

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000664-71.2022.8.05.0271 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: LEONARDO BRAZ DOS SANTOS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. RECORRENTE CONDENADO A CUMPRIR 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, ALÉM DO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, PELA PRÁTICA DE CONDUTA DELITUOSA PREVISTA NO ART. 33, DA LEI 11.343/2006. RECURSO DA DEFESA. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE EXECUÇÕES PENAS. PRELIMINARES. NULIDADES PROCESSUAIS. PROVAS OBTIDAS MEDIANTE REVISTA PESSOAL ILÍCITA. REJEIÇÃO. JUSTA CAUSA APTA A SUPEDANEAR A ABORDAGEM PESSOAL. NA HIPÓTESE DOS AUTOS, RESTOU CARACTERIZADA SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (DELITO DE NATUREZA PERMANENTE), REVELADA NO CURSO DA AÇÃO POLICIAL. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS SUSPEITAS DA PRÁTICA DE CRIME EM CURSO, NOS MOLDES PRECONIZADOS NO ART. 240 E ART. 244, DO CPP. PRESCINDIBILIDADE DE MANDANDO JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS LÍCITAS. NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO REALIZADA POR VIDEOCONFERÊNCIA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO 329 DO CNJ. AUTORIZAÇÃO NORMATIVA PARA REALIZAÇÃO DE INSTRUÇÃO CRIMINAL POR PLATAFORMAS DIGITAIS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA OITIVA DE TESTEMUNHA FORA DA SEDE DO JUÍZO. INTIMAÇÃO DE TESTEMUNHA POR MEIO ELETRÔNICO. VIOLAÇÃO À INCOMUNICABILIDADE DAS TESTEMUNHAS. REJEIÇÃO. INEXISTÊNCIA DE INOVAÇÃO LEGISLATIVA. PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA ASSEGURADOS. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL DE CALAMIDADE PÚBLICA QUE POSSIBILITA A REALIZAÇÃO DE ATOS PROCESSUAIS POR MEIO DIGITAL. SUPEDÂNEO NO ART. 185, § 2º, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZOS. PRESERVAÇÃO DOS ATOS PRATICADOS. MÉRITO. PLEITO PELA ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS SOBEJAMENTE EVIDENCIADAS, SOBRETUDO QUANDO CORROBORADAS PELOS RELATOS SÓLIDOS E COERENTES DOS POLICIAIS, QUE SE REVESTEM DE ESPECIAL RELEVÂNCIA, ORA ALINHADOS COM AS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. RECORRENTE PRESO NA POSSE DE 29 (VINTE E NOVE) PEDRAS DE CRACK. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 28, DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. APREENSÃO DE EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES, FORMA DE ACONDICIONAMENTO DAS DROGAS, CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE, SITUAÇÃO CARACTERÍSTICA DE TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. VIABILIDADE. PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS EXIGIDOS PARA CONCESSÃO DA BENESSE. VEDADO O AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA, FUNDADO NA PRESUNÇÃO DE QUE O ACUSADO SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS, EM FACE DE CONJECTURAS NÃO COMPROVADAS. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. REGIME SEMIABERTO DEVIDAMENTE FIXADO, CONFORME O QUANTUM DA PENA IMPOSTA (ART. 33, § 2º, B, DO CP), NOS TERMOS PREVISTOS NO ART. 59 DO CP E NO ART. 42 DA LEI 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS DISPOSTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE E, NO MÉRITO, PROVIDO EM PARTE. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal N. 8000664-71.2022.8.05.0271, em que figuram, como Apelante, Leonardo Braz dos Santos, e, Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia. Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, em CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO DE APELAÇÃO e DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO, nos termos do Voto do Desembargador Relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA

CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Maioria Salvador, 27 de Novembro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000664-71.2022.8.05.0271 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: LEONARDO BRAZ DOS SANTOS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Apelação Criminal interposta contra a r. sentença proferida nos autos n. 8000664-71.2022.8.05.0271, da 2ª Vara Crime, Infância e Juventude da Comarca de Valença/BA, na qual a Mma. Juíza de Direito julgou procedente a pretensão punitiva oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia, para o fim de condenar o réu Leonardo Braz dos Santos como incurso nas sanções do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, para cumprir uma reprimenda de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Inconformado, Leonardo Braz dos Santos interpôs, por intermédio da Defensoria Pública, o presente recurso de apelação (ID. 36540678), pugnando pela reforma da sentença. Para tanto, preliminarmente, invoca teses de nulidade processual, em face de alegada ilegalidade do procedimento de busca pessoal; assim como, ante a alegação de inconstitucionalidade da Resolução n.º 329 do Conselho Nacional de Justiça, no que tange a realização de instruções criminais por plataformas digitais, pelo vício de competência legislativa para editar regras processuais penais (art. 5º, LIV e LV, e art. 22, I, ambos da Constituição Federal). Ademais, suscitou nulidade em razão da ausência de previsão legal para oitiva de testemunha fora da sede do juízo, de intimação de testemunha processual penal por meio eletrônico, e por violação à incomunicabilidade das testemunhas. No mérito, a Defensoria Pública requer a absolvição do réu, com destaque na insuficiência de provas aptas a ensejar um decreto condenatório em desfavor do denunciado. Subsidiariamente, postula a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito de porte de drogas para consumo próprio, previsto no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006. Postula também pelo reconhecimento do tráfico privilegiado; fixação do regime inicial aberto; substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; e isenção do pagamento das custas processuais. Em sede de contrarrazões (ID. 36540682), o parquet manifestou-se pela não provimento do apelo. Nesta instância, a d. Procuradoria de Justiça, em seu parecer, pronunciou-se pelo conhecimento parcial do recurso e, no mérito, pelo seu improvimento, para que a sentença seja mantida em todos os seus termos. Vindo-me conclusos, lanço o presente relatório, submetendo-o à análise do eminente Desembargador Revisor, em atendimento à redação do art. 166, I, do RI/TJBA. Salvador/BA, (data registrada no sistema). Des. Jefferson Alves de Assis – 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000664-71.2022.8.05.0271 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: LEONARDO BRAZ DOS SANTOS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade estão parcialmente presentes na hipótese, ensejando o conhecimento de fração do apelo. 1. Dos Fatos. Narra a denúncia que: “(...) no dia 03 de fevereiro de 2022, por volta das 15 hrs 30 min., nas imediações da marginal BR 101, LEONARDO BRAZ DOS SANTOS foi flagrado trazendo consigo/ transportando substâncias entorpecentes de uso proscriuto; 29 (vinte e nove) pedras de crack, todas prontas para comercialização, além de uma quantia em dinheiro (auto de exibição e apreensão fls.09). Acontece que, no dia dos fatos, os policiais estavam

