de Justiça só é admitida em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou de abuso de poder que possam ser

aferidas de plano, sem necessidade de dilação probatória. 4. Na primeira fase da dosimetria da pena, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade, a diversidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal e podem justificar a exasperação da pena-base. 5. Não configura bis in idem a utilização da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena, como circunstância agravante, pois o indeferimento do redutor em razão do referido fundamento decorre de estrita observância do não atendimento do requisito da primariedade previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. 6. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no HC: 678996 SP 2021/0213505-0, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 09/11/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/11/2021) Diante do exposto, VOTO no sentido de CONHECER, REJEITAR PRELIMINARES E NEGAR PROVIMENTO ao apelo interposto, mantendo a condenação nos exatos termos da sentença. Sala de Sessões, 31 de Maio de 2022. Presidente Relator Procurador (a) de Justiça