

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0538873-67.2018.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: Jose Anderson Santana da Silva

Advogado (s): ANTONIO GLORISMAN DOS SANTOS

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

Advogado (s):

07

ACORDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS EM DECORRÊNCIA DE SUPOSTA TORTURA. NÃO ACOLHIMENTO. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS NO SENTIDO DE QUE O ACUSADO RESISTIU À PRISÃO E FOI NECESSÁRIO O USO DA FORÇA. IRREGULARIDADES DO INQUÉRITO QUE NÃO CONTAMINAM A AÇÃO PENAL. NULIDADE DAS PROVAS EM RAZÃO DA SUPOSTA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO ACOLHIMENTO. PRÁTICA DE CRIME PERMANENTE. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PROVA TESTEMUNHAL E LAUDO PERICIAL QUE INDICAM O APELANTE COMO A PESSOA QUE MANTINHA EM DEPÓSITO OS ENTORPECENTES MACONHA E COCAÍNA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28, DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. LOCAL E CONDIÇÕES EM QUE SE DESENVOLVEU A AÇÃO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. CARACTERÍSTICAS TÍPICAS DA MERCÂNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. REVISÃO DE OFÍCIO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE QUE DEVE SER, NECESSARIAMENTE, VALORADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA, NOS TERMOS DO ART. 42, DA LEI 11.343/06. APLICAÇÃO DO ENTENDIMENTO FIRMADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

NO JULGAMENTO DO RESP N. N. 1.887.511/SP (DJE DE 1º/7/2021). READEQUAÇÃO DA PENA-BASE EM RAZÃO DO EFEITO DEVOLUTIVO DO RECURSO. MINORANTE DO § 4º, DO ART. 33, DA LEI 11.343/06. ACUSADO QUE PREENCHE OS REQUISITOS LEGAIS. CONCESSÃO PELO JUÍZO A QUO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3. REPRIMENDA DEFINITIVA MODIFICADA E SUBSTITUÍDA POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. SENTENÇA MANTIDA EM SEUS DEMAIS TERMOS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. PENA DEFINITIVA MODIFICADA EX OFFICIO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL nº 0538873-67.2018.8.05.0001, em que figura como apelante JOSÉ ANDERSON SANTANA DA SILVA, 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 o recurso e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO. Ex Officio, porém, promove-se o redimensionamento da pena-base e da reprimenda definitiva, mantendo-se os demais termos da sentença combatida, nos termos do voto do Relator.

Salvador, data registrada no sistema.

JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO
SUBSTITUTO DE SEGUNDO GRAU – RELATOR

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Improvido. Unânime.
Salvador, 19 de Maio de 2022.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0538873-67.2018.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: Jose Anderson Santana da Silva

Advogado (s): ANTONIO GLORISMAN DOS SANTOS

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

Advogado (s):

07

RELATÓRIO

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação, interposto por JOSÉ ANDERSON SANTANA DA SILVA, em face da sentença condenatória prolatada pelo Juízo da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA.

Narra a denúncia (ID 167946471 – PJE 1º grau) que:

“[...] no dia 07 de fevereiro de 2018, guarnição da RONDESP RMS, em ronda pela localidade de São Cristóvão, na Rua Nova Esperança, foi informada por populares a respeito das características de indivíduo que estava traficando entorpecentes na região. Os policiais prosseguiram com as rondas, encontrando José Anderson Santana da Silva, com as mesmas características relatadas pelos locais.

Ato contínuo, procedeu-se com a abordagem e busca pessoal no irrogado, encontrando-se com ele 06 (seis) pinos de cocaína. A guarnição foi até casa alugada pelo denunciado, com a entrada franqueada por este, encontrando na residência: 420 (quatrocentos e vinte) pinos de cocaína, 337 (trezentos e trinta e sete) trouxas de maconha, saco plástico contendo a mesma erva, um saco plástico contendo muitos pinos vazios, um brucutu na cor preta, a quantia de R\$ 52,00 (cinquenta e dois reais) e um aparelho celular da marca Samsung, conforme Auto de Exibição e Apreensão (fls. 08) [...]”

Por economia processual e em atenção ao princípio da duração razoável do processo, adoto, como próprio, o relatório da sentença, PJE 1º Grau, de ID 167946707, prolatada pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Tóxicos de Salvador/BA.

Ademais, acrescenta-se que finalizada a instrução processual, o Juízo a

quo julgou procedente a denúncia para condenar o réu, JOSE ANDERSON SANTANA DA SILVA, como incurso nas sanções previstas nos 33, caput, e § 4º, da Lei 11.343/2006.

Na dosimetria da pena, o juízo primevo fixou a pena-base em 5 anos de reclusão e em 500 dias-multa

Na segunda fase, não se percebeu agravantes ou atenuantes a serem consideradas.