realizando ronda no local quando notaram o denunciado em companhia de dois rapazes, todos em atitude suspeita. Ressalta-se que, ao avistarem a guarnição, os outros dois correram. Ato contínuo, o acusado foi abordado e, durante a revista pessoal, foi encontrado com ele substâncias de uso proscrito prontas para mercancia ilícita. (...)” Diante das circunstâncias, o acusado foi autuado em flagrante e conduzido ao Complexo Policial. Eis os fatos que deram ensejo à deflagração da Ação Penal em desfavor do Recorrente. 2. Da gratuidade de justiça. A Defesa requer a concessão da gratuidade de justiça, aduzindo que o apelante é desprovido de recursos financeiros, não tendo condições de arcar com as custas do processo, sem prejuízo do próprio sustento. A pretensão não comporta conhecimento. Com efeito, eventuais considerações a respeito das dificuldades econômicas enfrentadas pelo Recorrente devem ser formuladas perante o Juízo das Execuções Penais, que tem competência para analisar a miserabilidade dos condenados. Neste sentido: PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ARTS. 33, § 2º, B E C E 61, I, DO CÓDIGO PENAL – CP. REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. FIXAÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO QUE O QUANTUM DE PENA APLICADO. JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE – SÚMULA N. 269 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. DIVERGÊNCIA PRETORIANA NÃO DEMONSTRADA. CUSTAS PROCESSUAIS. MOMENTO DE AFERIÇÃO. FASE DE EXECUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. (...) 3. Quanto ao pedido de concessão da gratuidade de justiça, "de acordo com a jurisprudência desta Corte, o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução (...)" (AgRg no AREsp. 206.581/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 19/10/2016). 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.030.440/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 8/8/2022.) EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PEDIDO DE JUSTIÇA GRATUITA. OMISSÃO. PEDIDO DE REANÁLISE DOS REQUISITOS PARA A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. NÃO CABIMENTO. REDISCUSSÃO. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS, SEM EFEITOS INFRINGENTES. 1. Os aclaratórios merecem acolhimento apenas para declarar que não cabe, nesta sede, a concessão de gratuidade de justiça. É que "De acordo com a jurisprudência desta Corte, o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução e, por tal razão, 'nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais' (AgRg no AREsp n. 394.701/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI, SEXTA TURMA, DJe 4/9/2014). [...]" (AgRg no AREsp n. 1.880.906/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 1º/4/2022). (...) 3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, sem efeitos infringentes. (EDcl no AgRg no AREsp n. 2.046.692/MS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 10/6/2022.) AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LAVAGEM DE CAPITAIS. DESPESAS PROCESSUAIS. GRATUIDADE. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA ATINENTE À FASE DE EXECUÇÃO. REVISÃO DO ENTENDIMENTO DO TRIBUNAL DE ORIGEM. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. FUNDAMENTO NÃO IMPUGNADO EM AGRAVO REGIMENTAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182 DO STJ. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. O pedido de justiça gratuita para suspensão da exigibilidade do pagamento de despesas processuais em decorrência da alegação de miserabilidade do condenado deve ser analisado

