

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8001554-10.2022.8.05.0271 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. RÉU ASSISTIDO PELA DEFENSORIA PÚBLICA. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 C/C 40, III, DA LEI Nº 11.343/2006). ACUSADO CONDENADO ÀS PENAS DE 5 (CINCO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL SEMIABERTO E DE PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA. PEDIDO DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA QUE DEVE SER ANALISADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS. PRELIMINAR DE NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO EM RAZÃO DE TER SIDO REALIZADA POR VIDEOCONFERÊNCIA. NÃO VERIFICADA. POSSIBILIDADE DURANTE A PANDEMIA DE COVID-19 SEM QUE CONFIGURE CERCEAMENTO DE DEFESA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 329 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. ATOS NORMATIVOS QUE SOMENTE REGULAMENTAM DISPOSITIVOS JÁ PREVISTOS NO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. SUPEDÂNEO NO ART. 185, § 2º, INCISO IV, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INEXISTÊNCIA DA ALEGADA INOVAÇÃO NA ORDEM JURÍDICA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 22, INCISO I, DA CF, BEM COMO ÀS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIS DOS ACUSADOS. PRINCÍPIO PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ALEGAÇÃO DE CRIME IMPOSSÍVEL. TESE INSUBSISTENTE. PLEITO PARA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE. CONDIÇÃO DE MERO USUÁRIO NÃO COMPROVADA. DOSIMETRIA DA PENA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. NÃO ACOLHIMENTO. INSURGENTE QUE NÃO ADMITIU A COMERCIALIZAÇÃO DOS ENTORPECENTES. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 630/STJ. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE. REINCIDÊNCIA COMPROVADA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA CONSTATADA. RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO. 01. Trata-se de Recurso de Apelação, interposto pela Defensoria Pública Estadual em favor, insurgindo-se contra a sentença proferida pelo M.M. Juízo da 2ª Vara Crime, Infância e Juventude da Comarca de Valença/BA, Drª, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, deduzida na denúncia, para condenar o acusado em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo vigente na época do delito, em regime inicial semiaberto, pela prática do delito tipificado no art. 33 c/c art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/2006. 02. Narra a peça acusatória que no dia 23 de março de 2022, no Conjunto Penal de Valença, ao retornar da saída temporária, o recorrente fora flagrado transportando/trazendo consigo para dentro do estabelecimento prisional 135 (cento e trinta e cinco) invólucros plásticos contendo Cannabis Sativa seca, substâncias entorpecentes sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. 03. Relata a exordial que no dia dos fatos foi detectado durante procedimento de praxe, através do bodyscanner, que o Réu trazia elementos estranhos no estômago. Diante a suspeita, a equipe de segurança passou a monitorá-lo, o qual ficou em observação na enfermaria. Ato contínuo, no dia 22/03/22, o sentenciado passou a expelir, por meio das fezes, invólucro plástico contendo maconha seca, sendo que, expeliu cinquenta neste dia e mais cinquenta no dia seguinte. Ao fim, foram evacuados cento e trinta e cinco invólucros. 04. Não merece ser conhecido o pleito de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita ao Apelante. Resta evidente que análise da hipossuficiência do Recorrente não pode ser efetivada por este Órgão Julgador, sob pena de supressão de instância, pois tal matéria é afeta ao Juízo das Execuções

Penais, em caso de condenação. 05. Preliminarmente, pretende a defesa a declaração de nulidade da audiência de instrução realizada por videoconferência, aduzindo a ocorrência do cerceamento de defesa e a inconstitucionalidade da Resolução nº 329 do CNJ. Observando-se o contexto de excepcionalidade ocasionado pela pandemia da Covid-19, medidas restritivas de contenção do coronavírus impedem a realização de audiências presenciais, tendo sido disciplinada a realização das audiências de forma virtual, que seguem o quanto estatuído pela Resolução 329/2020 – CNJ, como forma de não paralisar os feitos, zelando-se pela razoável duração do processo. Evidencie-se que o Apelante não se desincumbiu em demonstrar qualquer impossibilidade técnica ou instrumental, limitando-se a lançar argumentos genéricos acerca da existência de “excluídos virtuais”, abstendo-se, outrossim de demonstrar de que forma o meio virtual para realização das assentadas é prejudicial ao exercício da ampla defesa. Ademais, assegurada a observância do devido processo legal, a realização de atos processuais por videoconferência, devidamente justificada pela excepcionalidade da atual pandemia do coronavírus, ao contrário de violar a Constituição Federal, implementa a tutela de direitos fundamentais por ela protegidos, como a vida e a saúde, inclusive a do Apelante (Artigos 5º e 6º da CF). Preliminar rejeitada. 06. No mérito, pugnou pela declaração de crime impossível, pela absoluta ineficácia do meio aplicado e subsidiariamente, pela desclassificação para o crime de porte de drogas para consumo próprio. Sobre a dosimetria da pena, pleiteou pela aplicação da atenuante de confissão, bem como pelas benesses da caracterização do tráfico privilegiado. 07. Registre-se, inicialmente, que a materialidade e a autoria foram comprovadas, mormente em face do laudo definitivo de drogas (ID nº 202757422), da confissão parcial do réu, bem como pelos depoimentos das testemunhas. 08. Quanto à alegada ineficácia absoluta do meio, registro ser pacificado nos Tribunais Superiores que a mera existência de rigorosa revista na entrada do presídio não é capaz de afastar totalmente a possibilidade de prática do crime de tráfico, pois não se mostra como uma atividade infalível, sendo possível que o agente de segurança seja ludibriado e o réu alcance seu objetivo de ingressar no estabelecimento portando os entorpecentes. 09. Não se vislumbra a total impossibilidade de entrada no presídio por reingressos ou visitantes na posse de drogas, até porque, é evidente que o sistema de segurança pode apresentar falhas, mormente porque depende de interpretação humana, o que afasta a tese de absoluta ineficácia do meio utilizado pelo agente. 10. Portanto, restando comprovadas a materialidade e a autoria do crime previsto no art. 33 da Lei Nº 11.343/06, e não existindo circunstâncias que afastem o crime ou isentem o recorrente de pena, hei por bem desacolher a pretensão absolutória. 11. O fato de o Apelante declarar-se usuário de drogas não o impede de ser, simultaneamente, traficante, mormente porque uma parcela considerável de usuários também comercializa drogas. Destaque-se ainda que este se encontrava cumprindo pena pelo crime de tráfico. 12. In casu, conforme já exposto, as provas carreadas ao feito mostram-se suficientes para a prolação de decreto condenatório pelo delito de tráfico de drogas, portanto, descabido o pedido de desclassificação, fundado na alegação da condição de usuário de drogas do Apelante, devendo ser mantida a condenação nos termos consignados na sentença. 13. As Cortes Superiores já firmaram entendimento no sentido de que, a confissão espontânea do acusado que admite a propriedade da droga, afirmando, no entanto, ser destinada a consumo próprio, ante a condição de mero usuário, impossibilita o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso

III, alínea d, do Código Penal. 14. Inteligência da Súmula 630 do Superior Tribunal de Justiça: “A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio.” 15. Por conseguinte, havendo o recorrente admitido a propriedade das drogas com a ressalva de que se destinariam ao uso próprio, inviável o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. 16. Com relação ao pleito de aplicação da benesse prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/96, a juíza sentenciante declarou que o réu possuía uma condenação anterior transitada em julgado (06/12/2021 – 2ª Vara Criminal da Comarca de Valença/BA – Proc. 0500416–97.2016.805.0271), sendo que deixou de utilizá-la como circunstâncias na exasperação da pena-base (maus antecedentes), para aplicá-la como circunstância agravante na segunda fase (reincidência). 17. Assim sendo, a configuração da reincidência demonstra inequivocadamente a dedicação do Apelante à prática da mercancia ilícita, o que afastaria a benesse do tráfico privilegiado. Cumpre destacar que, ao contrário do que a defesa alega, a consideração da reincidência para agravar a pena e afastar a minorante do tráfico privilegiado não constitui bis in idem. 18. Mister evidenciar que o regime inicial do cumprimento da pena deveria ser o regime fechado, em decorrência da reincidência, que conduz ao regime imediatamente mais gravoso, contudo não poderá ser modificado em razão do princípio do non reformatio in pejus, devendo ser mantido o regime semiaberto. 19. Parecer Ministerial pelo conhecimento e improvimento do Apelo, subscrito pelo Procurador de Justiça, Dr. . RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO PARCIALMENTE E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO. ACORDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 8001554–10.2022.8.05.0271, oriundo do Juízo de Direito da 2ª Vara Crime, Infância e Juventude da Comarca de Valença/BA, tendo como Apelante e como Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, CONHECER PARCIALMENTE DO APELO E, NESSA EXTENSÃO, NEGAR-LHE PROVIMENTO, consoante certidão de julgamento, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto do Desembargador Relator. Sala de Sessões, (data constante na certidão eletrônica de julgamento) DES. RELATOR (assinado eletronicamente) AC16 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 21 de Novembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8001554–10.2022.8.05.0271 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação, interposto pela Defensoria Pública Estadual em favor , insurgindo-se contra a sentença proferida pelo M.M. Juízo da 2ª Vara Crime, Infância e Juventude da Comarca de Valença/BA, Drª , que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, deduzida na denúncia, para condenar o acusado em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo vigente na época do delito, em regime inicial semiaberto, pela prática do delito tipificado no art. 33 c/c art. 40, ambos da Lei nº 11.343/2006. Narra a peça acusatória que no dia 23 de março de 2022, no Conjunto Penal de Valença, ao retornar da saída temporária, o recorrente fora flagrado transportando/trazendo consigo para dentro do estabelecimento prisional 135 (cento e trinta e cinco) invólucros plásticos contendo Cannabis Sativa seca, substâncias