Por fim, na terceira fase, não havendo causas de aumento, mas de diminuição de pena (§ 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006), tendo reduzido a pena aplicada em 1/3, face à quantidade de droga apreendida, bem como a sua nocividade. Desse modo, tornando definitiva a pena em 03 (três) anos e 4 (quatro) meses, em regime aberto, e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa.

Com fulcro no art. 44, do CP, o d. Juízo promoveu a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, que serão definidas pelo Juízo da Execução Penal.

Por fim, com supedâneo no art. 91, II, b, do CP, decretou o perdimento da quantia apreendida, à fl. 13, qual seja, o valor de R\$ 52,00 (cinquenta e dois reais).

Determinou, ainda, a restituição, ao réu, do aparelho celular de marca SAMSUNG, conforme auto de exibição e apreensão de fl. 13, vez que não restou provado que seja produto ou proveito do crime.

Inconformada com o r. decismum, a defesa interpôs recurso de apelação (ID nº 24608929), no qual sustenta a nulidade das provas obtidas por ocasião da prisão em flagrante delito.

Para tanto, aponta a suposta prática de tortura, coação física e ofensa ao direito constitucional à inviolabilidade de domicílio.

No mérito, aduz sobre ausência de provas suficientes à condenação pelo delito de tráfico de drogas.

Em doc. de ID nº 24608930 , o Ministério Público apresentou contrarrazões, nas quais requereu o conhecimento do recurso e, no mérito, o seu improvimento.

A Procuradoria de Justiça – ID nº 24608934 –, opinou pelo conhecimento e não provimento do apelo, a fim de que seja mantida incólume a sentença vergastada.

É o relatório que se submete à revisão do Douto Desembargador Revisor, nos termos do art. 613 do Código de Processo Penal.

Salvador, 18 de abril de 2022.

JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO
SUBSTITUTO DE SEGUNDO GRAU – RELATOR

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: Jose Anderson Santana da Silva

Advogado (s): ANTONIO GLORISMAN DOS SANTOS

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

Advogado (s):

07

VOTO

Vistos.

Em análise dos fólios, verifico que estão presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do recurso interposto. Em que pese o esforço argumentativo do apelante, constato que os elementos probatórios colhidos indicam que os fundamentos invocados em sede recursal carecem de respaldo fático e legal.

Passo ao enfrentamento das teses recursais.

I. DA AUSÊNCIA DE NULIDADES PROCESSUAIS. USO DA FORÇA POLICIAL JUSTIFICADO. AUSÊNCIA DE PROVAS DA SUPOSTA TORTURA. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO OCORRÊNCIA. PRESENÇA DE FUNDADAS RAZÕES. PRÁTICA DE CRIME PERMANENTE.

Inicialmente, a defesa sustenta que a ação penal se encontra eivada de nulidade absoluta, “porquanto se originou de ato ilícito, amplamente sustentado no decorrer do processo”.

O referido ato ilícito, segundo a tese defensiva, consiste no fato de o acusado ter sido agredido pelos policiais que efetivaram a sua prisão. A este respeito, mister declarar que todo e qualquer ato de tortura deve ser, de pronto, repudiado, visto que a dignidade da pessoa humana se constitui fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CRFB/88) e, portanto, deve ser objeto da proteção em todas as suas esferas.

Além da Carta Magna, a Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH, outrora já proclamava, em seu artigo 5º, que “ninguém será submetido à tortura nem a tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes”. Acerca das alegações recursais, o laudo de Exame de Lesões Corporais (ID 167946483) atestou que o acusado apresentava “escoriações sobre equimoses avermelhadas, de diversos tamanhos e formatos em regiões: frontal, coluna torácica e lombar esquerda”.

A ilustre perita, todavia, destacou que a lesão não provocou a incapacidade do réu para ocupações habituais, nem resultou em perigo de vida e nem debilidades permanentes de membro, sentido ou função (ID 167746484).

Lado outro, o policial militar, Sr. EVERTON LUIZ SANTOS MOTA, em juízo (ID 167946679), afirmou “que o acusado resistiu à prisão; que ele não queria entrar na viatura e foi necessário o uso da força”.

Nesse mesmo sentido, o PM PEDRO RIBERO FILHO, também em juízo (ID 167946680), declarou que “o acusado resistiu à prisão e foi necessário o uso da força para colocá-lo na viatura; que o réu ficou se batendo no fundo da viatura, querendo sair; que ele foi levado para a UPA porque, como foi usada força para contê-lo, era preciso ver se ele ficou com algum problema”.

Desse modo, é seguro afirmar, pelo coerente e hígido depoimento policial, que as lesões sofridas pelo acusado, cuja gravidade não significou perigo para sua vida ou mesmo incapacidade para o exercício de atividades habituais, foram decorrentes da ação policial para contê-lo na viatura, não havendo elementos nos autos que comprovem a prática da suposta tortura.

Ademais, eventuais irregularidades ocorridas na etapa pré-processual foram sanadas com a homologação do APF e com a conversão da prisão preventiva, não contaminando a ação penal.