pelo juízo competente para a execução da sentença condenatória. (...) 4. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (AgRg no REsp n. 1.788.028/PR, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 17/11/2020, DJe de 20/11/2020). Ressalve-se, no entanto, que apesar de o apelante não poder ser isentado do pagamento das custas processuais, por serem estas corolárias da condenação, é possível requerer o sobrestamento da sua exigibilidade pelo prazo de 05 (cinco) anos, providência que deve ser dirigida ao Juízo da Execução Penal, competente para aferir a miserabilidade jurídica dos condenados na acepção legal do termo. 3. Das Preliminares. 3.1 Nulidade processual. Das Provas obtidas mediante procedimento ilegal de busca pessoal. A preliminar de nulidade das provas angariadas no curso da prisão em flagrante do Réu, as quais a Defesa técnica reputa ilegal, foi adequadamente enfrentada na sentença, oportunidade em que a Mma. Juíza a quo destacou que a revista pessoal foi devidamente justificada em fundadas razões. Confirmam-se os fundamentos utilizados pelo i. sentenciante, in verbis: "(...) Quanto a alegada preliminar, não há que se fala em nulidade das provas por revista pessoal baseada em "atitude suspeita", posto que a revista pessoal foi devidamente justificada em fundadas razões (justa causa), conforme exigido pelo Supremo Tribunal Federal (REsp 1574681/RS e RHC 83501/SP)[1], por analogia, quais sejam, os recebimentos de denúncias da ocorrência de traficância de entorpecentes no local do fato, inclusive, de acordo com os depoimentos da testemunha IPC JOSINO DE SOUZA SANTOS colhidos em Juízo, este afirmou: " que estava ele e mais dois policiais civis fazendo ronda na localidade, com a viatura caracterizada, momento em que entraram nessa localidade e dois indivíduos estavam em um beco nessa rua principal, onde um deles assim que avistou a viatura padronizada correu e aparentava estar com algo nas mãos, talvez uma arma, que abordaram o indivíduo sendo o Leonardo que permaneceu no local, no momento da abordagem encontraram alguma quantidade de pedras que pareciam ser crack, nesse momento dei voz de prisão a ele, conduzi até a delegacia, o apresentei a Autoridade Policial onde foi lavrado o flagrante [...] foi até eu que encontrei no bolso dele essas pedras que pareciam ser cracks, [...] foram várias (pedras)". De se consignar, inclusive, que o tráfico de drogas é crime permanente e o estado de flagrância protraí-se no tempo, enquanto praticadas quaisquer das condutas descritas no art. 33 da Lei 11.343/2003. (...) Nesta mesma linha de raciocínio, torna-se indispensável que haja fundadas razões para a revista pessoal de qualquer pessoa, o que se mostra no caso dos autos. Outrossim, não é qualquer suspeita ou razão que autoriza a revista pessoal, é necessário que esta seja fundada em algum dado concreto que justifique, objetivamente, a invasão na privacidade ou na intimidade, sendo do domicílio mencionado alhures, seja do indivíduo como no caso concreto. (...)” Efetivamente, consoante preceitua o art. 302, inciso I, do Código de Processo Penal, se reputa em flagrante delito aquele que “está cometendo a infração penal”. Por sua vez, o art. 303 do referido Código estabelece que nas infrações permanentes entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência, situação em que a consumação se estende no tempo, e consequentemente o flagrante também se prolonga no tempo. É a hipótese dos autos. No caso em tela, consta que os policiais realizavam patrulhamento de rotina nas imediações da marginal da BR 101, Centro da cidade Presidente Tancredo Neves, com o veículo policial, quando encontraram três indivíduos em um beco daquela localidade, sendo que dois correram ao avistarem a viatura padronizada. Os policiais não conseguiram alcançar os dois indivíduos que correram. Mas,

havia um terceiro que foi detido. Segundo o IPC Josino de Sousa Santos o outro “parecia estar com algo nas mãos, talvez uma arma”. Assim, abordaram o terceiro indivíduo em via pública. Cabe ressaltar, como salientado pelo policial em juízo, “que o local em que o agente estava existe várias pichações que referem a facções criminosas, que não permaneceram no local para evitar possível confronto”. Portanto, antes mesmo do réu ser submetido à revista pessoal, já existiam fundadas suspeitas da prática do crime em andamento, como de fato se constatou ao ser apreendido um saco plástico em poder do denunciado, contendo 29 papелotes de crack. Acerca da busca pessoal, preconizam o art. 240 e art. 244, do CPP, in verbis: "Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção. § 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f, e letra h do parágrafo anterior". "Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar". Nesse sentido, a teor dos referidos dispositivos, depreende-se que, diante das circunstâncias, de fato, a ação policial resultou de fundada suspeita de que o agente estivesse em posse de objeto ilícito, prescindindo de mandado judicial, pois alicerçada sob motivação legítima. Desse modo, configurado o flagrante do crime de tráfico de drogas na modalidade “trazer consigo”, não há que se falar em ilegalidade da prisão. Por tais considerações, rejeita-se a prefacial suscitada.

3.2 Da tese de nulidade processual, em face da realização da instrução criminal por plataformas digitais, cuja autorização normativa seria inconstitucional por vício de competência legislativa para editar regras processuais penais (artigos 5º, incisos LIV e LV e 22, inciso I, da Constituição Federal). Assim como, em razão da ausência de previsão legal para oitiva de testemunha fora da sede do juízo, de intimação de testemunha processual penal por meio eletrônico, e por violação à incomunicabilidade das testemunhas. A Defensoria Pública do Estado da Bahia alega que o Conselho Nacional de Justiça ao editar a Resolução de nº 329, estabelecendo critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência em processos penais e de execução penal, durante o surto pandêmico do COVID 19, acabou por assumir a função de legislar sobre matéria processual penal de competência privativa da União (art. 22, I, da CF/88). Nessa linha, a Defesa sustenta que a Resolução de nº 329 do Conselho Nacional de Justiça ofende prerrogativas processuais do acusado e as normas constitucionais de definição de competências, razão pela qual pugna pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da citada Resolução. Todavia, da análise detida dos autos, contudo, verifica-se que as alegações defensivas não merecem acolhimento. Isto porque, ao contrário do quanto alegado pela Defesa, ao dispor sobre a realização de audiências por videoconferência, o CNJ não