entorpecentes sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Relata a exordial que, no dia dos fatos, foi detectado durante procedimento de praxe, através do bodyscanner, que o Réu trazia elementos estranhos no estômago. Diante a suspeita, a equipe de segurança passou a monitorar o denunciado, o qual ficou em observação na enfermaria. Ato contínuo, no dia 22/03/22, o sentenciado passou a expelir, por meio das fezes, invólucro plástico contendo maconha seca, sendo que, expeliu cinquenta neste dia e mais cinquenta no dia seguinte. Ao fim, fora evacuado cento e trinta e cinco invólucros. Saliente-se que no momento do flagrante, o Sr. foi também flagrado pelo aparelho, carregando em seu estômago 29 (vinte e nove) invólucros plásticos contendo maconha, totalizando 53,35 g (cinquenta e três gramas e trinta e cinco centigramas), portanto quase cinco vezes menos do que o Recorrente, motivo pelo qual a conduta do Réu Ounori foi desclassificada para o art. 28 da Lei nº 11.343/06, nos autos de nº 8001549-85.2022.8.05.0271. Após instrução criminal e apresentados os memoriais, sobreveio sentença condenatória (ID nº 36510869). Irresignada com a condenação, a Defensoria Pública interpôs apelo (ID nº 36510879), com razões foram apresentadas no ID nº 36510890, pleiteando, preliminarmente, nulidade por conta da realização de audiência por videoconferência e inconstitucionalidade material da Resolução de nº 329 do Conselho Nacional de Justiça. No mérito, postulou tese absolutória, com a declaração de crime impossível, pela absoluta ineficácia do meio aplicado. Pleiteou também pela desclassificação do crime de tráfico por porte de droga para consumo próprio. Na dosimetria da pena, pugnou pela aplicação da atenuante por confissão espontânea, bem como pela benesse da diminuição da pena por tráfico privilegiado. O Ministério Público em suas razões (ID nº 36510905) requereu a manutenção do decism. Remetidos os autos a esta Superior Instância, foi dado vista à Procuradoria de Justiça que se manifestou através do parecer da lavra do Douto Procurador, opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso. Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. Salvador, 2022. Des. Relator AC16 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8001554-10.2022.8.05.0271 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do Apelo. Trata-se de Recurso de Apelação, interposto pela Defensoria Pública Estadual em favor, insurgindo-se contra a sentença proferida pelo M.M. Juízo da 2ª Vara Crime, Infância e Juventude da Comarca de Valença/BA, Drª, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, deduzida na denúncia, para condenar o acusado em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo vigente na época do delito, em regime inicial semiaberto, pela prática do delito tipificado no art. 33 c/c art. 40, ambos da Lei nº 11.343/2006. Narra a peça acusatória que no dia 23 de março de 2022, no Conjunto Penal de Valença, ao retornar da saída temporária, o recorrente fora flagrado transportando/trazendo consigo para dentro do estabelecimento prisional 135 (cento e trinta e cinco) invólucros plásticos contendo Cannabis Sativa seca, substâncias entorpecentes sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Relata a exordial que, no dia dos fatos, foi detectado durante procedimento de praxe, através do bodyscanner, que o Réu trazia elementos estranhos no estômago. Diante a

suspeita, a equipe de segurança passou a monitorar o Denunciado, o qual ficou em observação na enfermaria. Ato contínuo, no dia 22/03/22, o Réu passou a expelir, por meio das fezes, invólucro plástico contendo maconha seca, sendo que, expeliu cinquenta neste dia e mais cinquenta no dia seguinte. Ao fim, fora evacuado cento e trinta e cinco invólucros. Saliente-se que na mesma ocasião, o Sr. foi também flagrado pelo aparelho, carregando em seu estômago 29 (vinte e nove) invólucros plásticos contendo maconha, totalizando 53,35 g (cinquenta e três gramas e trinta e cinco centígramas), portanto quase cinco vezes menos do que o Recorrente, motivo pelo qual a conduta do Réu Ounori foi desclassificada para o art. 28 da Lei nº 11.343/06, nos autos de nº 8001549-85.2022.8.05.0271. Após instrução criminal e apresentados os memoriais, sobreveio sentença condenatória (ID nº 36510869). Irresignada com a condenação, a Defensoria Pública interpôs apelo (ID nº 36510879), com razões foram apresentadas no ID nº 36510890, pleiteando, preliminarmente, nulidade por conta da realização de audiência por videoconferência e inconstitucionalidade material da Resolução de nº 329 do Conselho Nacional de Justiça. No mérito, postulou tese absolutória, com a declaração de crime impossível, pela absoluta ineficácia do meio aplicado. Pleiteou também pela desclassificação do crime de tráfico por porte de droga para consumo próprio. Na dosimetria da pena, pugnou pela aplicação da atenuante por confissão espontânea, bem como pela benesse da diminuição da pena por tráfico privilegiado. O Ministério Público em suas razões (ID nº 36510905) requereu a manutenção do decisum.

1. DO REQUERIMENTO DE GRATUIDADE JUDICIÁRIA. Não merece ser conhecido o pleito de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita aos Apelantes. Com efeito, o artigo 804, do Código de Processo Penal, c/c o artigo 98, parágrafos 2º e 3º, do Código de Processo Civil, preconizam que a sentença deve condenar nas custas o sucumbente, ainda que o referido seja assistido pela Defensoria Pública ou beneficiário da justiça gratuita, podendo, entretanto, ficar suspensa a exigência do pagamento, pelo prazo de 05 (cinco) anos, após avaliação das condições econômico-financeiras do condenado pelo Juízo da Execução Penal, e findo o referido prazo, ficará prescrita a obrigação. A respeito do tema, convém esclarecer que existem julgados do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o indulto à pena pecuniária e dispensa das custas processuais é matéria de competência do Juízo da Execução, haja vista ser na fase de execução da pena definitiva o momento oportuno para avaliar a real situação financeira do condenado. A propósito, destaca-se: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CONSUMADO. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INVERSÃO DA POSSE DO BEM. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA-BASE PROPORCIONAL. REGIME PRISIONAL. RÉU REINCENTE. MODO FECHADO. FIXAÇÃO DA PENA DE MULTA. ISENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O Tribunal de origem foi categórico em afirmar que o acusado praticou o crime (roubo) mediante emprego de grave ameaça à vítima. 2. No caso, a alteração do julgado, no sentido de desclassificar o crime de roubo para furto, implicaria reexame do material fático-probatório dos autos, providência inviável nesta sede recursal, a teor do que dispõe o enunciado da Súmula 7/STJ. 3. A Terceira Seção desta Corte Superior, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.499.050/RJ, representativo de controvérsia repetitiva, sob a relatoria do eminente Ministro, firmou orientação no sentido de que: "consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve

tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada". 4. Na espécie, verifica-se que o delito de roubo ocorreu na sua forma consumada, porquanto houve inversão da posse dos bens pertencentes à vítima, que, aliás, somente foram recuperados graças à ação da polícia, quando da captura do agente, motivo pelo qual não há falar em tentativa. 5. No que diz respeito ao quantum de aumento da pena-base, "o Superior Tribunal de Justiça entende que o julgador não está adstrito a critérios puramente matemáticos, havendo certa discricionariedade na dosimetria da pena, vinculada aos elementos concretos constantes dos autos. No entanto, o quantum de aumento, decorrente da negativação das circunstâncias, deve observar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e à prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena" (REsp 1599138/DF, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018). 6. Na hipótese, considerando as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de roubo (4 a 10 anos de reclusão), tem-se que a pena-base (majorada em 6 meses acima do mínimo legal, diante da consideração desfavorável de uma circunstância judicial) foi fixada de acordo com o princípio da legalidade e pautada por critérios de proporcionalidade e razoabilidade, tendo sido, inclusive, benevolente ao réu. Precedentes. 7. Estabelecida a quantidade da pena em patamar superior a 4 (quatro) e não excedente a 8 (oito) anos de reclusão, e considerando a reincidência do agravante, permanece inalterado o regime inicial fechado. 8. Quanto ao pleito de dispensa da pena pecuniária, "não seria viável a isenção da pena de multa imposta ao acusado sob o argumento de que não teria condições econômico-financeiras de efetuar o seu pagamento, uma vez que esta Corte firmou o entendimento de que tal pleito carece de autorização legal, motivo pelo qual não pode ser acolhido pelo julgador" (HC 297.447/RS, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 13/11/2014). 9. Por outro lado, fixada a pena-base em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, um pouco acima do mínimo legal previsto para o crime de roubo, não se revela desproporcional a pena de multa fixada em 12 dias-multa, no mínimo legal. Estabelecido o valor do dia-multa com base na condição econômica do réu, rever as conclusões das instâncias ordinárias sobre a matéria demandaria necessariamente nova análise do material fático-probatório dos autos, providência inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7 desta Corte. 10. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ – AgRg no AREsp: 1227478 DF 2018/0000287-0, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 13/12/2018, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2018) AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. INDENIZAÇÃO À VÍTIMA. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. PENA PECUNIÁRIA. QUANTIDADE. MISERABILIDADE. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO INCABÍVEL. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A aplicação do instituto disposto no art. 387, IV, do CPP, referente à reparação de natureza cível, na prolação da sentença condenatória, requer a dedução de um pedido expresso do querelante ou do Ministério Público, em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa. 2. Ao determinar a indenização de ofício, o Juízo de primeiro grau decidiu fora dos pedidos deduzidos pelo Parquet na peça acusatória, o que configura violação do princípio da correlação entre o pedido e a sentença, a justificar o afastamento da reparação. 3. A pena de multa deve ser fixada em duas etapas: a primeira com vista a definir a quantidade de dias-multa – de acordo com as circunstâncias do art. 59 do Código Penal – e a segunda, a fim de arbitrar

o valor de cada dia-multa, levando-se em consideração a capacidade econômica dos réus. 4. A situação econômica dos acusados não influi no cálculo da quantidade de dias-multa. 5. Nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais. 6. O momento de verificação da miserabilidade do condenado, para fins de suspensão da exigibilidade do pagamento, é na fase de execução, visto que é possível que ocorra alteração na situação financeira do apenado entre a data da condenação e a da execução do decreto condenatório. 7. Agravo regimental não provido, com a correção de erro material no decisum agravado, para constar que o agravo foi conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial, a fim de afastar a condenação ao pagamento de indenização à vítima. (AgRg no AREsp 1309078/PI, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 16/11/2018) A jurisprudência deste Tribunal, também, soa nesse sentido, verbis: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, I E II, DO CP). PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03. RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVADA A MATERIALIDADE E A AUTORIA DELITIVAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO SIMPLES. INVIABILIDADE. DEMONSTRADA A COAUTORIA E O USO DA ARMA. APLICAÇÃO DA TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVADA A INVERSÃO NA POSSE. PENA DOSADA NO MÍNIMO. INVIABILIDADE DE REDUÇÃO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO. I – Nos crimes contra o patrimônio, a palavra da vítima encontra especial relevância, quando em consonância com as demais provas dos autos. II – O crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido é classificado como crime de perigo abstrato ou de mera conduta, razão por que o simples fato de o Acusado ter sido encontrado transportando a arma, sem autorização e em desacordo com determinação legal, já configura o delito em questão, tornando desnecessária que a arma esteja municiada. III – É suficiente a concorrência de duas ou mais pessoas na execução do crime, para configuração da qualificadora "concurso de pessoas", prevista no inciso II do § 2º do art. 157 do CP. IV – Havendo provas de que o Acusado utilizou-se da arma de fogo, inclusive tendo havido a sua apreensão, não há que se falar em exclusão da majorante. V – Para consumação do delito de roubo é desnecessário que o objeto roubado tenha saído da esfera de vigilância da vítima ou que haja posse mansa e pacífica, bastando para tanto que tenha havido a inversão da posse. VI – A matéria atinente à isenção de custas e gratuidade da justiça está disposta no art. 12 da Lei nº 1.060/50, sendo de competência do Juízo da Vara das Execuções Penais. (TJ-BA – APL: 03024075420148050274, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 13/06/2019) grifos nossos 2. DA PRELIMINAR DE NULIDADE DA AUDIÊNCIA POR VIDEOCONFERÊNCIA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 329/2020 DO CNJ. A defesa requer que seja declarada a inconstitucionalidade formal e material da Resolução nº 329/2020 do CNJ. O ato administrativo em questão preconiza o processamento das ações penais, mormente diante da suspensão de audiências presenciais como medida de combate à disseminação do Coronavírus. Em seu bojo prevê a oitiva de testemunhas, acusado e demais sujeitos processuais em suas residências ou outros locais distintos da sede do juízo, através de videoconferência realizadas por plataformas digitais. Pois bem. Razão, não assiste aos réus, uma vez que a possibilidade de realização de audiências virtuais é contemplada pelo Código de Processo Penal em diversas situações, não se revestindo, pois, de inconstitucionalidade formal, inexistindo, portanto, incompetência