De mais a mais, os referidos elementos não foram considerados pelo d. Juízo para a condenação do apelante, tendo o magistrado a quo afirmado:

“[...] Acerca da alegação de invalidade dos depoimentos obtidos na fase pré-processual, por conta da conclusão do laudo pericial, que atesta a existência de lesões no acusado, cumpre pontuar que não existe esta relação direta hábil a retirar o valor probatório dos depoimentos colhidos em Juízo. Podem servir, se comprovada, para retirar o valor de eventual confissão do réu, mas a questão fica prejudicada, porque este Juízo não irá valorar o depoimento do acusado, prestado na delegacia, para fins de condenação [...]”. (ID 167946707)

Assim, deixo de acolher a alegação de nulidade das provas, haja vista a existência de elementos seguros de que os policiais tão somente utilizaram da força para contenção do acusado.

Noutro rumo, não merece amparo a alegação de que a ação policial violou o art. 5º, XI, da CRFB/88.

Os elementos probatórios coligidos indicaram, como visto alhures, que os policiais militares, ao realizarem diligências, de maneira efetiva e oportuna, promoveram o ingresso na residência da apelante.

Tal ingresso forçado, diferentemente do quanto alegado pelo acusado, fora consubstanciado pela presença de fundadas suspeitas, já que diversas denúncias de populares indicavam pela possibilidade do comércio ilegal naquela área, notadamente, na residência da apelante.

É digno observar que a inviolabilidade de domicílio não constitui direito fundamental absoluto, de modo que o próprio texto constitucional aponta as hipóteses fáticas de sua relativização.

In casu, como o crime de que trata o art. 33, caput, da Lei nº

11.343/2006, é de natureza permanente, encontrava-se presente a situação de flagrância, com o que a ação policial não demandava prévia obtenção de mandado de busca, estando autorizados os agentes policiais ao ingresso na casa, inclusive sem autorização do morador.

Ademais, os elementos apreendidos, como a alta quantidade de entorpecente (ID 167946472, fls. 10) – cerca de quatrocentos e vinte pinos com cocaína e trezentos e trinta e sete trouxinhas de maconha –, confirmam a veracidade das denúncias realizadas anonimamente pelos populares. Tais circunstâncias amparam o ingresso dos agentes de segurança pública na residência da acusada e subsome-me à tese firmada pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral, vejamos:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616, Relator (a): Min. GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016) (g.n).

Portanto, entendo presentes as fundadas razões para o ingresso na residência da apelante, de sorte que inexiste fundamento jurídico para o reconhecimento da nulidade das provas obtidas.

II. DA AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. ART. 33, DA LEI Nº 11.343/2006. Em análise dos autos, vislumbro que o apelante, enfatiza a necessidade de sua absolvição, uma vez que inexistem indícios suficientes de autoria.

Aduz, ainda, que o arcabouço probatório não é suficiente para a condenação, devendo ser aplicado o princípio *in dubio pro reu*. Inicialmente, importa registrar que o crime de tráfico pode ser evidenciado por vários indícios, como a quantidade de drogas, sua forma de embalagem, a natureza da substância, como também pela prova testemunhal. Sendo um crime de atividade essencialmente clandestina, a prova flagrancial do comércio não se torna indispensável, desde que apontada sua ocorrência por outros meios de prova.

Nas palavras de Flávio Gomes:

"[...] A Lei estabeleceu uma série (enorme) de critérios para se descobrir se a droga destina-se (ou não) a consumo pessoal. São eles: natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente. [...] A quantidade de droga, por si só, não constitui, em regra, critério determinante. [...] Daí a necessidade de se valorar não apenas um critério (o quantitativo), senão todos os fixados na Lei. [...]" (Nova Lei de Drogas Comentada. São Paulo, RT, 2006, p. 132-133.)

A respeito das alegações recursais, é forçoso esclarecer, *ab initio*, que a materialidade delitiva se encontra demonstrada nos autos pelo Auto de Exibição e Apreensão (ID 167946472 – fls. 10), e pelo Laudo de Constatação Preliminar e Definitivo de ID 167946474, fls. 06, que comprovaram que a substância apreendida em poder do acusado tratar-se-ia do "tetrahydrocannabinol (THC), um dos princípios ativos do vegetal *cannabis sativa*" e, ainda "cocaína na forma alcaloidal, sólida". Acerca da autoria, a prova testemunhal autoriza o édito condenatório proferido, uma vez que corrobora os demais elementos que atestam a materialidade do delito.