assumiu o papel de legislar, não tratou de normas processuais, cuja competência é privativa da União, mas tão somente, dentro de seu orbe de atribuições, regulamentou a forma de se praticar atos já previstos em lei, para a efetiva prestação jurisdicional, sem violar nenhum dos ditames constitucionais. Assim, tratou de assegurar a observância do devido processo legal, bem como a implementação da tutela de direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal, como a vida e a saúde, sobretudo dos jurisdicionados em um momento de calamidade pública, que exigiu isolamento social e, conseqüentemente, limitações de locomoção. Ressalte-se, ademais, que os procedimentos adotados com base próprio Código de Processo Penal em seu art. 185, § 2º, e art. 222, § 3º dispõe sobre a possibilidade de realização do interrogatório do réu por meio de videoconferência, bem como a oitiva de testemunha, in verbis: "Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. (...) § 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real (...)" "Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes. (...) § 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento. Da mesma forma, o art. 217 do CPP também traz previsão acerca da viabilidade de realização de audiências virtuais de instrução e julgamento na seara criminal: "Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor." Ressalte-se, inclusive, que a Juíza sentenciante, previamente, intimou todas as partes e envolvidos, providenciando a realização da sessão por videoconferência, com observância dos direitos do réu, devidamente assistido por Defesa técnica em todos os atos processuais, assegurando o respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Nessa senda, diante da ausência de demonstração concreta e plausível de eventual prejuízo, risco de ofensa ou violação aos direitos do denunciado e todas as partes e envolvidos no curso do processo, que viesse a impossibilitar a concretização das audiências por meio digital, estas foram designadas e realizadas conforme os parâmetros previstos pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução n. 329, de 30/07/2020, tanto assim, que as testemunhas foram devidamente ouvidas, IPC Josino de Sousa Santos, e o IPC Queilon Costa Franco dos Santos, e, ao final, foi inquirido o réu Leonardo Braz dos Santos. Nesse contexto, ao que consta dos autos, não se verifica comprovação da existência de qualquer prejuízo ao réu, que tenha sido promovido no curso da prestação jurisdicional. Na prática, todas as precauções foram tomadas pelo juízo de origem, sendo as audiências ocorridas em tempo real, assegurando condições necessárias para o pleno exercício da ampla defesa e contraditório. Logo, não há que se falar em apoderamento da competência legislativa, porquanto, no caso em

tela, não se está inovando na ordem jurídica. O que se vê nos dispositivos citados alhures é a possibilidade de realização de atos judiciais por videoconferência ou outro recurso tecnológico. Nessa senda, os Tribunais Superiores já pacificaram entendimento no sentido de acolher a validade de realização de audiência por meio de videoconferência, sem que isso se configure em qualquer violação a Carta Magna, mormente em face da necessidade de viabilizar a continuidade da prestação jurisdicional. A propósito das referidas alegações, por ocasião da prolação da Sentença, a Magistrada singular se pronunciou nos seguintes termos: “(...) No que toca à alegada preliminar de nulidade da audiência realizada por videoconferência, de plano, observo que não merece acolhimento o pleito de nulidade, bem como dos atos subsequentes a esta, em virtude da situação excepcional ocasionada pela pandemia da COVID19, que, em consonância com a regulamentação feita pelo Conselho Nacional de Justiça, autoriza que as audiências sejam feitas de forma remota. A audiência de instrução e julgamento foi realizada via videoconferência, em observância à Resolução nº 329/2020 do Conselho Nacional de Justiça. Ademais, O Código de Processo Penal contém disposição expressa acerca da possibilidade de, excepcionalmente, haver a oitiva da testemunha e o interrogatório do acusado por meio de videoconferência, nos termos da Lei 11.900/2009, ao reconhecer estar diante de uma grave questão de ordem pública, entendimento este chancelado pelo Superior Tribunal de Justiça e pelo Supremo Tribunal Federal. Ressalte-se que o réu foi devidamente representado por defesa técnica em todos os atos do processo, respeitadas as disposições legais pertinentes, não se verificando qualquer nulidade ou mesmo demonstração de prejuízo que sua ocorrência pudesse ter causado. Quanto a alegada inconstitucionalidade da Resolução de n.º 329 do Conselho Nacional de Justiça por vício formal entendo que a realização da audiência via videoconferência não provocou risco de lesão ou lesão aos direitos do acusado e demais partes envolvidas, uma vez que o devido processo legal e os princípios do contraditório e da ampla defesa foram amplamente observados. A Resolução nº 329 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ não provoca qualquer modalidade de mácula formal e/ou material à Constituição Federal e Código de Processo Penal, uma vez que foram editados com a finalidade de promover – com vistas à situação de gravíssima questão de ordem pública provocada pela pandemia de COVID-19 – a efetiva continuidade e ininterrupção da prestação jurisdicional, encontrando lastro nos termos do art. 5º, LXXVIII e art. 93, XII da CFRB/1988, bem como no art. 185 do CPP e art. 222, § 3º do CPP, razão pela qual REJEITO AS PRELIMINARES. Assim, não vislumbro nulidades no procedimento capazes de macular a apreciação do mérito. Ademais, deve-se ressaltar que as nulidades, ainda que absolutas, conforme já asseverado pelo Supremo Tribunal Federal, dependem de comprovação do efetivo prejuízo para serem acolhidas, consoante o princípio do *pas de nullité sans grief* (não há nulidade sem prejuízo), o que não houve in casu.” Nesta instância, a Procuradoria de Justiça assim opinou: “(...) No tocante à Resolução nº 329, do Conselho Nacional de Justiça, tem-se que as audiências por videoconferência foram instituídas, como forma de preservar a saúde de todos os envolvidos no processo, principalmente dos réus presos, durante a pandemia causada pelo COVID-19. Inclusive, acerca da preliminar, já se posicionou este Egrégio Tribunal de Justiça pela inexistência de inconstitucionalidade (...) Outrossim, das razões recursais, não se observa qualquer elemento concreto apontado, pela Defesa, que justifique prejuízo em desfavor do Réu, mas, tão somente, alegações genéricas, as quais não se prestam a consubstanciar