legislativa. Com efeito, o art. 185, §§ 2º e 8º da legislação retromencionada prevê a realização do interrogatório do réu, da inquirição de testemunhas e de outros atos processuais por meio de videoconferência, quando a medida for necessária para atender a grave questão de ordem pública, 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. (Redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º.12.2003) (...) § 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, desde que a medida seja necessária para atender a uma das seguintes finalidades: (Redação dada pela Lei nº 11.900, de 2009) (...) IV – responder à gravíssima questão de ordem pública. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009) § 3º Da decisão que determinar a realização de interrogatório por videoconferência, as partes serão intimadas com 10 (dez) dias de antecedência. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009) § 4º Antes do interrogatório por videoconferência, o preso poderá acompanhar, pelo mesmo sistema tecnológico, a realização de todos os atos da audiência única de instrução e julgamento de que tratam os arts. 400, 411 e 531 deste Código. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009) § 5º Em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009) § 6º A sala reservada no estabelecimento prisional para a realização de atos processuais por sistema de videoconferência será fiscalizada pelos corregedores e pelo juiz de cada causa, como também pelo Ministério Público e pela Ordem dos Advogados do Brasil. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009) § 7º Será requisitada a apresentação do réu preso em juízo nas hipóteses em que o interrogatório não se realizar na forma prevista nos §§ 1º e 2º deste artigo. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009) § 8º Aplica-se o disposto nos §§ 2º, 3º, 4º e 5º deste artigo, no que couber, à realização de outros atos processuais que dependam da participação de pessoa que esteja presa, como acareação, reconhecimento de pessoas e coisas, e inquirição de testemunha ou tomada de declarações do ofendido. (Incluído pela Lei nº 11.900, de 2009) O art. 222, § 3º, do CPP, viabiliza a oitiva de testemunhas que residem fora da comarca onde a ação penal tramita por meio daquele audiovisual, vejamos: 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. O art. 217 do mesmo Diploma Legal possibilita a oitiva de testemunha por videoconferência caso evidenciado o constrangimento por ela sofrido em razão da presença do réu na sala de audiência, conforme se segue: 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. Depreende-se, então, que a legislação penal possui vários dispositivos que versam sobre a efetivação de atos instrutórios através de meio virtual. Além disso, diante da crise sanitária, que caracteriza grave questão de ordem pública, a videoconferência apresenta-se como uma solução eficaz para atender às recomendações de distanciamento social, fundamental para o controle do vírus em questão. O Código de Processo Civil, aplicável subsidiariamente ao Processo Penal, em seu art. 196, estabelece que: "Compete ao Conselho Nacional de Justiça e, supletivamente, aos tribunais, regulamentar a prática e a comunicação oficial de atos processuais por meio eletrônico e velar pela compatibilidade dos sistemas, disciplinando a incorporação progressiva de novos avanços tecnológicos e editando, para esse fim, os atos que forem necessários, respeitadas as normas fundamentais deste Código." Ademais, a norma em debate visa permitir a continuidade da tramitação processual, sem que haja o comprometimento da saúde dos jurisdicionados, patronos, servidores, magistrados e demais envolvidos. Não se pode olvidar que a recomendação dos órgãos mundiais de saúde é no sentido de estabelecimento ao isolamento social, o que impôs o exercício das atividades profissionais à distância, consoante alhures mencionado, ao menos enquanto a fase seja crítica, com grande número de infectados. Nesse toar, é indiscutível a necessidade de realizar os atos processuais utilizando os meios tecnológicos, tanto para evitar a propagação do vírus, ainda sem medicação específica ou cura descoberta, quanto para não permitir a paralisação dos processos enquanto a situação de emergência sanitária perdurar. Outrossim o sistema de videoconferência permite que o interrogatório seja realizado com transmissão da imagem e do som em tempo real, de modo a assegurar de forma absolutamente eficaz o diálogo entre o interrogando e o magistrado, e a incomunicabilidade durante a inquirição, estando presentes a defesa técnica e a acusação no decorrer da audiência, de modo a garantir a ampla defesa e o contraditório, sem descuidar do Princípio da Celeridade Processual, resguardando, destarte, o direito fundamental à razoável duração do processo judicial (art. 5º, inciso LXXVIII, da CF), bem como o princípio constitucional da continuidade da prestação jurisdicional (art. 93, inciso XII, da CF). Dessarte, tem-se que a realização da audiência presencial não consubstancia direito absoluto e a sua mitigação é absolutamente justificada pela imperiosa necessidade da observância de direitos fundamentais assegurados na Constituição Federal, como a vida e a saúde, além da "razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação", como já citado. A propósito: "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 , SEXTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 25/09/2020) 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. (STJ – HC: 590140 MG 2020/0146502-7, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 22/09/2020, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/09/2020) Nesta sendo o entendimento desta Corte de Justiça: APELAÇÃO CRIMINAL. DIREITO PENAL, CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA BRANCA. RECORRENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 157, § 2º, INCISO VII, DO CP, À PENA DE 07 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIALMENTE FECHADO, E AO PAGAMENTO DE 185 (CENTO E OITENTA E CINCO) DIAS-MULTA, SENDO-LHE NEGADO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. 1. PRELIMINAR DE DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº 329/2020 DO CNJ. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO ART. 22, INCISO I, DA CF, BEM COMO ÀS GARANTIAS PROCESSUAIS PENAIIS DOS ACUSADOS. REJEITADA. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO DO INTERROGATÓRIO DO RÉU E DE INQUIRIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS POR VIDEOCONFERÊNCIA QUE JÁ SE ENCONTRAVA PREVISTA NO ARTIGO 185, §§ 2º E 8º, DO CPP. INEXISTÊNCIA DA ALEGADA INOVAÇÃO NA ORDEM JURÍDICA. RESOLUÇÃO Nº 329/2020 DO CNJ QUE REGULAMENTA OS REFERIDOS DISPOSITIVOS E AUTORIZA A REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS E OUTROS ATOS PROCESSUAIS POR VIDEOCONFERÊNCIA DURANTE O ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA RECONHECIDO PELO CONGRESSO NACIONAL NO DECRETO LEGISLATIVO Nº 06/2020, COMO FORMA DE PREVENIR A PROPAGAÇÃO DA INFECÇÃO PELA COVID-19 NO ÂMBITO DO PODER JUDICIÁRIO. MEDIDAS QUE FORAM ADOTADAS VISANDO RESGUARDAR O DIREITO FUNDAMENTAL À RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO JUDICIAL E O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA CONTINUIDADE DA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. INCONSTITUCIONALIDADE NÃO DEMONSTRADA. PRECEDENTES DESTA CORTE DE JUSTIÇA. 2. PRELIMINAR DE NULIDADE DA CITAÇÃO REALIZADA POR VIDEOCONFERÊNCIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AOS ARTIGOS 351 DO CPP E ART. 6º DA LEI Nº 11.419/2006. AFASTADA. RECORRENTE QUE FOI DEVIDAMENTE CITADO POR VIDEOCONFERÊNCIA, DENTRO DOS PARÂMETROS PREVISTOS NA RESOLUÇÃO Nº 329/2020 DO CNJ, CONSOANTE CERTIDÃO EMITIDA PELO DIRETOR DE SECRETARIA E LINK DISPONIBILIZADO NOS AUTOS, TENDO, INCLUSIVE, MANIFESTADO O INTERESSE DE QUE A SUA DEFESA FOSSE PATROCINADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA. RECORRENTE QUE FOI DEVIDAMENTE ASSISTIDO POR DEFENSOR

PÚBLICO NOS AUTOS, TENDO RESTADO ASSEGURADA PLENAMENTE A SUA DEFESA TÉCNICA. PREJUÍZO À DEFESA NÃO DEMONSTRADO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO PAS DE NULITÉ SANS GRIEF. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. 3. PLEITO ABSOLUTÓRIO. TESE DEFENSIVA BASEADA NA AUSÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO PARA A CONDENAÇÃO. INOCORRÊNCIA. PROVAS ROBUSTAS DA AUTORIA DELITIVA. VÍTIMA QUE APONTA DE FORMA INEQUÍVOCA O APELANTE COMO O AUTOR DO CRIME. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS QUE CORROBORAM AS DECLARAÇÕES DA OFENDIDA. MATERIALIDADE DELITIVA CONSUBSTANCIADA NO AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO (FLS. 08), NO AUTO DE ENTREGA (FLS. 12), NAS DECLARAÇÕES DA OFENDIDA E NOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. PREPONDERÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA PARA FINS DE COMPROVAÇÃO DA AUTORIA EM DELITOS PATRIMONIAIS. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS POR POLICIAIS. PRECEDENTES. SUFICIENTE CONVICÇÃO FORMADA DURANTE AMBAS AS FASES DA PERSECUÇÃO CRIMINAL. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTÁVEIS. 4. ALEGAÇÃO DE ERRO NA DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE APLICADA. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DO VETOR CONDUTA SOCIAL, DIANTE DA FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA UTILIZADA PELO MAGISTRADO SENTENCIANTE. PENA-BASE REDIMENSIONADA. REDUÇÃO PROPORCIONAL DA PENA DE MULTA. MANUTENÇÃO DA DOSIMETRIA NA FORMA ESTABELECIDADA PELA SENTENÇA VERGASTADA NOS DEMAIS PONTOS. PENA DEFINITIVA ALTERADA PARA 06 (SEIS) ANOS, 02 (DOIS) MESES E 20 (VINTE) DIAS DE RECLUSÃO, E 139 (CENTO E TRINTA E NOVE) DIAS-MULTA. 5. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA QUE DEVE SER ANALISADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIAS. PRECEDENTES DO STJ E DESTE ÓRGÃO JULGADOR. 6. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE MENCIONAR EXPRESSAMENTE CADA DISPOSITIVO. REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO QUE SE SATISFAZ, NESTE JULGAMENTO, COM A EXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO SOBRE AS MATÉRIAS QUE SE PRETENDE SUBMETTER AO CRIVO DA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. PRECEDENTES. 7. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO DIREITO DO RÉU DE RECORRER EM LIBERDADE. INDEFERIMENTO. PRESENTES OS REQUISITOS LEGAIS PARA A MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. INDÍCIOS DA PERICULOSIDADE DO RECORRENTE. EXISTÊNCIA DE OUTRAS AÇÕES PENAIAS EM DESFAVOR DO RECORRENTE, PELA SUPOSTA PRÁTICA DOS DELITOS DE ROUBO MAJORADO, ROUBO SIMPLES, FURTO SIMPLES E FALSA IDENTIDADE, TENDO, INCLUSIVE, HAVIDO O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO EM UMA DELAS. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. PRECEDENTES DO STJ. DEVIDAMENTE VISLUMBRADA A NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO, PRELIMINARES AFASTADAS E, NO MÉRITO, PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-BA – APL: 05094777420208050001, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 20/05/2021) “APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO PELO EMPREGO DE ARMA BRANCA (ART. 157, § 2º, INCISO VII, DO CÓDIGO PENAL). INCONSTITUCIONALIDADE DA INSTRUÇÃO REALIZADA POR VIDEOCONFERÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA SITUAÇÃO. CALAMIDADE PÚBLICA. PANDEMIA DE COVID-19. RESOLUÇÃO Nº 329/2020 DO CNJ. PRELIMINAR REJEITADA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE ROUBO SIMPLES COM A EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA CORRESPONDENTE AO EMPREGO DE ARMA BRANCA. IMPROSPERÁVEL. ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE DE APREENSÃO DO ARTEFATO. PALAVRA DA VÍTIMA CORROBORADA PELOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. CREDIBILIDADE E POSSIBILIDADE. REDIMENSIONAMENTO, DE OFÍCIO, DA PENA DE MULTA. PROPORCIONALIDADE. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. NÃO CONHECIMENTO. PLEITO PARA CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INACOLHIMENTO. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. COMPETÊNCIA DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO. REDIMENSIONAMENTO, DE