Como dito acima, a testemunha, PM MARCOS SOUZA SANTANA declarou:

"[...] que se recorda do réu presente nesta assentada e de ter participado da diligência que resultou na prisão do mesmo; que estava em ronda de rotina; que a localidade do fato é conhecida como Iraque; que o acusado foi abordado em um bar enquanto jogava sinuca; que, ao avistar a guarnição, o acusado apresentou nervosismo e por esse motivo foi abordado; que no celular do acusado havia várias fotos mostrando paisagem de drogas, drogas embaladas, soltas e diversos materiais ilícitos; que os policiais passaram a fazer algumas perguntas ao acusado, que cada vez mais ficava nervoso e não sabia responder; que foi questionado sobre onde o acusado morava e este respondeu que era perto; que o acusado levou a guarnição até sua residência e permitiu o ingresso dos policiais; que o depoente localizou a droga no fundo da casa do acusado; que a droga estava escondida sob entulhos; que havia uma quantidade grande de droga; que tinha maconha e cocaína já embaladas para venda, também havia pinos vazios; que o depoente foi quem encontrou a droga; que a balaclava estava junto com o material narrado; que dentro da residência não foi encontrado material ilícito; que havia uma mulher dentro da residência; que para adentrar no quintal é preciso passar pela casa do acusado; que não conhecia o réu e nunca tinha ouvido falar e não teve informações sobre ele após o fato; que inicialmente o réu teria negado o fato, mas depois assumiu para que a esposa não fosse responsabilizada pela droga; que o réu inicialmente não resistiu á prisão e somente quando dentro de sua

residência após a localização da droga; que o réu se queixou de que a algema estava machucando; que depois desse local o réu apontou outra localidade, na Pitanguinha, onde foram encontrados pinos vazios e mais drogas; que não lembra a quantidade da droga; que depois o réu foi levado para a UPA; que o réu não foi reconhecido na Dt e não apurou a quanto tempo ele traficava e nem para quem (...) que no momento inicial da abordagem, o réu foi colaborativo com a polícia; que não disse ao delegado sobre essa droga encontrada em Pitanguinha, pois é função do Sgt fazer isso; que no fundo da casa do réu tinha um cerca bemalta de madeira; que não sabe quem tomou decisão de levar o réu para a Upa, destacando que cabe ao Sgt deliberar; que o réu assumiu que a droga era dele; (...) que não se recorda se o réu tinha alguma quantidade de droga na primeira abordagem enquanto estava em via pública; que o vizinho da frente da casa do réu, durante a diligência, saiu na porta e disse que já tinha alertado o réu que saísse dessa vida há muito tempo; que não obteve outras informações da vinculação do réu com o tráfico de drogas [...].

O PM EVERTON LUIZ SANTOS MOTA, em juízo, declarou que:

"[...] que se recorda do réu presente nesta assentada; que se a diligência se deu em frente a Ceasa em um conjunto Minha Casa Minha Vida sentido Simões Filho; que foi feita a abordagem; que, salvo engano, o réu estava em um bar jogando sinuca; que não se recorda se foi encontrada alguma coisa com o réu quando ele estava no bar; que foram abordadas outras pessoas; que durante a abordagem, o réu informou sobre ter droga em algum lugar; que os policiais foram até o local indicado a partir da indicação do réu; que tinha uma mulher na casa; que o réu e a mulher permitiram o ingresso da polícia na casa; que no fundo da casa, a polícia encontrou droga em quantidade grande; que estava acondicionada para venda; que havia embalagem; que não lembra a quantidade e os tipos; que havia brucutu; (...) que o acusado resistiu à prisão; que ele não queria entrar na viatura e foi necessário o uso da força; que depois de encontrar a droga, o réu disse que tinha uma outra casa, salvo engano, em Pitanguinha, onde haveria mais droga; que os policiais foram até lá, mas não encontraram nada; que o réu foi levado até a Upa em decorrência da resistência à abordagem; que não conhecia o acusado, e posteriormente não o viu mais; que não se recorda da apreensão de dinheiro. (...) que a droga estava no fundo de uma casa ou na varanda; que não foi o responsável pela apreensão da droga; (...) que a diligência se decorreu de rondas ostensivas; que as pessoas que estavam no bar foram revistadas [...].

Nesse passo, o PM PEDRO RIBEIRO FILHO declarou que:

"[...] que se recorda do réu presente nesta assentada; que se recorda vagamente da diligência; que a localidade do fato é conhecida como Iraque; que estava em ronda de rotina; que encontraram o réu dentro de um bar; que o réu aparentava estar nervoso e possuía um celular, o qual tinha várias fotos tiradas da própria câmera do aparelho que revelavam paisagem de drogas; que se deslocaram até a residência do acusado; que a esposa do acusado estava dentro da residência e permitiu a entrada da polícia; que no fundo do quintal, a polícia encontrou maconha e cocaína; que a maconha estava embalada para venda e alguns pinos de cocaína já acondicionados para venda; que havia uma parte da droga para ser embalada junto do restante do material ilícito; que não foi encontrado dinheiro; que o réu

resistiu a prisão e foi necessário uso da força para colocá-lo na viatura; que o réu ficou se batendo no fundo da viatura, querendo sair; que ele foi levado para a UPA porque, como foi usada força para contê-lo, era preciso ver se ele ficou com algum problema; que na UPA ficou constatado que ele tinha escoriações e ele foi liberado; que não se recorda se o acusado estivesse fazendo uso de drogas no bar; que nunca tinha visto o réu; que não mais o viu posteriormente ao fato; que não se recorda de ter recebido nenhuma informação sobre se o réu já era envolvido como tráfico; que não se recorda se a esposa do acusado teria acompanhado a busca no local; que o acesso ao local onde estava a droga é por um portão lateral da casa do réu. (...) que não relatou o fato do celular para o Delegado porque não foi perguntado; que não sabe se o aparelho foi periciado; que o réu foi preso sozinho; que nas imediações do bar, havia outras pessoas; que não se recorda, mas acha que o quintal da casa do réu é cercado com cerca de palete; que, ou seja, grades de madeira; (...) que todas as pessoas que estavam no bar foram abordadas; que em virtude do nervosismo do réu com a presença policial, o celular dele foi analisado; que a área é muito minada pelo tráfico de drogas; que o réu, quando questionado sobre as fotos, mesmo sabendo que os policiais já tinham visto que elas foram tiradas da própria câmera do celular, continuou dizendo que eram fotos de grupo; que o próprio réu apontou onde era sua residência; que o réu não colaborou na localização da droga no quintal e levou os policiais até sua residência, pois acreditou que a polícia não encontraria, já que os entorpecentes estavam cobertos com vários entulhos no quintal; que não viu o momento de localização do entorpecente, mas viu seus colegas saindo do quintal com as drogas [...]"

Mesmo diante do relato policial e da prova documental, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, o acusado, JOSÉ ANDERSON SANTANA DA SILVA negou a prática delitiva.

Apesar da negativa de autoria, as provas coligidas apontam, à saciedade, a autoria do delito previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, não havendo que se falar em dúvida razoável, uma vez incontestes os elementos de prova.

Como transcrito acima, todos os agentes da polícia confirmam a conduta delitiva do réu, sabendo-se que as declarações emanadas pelos agentes públicos, no exercício da função, são dotadas de presunção relativa de legitimidade, por isso, não existindo elementos concretos em sentido contrário nos autos, tem-se que a prova produzida é uníssona quanto à autoria delitiva.

É importante destacar que os depoimentos prestados pelos policiais também são válidos para fundamentar um decreto condenatório. Nesta linha, leciona Julio Fabbrini Mirabete:

"[...] não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha. Realmente, o depoimento de policial só não tem valor quando se demonstra ter interesse na investigação e não encontra sustentação alguma em outros elementos probatórios." (Processo Penal. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 306). (g.n.)

Vale destacar, neste sentido, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é assente no sentido de que:

“[...] é válida a prova constante em depoimento policial, pois a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. (...) “os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante constituem prova idônea, como a de qualquer outra testemunha que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestados em juízo, sob o crivo do contraditório, aliado ao fato de estarem em consonância com o conjunto probatório dos autos.” (RTJ 68/64) (g.n.)

De mais a mais, as alegações do acusado, quando em cotejo com os elementos de prova no processo, se apresentam inverossímeis e, então, indignas para elidir a presunção de veracidade das afirmações emanadas pelos agentes públicos no exercício das funções.

Portanto, inexistente fundamento jurídico para a absolvição do acusado, sendo legítima a sua condenação, pois comprovado que “guardava/trazia consigo” substâncias ilícitas.

III. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA O ART. 28, DA LEI 11.343/2006.

Noutro rumo, a pretendida desclassificação do delito previsto no art. 33, para o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006 é pleito que não merece acolhimento.

A este respeito, impende registrar que o art. 28, da Lei 11.343/2006, consagra a figura do porte de entorpecentes para consumo pessoal, constituindo uma das principais alterações promovidas pelo legislador acerca da política criminal relativa ao usuário de drogas, haja vista a modificação implementada no preceito secundário do tipo, notadamente, com a exclusão da pena privativa de liberdade, in verbis:

Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. [...]

Trata-se de crime de perigo abstrato ou presumido, pois dispensa a comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado pela norma penal.

Além disso, o delito é punido exclusivamente a título doloso e depende da configuração do elemento subjetivo especial, qual seja, o consumo pessoal.

Nessa esteira,

Renato Brasileiro de Lima (LIMA, Renato Brasileiro de. Legislação criminal especial comentada: volume único. 4ª ed. Rev. Atual. Amp. – Salvador, Juspodvim, 2016, pag. 708) aponta que: [...] é de todo relevante aferir se a droga era destinada ao consumo pessoal do agente ou se, do contrário, sua finalidade era fomentar o uso da substância entorpecente entre terceiros. Portanto, além do dolo, que pressupõe a consciência e vontade de, por exemplo, trazer consigo a droga, o tipo penal sob comento também faz referência a uma intenção especial do agente: “para consumo pessoal”. (grifo nosso). Diferentemente, o art. 33, da Lei 11.343/2006, que pune a traficância e dispõe sobre uma série de condutas típicas ligadas ao comércio e à movimentação das drogas, é delito congruente e esgota o seu tipo subjetivo no dolo, razão pela qual é desnecessário qualquer elemento subjetivo adicional, tal como o fim de traficar ou comercializar. Vejamos o que dispõe a Lei: Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Tem-se, portanto, que apenas para a configuração do delito disposto no art. 28, a lei exige a necessidade de elemento subjetivo especial, notadamente, o consumo pessoal. Para a devida distinção no caso concreto, faz-se mister percorrer o caminho traçado pelo próprio legislador, sobretudo, para salvaguardar o princípio penal da legalidade. Nesse passo, para se distinguir adequadamente se a conduta do agente se subsume ao art. 33 ou ao art. 28 da Lei 11.343/2006, é necessária a observância pelo juiz: 1) da natureza da droga; 2) da quantidade de substância apreendida; 3) do local e das condições em que se desenvolveu a ação; 4) das circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. É o que dispõe o § 2º, do art. 28, vejamos: § 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. A respeito da natureza e quantidade do entorpecente, em posse do acusado, foi apreendida a quantidade cerca de 420 (quatrocentos e vinte) pinos com cocaína e 337 (trezentos e trinta e sete) trouxinhas de maconha, quantidade considerável para um mero usuário do entorpecente. Com efeito, ficou nítido no depoimento das testemunhas policiais que o local onde se desenvolveu a ação, não raro, é destinado ao comércio ilícito de entorpecentes. Não se pode olvidar, ainda, que para a caracterização do crime previsto no art. 33, não se mostra imprescindível que os acusados se encontrem na efetiva venda de substâncias ilícitas, posto que o tipo penal se consuma com a prática de qualquer uma das condutas estampadas no tipo. É firme também a jurisprudência do TJ/BA

quanto à impossibilidade de desclassificação do delito do art. 33 para o previsto no art. 28, da Lei 11.343/2006, quando as circunstâncias do caso concreto não guardem sintonia com o disposto no § 2º, do referido diploma normativo, vejamos:

APELAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA POR CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, "CAPUT", DA LEI Nº 11.343/06)– RECURSO DEFENSIVO REQUERENDO ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – PLEITO SUBSIDIÁRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA PREVISTA NO ART. 28 DO MESMO DIPLOMA (PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL) – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – VALIDADE DOS DEPOSITOS DOS POLICIAIS – DESCLASSIFICAÇÃO INVIÁVEL – CONDENÇÃO DE RIGOR – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Sentença que julga procedente a pretensão punitiva para condenar o Réu como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, fixando-lhe pena definitiva de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, além de 166 (cento e sessenta e seis) dias–multa, no valor mínimo legal, concedendo o direito de recorrer em liberdade. II – Recurso da Defesa requerendo absolvição por falta de provas de que a droga pertencia ao Apelante, bem assim de que a substância apreendida fosse destinada ao tráfico. Em caráter subsidiário, requer a desclassificação da conduta para porte de droga para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/06). III – Materialidade e autoria comprovadas, de forma indubitosa, pelas provas coligidas, como atestam o Auto de Prisão em Flagrante de fls. 05/12, Auto de Exibição e Apreensão de fls. 13, Laudo Preliminar de fls. 40 e Laudo Definitivo de fls. 41, bem assim pelos depoimentos testemunhais colhidos, tanto na fase de Inquérito quanto ao longo da instrução (fls. 57, fls. 58 e fls. 59). IV – Pleito desclassificatório de inviável acolhimento, posto que as circunstâncias não guardam sintonia com o disposto no § 2º, do art. 28, da Lei Antidrogas, a exemplo da quantidade da droga apreendida, como, também, a maneira com que embalada, distribuída em várias porções individuais, evidenciando que a substância entorpecente não se destinava a mero consumo pessoal. V – O crime de tráfico não reclama, para sua configuração, o ato de venda da substância ilícita, eis que o núcleo do tipo do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, abarca ações múltiplas, tais como "transportar", "trazer consigo", "guardar" e "manter em depósito", de modo que a só realização de uma delas já é suficiente para comportar a condenação. VI – Condenação de rigor. Penas-base fixadas no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias–multa, mantidas, na segunda etapa, em face da inexistência de circunstâncias que implicassem modificação. Em seguida, considerando que o Réu atendia aos requisitos para concessão do benefício previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, foi efetuada a redução das reprimendas na fração máxima de 2/3 (dois) terços, restando, portanto, definitivas, em desfavor de ERIVELTON DOS SANTOS DIAS, penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, além de 166 (cento e sessenta e seis) dias–multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo, assegurando-lhe, ainda, a substituição da sanção corporal na forma do art. 44 do CP. VII – Parecer da Procuradoria de Justiça pelo improvimento do Apelo. VIII – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (Apelação nº 0501575-12.2016.8.05.0001, Relator: Pedro Augusto Costa Guerra, 1ª Câmara Criminal – 2ª Turma, Publicação em: 20/03/2019).

Portanto, considerando a natureza, a quantidade, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, inexistem razões que aparem a desclassificação do delito para o previsto no art. 28, da Lei 11.343/2006, de sorte que em nosso entender, agiu com acerto o juízo a quo.

IV. DA DOSIMETRIA DA PENA.

Na dosimetria da pena, o juízo primevo fixou a pena-base no mínimo legal, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase, não considerou agravantes ou atenuantes. Por fim, na terceira fase, não havendo causas de aumento, mas de diminuição de pena, reduziu a pena aplicada em 1/3, face à quantidade de droga apreendida, bem como a sua nocividade.

Desse modo, tornou definitiva a pena em 03 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa.

Com fulcro no art. 44, do CP, o d. Juízo promoveu a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, que serão definidas pelo Juízo da Execução.

Em análise da peça recursal, observo que a defesa requereu a reforma da sentença, a fim de que seja aplicada a redução máxima, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, notadamente, a fração de 2/3.

O acolhimento do pleito é medida que se impõe, porém, não pelos argumentos expostos pelo recorrente, uma vez que encontram óbice na própria redação do art. 42, da Lei 11.343/06.

Com efeito, sabe-se que o § 4º do art. 33, da Lei 11.343/2006, prevê a figura do “traficante privilegiado”, também denominada de “traficância eventual” e possui a natureza jurídica de causa de diminuição de pena a ser aplicada na terceira fase da dosimetria da pena.

Tal benesse serve, portanto, “como fator de distinção entre os neófitos e os criminosos contumazes, que representam maior periculosidade social” (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III – 11. ed, Niterói, RJ: Impetus, 2014, pág. 275).

Assim estabelece o texto legal:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (g.n.).

Da leitura do texto normativo, infere-se que para ter direito à aludida minorante é necessário o preenchimento de quatro requisitos: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) não dedicação a atividades criminosas; e d) não integração à organização criminosa.

A jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça é uníssona quanto a necessidade de preenchimento de todos dos requisitos, de forma cumulativa, pelo réu, para que este faça jus à benesse. É o que dispõe a seguinte Tese:

“A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas só pode ser aplicada se todos os requisitos, cumulativamente, estiverem presentes”.

(Vide HC 320278/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, Julgado em 01/09/2015, DJE 15/09/2015; HC 326462/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Julgado em 25/08/2015, DJE 11/09/2015).

In casu, a concessão da minorante é impositiva, pois eventual afastamento implicaria em inegável reformatio in pejus, já que após a sua concessão pelo juízo primevo, o parquet, órgão constitucionalmente legitimado, não apresentou recurso no prazo de lei.

Discute-se, assim, o quantum devido à minorante, que segundo a Lei, deve variar entre 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) e, segundo a jurisprudência consagrada, a aplicação em fração diversa ao quantum máximo exige fundamentação concreta (vide STJ – REsp: 1850687 PA 2019/0353836–7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 02/06/2020, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/06/2020).

Com efeito, por expressa previsão legal, nos termos do art. 42, da Lei 11.343/06, “O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. Em recente posicionamento, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. n. 1.887.511/SP (DJe de 1º/7/2021), promoveu a uniformização do entendimento de que a “natureza e a quantidade da substância entorpecente” devem, necessariamente, ser valoradas na primeira etapa do cálculo dosimétrico.

Segundo o entendimento da Corte, a leitura do art. 42, da Lei 11.343/06, não permite ao julgador o uso da discricionariedade para promover a transferência de tais vetores para etapas posteriores. É o que se extrai da leitura dos seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PRESUNÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO. ERESP N. 1.916.596/SP. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, no exercício de discricionariedade vinculada, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao quantum ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador. 2. Os requisitos específicos para reconhecimento do tráfico privilegiado estão expressamente previstos no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a saber, que o beneficiário seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. 3. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp n. n. 1.887.511/SP (DJe de 1º/7/2021), partindo da premissa fixada na Tese n. 712 do STF, uniformizou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria, para modulação da pena-base. 4. Configura constrangimento ilegal o afastamento do tráfico privilegiado por presunção de que o agente se dedica a atividades criminosas ou pertence a organização criminosa, derivada unicamente da análise da natureza ou quantidade de drogas apreendidas; da mesma maneira, configura constrangimento ilegal a redução da fração de diminuição de pena por esse mesmo e único motivo. 5. Agravo regimental desprovido.

(STJ – AgRg no HC: 686210 SP 2021/0254998–0, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 29/03/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/04/2022)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA.

CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE A SER NECESSARIAMENTE OBSERVADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO OU MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO TOLERÂNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL. CONFISÃO INFORMAL. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE OCUPAÇÃO LÍCITA. APREENSÃO EM PONTO DE TRÁFICO. INDEVIDA PRESUNÇÃO DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 3. O tratamento legal conferido ao crime de tráfico de drogas traz peculiaridades a serem observadas nas condenações respectivas; a natureza desse crime de perigo abstrato, que tutela o bem jurídico saúde pública, fez com que o legislador elegeisse dois elementos específicos necessariamente presentes no quadro jurídico-probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria. 4. O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual. 5. No julgamento do RE n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral (Tese n. 712), o STF fixou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes não podem ser utilizadas em duas fases da dosimetria da pena. 6. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp n. n. 1.887.511/SP (DJe de 1º/7/2021), partindo da premissa fixada na Tese n. 712 do STF, uniformizou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria, para modulação da pena-base. 7. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise dos vetores "natureza e quantidade de drogas apreendidas" para etapas posteriores, já que erigidos ao status de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual. 8. Apenas circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, podem ser utilizadas para modulação da fração de diminuição de pena do tráfico privilegiado, desde que não utilizadas para fixação da pena-base. 9. Configura constrangimento ilegal o afastamento do tráfico privilegiado por presunção de que o agente se dedica a atividades criminosas, derivada unicamente da análise da natureza ou quantidade de drogas apreendidas; da mesma maneira, configura constrangimento ilegal a redução da fração de diminuição de pena por esse mesmo e único motivo. 10. O desemprego ou ausência de comprovação de exercício de ocupação lícita não implicam presunção de dedicação à narcotraficância (HC 665.401/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 16/6/2021). 11. Confissão que relata ingresso recente na atividade de tráfico de drogas é motivo para concessão do tráfico privilegiado, e não para o seu afastamento. 12. "A apreensão de drogas e dinheiro em local conhecido como ponto de tráfico são elementos inerentes ao próprio tipo penal" (AgRg no HC n. 577.528/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 3/9/2020), não podendo ser considerada como demonstração de exercício de traficância habitual. 13. Agravo regimental desprovido.

(STJ – AgRg no HC: 580641 SP 2020/0111115–5, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 05/10/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/10/2021)

Na hipótese sub judice, o d. Juízo fixou a pena-base no mínimo legal e transferiu a vetorial do art. 42, da Lei 11.343/06 para a terceira fase da dosimetria ao aplicar a minorante do § 4º, do art. 33, tão somente na fração de 1/3, com fulcro na “quantidade” e “nocividade” da droga apreendida.

Assim, considerando o entendimento da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. n. 1.887.511/SP (DJe de 1º/7/2021) e, ainda, considerando o efeito devolutivo da apelação, que permite ao julgador a modificação da fundamentação empregada na sentença, mesmo em recurso exclusivo da defesa, desde que não haja agravamento da reprimenda (vide AgRg no AREsp 1918068/MG, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 04/11/2021), entendo que a vetorial atinente à quantidade de entorpecente deve ser utilizada para a exasperação da pena-base, com a posterior aplicação da redução de 2/3, na terceira fase do cálculo dosimétrico.

Com efeito, registro que a quantidade de entorpecente, para fins de aplicação do art. 42, da Lei de Drogas, é realmente considerável, haja vista a apreensão, na posse do apelante, de 2.119,20g da substância popularmente conhecida como maconha e cerca de 260,60g de cocaína. Assim, de ofício, transfiro a vetorial da quantidade de entorpecente para a primeira fase da dosimetria, na forma do art. 42, e fixo a reprimenda inicial em 06 anos e 03 meses de reclusão e pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco dias-multa, nos demais termos da sentença condenatória. Na segunda fase, não há agravantes ou atenuantes.

Por fim, na terceira fase, não havendo causas de aumento, mas de diminuição de pena, reduzo a pena aplicada em 2/3, ante a ausência de outros elementos que importem a fixação de quantum inferior.

Assim, estabeleço a pena definitiva em 02 anos e um mês de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 208 dias-multa, mantida a substituição da pena privativa de liberdade, realizada pelo Juízo a quo, por duas restritivas de direitos, que serão definidas pelo Juízo da Execução, nos termos do art. 44, do CP.

V. DA CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto pelo CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO, porém, ex officio promovo a readequação das penas-base e definitiva, em atenção ao entendimento da Terceira Seção, do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. n. 1.887.511/SP (DJe de 1º/7/2021).

Diante disso, pela prática do tipo previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, com aplicação da minorante do § 4º, do aludido dispositivo, na fração de 2/3, fica o apelante, JOSE ANDERSON SANTANA DA SILVA, condenado à pena de 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 208 dias-multa, mantida a substituição da pena privativa de liberdade, realizada pelo Juízo a quo, por duas restritivas de direitos, que serão definidas pelo Juízo da Execução, nos termos do art. 44, do CP.

Salvador, data registrada no sistema.

JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO

SUBSTITUTO DE SEGUNDO GRAU – RELATOR