a anulação dos atos realizados em audiência. Isto porque, é plenamente possível a entrevista anterior à audiência, pela Defesa, das testemunhas arroladas e, principalmente, do réu. Impende registrar que, a Defesa não junta qualquer documento comprobatório acerca da negativa do Juízo neste sentido, demonstrando, portanto, que os direitos do Réu foram preservados. Ademais, verifica-se que foram devidamente observados o contraditório e a ampla defesa, especialmente porque todos os atos foram acompanhados pela Defesa técnica do Apelante, sendo-lhe oportunizadas as manifestações acerca do feito. Nesse sentido, merece destaque trecho das contrarrazões recursais: "(...) Por fim, vislumbra-se que em nenhum dos atos mencionados pelo requerente se constata a incidência de ofensa a qualquer dos princípios que regem o Processo Penal, isso porque, ainda que não realizada na forma de praxe (presencial) os atos via videoconferência visam, além da continuidade processual, assegurar o exercício do contraditório e da ampla defesa. Além disso, não se trata de práticas adotadas com fito de gerar qualquer ônus ou prejuízo à defesa ou ao réu, uma vez que o respeito às garantias constitucionais deve sempre, em qualquer processo, ser assegurado por todos os envolvidos, e não seria diferente neste caso. Destarte, a fim de superar de vez a alegação de nulidade, ressalta-se que a realização do ato por videoconferência não trouxe prejuízo para a defesa, haja vista que o Defensor poderia entrevistar previamente o acusado e testemunhas, em nosso ordenamento jurídico o princípio *pás de nulitté sans grief*, em que, inexistindo prejuízo, não se declara a nulidade. Nestes termos, estatui o art. 563 do Código de Processo Penal. (...)” Considerando a inexistência de prejuízo, inviável o acolhimento das preliminares arguidas em relação à inconstitucionalidade da Resolução 329, do CNJ e, por conseguinte, dos atos realizados por videoconferência, devendo ser considerado válido o conjunto probatório produzidos nos fólios.” Por oportuno, colacionam-se os seguintes julgados: RECURSO EM HABEAS CORPUS. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO.VIDEOCONFERÊNCIA. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO. CONTEXTO EXCEPCIONAL. NÃO OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Conforme entendimento exarado pela Sexta Turma, no julgamento do HC n. 590.140/MG,"a conjuntura atual de crise sanitária mundial é excepcionalíssima e autoriza, no âmbito de processos penais e de execução penal, a realização de atos (por exemplo, sessões de julgamento, audiências e perícias) por sistema áudio visual sem que isso configure cerceamento de defesa". 2. Afasta-se a tese de violação ao princípio da legalidade. Desde o Decreto n. 5.015/2004, que introduziu no Brasil a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, está prevista a utilização da videoconferência. Especificamente no Código de Processo Penal, a Lei n. 11.900, de 8/1/2009, passou a admitir, em algumas situações, os interrogatórios e a inquirição de testemunhas por meio de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real. 3. Em estado de calamidade nunca antes vivenciado, é plenamente possível a interpretação extensiva das normas já existentes, para dar solução de continuidade à atividade jurisdicional e resguardar a saúde de todos. Ainda, o Conselho Nacional de Justiça expediu diversos atos, para permitir a realização de audiências por meio virtual, inclusive com a disponibilização, pelo órgão, de plataforma digital. Na situação específica dos autos, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região editou resolução para disciplinar a ferramenta tecnológica no âmbito daquele órgão. 4. O ideal é que o julgador colha a prova em contato direto com as testemunhas e com o réu, mas a instrução presencial não é condição ou