OFÍCIO, DA PENA DE MULTA. I – 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. (...)” (Classe: Apelação, Número do Processo: 0502728-41.2020.8.05.0001, Relator (a): , Publicado em: 15/02/2021, TJ/BA) Em arremate, não parece razoável e compatível com uma justiça célere, sobrestar-se indefinidamente a realização do ato, até que surjam condições de comparecimento presencial das partes e testemunhas, especialmente em se tratando de processos com réu preso, tal como no caso vertente. De mais a mais, a teor do art. 563 do Código de Processo Penal, o reconhecimento de eventual nulidade está adstrito à existência de comprovado prejuízo para a parte, o que não restou demonstrado pelo Requerente em seu petitório. Nessa inteligência: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 564, III, DO CPP. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. AGRAVO DESPROVIDO. 1. "O princípio do pas de nullité sans grief exige a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, independentemente da sanção prevista para o ato, podendo ser tanto a de nulidade absoluta, quanto a relativa, pois não se declara nulidade por mera presunção. Esse princípio, corolário da natureza instrumental do processo, exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte suscitante do vício, o que não se demonstrou no caso" (STF, RHC n. 123.092, Ministra , Segunda Turma, DJe 14/11/2014). 2. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no REsp: 1665616 R0 2017/0086277-0, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 24/10/2017, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 31/10/2017) Logo, rejeito a preliminar suscitada, notadamente pela ausência de demonstração de qualquer prejuízo suportado pelos acusados, bem como por terem sido asseguradas todas as garantias constitucionais pertinentes durante o ato em questão, incabível a declaração de nulidade da audiência por videoconferência em espeque. 3. DO PLEITO ABSOLUTÓRIO – ALEGAÇÃO DE CRIME IMPOSSÍVEL Como alhures relatado, pretende a defesa a absolvição do Recorrente, argumentando que ele jamais conseguiria ingressar na penitenciária com a substância entorpecente que trazia consigo, uma vez que, obrigatoriamente, seria submetido à severa inspeção pessoal e eletrônica. Deste modo, por entender que o meio era absolutamente ineficaz, afirma que se configurou no presente caso, o crime impossível. Sem razão. Registre-se, inicialmente, que a materialidade e a autoria foram comprovadas, mormente em face do laudo definitivo de drogas (ID nº 202757422), da confissão parcial do réu, bem como pelos depoimentos das testemunhas. Quanto à alegada ineficácia absoluta do meio, registro ser pacificado, nos Tribunais Superiores, que a mera existência de rigorosa revista na entrada do presídio não é capaz de afastar totalmente a possibilidade de prática do crime de tráfico, pois não se mostra como uma atividade infalível, sendo possível que o agente de segurança seja ludibriado e o réu alcance seu objetivo de ingressar no estabelecimento portando os entorpecentes. Com efeito, o crime impossível, previsto no art. 17 do CP, se configura quando o meio utilizado pelo agente é inidôneo para atingir o fim pretendido. Havendo alguma possibilidade, ainda que ínfima, de eficácia do meio empregado, a conduta se torna perfeitamente típica, uma vez que o agente poderia alcançar o seu objetivo, de forma que a revista realizada dentre os detentos que retornam ao estabelecimento prisional, após uma saída temporária detentos, somente dificulta a entrada com drogas dentro de presídios, mas não impede por completo a prática do crime de tráfico de drogas. Não se vislumbra a total impossibilidade de

entrada no presídio por reingressos ou visitantes na posse de drogas, até porque, é evidente que o sistema de segurança pode apresentar falhas, mormente porque depende de interpretação humana, o que afasta a tese de absoluta ineficácia do meio utilizado pelo agente. Neste sentido: APELAÇÃO CRIME. DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33, CAPUT, C/C O ARTIGO 40, INCISO III, DA LEI Nº 11. 343/2006 (Lei Antitóxica). CONDENAÇÃO: 01 (UM) ANO, 11 (ONZE) MESES E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO E MULTA DE 193 (CENTO E NOVENTA E TRÊS) DIAS-MULTA A TEOR DE 1/30 DO SALÁRIO MÍNIMO (Sentença de folhas 79/91 000 Bela. 000 em 06.03.2019). RECURSO: AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA/CRIME IMPOSSÍVEL EM RAZÃO DE REALIZAÇÃO DE "REVISTA VEXATÓRIA" EM PRESÍDIO; DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PREVISTO NO ARTIGO 28, DA LEI ANTITÓXICOS E DIMINUIÇÃO DO CASTIGO AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. AUTORIA E MATERIALIDADE ROBUSTAS. RECORRENTE QUE TENTA BURLAR A FISCALIZAÇÃO EM PRESÍDIO LEVANDO EM SEU ORGÃO SEXUAL CERTA QUANTIDADE DE MACONHA. REVISTA NECESSÁRIA. REGULARIDADE. PRECEDENTES: "Havendo fundada suspeita de que a visitante do presídio esteja portando drogas, armas, telefones ou outros objetos proibidos, é possível a revista íntima que, por si só, não ofende a dignidade da pessoa humana, notadamente quando realizada dentro dos ditames legais, exatamente como ocorreu na espécie, cuja verificação prescinde da análise de preceitos constitucionais. Precedente do STJ. 2. Devidamente delimitada a circunstância fática pelo acórdão recorrido, a análise da legalidade da revista íntima não enseja o reexame do conjunto fático-probatório dos autos. 3. Falta interesse recursal quanto ao pleito de aplicação da Súmula 284/STF no ponto referente à alegada negativa de prestação jurisdicional, porquanto referido óbice foi imposto pela decisão ora agravada. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1652864/RS, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 06/06/2017, DJe 21/06/2017). A PRESENÇA DE MECANISMOS DE SEGURANÇA NÃO TORNA O CRIME IMPOSSÍVEL, POIS NÃO CONFIGURADA A INEFICÁCIA ABSOLUTA DO MEIO ANTE A GRANDE QUANTIDADE DE DROGAS, QUE MESMO COM A REVISTA, É CONSTATADA/ ENCONTRADA NOS PRESÍDIOS. PRECEDENTES:" A mera existência de rigorosa revista na entrada dos visitantes ao presídio não é capaz de afastar, por completo, a possibilidade da prática do tráfico de drogas, uma vez que se trata de atividade humana falível, sendo viável que o agente ludibrie a segurança e alcance o seu intento de ingressar no estabelecimento com as drogas ", não havendo que se falar, portanto, em crime impossível por ineficácia absoluta do meio ( HC 298.618/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, DJe 4/11/15). AUTORIA E MATERIALIDADE PROVADAS. ENTREGA DO PRODUTO ILÍCITO A DETENTO POR R\$ 60,00 (SESSENTA) REAIS. ADEQUAÇÃO AO TIPO PREVISTO NO ARTIGO 33, DA LEI ANTITÓXICOS. REPRIMENDA ADEQUADA (INCLUSIVE, SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS). RECONHECIMENTO A QUO DA CONFISSÃO. PENA MÍNIMA. ENUNCIADO SUMULAR Nº 231, DO STJ. MANIFESTAÇÃO MINISTERIAL PELO IMPROVIMENTO DO RECURSO (Parecer 000 folhas 10/17 000 Bela. 000 em 10.05.2019). RECURSO CONHECIDO E JULGADO IMPROVIDO. Acórdão:(TJ-BA – APL: 03069847320148050113, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 17/06/2019) ACÓRDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. CONDENAÇÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL (ARTS. 33, C/C O ART. 40, III, DA LEI 11.343/06). PENAS DEFINITIVAS FIXADAS PARA ADRIELE EM 02 (DOIS) ANOS E 11 (ONZE) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME ABERTO, E 291 (DUZENTOS E NOVENTA E UM) DIAS-MULTA; PENAS DEFINITIVAS FIXADAS PARA MAURICIO EM 05 (CINCO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, E 583 (QUINHENTOS E OITENTA TRÊS) DIAS-MULTA. ARGUIÇÃO DE NULIDADE POR VIOLAÇÃO A AMPLA DEFESA. 1) DECISÃO DE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ATO JURISDICIONAL DE NATUREZA INTERLOCUTÓRIA