requisito imprescindível para o exercício da ampla defesa. Os riscos à identificação fidedigna das testemunhas e de quebra da incomunicabilidade também nas dependências do Poder Judiciário e não é possível, por nenhum meio, assegurar a absoluta autenticidade do depoimento, justamente a mais insegura das provas. O que existe é a expectativa de que a testemunha atue com boa-fé, atenta ao compromisso de dizer a verdade. 5. Também na forma virtual, as relações entre as partes, os depoentes e o juiz ocorrem em tempo real e os advogados podem assistir seus clientes, inclusive reunidos no próprio escritório profissional. Nesse contexto, não se verifica em que medida a audiência de instrução realizada por meio tecnológico é óbice às garantias fundamentais do processo. Nulidade do ato judicial não verificada. 6. Recurso ordinário não provido. (RHC 150.203/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 21/09/2021). HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO POR VIDEOCONFERÊNCIA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA SITUAÇÃO. CALAMIDADE PÚBLICA. PANDEMIA DE COVID-19. RESOLUÇÃO N. 329/2020 DO CNJ. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA. 1. A conjuntura atual de crise sanitária mundial é excepcionalíssima e autoriza, no âmbito de processos penais e de execução penal, a realização de atos (por exemplo, sessões de julgamento, audiências e perícias) por sistema áudio visual sem que isso configure cerceamento de defesa. 2. O Conselho Nacional de Justiça e os órgãos judiciais nas diversas unidades da Federação e comarcas do País colocaram em ação inúmeras boas práticas no segmento tecnológico, que têm assegurado a milhões de brasileiros o acesso aos serviços prestados pelo Judiciário, entre as quais, uma plataforma emergencial para realização de atos processuais por meio de videoconferência. 3. Para evitar que haja máculas aos princípios constitucionais relacionados à garantia de ampla defesa, Magistrados e Tribunais devem observar os parâmetros dados pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução n. 329, de 30/7/2020. 4. No caso, embora a regra geral – que deve sempre prevalecer – seja de que as audiências devem ser presenciais e o réu deve ser interrogado pessoalmente pelo Juiz, o contexto atual justifica a realização desses atos por videoconferência. A audiência de instrução e julgamento virtual deve ocorrer em tempo real, permitindo a interação entre o magistrado, as partes e os demais participantes, bem como devem ser adotadas todas as providências para buscar a máxima equivalência com o ato realizado presencialmente, respeitando a garantia da ampla defesa e o contraditório, a igualdade na relação processual, a efetiva participação do réu na integralidade da audiência e a segurança da informação e da conexão. 5. Ordem denegada. Liminar sem efeito. Recomendação ao Juízo expedida, em atenção ao parecer do Ministério Público Federal, para que, na impossibilidade de retomada das audiências presenciais pela situação epidemiológica da comarca, redesigne audiência por videoconferência, com observância das medidas previstas na Resolução n. 329/2020, do CNJ (fl. 413).” (HC 590.140/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 25/09/2020). De mais a mais, no caso em análise, não há que falar em violação ao Princípio do Acesso à Justiça, porquanto verifica-se que as intimações cumpriram sua finalidade, haja vista que o acusado, devidamente assistido por seu Defensor, as testemunhas, o IPC Josino de Sousa Santos, e o IPC Queilon Costa Franco dos Santos participaram da instrução criminal, na audiência do dia 16 de maio de 2022 (ID 36540645), realizada em tempo real, juntamente com a interação da Magistrada, do membro do Ministério Público e da Defensoria Pública, inexistindo qualquer

incidente, ou dificuldade tecnológica. Inclusive, consoante dito alhures, não restou evidenciada ocorrência de qualquer prejuízo, pressuposto necessário para decretação de nulidade processual. Neste sentido: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 24-A DA LEI MARIA DA PENHA. NULIDADE. CITAÇÃO POR WHATSAPP. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO PROCESSO. CONSTITUIÇÃO DE DEFENSOR. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. CONCORDÂNCIA COM O FORMATO ADOTADO. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS NÃO PROVIDO. 1. A nulidade de atos processuais penal leva em consideração a necessidade de respeito às garantias constitucionais, de modo que o reconhecimento do vício depende de demonstração de prejuízo experimentado pela parte em razão da inobservância das formalidades, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal e do princípio pas de nullité sans grief. 2. Neste caso, o paciente foi citado por meio de aplicativo instantâneo de troca de mensagens por telefone celular (WhatsApp). Esse formato foi adotado pelo Tribunal a quo, sobretudo em razão da emergência sanitária causada pela pandemia do novo coronavírus. 3. Neste caso, verifica-se que o paciente aderiu de forma voluntária à realização do ato na forma aqui questionada. Ademais, não há dúvida quanto à sua ciência da existência de processo criminal movido em seu desfavor, tendo em vista que manifestou interesse em ser patrocinado pela Defensoria Pública, não se constatando qualquer prejuízo às garantias constitucionais do paciente. 4. Além disso, o comportamento do acusado viola a proibição do venire contra factum proprium, pois, em um primeiro momento, o acusado ter concordado com a realização do ato processual para, em seguida, questionar a forma em que a citação se aperfeiçoou. 5. Recurso ordinário em habeas corpus não provido. (RHC 140.752/DF, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 15/03/2021). Por fim, não há qualquer indício de quebra da incomunicabilidade das testemunhas. Ao contrário, ao assistir os depoimentos do IPC Queilon Costa Franco dos Santos e do IPC Josino de Sousa Santos, percebe-se claramente que os policiais falaram com desenvoltura e naturalidade, bem como que seus depoimentos não contrastavam em essência daqueles prestados anteriormente na fase inquisitiva. Logo, também não se trata de argumento plausível a tese de violação a incomunicabilidade das testemunhas, a ensejar uma declaração de nulidade processual, sem a devida demonstração de que as testemunhas teriam combinado seus depoimentos entre si, tampouco da ocorrência de algum prejuízo sofrido pela defesa. Destarte, nesse contexto, não existindo nulidades a serem reconhecidas, rejeita-se as alegações preliminares suscitadas no presente recurso. 4. Mérito. 4.1 Da Absolvição por insuficiência probatória. Pretende a Defesa a reforma da sentença condenatória, para absolver o Apelante do delito previsto no artigo 33 da Lei 11.343/06, pautado no princípio do in dubio pro reo, com espeque no art. 386, incisos V e VII, do CPP. É cediço que o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é crime formal e de perigo abstrato, ou seja, a legislação presume de forma absoluta o perigo, bastando que o agente realize qualquer das condutas nucleares, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Dispõe o art. 33, caput, da Lei de Drogas: "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 05 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (um mil

e quinhentos) dias-multa."Nesse contexto, analisado minuciosamente o caderno processual, conclui-se que a despeito dos esforços da combativa defesa, o pleito não merece acolhimento. No caso em análise, tanto a materialidade quanto a autoria do delito de tráfico de drogas ficaram patentemente comprovadas nos autos, pelos seguintes elementos: Auto de prisão em flagrante – termos de depoimentos e termos de interrogatório (ID 36540572, fls.332–336,340,342–343); Auto de exibição e apreensão (ID36540572, fl.338); Boletim de Ocorrência (ID36540572, fls.348–350); Auto de Constatação Preliminar (ID36540572, fl.345–346); Laudo De Exame Pericial N. 2022 05 PC 000288–01 (ID 36540573, fl. 368), registrando a apreensão de 29 pedras, pesando aproximadamente 4,37g (quatro gramas e trinta e sete centigramas) com resultado positivo da análise para cocaína/crack; Laudo De Exame Pericial N. 2022 05 PC 000288–02 (ID 36540643, fl. 212), que detectou substância psicotrópica de uso proscrito no Brasil e constante na lista F–1 da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde; e demais provas orais coligidas. Elucida-se. Em juízo, os investigadores da polícia civil Queilon Costa Franco dos Santos e Josino de Sousa Santos, assim relataram as circunstâncias da diligência que culminou com a prisão do Apelante: IPC Queilon Costa Franco dos Santos: “(...) Que se recorda dos fatos e na referida data estavam de serviço e na rua que consta nos autos quando entraram na rua avistou três indivíduos que ao avistarem a viatura, dois correram e o acusado ficou, foram atrás dos dois que correram e não os encontraram, momento em que retornaram e fizeram a busca pessoal do réu e encontraram um pacote com várias pedras de crack; que não se recorda da quantidade da droga; que o denunciado disse que as drogas não pertenciam a ele; que não conhecia o agente; porém através do sistema viram que este tinha outras passagens; que não viu os outros indivíduos passando a droga para o réu; que acredita que este não conseguiu correr, ;que reconhece o denunciado. (...) Que o que levou a fazer a revista pessoal do agente foi o fato dos outros dois indivíduos terem corrido ao avistarem a viatura; que não avistou o indivíduo traficando, que não encontrou caderno de anotações, papel de alumínio e nem grande quantidade de dinheiro como acusado; que o agente estava em posse das drogas apreendidas e uma quantidade de dinheiro; que o indivíduo não reagiu.”Link:<https://playback.lifsize.com/#/publicvideo/a5a1c0dc-6ef5-4cbd-9460-b0d3240ce38e?vcpubtoken=b2713339-01bf-479c-aca2-c58ddcb43f63> IPC Josino de Sousa Santos: “(...) que estavam ele e mais dois policiais civis fazendo ronda na localidade com viatura caracterizada; que três indivíduos estavam em um beco da localidade e ao avistarem a viatura padronizada correram e parecia estar com algo nas mãos, talvez uma arma, que abordaram o agente que permaneceu no local; que no momento da abordagem encontraram alguma quantidade de pedras que pareciam ser crack, nesse momento deu voz de prisão a ele, conduziram até a delegacia, e o apresentaram a Autoridade Policial onde foi lavrado o flagrante; que o local não era seguro e devido a isso o denunciado foi conduzido até a delegacia e lá realizaram as perguntas acerca da droga encontrada, que encontrou no bolso dele essas pedras que aparentava ser crack, que não lembra a quantidade da droga; que reconhece o agente em juízo; que não permaneceu no momento do interrogatório em sede da delegacia (...) no momento em que os três indivíduos avistaram a viatura padronizada, dois agentes evadiram-se do local; que o local em que o agente estava existe várias pichações que referem a facções criminosas, que não permaneceram no local para evitar possível confronto”. Link: <https://playback.lifsize.com/#/publicvideo/3a817069-0ed1-4eb8->

a752-43d616414d6a? vcpubtoken=53379e3c-2964-4079-a41a-01b49a13f6dd Na delegacia, perante a Autoridade Policial (ID 36540572), o acusado negou a propriedade das drogas, e relatou que, conversava com dois rapazes desconhecidos em frente a sua casa, quando a guarnição chegou. Então, os rapazes correram, tendo um deles jogado jogado um pacote no chão. Contudo, por ocasião do interrogatório judicial, Leonardo Braz dos Santos apresentou nova versão, assumindo a propriedade da droga, nos seguintes termos: “(...) que já foi preso pelo delito de roubo e que foi condenado a quatro anos e cumpriu dois anos e sete meses; que tem filhos menores que estão sendo cuidados por sua mãe; que confirma os fatos narrados na denúncia quanto aos bens apreendidos mas que é usuário de drogas e as pedras de crack seriam pra consumo; que estava na companhia de outro homem que correu ao avistar a viatura; que compraram a droga a R\$ 10,00 (dez reais), que não estava traficando, que já traficou.” Link: <https://playback.lifesize.com/#/publicvideo/39ff28f4-35b9-4393-bb7a-8f7963cbd55c?vcpubtoken=0e559a99-cbb7-4036-bcdb-69201bcabf60> Inobstante o Apelante admitir a posse das drogas, declarando que as 29 (vinte e nove) pedras de crack destinavam a seu próprio consumo, destacando sua condição de usuário, sua tese resta dissociada da realidade fática dos autos. Nesse contexto, a apuração entre as declarações das testemunhas da acusação, colhidas sob o crivo do contraditório, diante do local e circunstâncias em que se desenvolveram os fatos, associados às demais provas coligidas aos autos, formam um conjunto probatório harmônico apto a imputar ao Apelante a prática do crime de tráfico de drogas. Nesta esteira, ressalta-se que os Tribunais Superiores têm decidido, em diversas oportunidades, sobre a importância dos testemunhos dos agentes públicos, especialmente quando estes são prestados em juízo, sob o crivo da garantia do contraditório, porque se revestem 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. (STF – HC 73518, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 1ª Turma, 26/03/1996). A doutrina pátria tem reforçado esse entendimento, conforme preleciona Isaac Sabbá Guimarães: “Por outro lado, também é imperioso destacar que o fato de o policial ter participado da prisão do réu não o torna inapto para testemunhar. Aliás, os arts. 206 e 207, CPP deixam de incluir esta situação entre as proibições de colher-se o compromisso da testemunha. É por isso que se consolidou o entendimento de admitir-se o testemunho de policiais.” (GUIMARÃES, Isaac Sabbá. Tóxicos. Comentários, Jurisprudência e Prática. Ed. Juruá, 3ª edição, pg. 220). Por tais considerações, e a toda evidência, os elementos de convicção carreados aos autos demonstraram de forma inatacável e estreme de dúvidas que a conduta do agente se amolda perfeitamente ao crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006, estando enquadrada em dos núcleos do tipo penal em questão, não havendo espaço para se acolher o pleito de absolvição. Sendo, outrossim, desnecessária a comprovação da efetiva prática de mercancia, porquanto se trata o dispositivo legal de figura múltipla, de conteúdo alternativo, bastando que o infrator incida em uma das condutas previstas no tipo penal, como na hipótese em análise, de modo que a manutenção da condenação é medida que se impõe. Não se cogita, tampouco, a pretensão de desclassificação do delito de tráfico de drogas para aquele de uso de entorpecentes, com objetivo de consumo próprio. No caso em tela, como restou demonstrado, dúvidas inexistem, quer no que concerne à autoria, quer quanto à presença do dolo genérico de traficar, elemento subjetivo do tipo descrito do art. 33 da Lei n. 11.343/06. Portanto, mostra-se completamente descabida a pretensão de