SIMPLES. DESNECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO COMPLEXA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. 2) INVERSÃO DE RITO PROCESSUAL QUE NÃO ACARRETOU PREJUÍZOS. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CARACTERIZADO. PRELIMINARES REJEITADAS. EVIDENCIAM OS AUTOS QUE, NO DIA 15.09.2019, POR VOLTA DAS 10:00H, DURANTE REVISTA AOS VISITANTES NO PRESÍDIO REGIONAL DE FEIRA DE SANTANA, AGENTES PENITENCIÁRIOS SURPREENDERAM ADRIELE BRITO SOUZA PORTANDO EM SUA PARTE ÍNTIMA 01 PORÇÃO DE MACONHA ENVOLTA EM FITA ADESIVA TRANSPARENTE, COM MASSA BRUTA DE 126,90G (CENTO E VINTE E SEIS GRAMAS E NOVENTA CENTIGRAMAS), PARA SEREM ENTREGUES A SEU IRMÃO, , QUE ALI SE ENCONTRAVA CUSTODIADO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS EVIDENCIADAS NO CONJUNTO PROBATÓRIO, ATRAVÉS DO AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO (FL. 18), DOS LAUDOS TOXICOLÓGICOS PROVISÓRIOS E DEFINITIVOS (FL. 21 E 22) E DA PROVA ORAL PRODUZIDA. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR SE TRATAR DE CRIME IMPOSSÍVEL. TESE INSUBSISTENTE. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO PARA ACOLHIMENTO DA ATENUANTE POR CONFISSÃO. FIXADAS NO MÍNIMO LEGAL PARA AMBOS OS RECORRENTES – 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO E 500 (QUINHENTOS) DIAS–MULTA. ATENUANTE DA CONFISSÃO RECONHECIDA CONTUDO NÃO CONSIDERADA, FACE AO ÓBICE CONSTANTE NA SÚMULA Nº 231 STJ. PENAS MAJORADAS EM 1/6 DIANTE DA CAUSA DE AUMENTO INSERTA NO ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI DE DROGAS, NA RAZÃO DE æ, EM FAVOR APENAS DA RECORRENTE ADRIELE. RÉU MAURÍCIO QUE RESPONDE A DIVERSAS OUTRAS AÇÕES PENAIS EM CURSO. INVIABILIDADE DE CONCESSÃO DA BENESSE EM SEU FAVOR. PENAS INALTERADAS. ASSEGURADO O REGIME PRISIONAL ABERTO E SEMIABERTO, RESPECTIVAMENTE IMPOSTOS A ADRIELE E MAURÍCIO, NOS TERMOS DO ART. 33, § 2º, B E C, DO CP. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, PORQUANTO NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS INSERTOS NO ART. 44, I E III, DO CP. APELOS IMPROVIDOS. DECISÃO UNÂNIME. (TJ-BA – APL: 05035147620198050080, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 10/02/2021) APELAÇÃO DEFENSIVA. PENAL E PROCESSO PENAL. RECORRENTE CONDENADO COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO 33, CAPUT, DA LEI Nº. 11.343/06 C/C § 4º DA LEI 11343/2006, C/C ART. 14, CAPUT DA LEI 10826/2003, AO CUMPRIMENTO DE UMA PENA DE 05 (CINCO) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME SEMIABERTO, ALÉM DE 343 DIAS–MULTA, CADA UMA NO VALOR DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO VALOR DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À DATA DO FATO. PRETENSÕES RECURSAIS: 1. ABSOLVIÇÃO DO RECORRENTE PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, CONSUBSTANCIADA NA AUSÊNCIA ABSOLUTA DE SUPORTE PROBATÓRIO QUE AUTORIZA A PROLAÇÃO DE UMA SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. LAUDOS PERICIAIS APTOS A COMPROVAR A MATERIALIDADE DOS DELITOS. PROVA TESTEMUNHAL UNÍSSONA E COESA ACERCA DA AUTORIA DELITIVA. OS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS, ASSOCIADOS AOS DEMAIS DADOS COLHIDOS, FINDAM POR CORROBORAR O FATO CRIMINOSO. ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUANTO AOS DEPOIMENTOS POLICIAIS SE CONSTITUIREM MEIO IDÔNEO A EMBASAR A CONDENAÇÃO. 2. PLEITO DE CONCESSÃO DO PATAMAR MÁXIMO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º DA LEI. IMPROCEDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA PARA O QUANTUM APLICADO. OBSERVAÇÃO DO CONTEXTO DA INFRAÇÃO PENAL. MINORANTE RECONHECIDA NO PATAMAR DE 1/3 EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. 3. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 04 (QUATRO) ANOS. NÃO ACOLHIMENTO DE NENHUMA DAS TESES DEFENSIVAS. INSTRUÇÃO PROCESSUAL APTA A ENSEJAR CONDENAÇÃO DO RECORRENTE. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA COMPROVADAS. CONCLUSÃO: APELAÇÃO CONHECIDA E JULGADA IMPROVIDA. (TJ-BA –

APL: 05194970320158050001, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 15/05/2020) Portanto, restando comprovadas a materialidade e a autoria do crime previsto no art. 33 da Lei Nº 11.343/06, e não existindo circunstâncias que afastem o crime ou isentem o recorrente de pena, hei por bem desacolher a pretensão absolutória defensiva. 4. DO PLEITO PARA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PRÓPRIO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006 Quanto ao pleito subsidiário, no sentido de obter a desclassificação do crime de tráfico (art. 33) para porte de droga para consumo pessoal (art. 28), já que o Réu se intitula tão somente usuário, esta tese não merece agasalho, posto que as circunstâncias do caso sub judice não guardam sintonia com o disposto no § 2º, do art. 28, da Lei Antidrogas, que reza: “§ 2º – Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o Juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”. O fato de o Apelante declarar-se usuário de drogas não o impede de ser, simultaneamente, traficante, mormente porque uma parcela considerável de usuários também comercializa drogas. Destaque-se ainda que este encontrava-se cumprindo pena pelo crime de tráfico. Vale lembrar que, para a configuração do crime de tráfico não se exige a efetiva prática de atos de comercialização da substância entorpecente. Pratica o delito de tráfico não apenas aquele que comercializa a droga, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção e da circulação de substância entorpecente, devendo ser ponderado todo o teor probatório. O tipo penal contido no art. 33, da Lei nº 11.343/2006 é crime permanente, de ação múltipla (multinuclear) e de mera conduta, de sorte que a prática de quaisquer das condutas nele constantes caracteriza o tráfico de drogas, sendo, pois, irrelevante a prova da traficância. São várias ações identificadas pelos diversos verbos e o delito se consuma com a prática de qualquer das hipóteses previstas. Neste sentido caminha a jurisprudência: APELAÇÃO CRIMINAL. DOIS RÉUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ARTIGOS 33, CAPUT, E 35, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006), C/C COM A CAUSA DE AUMENTO DO ARTIGO 40, INCISO V, DO MESMO DIPLOMA LEGAL. PRELIMINAR DE LITISPENDÊNCIA E COISA JULGADA. REJEITADA. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. JUÍZO COMPETENTE. PRELIMINAR DE CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. SUBSISTÊNCIA DOS MOTIVOS QUE ENSEJARAM A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. ABSOLVIÇÃO/DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE USO, PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006. INVIABILIDADE. COMPROVADAS A MATERIALIDADE E A AUTORIA DOS DELITOS PERPETRADOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPRATICABILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. NÃO APLICAÇÃO DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. ENTENDIMENTO DO STF E STJ. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. A PENA PECUNIÁRIA DEVE GUARDAR PROPORCIONALIDADE COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APLICADA. CAUSA DE AUMENTO DO ARTIGO 40, INCISO V, DA LEI Nº 11.343/2006. FRAÇÃO DE 1/2 MOTIVADA PELA DISTÂNCIA PERCORRIDA E PELO NÚMERO DE FRONTEIRAS ULTRAPASSADAS. PRECEDENTES DO STJ. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. NÃO CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIAS. RECURSO DE UM DOS APELANTES CONHECIDO PARCIALMENTE, PRELIMINARES REJEITADAS E, NA PARTE CONHECIDA, DESPROVIDO E RECURSO DO OUTRO APELANTE CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Para a devida apreciação da litispendência alegada pela Defesa, seria indispensável a juntada de cópia da denúncia da ação dita preventa pelo Apelante, bem como das medidas cautelares preparatórias, caso existentes, ônus do qual não se desincumbiu a Defesa. 2. Compulsando os autos, nota-se

que os Acusados foram denunciados por tráfico e associação para o tráfico, ante a 2ª Vara Criminal da Comarca de Itabuna/BA e, aparentemente, somente por associação para o tráfico e lavagem de capitais, ante a 1ª Vara de Delitos de Tóxicos da Comarca de Porto Velho/RO (fl. 1076 dos autos digitais). 3. Assim, com base no critério da prevenção, nos termos dos artigos 69, inciso VI, 71, 75, parágrafo único, e 78, inciso II, 'a', e 'c', todos do CPP. ainda que seja o caso de conexão ou continência, a competência é da 2ª Vara Criminal da Comarca de Itabuna, uma vez que prevalece o juízo processante da infração mais grave (tráfico). Ademais, ante o mencionado Juízo, foi formulada, antecedentemente, a Representação nº 0302057-59.2017.8.05.0113, em apenso, distribuída em 19/06/2017, o que também atrai a competência da citada Vara Criminal. 4. Não se concede o direito de recorrer em liberdade a réu que permaneceu preso durante toda a instrução do processo, quando ainda subsistem os motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva, constituindo a manutenção da prisão, neste caso, um dos efeitos da respectiva condenação. 5. Cabe ao Juízo das Execuções Penais a análise da matéria atinente à gratuidade da justiça. 6. Demonstradas de forma inequívoca a autoria e materialidade dos crimes perpetrados, impossível cogitar-se da absolvição dos Acusados, bem como da desclassificação do crime de tráfico de drogas, descrito no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, para o de uso de substância entorpecente, previsto no artigo 28 do mesmo Diploma Legal, principalmente quando levada em consideração a quantidade e a natureza da droga apreendida = 55 kg (cinquenta e cinco quilos) de cocaína. 7. Quando a fundamentação de algumas das circunstâncias judiciais, previstas no artigo 59 do CP, extrapolar as elementares do tipo, deverão ser utilizadas para majorar a pena-base. 8. Revela-se inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, quando as circunstâncias do caso demonstram que os Acusados não eram traficantes ocasionais, mas sim que se dedicavam às atividades delituosas, especialmente voltadas para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes, sendo, portanto, incompatível a condenação pelo delito de associação para o tráfico com a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006. 9. Cominada pena de multa ao crime e, inexistindo previsão legal para a sua isenção, a imposição ao acusado é de caráter necessário sob pena de afronta ao princípio da legalidade. A quantidade de dias-multa deve seguir o mesmo critério utilizado para a fixação da pena privativa de liberdade, em respeito ao princípio da proporcionalidade. 10. Uma vez caracterizado o tráfico entre estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal – circunstância que atrai a incidência da majorante prevista no inciso V do art. 40 –, a distância percorrida e/ou o número de fronteiras ultrapassadas pelo agente podem lastrear a escolha da fração de aumento de pena decorrente da interestadualidade do delito. No caso dos autos, a fração de ½ (metade) aplicada encontra-se devidamente fundamentada, considerando que a distância percorrida (mais de 3.600 km) e o número de fronteiras ultrapassadas (05 Rondônia/Mato Grosso/Goiás/Distrito Federal/Goiás/Bahia) autorizam a fixação acima do patamar mínimo. 11. Cabe ao Juízo das Execuções Penais a análise da matéria atinente à gratuidade da justiça. (TJ-BA – APL: 05052471220188050113, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 20/04/2022) APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. DIREITO PENAL, PROCESSUAL PENAL E LEI N.º 11.343/2006. APELANTE CONDENADO PELA INFRAÇÃO AO ARTIGO 33, CAPUT, C/C O § 4º, DA LEI 11.343/2006, À PENA DE 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO, A SER



CUMPRIDA, INICIALMENTE, EM REGIME ABERTO, BEM COMO PAGAMENTO DE 166 (CENTO E SESSENTA E SEIS) DIAS-MULTA, NO VALOR UNITÁRIO ARBITRADO NO MÍNIMO LEGAL. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IMPOSTA AO APELANTE FORA SUBSTITUÍDA POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. RAZÕES DO RECURSO: PRELIMINAR RELATIVA À AUSÊNCIA DE REITERAÇÃO DA PRETENSÃO ACUSATÓRIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM SEDE DE ALEGAÇÕES FINAIS, DEVENDO, PORTANTO, SER O APELANTE ABSOLVIDO NOS TERMOS DO ARTIGO 386, INCISO V, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. AFASTADA. LITERALIDADE DO ARTIGO 385 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MAGISTRADO QUE NÃO ESTÁ VINCULADO AO OPINATIVO MINISTERIAL. INEXISTÊNCIA DE OFENSA AO SISTEMA ACUSATÓRIO. JUIZ QUE DEVE DECIDIR DE ACORDO COM O CONJUNTO PROBATÓRIO E DE FORMA FUNDAMENTADA, O QUE OCORREU NO CASO SUB JUDICE. NO MÉRITO: ABSOLVIÇÃO DO APELANTE POR AUSÊNCIA DE PROVAS APTAS PARA A SUA CONDENAÇÃO, COM FULCRO NO INCISO VII, DO SUPRACITADO ARTIGO 386. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES RESPONSÁVEIS PELA PRISÃO EM FLAGRANTE DO REFERIDO APELANTE, COLHIDOS EM JUÍZO, SE MOSTRARAM HARMÔNICOS E CONTUDENTES, TENDO OS MESMOS AFIRMADO, SEM SOMBRA DE DÚVIDAS, QUE O APELANTE, AO AVISTAR A GUARNIÇÃO, TERIA DISPENSADO UM SACO PLÁSTICO CONTENDO AS DROGAS QUE FORAM APREENDIDAS. POLICIAIS QUE NÃO DEMONSTRARAM NENHUM MOTIVO PARA PREJUDICAR O APELANTE. VALIDADE DOS MENCIONADOS DEPOIMENTOS. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PREVISTA NO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006 (TRÁFICO), PARA AQUELA CONSTANTE NO ARTIGO 28, DA SUPRACITADA LEI (USO). IMPROVIMENTO. INEXISTÊNCIA NOS AUTOS DE ELEMENTOS QUE COMPROVEM SER O APELANTE USUÁRIO DE DROGA, PRINCIPALMENTE LEVANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO QUE ESTE, AO SER OUVIDO NA DELEGACIA, FORA TAXATIVO EM AFIRMAR NÃO POSSUIR TAL CONDIÇÃO. APELANTE PRESO COM 24 (VINTE QUATRO) PORÇÕES DA SUBSTÂNCIA VULGARMENTE CONHECIDA COMO MACONHA, EMBALADAS INDIVIDUALMENTE, SENDO QUE, APESAR DA QUANTIDADE DA DROGA NÃO TER SIDO EXPRESSIVA, A FORMA EM QUE A MESMA ENCONTRAVA-SE ACONDICIONADA DEMONSTRARIA QUE SE DESTINAVA AO TRÁFICO. PRETENSÃO DE QUE A ATENUANTE RELATIVA À MENORIDADE SEJA RECONHECIDA E APLICADA EM FAVOR DO APELANTE, AINDA QUE A SUA PENA FIQUE AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL, DEVENDO SER AFASTADO O QUANTO DISPOSTO NA SÚMULA 231, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACOLHIMENTO EM PARTE. PROCEDIDA A REANÁLISE DA DOSIMETRIA DA PENA, DEVE SER RECONHECIDA, EM FAVOR DO APELANTE, A ATENUANTE RELATIVA À MENORIDADE, PREVISTA NO ARTIGO 65, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL, UMA VEZ QUE ESTE, À ÉPOCA DOS FATOS, POSSUÍA 19 (DEZENOVE) ANOS DE IDADE. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA SUPRAMENCIONADA ATENUANTE E CONSEQUENTE REDUÇÃO DA PENA, EM FACE DA VEDAÇÃO CONTIDA NA SÚMULA 231, DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, CUJO ENTENDIMENTO FORA PACIFICADO EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA, DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA POR ESTE EGRÉGIO TRIBUNAL, ALÉM DE SER AMPLAMENTE ADOTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. MANUTENÇÃO DOS DEMAIS TERMOS DA SENTENÇA VERGASTADA. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE MENCIONAR EXPRESSAMENTE CADA DISPOSITIVO. REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO QUE SE SATISFAZ, NESTE JULGAMENTO, COM A EXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO SOBRE AS MATÉRIAS QUE SE PRETENDE SUBMETER AO CRIVO DA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO, PRELIMINAR ARGUIDA, AFASTADA, E, NO MÉRITO, PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-BA – APL: 05000824720198050113, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 04/07/2020) De mais a mais, ainda que considerássemos a alegação de que se trata de mero usuário, tal circunstância não afasta a condição de traficante, pois, como é notório, não raras vezes, tais situações se acumulam até mesmo como forma de sustentar o vício, frisando que, como dito alhures, para a configuração do crime tipificado no art. 33 da Lei nº

11.343/06 não há necessidade de o agente ser flagrado no ato da venda ou entrega da substância, bastando a prática de um dos verbos contidos no mencionado dispositivo legal, cuja destinação comercial é presumida pelas circunstâncias do caso concreto, causando perigo à incolumidade e à saúde pública. In casu, conforme já exposto, as provas carreadas ao feito mostram-se suficientes para a prolação de decreto condenatório pelo delito de tráfico de drogas, portanto, descabido o pedido de desclassificação, fundado na alegação da condição de usuária de drogas da Apelante, devendo ser mantida a condenação nos termos consignados na sentença. Cumpre rememorar que, na mesma ocasião, o Sr. foi também flagrado pelo aparelho, carregando em seu estômago 29 (vinte e nove) invólucros plásticos contendo maconha, totalizando 53,35 g (cinquenta e três gramas e trinta e cinco centigramas), o que motivou a desclassificação da sua conduta para o art. 28 da Lei nº 11.343/06, nos autos de nº 8001549-85.2022.8.05.0271, diferindo da conduta do Recorrente, pois este carregava quantidade muito mais elevada, quase cinco vezes mais maconha que o Dr., levando consigo ainda dois celulares, o que poderiam ser utilizados para facilitar a mercancia das drogas.

**5. DOSIMETRIA DA PENA. DO PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DO ART. 65, III DO CÓDIGO PENAL.** Pugnou o Apelante, em suas razões, pelo reconhecimento da circunstância atenuante prevista no art. 65, III, d do Código Penal, sob o argumento de que a confissão fora utilizada na fundamentação do édito condenatório. Da leitura da r. sentença, extrai-se que a d. Magistrada deixou de aplicar a referida atenuante por entender que "...Ausente circunstância atenuante. Sob esse aspecto, registro que não reconheço a confissão espontânea do réu, ainda que parcial, conforme pleiteado pela defesa, sobretudo em obediência à Súmula 630-STJ aprovada em 24/04/2019, DJe 29/04/2019, segundo a qual "a incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio (...)" Com efeito, analisando-se o interrogatório do Réu em Juízo, percebe-se que, conquanto admitida a propriedade da droga apreendida, bem assim a condição de usuário de drogas, toda a narrativa se constrói no sentido de que os entorpecentes foram adquiridos para uso próprio e não para mercancia. Acerca da matéria, as Cortes Superiores já firmaram entendimento no sentido de que, a confissão espontânea do acusado que admite a propriedade da droga, afirmando, no entanto, ser destinada a consumo próprio, ante a condição de mero usuário, impossibilita o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal. A propósito: "PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ATENUANTE DA CONFISSÃO. NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 630/STJ. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO ALCANÇADA PELO TEMPO DEPURADOR. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. FRAÇÃO CONDENAÇÕES. DA APLICAÇÃO AGRAVANTE. MÚLTIPLAS EM 1/4. AUMENTO PROPORCIONAL. AGRAVO DESPROVIDO. 1. "A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio" (Súmula n. 630, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/4/2019, DJe 29/4/2019). 2. O aumento ideal de 1/6 por vetorial desfavorável pode ser superado, desde que seja declinada motivação idônea, em atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Nesse passo, dada a indicação de condenações definitivas pelos delitos de tráfico de drogas, porte ilegal de arma de fogo, roubos e receptação a serem sopesadas, descabe falar em aumento

excessivo3. A jurisprudência deste Tribunal é reiterada no sentido de que, para a configuração dos maus antecedentes, a análise das condenações anteriores não está limitada ao período depurador quinquenal, previsto no art. 64, I, do CP, tendo em vista a adoção pelo Código Penal do Sistema da Perpetuidade. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido."(AgRg no AgRg no AREsp n. 1.846.668/SP, Quinta Turma, Rel. Ministro , DJe de 10/5/2022)."AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 65, III, D, DO CÓDIGO PENAL – CP. CONFISSÃO QUALIFICADA. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA. SÚMULA N. 545 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Dispõe o enunciado n. 545 da Súmula desta Corte que, "quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal", caso dos autos em que o agravado admitiu a prática do tráfico de drogas, embora sob o manto da coação moral irresistível. 1.1. Situação diversa é aquela na qual o réu não reconhece a traficância, alegando estar de posse da droga em razão de ser usuário, atraindo o disposto na Súmula n. 630 desta Corte. 2. Agravo regimental desprovido."(AgRg no REsp n. 1.974.076/MG, Quinta Turma, Rel. Ministro , DJe de 6/5/2022). Nessa intelectual, trago à colação precedentes desta Corte Estadual: TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006. PRETENDIDA A DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. GRANDE QUANTIDADE DE DROGA, APROXIMADAMENTE 500G DE MACONHA, ALÉM DE BALANÇA DE PRECISÃO. INVIABILIDADE DA APLICAÇÃO DA CONFISSÃO. SÚMULA 630 DO STJ. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. I – A quantidade da droga apreendida, bem como a forma em que se encontrava acondicionada autoriza a concluir pela ocorrência do tráfico ilícito de drogas, não sendo possível, portanto, a desclassificação. II – Nos delitos de tráfico de drogas, a incidência da atenuante da confissão espontânea exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio, a teor do que dispõe a Súmula 630 do STJ. (TJ-BA – APL: 05145009420168050080, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 07/03/2022) APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APELANTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006 À SEGUINTE REPRIMENDA: 06 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, ALÉM DE 600 (SEISCENTOS) DIAS– MULTA, CADA UM NO VALOR DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À DATA DO FATO. CONCEDIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. 1) PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS SOBEJAMENTE COMPROVADAS PELA PROVA TESTEMUNHAL (FLS. 53/54), PELOS LAUDOS PERICIAIS (FLS. 18 E 60), BEM COMO PELO AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO DE FLS. 09. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS CORROBORADOS POR OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS COLIGIDOS NOS AUTOS. CRIME DE PERIGO ABSTRATO E DE AÇÃO MÚLTIPLA, QUE SE CARACTERIZA COM A PRÁTICA DE QUAISQUER DAS CONDUTAS DESCRITAS NO TIPO PENAL. 2) PLEITO SUBSIDIÁRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DO ARTIGO 33 PARA A INFRAÇÃO DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006. DESCABIMENTO. SUFICIENTEMENTE CARACTERIZADA A INCURSÃO NO TIPO DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006. CONDIÇÃO DE USUÁRIO QUE NÃO EXCLUI A DE TRAFICANTE. CIRCUNSTÂNCIAS DA APREENSÃO QUE INDICAM A DESTINAÇÃO DOS ENTORPECENTES PARA O COMÉRCIO. 3) POSTULAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE REDIMENSIONAMENTO DA PENA. INACOLHIMENTO. DEVIDAMENTE EXASPERADA A REPRIMENDA BASILAR ANTE A NATUREZA DELETÉRIA DA DROGA APREENSÃO (COCAÍNA SOB A FORMA DE CRACK). INEXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES OU ATENUANTES. MERA CONFISSÃO DA PROPRIEDADE DA DROGA, SEM O RECONHECIMENTO

DA TRAFICÂNCIA, INSUFICIENTE PARA A INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INSURGENTE QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL (VIDE FLS. 34), TAMBÉM PELA PRÁTICA DE TRÁFICO DE DROGAS, O QUE INDICA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. INAPLICABILIDADE DO REDUTOR PREVISTO NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. PRECEDENTES. DOSIMETRIA ESCORREITA. MANUTENÇÃO DA PENA QUE SE IMPÕE. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. (TJ-BA – APL: 00060016820188050191, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 11/07/2020) Por conseguinte, havendo o Recorrente admitido a propriedade das drogas com a ressalva de que se destinariam ao uso próprio, inviável o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. 6. DO PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ARTIGO 33, § 4º DA LEI DE TÓXICOS. Pugna o Recorrente, em caso de não acolhimento da tese absolutória, pela aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, sob o argumento de que embora possua o ora Apelante sentenças condenatórias em seu desfavor, ainda não transitaram em julgado, sendo, portanto primário. No caso sob exame, a Magistrada a quo afastou o aludido redutor pelos seguintes fundamentos: "...Na terceira fase da pena, não reconheço a incidência da causa de diminuição inculpada no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Efetivamente, a quantidade e modo de acondicionamento dos entorpecentes, bem como pelo fato do réu ser reincidente (Proc. Nº 0500416-97.2016.805.0271) e já ter sido condenado em mais duas ações penais, com sentenças condenatórias transitadas em julgado, inclusive pelo delito de tráfico de entorpecente, conforme prova certidão de id nº 228824387, demonstram que o acusado se dedica às atividades criminosas ou integre organização criminosa... " Verifica-se, portanto, que a juíza primeva negou a aplicação do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06 por já ser este reincidente, bem como por possuir outras condenações, as quais transitaram em julgado após o cometimento do crime ora em análise, o que demonstraria sua dedicação a atividades criminosas. Conforme dicção legal, são requisitos para que o condenado faça jus à referida causa de diminuição: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas, cumulativos entre si, de sorte que a ausência de qualquer um deles inviabiliza a aplicação da benesse. In casu, com relação a reincidência, a juíza sentenciante declarou na primeira fase da aplicação da pena que o réu possuía uma condenação anterior transitada em julgado (06/12/2021 – 2ª Vara Criminal da Comarca de Valença/BA – Proc. 0500416-97.2016.805.0271), sendo que deixou de utilizá-la como circunstâncias na exasperação da pena-base (maus antecedentes), para aplicá-la como circunstância agravante na segunda fase (reincidência), senão vejamos: "...Na segunda fase da pena, Reconheço a agravante da REINCIDÊNCIA, posto que o réu praticou o fato narrado na denúncia após o trânsito em julgado (em 06/12/2021) de sentença penal condenatória prolatada por este juízo nos autos da ação penal nº 0500416-97.2016.805.0271, conforme prova certidão de id nº 228824387 sendo inquestionável, portanto, a reincidência, posto que não decorreu cinco anos desde o cumprimento ou extinção da pena, nos termos dos artigos 63 e 64 do CP, razão pela qual aumento a pena em 1/6. Ausente circunstância atenuante. Sob esse aspecto, registro que não reconheço a confissão espontânea do réu, ainda que parcial, conforme pleiteado pela defesa, sobretudo em obediência à Súmula 630-STJ, aprovada em 24/04/2019, DJe 29/04/2019, segundo a qual "a incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão

da posse ou propriedade para uso próprio ...” Assim sendo, a configuração da reincidência demonstra inequivocadamente a dedicação do Apelante à prática da mercancia ilícita, o que afastaria a benesse do tráfico privilegiado, senão vejamos: APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEMONSTRADAS PELO ACERVO PROBATÓRIO. ABSOLVIÇÃO. INCABÍVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO TIPIFICADO NO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MERCANCIA. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. REINCIDÊNCIA COMPROVADA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. CONSTATADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Não há como absolver o apelante do crime de tráfico de drogas quando ficar devidamente comprovadas, por meio das provas colhidas na instrução criminal, a sua autoria e materialidade delitiva. Quando no caso concreto for constatado, de modo indene de dúvidas, pelo acervo probatório constante dos autos, a prática do delito de tráfico de drogas, não haverá como prosperar a pretensa desclassificação desse crime para o previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006. Inaplicável a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 quando ficar constatado no caso concreto que o agente se dedica a atividade criminosa. Recurso conhecido e não provido. (TJ-BA – APL: 05005146220208050103, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 20/08/2021) APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. DA PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO ACOLHIMENTO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41, DO CPP. DESCRIÇÃO DOS FATOS, INDIVIDUALIZAÇÃO DA CONDUTA, INDICAÇÃO DO ROL DE TESTEMUNHAS. AUSÊNCIA DE OFENSA AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NULIDADE DAS PROVAS POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO ACOLHIMENTO. INGRESSO FORÇADO AMPARADO EM FUNDADAS RAZÕES. APELANTE REINCENTE ESPECÍFICO E PRESO PORTANDO ARMA DE FOGO PRÓXIMO À SUA RESIDÊNCIA. LICITUDE DA PROVA. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE. MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS POLICIAIS PRESTADOS SOB O MANTO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NEGATIVA DE AUTORIA DO ACUSADO QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NOS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. TESTEMUNHA DE DEFESA QUE NÃO PRESENCIOU A DILIGÊNCIA INTEGRALMENTE. JUÍZO DE RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DOS ATOS DOS AGENTES PÚBLICOS. AUSÊNCIA DE PROVA EM CONTRÁRIO. DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. JUÍZO PRIMEVO QUE FIXOU AS REPRIMENDAS NO MÍNIMO PREVISTO EM LEI. CONCESSÃO DA MINORANTE ATINENTE AO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. APELANTE REINCENTE ESPECÍFICO. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO DA PRIMARIEDADE. RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE E NÃO PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL nº 0700047-65.2021.8.05.0103, em que figura como apelante , por intermédio do patrono constituído, e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Acordam os Desembargadores componentes da 1ª Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, CONHECER PARCIALMENTE o recurso e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo todos os termos da sentença combatida, nos termos do voto do Relator. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ SUBSTITUTO DE SEGUNDO GRAU – RELATOR (TJ-BA – APL: 07000476520218050103, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 05/05/2022) APELAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEMONSTRADAS PELO ACERVO PROBATÓRIO. ABSOLVIÇÃO. INCABÍVEL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO TIPIFICADO NO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MERCANCIA. DOSIMETRIA.

TERCEIRA FASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. REINCIDÊNCIA COMPROVADA. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. CONSTATADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Não há como absolver o apelante do crime de tráfico de drogas quando ficar devidamente comprovadas, por meio das provas colhidas na instrução criminal, a sua autoria e materialidade delitiva. Quando no caso concreto for constatado, de modo indene de dúvidas, pelo acervo probatório constante dos autos, a prática do delito de tráfico de drogas, não haverá como prosperar a pretensa desclassificação desse crime para o previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006. Inaplicável a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 quando ficar constatado no caso concreto que o agente se dedica a atividade criminosa. Recurso conhecido e não provido. (TJ-BA – APL: 05005146220208050103, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 20/08/2021) APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006). NULIDADE SUSCITADA SOB A ALEGAÇÃO DE INVASÃO DE DOMICÍLIO E DE ILEGALIDADES NO MOMENTO DA PRISÃO. ABORDAGEM OCORRIDA EM VIA PÚBLICA. LICITUDE DAS PROVAS. PRELIMINAR REJEITADA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. IN DUBIO PRO REO. INACOLHIMENTO. DEPOIMENTOS POLICIAIS. CREDIBILIDADE E POSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. DESCABIMENTO. PLEITO DE REFORMA DA DOSIMETRIA. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS-BASE. AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS ANTECEDENTES. SÚMULA 444 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 EM RAZÃO DA EVIDENTE DEDICAÇÃO DO ACUSADO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. PLEITO DE CONCESSÃO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. SUBSISTÊNCIA DOS MOTIVOS QUE ENSEJARAM A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. NÃO CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Sendo o tráfico de drogas crime permanente, pressupõe-se que a eventual entrada no imóvel, caso tivesse ocorrido, teria sido em situação de flagrância, uma vez que o Acusado portava drogas em evidente indicativo da prática de tráfico. 3. Inexiste prova ilícita quando não comprovado cabalmente nos autos que o Acusado fora lesionado pelos Policiais no momento de sua prisão. 4. Demonstrada de forma inequívoca a prática da mercancia, impossível cogitar-se da absolvição ou da desclassificação para o crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006. 5. Os depoimentos prestados por policiais provêm de agentes públicos no exercício de suas atribuições. Não podem ser desconsiderados, sobretudo se corroborados pelas demais provas dos autos. 6. A fundamentação da análise das circunstâncias previstas no art. 59 do CP conduz à redução da pena-base, tendo em vista a necessidade de afastar-se a valoração negativa dos antecedentes, por não haver nos autos elementos que justifiquem tal valoração. Súmula 444 do STJ. 7. Não preenchidos os requisitos previstos na legislação para aplicar a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, impossível o reconhecimento do benefício legal. Além de agravar a pena, a reincidência produz outros efeitos previstos em lei, dentre eles a não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, sem que haja ofensa ao princípio do non bis in idem. 8. Não se concede o direito de recorrer em liberdade a acusado que permaneceu preso durante toda a instrução do processo, quando ainda subsistem os motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva, constituindo a manutenção da

prisão, neste caso, um dos efeitos da respectiva condenação. (TJ-BA – APL: 05046407320208050001, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 22/02/2021) Cumpre destacar que, ao contrário do que a defesa alega, a consideração da reincidência para agravar a pena e afastar a minorante do tráfico privilegiado não constitui bis in idem. Neste sentido: [...] a reincidência pode ensejar o agravamento da pena, na segunda fase da dosimetria, bem como impedir a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que a primariedade é requisito para a incidência desse benefício. Ressalta-se que, por não ser a reincidência elemento constitutivo ou que qualifica o crime de tráfico de drogas, mas apenas um dos elementos que obstem determinado benefício penal, não há falar em bis in idem." (AgRg no AgRg no AREsp 1988006/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 08/02/2022, DJe 15/02/2022). "A utilização da agravante da reincidência na segunda fase da dosimetria da pena (art. 61, I – CP) não impede que seja utilizada na terceira, para afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º – Lei 11.343/2006). Trata-se de situação processual utilizada com finalidades diversas e com expressas previsões legais. Precedentes. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 662.329/SP, Rel. Ministro (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 08/03/2022, DJe 11/03/2022). APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECEPÇÃO. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO COESO E HARMÔNICO. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. DEPOIMENTO DE POLICIAL. ACERVO COESO E SUFICIENTE. DOSIMETRIA. MAUS ANTECEDENTES. CONFIGURADOS. QUANTUM DE AUMENTO. MANUTENÇÃO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. REGIME INICIAL FECHADO. ADEQUAÇÃO. REINCIDÊNCIA. BIS IN IDEM, INOCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. RESTITUIÇÃO DO VALOR APREENDIDO. COMPROVAÇÃO DA ORIGEM ILÍCITA... VII – Inviável a aplicação da causa especial de diminuição de pena delineada no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, quando se tratar de agente reincidente e portador de maus antecedentes. VIII – A reincidência, além de constituir uma agravante, projeta efeitos além da segunda fase da dosimetria, como para a determinação do regime, substituição, suspensão da pena ou aplicação do privilégio, segundo determinações legais, não havendo que se falar em bis in idem. IX – Fixada pena superior a 4 (quatro) e inferior a 8 (oito) anos de reclusão, tratando-se de ré reincidente, o regime adequado é o inicial fechado, nos termos do art. 33, § 2º, ?b?, do CP. X – Inviável a restituição dos valores apreendidos quando comprovado nos autos que são resultado da venda de substância entorpecente. XI – Recurso conhecido e desprovido. (07001134020208070001, Relatora:, Terceira Turma Criminal, data de julgamento: 9/12/2021, publicado no PJe: 7/1/2022). O supra mencionado entendimento jurisprudencial também é seguido por esta Corte de Justiça, in verbis: APELAÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. 33, CAPUT, LEI 11.343/06 E ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, LEI 10.826/03). PEDIDOS DE PRODUÇÃO PROBATÓRIA EM GRAU RECURSAL OU REABERTURA DA INSTRUÇÃO. ART. 616 DO CPP. FACULDADE EM 2º GRAU. ARCAVOU PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA ANÁLISE DO APELO. PLEITOS INDEFERIDOS. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. NÃO ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO CONTUNDENTE. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS HARMÔNICOS. CREDIBILIDADE PARA FUNDAMENTAR CONDENAÇÃO. DEMAIS PROVAS CONSONANTES. CONTEXTO DA PRISÃO. ARMA DE FOGO DE NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. MUNIÇÕES. LABORATÓRIO DE DROGAS. PSICOTRÓPICOS DE NATUREZA DIVERSA. QUANTIDADE

RELEVANTE. ACONDICIONAMENTO. APREENSÃO DE APETRECHOS UTILIZADOS NO FABRICO DE ENTORPECENTES. FINALIDADE COMERCIAL EVIDENCIADA. DOSIMETRIA. PLEITO DE DECOTE DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. NÃO ALBERGAMENTO. CIRCUNSTÂNCIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADA NOS AUTOS. ACUSADO DUPLAMENTE REINCENTE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. MANUTENÇÃO DA PENA CORPÓREA PARA CRIME DO ART. 33, CAPUT, LEI 11.343/06. RETIFICADA DE OFÍCIO A PENA DE MULTA. PROPORCIONALIDADE. DELITO DO ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV, LEI 10.826/03. AGRAVANTE DA REINCENTÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE DE COMPENSAÇÃO INTEGRAL. SOMENTE UMA CONDENÇÃO VALORADA COMO AGRAVANTE. AUSÊNCIA DE PREPONDERÂNCIA. PENA DO DELITO RECALIBRADA DE OFÍCIO. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. REGIME FECHADO RATIFICADO. QUANTUM DE PENA. DETRAÇÃO IRRELEVANTE. MANTIDA A PRISÃO PREVENTIVA. GRAVIDADE CONCRETA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. NECESSIDADE DE ACAUTELAR A ORDEM PÚBLICA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. PENA FINAL REDIMENSIONADA DE OFÍCIO. (TJ-BA – APL: 05020051320198050080, Relator: , PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 17/08/2021) APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NEGATIVA DE AUTORIA. DECISÃO CONDENATÓRIA RESPALDADA NO ACERVO PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DAS PENAS-BASES NO MÍNIMO LEGAL. NÃO CABIMENTO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º, ART. 33 DA LEI 11.343/2006. INAPLICÁVEL. REINCENTÊNCIA. REGIME FECHADO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Provada a autoria delitiva pela convergência do inquérito policial com as provas produzidas em juízo, impõe-se a condenação. A existência de circunstância judicial desfavorável ao agente, afasta a pena-base do seu mínimo legal. A dedicação do agente ao exercício da criminalidade, impede a aplicação da causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Regime fechado mantido, em observância ao art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, em face da reincidência. (TJ-BA – APL: 05015590620198050146, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 31/05/2021) Mister evidenciar que o regime inicial do cumprimento da pena deveria ser o regime fechado, em decorrência da reincidência, que conduz ao regime imediatamente mais gravoso, contudo não poderá ser modificado em razão do princípio do non reformatio in pejus, devendo ser mantido o regime semiaberto. A d. Procuradoria de Justiça em seu opinativo (ID nº 37232311), assim consignou: “(...) Veja-se, portanto, que, in casu, a Defesa se fez presente e pôde se manifestar em todos os atos, o Réu também exerceu o seu direito de autodefesa, de modo que a realização da audiência através do sistema de videoconferência não trouxe qualquer prejuízo. Logo, não há que se falar em nulidade... Desta forma, resta evidente a observância do devido processo legal previsto nas normas procedimentais do diploma de ritos, inaceitável, pois, a configuração de qualquer nulidade. Ultrapassadas as preliminares, com efeito, a materialidade delitiva encontra-se sobejamente comprovada no feito pelo Auto de Prisão em Flagrante (Id. Num. 36510812, fl. 03), Auto de Exibição e Apreensão (Id. Num. 36510812, fl. 17) e Laudo de Constatação (Id. Num. 36510812, fls. 12-13), além do Laudo Pericial Definitivo (Id. Num. 36510825, fl. 02) ... A Defesa alega a inexistência do crime sustentando a tese da ineficácia absoluta do meio empregado, arguindo que invariavelmente o apelante seria submetido a passar pelo Body Scanner e, portanto, o crime nunca haveria de ser consumado. A par disso, nota-se que a lei é taxativa a respeito das hipóteses de crime impossível: este resta configurado em caso de inidoneidade do meio empregado ou impropriedade do objeto visado, hipótese



diversa da casuística posta. Por outro lado, ao contrário do que faz querer crer a Defesa, não há que se falar em crime impossível, uma vez que o crime é tido como de mera conduta, sendo o fato de alcançar ou não o intento de adentrar nas dependências do estabelecimento prisional trata-se de um mero exaurimento do tipo penal... Ora, excelências, seguramente, o juízo prolator da sentença se utilizou do critério de análise conjunta das provas, de modo lógico e racional, quando condenou os imputados como incurso nas penas do artigo 33, caput, c/c artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006. Por outro lado, da singela leitura do decisor vindicado, inferese que não há reparos a serem promovidos na dosimetria, a resposta penal entremostra-se a mais adequada possível ao caso. Não havendo, portanto, que se falar em alteração da pena já fixada... Destarte, não merece ser acolhido o pleito defensivo de aplicação do § 4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, posto que o Juízo a quo agiu de forma acertada e fundamentada ao negar o privilégio, ao coerente argumento de que “a quantidade e modo de acondicionamento dos entorpecentes, bem como pelo fato do réu ser reincidente (Proc. Nº 0500416-97.2016.805.0271) e já ter sido condenado em mais duas ações penais, com sentenças condenatórias transitadas em julgado, inclusive pelo delito de tráfico de entorpecente, conforme prova certidão de id nº 228824387, demonstram que o acusado se dedica às atividades criminosas ou integre organização criminosa”... Portanto, a dosagem das reprimendas se entremostra em perfeita consonância com as regras e princípios jurídicos orientadores de tal procedimento, devendo, pois, ser mantida em todos os seus termos. Ante as considerações suso expendidas, o opinativo desta Procuradoria de Justiça é pelo CONHECIMENTO dos Apelos interpostos e, no mérito, pelo IMPROVIMENTO.” 7. PREQUESTIONAMENTO Por fim, quanto ao pedido de prequestionamento arguido pelas partes, destaco que ao julgador não é imposta a apreciação de todas as normas, artigos e princípios suscitados pelas partes, mas apenas dos motivos que levaram à conclusão fundamentada e objetiva da controvérsia, sobretudo quando a abordagem das matérias propostas trouxeram manifestações implícitas e explícitas sobre as pretensas violações. 8. CONCLUSÃO Pelo quanto expendido, voto no sentido de CONHECER PARCIALMENTE DO APELO E, NESSA EXTENSÃO NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo-se os termos da sentença vergastada. Sala de Sessões, (data constante na certidão eletrônica de julgamento) Des. Relator (assinado eletronicamente) AC16