desclassificação da conduta praticada para aquela subsumível à descrição contida no art. 28 do mesmo texto legal, até mesmo porque, as circunstâncias do fato criminoso, a significativa quantidade de entorpecentes apreendidos com o acusado, bem como, o local e as circunstâncias do flagrante, e demais elementos apontados no conjunto probatório, produzidos durante a instrução criminal, não permitem o acolhimento da tese de destinação das drogas para uso próprio.

4.2 Da Aplicação da causa especial de diminuição, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Busca a Defesa do Recorrente Leonardo Braz dos Santos a aplicação da minorante prevista no § 4º, art. 33 da Lei 11.343/2006. Consabido, que para a concessão da referida causa de diminuição de pena é necessário o preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos legais: a) ser o agente primário; b) de bons antecedentes; c) que não se dedique a atividades delituosas; d) nem integre organização criminosa. Na terceira etapa dos cálculos dosimétricos, a magistrada singular assim deliberou: “ (...) ao contrário do invocado pela defesa, não se revela possível a incidência da causa de diminuição insculpida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Efetivamente, o contexto dos fatos prova que o réu se dedica à atividade criminosa, mormente pela quantidade de drogas, o local e às condições em que esta fora apreendida, sendo certo que esses elementos revelam o profissionalismo da mercancia de entorpecentes. Portanto, sem causas de diminuição ou de aumento de pena.” Com se vê, a Juíza a quo decidiu por não aplicar a causa de diminuição de pena, embasada em conjecturas de que o Recorrente se dedicava às atividades criminosas. No caso, o Apelante preenche todos os requisitos exigidos para a concessão da benesse, uma vez que é primário, e não há provas contundentes e inequívocas de que ele integrava organização criminosa ou que se dedicava a atividades criminosas na data do flagrante, de forma a impossibilitar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Ademais, apesar de não ser insignificante a quantidade de droga apreendida (29 pedras de crack), certo é que não é o suficiente, por si só, a indicar a dedicação do Recorrente a atividades criminosas, repita-se, à data do aludido flagrante. Assim, constatada a satisfação dos requisitos legais, para a concessão do benefício, se mostra adequado e razoável a redução da reprimenda na fração de 1/6; considerando o contexto fático no qual se deu a prisão do acusado, e a quantidade de droga que estava na posse do Apelante no momento da diligência policial. Deste modo, fica concretizada a pena em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, acrescida do pagamento de 413 (quatrocentos e treze) dias-multa, no valor unitário mínimo, na ausência de outras causas modificadoras.

4.3 Da alteração do regime de cumprimento de pena para o aberto. Quanto ao regime inicial de cumprimento de pena, insta consignar que mantida a pena no patamar de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, não há se falar em fixação de regime prisional menos gravoso, pois o regime prisional semiaberto decorre da própria literalidade no art. 33, caput, § 2º, alínea b, Código Penal, que assim dispõe: “Art. 33 – A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (...) § 2º – (...) b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto;” Desta forma, incabível a fixação de regime mais brando.

4.4 Da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do Código Penal. Por derradeiro, o pleito de substituição da pena

privativa de liberdade por restritiva de direitos também não se revela possível, uma vez que a pena foi superior a quatro anos de reclusão, não sendo atendido o requisito do art. 44, I, do Código Penal: “Art. 44 – As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: 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.” Diante do exposto, o voto é no sentido de rejeitar as preliminares, e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto por Leonardo Braz dos Santos, que fica condenado à pena definitiva de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime semiaberto, acrescida do pagamento de 413 (quatrocentos e treze) dias–multa, no valor unitário mínimo. Salvador–BA, (data registrada no Sistema). Des. Jefferson Alves de Assis – 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator