

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Apelação n.º 0529556-84.2014.8.05.0001 – Comarca de Salvador/BA  
Apelante: Franklin dos Santos Soares  
Defensora Pública: Dra. Flávia de Menezes Teles Araújo  
Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia  
Promotora de Justiça: Dra. Juçara Azevedo de Carvalho  
Origem: 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA  
Procurador de Justiça: Dr. Rômulo de Andrade Moreira  
Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006). ÉDITO CONDENATÓRIO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. INALBERGAMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS EVIDENCIADAS DE FORMA INEQUÍVOCA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. DOSIMETRIA DAS PENAS. PEDIDO de FIXAÇÃO DAS REPRIMENDAS BASILARES NO MÍNIMO LEGAL. INACOLHIMENTO. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. MANTIDAS AS SANÇÕES FINAIS. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO NON REFORMATIO IN PEJUS. APELO CONHECIDO e IMPROVIDO, mantendo-se os termos da sentença vergastada.

I – Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Franklin dos Santos Soares, assistido pela Defensoria Pública do Estado da Bahia, insurgindo-se contra a sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou às penas de 04 (quatro) anos, 08 (oito) meses e 07 (sete) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 468 (quatrocentos e sessenta e oito) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade.

II – Narra a exordial acusatória (ID. 177895479, PJe 1º Grau), in verbis, que “[...] na data de 12 de abril de 2014, por volta das 21:40 h, na Rua José Tibério, em Boa Vista de São Caetano, neste município, o ora Denunciado, foi preso em flagrante delito por ter adquirido, por trazer consigo e transportar, substância entorpecente destinada ao consumo de terceiros, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. [...] no dia dos fatos, Policiais Militares estavam fazendo ronda na localidade acima indicada quando observaram dois indivíduos em atitude suspeita em uma motocicleta CG 125 FAN, cor verde, de placa policial JPY-7684, o que ensejou abordagem e revista pessoal, ocasião em que logrou-se encontrar em poder do denunciado Franklin dos Santos Soares, 47 (quarenta e sete) pedras de crack, além da importância de R\$89,90 (oitenta e nove reais e noventa centavos). Em poder de Felipe dos Santos Soares houve a apreensão de um celular e da quantia de R\$102,00 (cento e dois reais). A droga encontrada em poder do Denunciado, especificamente dentro da cueca que trajava, foi devidamente apreendida, [...] Aos policiais, o Denunciado informou que a droga era de sua propriedade e era destinada à venda na localidade do Largo do Tanque, Avenida San Martin, tendo excluído a participação do conduzido Felipe dos Santos Soares. O Denunciado, em interrogatório policial, confirmou a conduta delitiva e informou que comprou a droga por duzentos reais na localidade conhecida como Lajinha, ao tempo em que também informou ser usuário de cocaína.

[...].”.

III – Em suas razões de inconformismo, em apertada síntese, postula o Apelante a absolvição por fragilidade probatória, em atenção ao princípio in dubio pro reo; subsidiariamente, a fixação das penas-base no mínimo legal.

IV – O pleito absolutório não merece acolhimento. A materialidade e a autoria delitivas restaram suficientemente comprovadas no conjunto probatório (PJe 1º Grau), merecendo destaque o Auto de Exibição e Apreensão (ID. 177895481, pág. 16); os Laudos de Constatação (ID. 177895479, pág. 04) e Pericial Toxicológico Definitivo (ID. 177895971), nos quais se verifica que os entorpecentes apreendidos se tratavam de 41,20g (quarenta e um gramas e vinte centigramas) de benzoilmetilecgonina (cocaína), na forma de pedras de “crack”, substância de uso proscrito no Brasil; além do depoimento judicial do SD/PM Rafahel Carneiro Macêdo, um dos responsáveis pela prisão em flagrante do ora Recorrente, transcrito no édito condenatório.

V – Apesar das alegações formuladas pela Defesa e de o SD/PM Francisco Carvalho Rios Junior não ter se recordado dos fatos em audiência instrutória, é certo que o relato apresentado pelo policial Rafahel se mostra sólido e coerente, esclarecendo como se deu a abordagem, bem assim que a droga foi encontrada nas partes íntimas do Réu, narrativa que guarda consonância com os depoimentos colhidos em sede investigativa (ID. 177895481, págs. 03/05, PJe 1º Grau), inclusive com a própria confissão extrajudicial do Apelante, o qual, embora tenha se reservado ao direito de permanecer silente em Juízo (ID. 177896073, PJe 1º Grau), afirmou perante a Autoridade Policial que estava na posse do entorpecente apreendido, comprado por R\$ 200,00 (duzentos reais) na localidade conhecida como “Laginha” (ID. 177895481, págs. 06/07), PJe 1º Grau).

VI – Logo, não se vislumbra, na espécie, nenhum indício de que o agente estatal tenha prestado depoimento falso a respeito dos fatos, com intenção de prejudicar o Sentenciado, sendo certo que eventuais discrepâncias porventura existentes entre os relatos prestados em sede judicial e inquisitiva, mas que não gravitam sobre a essência do ato delituoso, não têm o condão de infirmar a credibilidade de suas palavras e a higidez do conjunto probante, já que decorrentes do desgaste da memória com o passar do tempo ou do atendimento diário de ocorrências das mais diversas naturezas. Registre-se que a simples qualidade de policial não afasta a credibilidade do depoimento por ele veiculado, mormente quando se apresenta coeso e harmônico com os demais elementos e circunstâncias colhidos dos autos, e quando oferecido em Juízo, sendo oportunizado o contraditório, como se deu no presente caso.

VII – Outrossim, não há nenhuma irregularidade na leitura da denúncia antes da oitiva de testemunha, como faz crer a Defesa, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça “possui entendimento segundo o qual inexiste proibição legal da leitura da denúncia antes da oitiva de testemunha, de forma que, ausente comprovação de efetivo prejuízo para a parte, não há falar em nulidade processual” (AgRg no HC n. 712.423/GO, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 8/3/2022, DJe de 14/3/2022.).

VIII – Com efeito, vale lembrar que, para a configuração do crime de tráfico de drogas, 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 dos psicotrópicos. O tipo

penal contido no art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, é crime permanente, de ação múltipla e de mera conduta, sendo 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.

IX – In casu, a quantidade e natureza da droga apreendida, qual seja, 41,20g (quarenta e um gramas e vinte centigramas) de cocaína; a forma em que estava fracionada e acondicionada, em 47 (quarenta e sete) pedras de “crack”; o fato de também ter sido encontrado dinheiro em poder do flagranteado, sem comprovação da origem; além de o acusado ter informado aos policiais, quando abordado em local tido como de tráfico de drogas, que o psicotrópico era destinado à venda, já tendo passagem por crime da mesma natureza, não deixam dúvidas da destinação comercial dos entorpecentes. Por conseguinte, na hipótese vertente, as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção que concluem pelo acerto da condenação pelo crime previsto no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, não havendo, portanto, que se falar em absolvição.

X – Relativamente ao pleito de reforma da dosimetria das penas, razão não assiste à Defesa. Na primeira fase, após análise das circunstâncias judiciais e preponderantes (art. 59 do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/06), a Magistrada a quo reputou como desfavoráveis os antecedentes criminais, fixando as penas-base em 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, além de 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias-multa, no valor unitário mínimo. Acerca da valoração negativa dos antecedentes criminais, ponderou a Juíza de primeira instância que “o réu possui condenação, transitada em julgado em 16/08/2018, perante o Juízo da 1ª Vara de Tóxicos, por crime de mesma natureza, restando observado a sua conduta voltada à prática de atividades ilícitas, bem como uma condenação pela prática de roubo perante a 12ª Vara Criminal.”.

XI – No que se refere à condenação pela prática de roubo na ação penal nº sob o n. 0532634-13.2019.8.05.0001, que tramitou perante a 12ª Vara Criminal de Salvador, tal não é hábil a caracterizar Maus Antecedentes, pois, além de o delito ter ocorrido posteriormente ao ora em apreço, a própria Magistrada a quo sinalizou que o feito ainda se encontrava em fase recursal no momento de prolação da sentença, sendo certo que a Súmula 444 do STJ veda a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar as penas-base. Lado outro, o processo que tramitou na 1ª Vara de Tóxicos da Capital, sob o n. 0397972-25.2013.8.05.0001, de fato, na linha da jurisprudência do STJ (HC n. 337.068/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 28/6/2016), é apto a configurar Maus Antecedentes, uma vez que o crime nele apurado foi perpetrado no ano de 2013 e, portanto, anteriormente à prática delitiva ora em exame, tendo ocorrido o trânsito em julgado da condenação no curso do presente feito, em 2018.

XII – Assim, existindo motivação idônea para reputar como desfavoráveis os antecedentes criminais, afigura-se inviável albergar o pleito defensivo para aplicação das penas-base no patamar mínimo. Ademais, constata-se que o incremento realizado pela Sentenciante em razão da presença de uma circunstância judicial negativa foi de 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 62 (sessenta e dois) dias-multa, e, portanto, razoável, tendo em vista que a jurisprudência autoriza a elevação da pena por cada vetor desfavorável no patamar de 1/8 do intervalo entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas, não havendo qualquer reparo a ser feito, nesse ponto, em sede de recurso exclusivo da defesa.

XIII – Já na etapa intermediária, ausentes circunstâncias agravantes, a Juíza de 1º grau não reconheceu, acertadamente, a atenuante da menoridade

relativa, uma vez que o Réu possuía mais de 21 (vinte e um) anos à época do fato (nascido em 07/06/1992 – ID. 177896073, PJe 1º Grau), atenuando, de outra banda, as sanções em 1/6 (um sexto), em razão da utilização da confissão extrajudicial para fundamentar a sentença, passando a dosá-las em 04 (quatro) anos, 08 (oito) meses e 07 (sete) dias de reclusão, além de 468 (quatrocentos e sessenta e oito) dias-multa, no valor unitário mínimo. Nesse quesito, imperioso consignar que, a teor da Súmula 231 da Corte Superior de Justiça, “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”, entendimento este reafirmado pelo Pretório Excelso, em sede de Repercussão Geral, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 597.270/RS, de maneira a vincular as decisões dos Tribunais inferiores. Ocorre que, embora no presente caso, em inobservância aos aludidos precedentes, as penas tenham sido estabelecidas, na segunda fase, aquém do mínimo legal, por conta da incidência de atenuante genérica, considerando que não houve irresignação do Ministério Público a esse respeito, mister referendar a operação realizada em atenção ao princípio non reformatio in pejus.

XIV – Avançando à terceira fase, a Sentenciante afastou a aplicação do redutor do tráfico privilegiado, expondo a seguinte motivação (ID. 177896088, págs. 05, PJe 1º Grau): “O réu não faz jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, posto que, conforme antes pontuado, o mesmo demonstrou possuir reiteração na prática de atividades criminosas, sobretudo o tráfico de drogas, face possuir condenação com trânsito em julgado”. É sabido que a incidência da causa especial de diminuição de pena disciplinada no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa.

XV – Na hipótese em lume, observa-se que a incidência do aludido redutor foi devidamente afastada, uma vez que, conforme já esboçado, o Réu possui maus antecedentes, fato que, por si só, torna incabível a aplicação da minorante do tráfico privilegiado por expressa disposição legal. Pertinente observar, nesse aspecto, que a orientação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a utilização dos maus antecedentes na primeira e terceira fases do cálculo dosimétrico não configura bis in idem. Logo, não havendo causas de aumento ou diminuição, ficam ratificadas como definitivas as penas de 04 (quatro) anos, 08 (oito) meses e 07 (sete) dias de reclusão, além de 468 (quatrocentos e sessenta e oito) dias-multa, no valor unitário mínimo. A sanção corporal deve ser cumprida em regime inicial semiaberto, consoante fixado pela Magistrada singular, na esteira no art. 33, § 2º, b, do Código Penal (pena maior do que 04 e que não excede a 08 anos), competindo ao Juízo da Execução proceder à detração penal.

XVI – Finalmente, a Juíza de origem explicitou a inaplicabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que a sanção foi fixada em patamar superior a 04 (quatro) anos, não preenchendo, assim, o Réu requisito objetivo previsto no art. 44 do Código Penal; concedendo-lhe, ao final, o direito de recorrer em liberdade, de maneira a não carecer o decurso de nenhum reparo.

XVII – Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e improvemento do Apelo.

XVIII – APELO CONHECIDO e IMPROVIDO, mantendo-se os termos da sentença vergastada.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 0529556-84.2014.8.05.0001, provenientes da Comarca de Salvador/BA, em que figuram, como Apelante, Franklin dos Santos Soares, e, como Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Colenda Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em conhecer e NEGAR PROVIMENTO ao Apelo, mantendo-se os termos da sentença vergastada, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto da Desembargadora Relatora.

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e não provido Por Unanimidade  
Salvador, 13 de Setembro de 2022.

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Apelação n.º 0529556-84.2014.8.05.0001 – Comarca de Salvador/BA  
Apelante: Franklin dos Santos Soares  
Defensora Pública: Dra. Flávia de Menezes Teles Araújo  
Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia  
Promotora de Justiça: Dra. Juçara Azevedo de Carvalho  
Origem: 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA  
Procurador de Justiça: Dr. Rômulo de Andrade Moreira  
Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Franklin dos Santos Soares, assistido pela Defensoria Pública do Estado da Bahia, insurgindo-se contra a sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou às penas de 04 (quatro) anos, 08 (oito) meses e 07 (sete) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 468 (quatrocentos e sessenta e oito) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº

11.343/2006, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Digno de registro que o feito foi distribuído a este Gabinete, constando a informação da existência de prevenção em relação aos autos do Habeas Corpus sob o n.º 0011490-19.2014.8.05.0000 (certidão de ID. 24548106, PJe 2º Grau).

Em observância aos princípios da celeridade, da efetividade e da economia processual, e considerando ali se consignar, no que relevante, a realidade do processo até então desenvolvida, adota-se, como próprio, o relatório da sentença (ID. 177896088, PJe 1º Grau), a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto.

Irresignado, o Sentenciado interpôs Recurso de Apelação (ID. 177896093, PJe 1º Grau), postulando, em suas razões (ID. 177896100, PJe 1º Grau), a absolvição por fragilidade probatória, em atenção ao princípio in dubio pro reo; subsidiariamente, a fixação das penas-base no mínimo legal.

Nas contrarrazões, pugna o Parquet pela manutenção do decisio recorrido (ID. 177896106, PJe 1º Grau).

Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e improvimento do Apelo (ID. 24548126, PJe 2º Grau).

Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor.

#### PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Apelação n.º 0529556-84.2014.8.05.0001 – Comarca de Salvador/BA

Apelante: Franklin dos Santos Soares

Defensora Pública: Dra. Flávia de Menezes Teles Araújo

Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia

Promotora de Justiça: Dra. Juçara Azevedo de Carvalho

Origem: 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA

Procurador de Justiça: Dr. Rômulo de Andrade Moreira

Relatora: Des. Rita de Cássia Machado Magalhães

#### VOTO

Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Franklin dos Santos Soares, assistido pela Defensoria Pública do Estado da Bahia, insurgindo-se contra a sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou às penas de 04 (quatro) anos, 08 (oito) meses e 07 (sete) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 468 (quatrocentos e sessenta e oito) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Narra a exordial acusatória (ID. 177895479, PJe 1º Grau), in verbis, que “[...] na data de 12 de abril de 2014, por volta das 21:40 h, na Rua José Tibério, em Boa Vista de São Caetano, neste município, o ora Denunciado, foi preso em flagrante delito por ter adquirido, por trazer consigo e transportar, substância entorpecente destinada ao consumo de terceiros, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. [...] no dia dos fatos, Policiais Militares estavam fazendo ronda na localidade acima indicada quando observaram dois indivíduos em atitude suspeita em uma motocicleta CG 125 FAN, cor verde, de placa policial JPY-7684, o que ensejou abordagem e revista pessoal, ocasião em que logrou-se encontrar em poder do denunciado Franklin dos Santos Soares, 47 (quarenta e sete) pedras de crack, além da importância de R\$89,90 (oitenta e nove reais e noventa centavos). Em poder de Felipe dos Santos Soares houve a apreensão de um celular e da quantia de R\$102,00 (cento e dois reais). A droga encontrada em poder do Denunciado, especificamente dentro da cueca que trajava, foi devidamente apreendida, [...] Aos policiais, o Denunciado informou que a droga era de sua propriedade e era destinada à venda na localidade do Largo do Tanque, Avenida San Martin, tendo excluído a participação do conduzido Felipe dos Santos Soares. O Denunciado, em interrogatório policial, confirmou a conduta delitiva e informou que comprou a droga por duzentos reais na localidade conhecida como Lajinha, ao tempo em que também informou ser usuário de cocaína. [...]”.

Em suas razões de inconformismo, em apertada síntese, postula o Apelante a absolvição por fragilidade probatória, em atenção ao princípio in dubio pro reo; subsidiariamente, a fixação das penas-base no mínimo legal.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, conhece-se do Apelo.

O pleito absolutório não merece acolhimento. A materialidade e a autoria delitivas restaram suficientemente comprovadas no conjunto probatório (PJe 1º Grau), merecendo destaque o Auto de Exibição e Apreensão (ID. 177895481, pág. 16); os Laudos de Constatação (ID. 177895479, pág. 04) e Pericial Toxicológico Definitivo (ID. 177895971), nos quais se verifica que os entorpecentes apreendidos se tratavam de 41,20g (quarenta e um gramas e vinte centigramas) de benzoilmetilecgonina (cocaína), na forma de pedras de “crack”, substância de uso proscrito no Brasil; além do depoimento judicial do SD/PM Rafahel Carneiro Macêdo, um dos responsáveis pela prisão em flagrante do ora Recorrente, transcrito no édito condenatório e reproduzido a seguir:

RAFAHEL CARNEIRO MACÊDO, CAD. 30.5369622: “(...) Que estava em ronda de rotina no bairro de São Caetano; que veio uma moto em atitude suspeita; que realizaram a abordagem e encontraram a droga; que a droga estava nas partes íntimas do acusado; que a droga estava, salvo engano, com o passageiro da motocicleta; que era 47 pedras de crack; que havia uma quantia em dinheiro; que o acusado assumiu a propriedade na delegacia; que disse que o outro indivíduo era irmão e não tinha nada a ver coma droga (...)”.

Apesar das alegações formuladas pela Defesa e de o SD/PM Francisco Carvalho Rios Junior não ter se recordado dos fatos em audiência

instrutória, é certo que o relato apresentado pelo policial Rafahele se mostra sólido e coerente, esclarecendo como se deu a abordagem, bem assim que a droga foi encontrada nas partes íntimas do Réu, narrativa que guarda consonância com os depoimentos colhidos em sede investigativa (ID. 177895481, págs. 03/05, PJe 1º Grau), inclusive com a própria confissão extrajudicial do Apelante, o qual, embora tenha se reservado ao direito de permanecer silente em Juízo (ID. 177896073, PJe 1º Grau), afirmou perante a Autoridade Policial que estava na posse do entorpecente apreendido, comprado por R\$ 200,00 (duzentos reais) na localidade conhecida como “Laginha” (ID. 177895481, págs. 06/07), PJe 1º Grau).

Logo, não se vislumbra, na espécie, nenhum indício de que o agente estatal tenha prestado depoimento falso a respeito dos fatos, com intenção de prejudicar o Sentenciado, sendo certo que eventuais discrepâncias porventura existentes entre os relatos prestados em sede judicial e inquisitiva, mas que não gravitam sobre a essência do ato delituoso, não têm o condão de infirmar a credibilidade de suas palavras e a higidez do conjunto probante, já que decorrentes do desgaste da memória com o passar do tempo ou do atendimento diário de ocorrências das mais diversas naturezas.

Registre-se que a simples qualidade de policial não afasta a credibilidade do depoimento por ele veiculado, mormente quando se apresenta coeso e harmônico com os demais elementos e circunstâncias colhidos dos autos, e quando oferecido em Juízo, sendo oportunizado o contraditório, como se deu no presente caso.

Nessa esteira:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR EFETUADA POR POLICIAIS MILITARES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INFORMAÇÕES PRÉVIAS DE OCORRÊNCIA DE TRÁFICO DE DROGAS NA RESIDÊNCIA. PERMISSÃO DO PACIENTE PARA ENTRADA DOS POLICIAIS NA RESIDÊNCIA. SUBSEQUENTE CONFISSÃO INFORMAL DO RÉU DE QUE OS ENTORPECENTES HAVIAM SIDO ARMAZENADOS EM LOCAL DISTANTE DA RESIDÊNCIA. VALIDADE. CREDIBILIDADE DO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS EM JUÍZO. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE, ANTE A EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO, CONJUGADA COM A QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. [...] 7. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. Precedentes: AgRg no HC 606.384/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 29/09/2020; AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 05/08/2019; REsp n. 1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 17/05/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/03/2016. [...] (STJ, HC 608.558/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 07/12/2020) (grifos acrescentados)

[...] O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firme de que os depoimentos dos policiais, que acompanharam as investigações prévias ou que realizaram a prisão em flagrante, são meio idôneo e suficiente para a



formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. [...]. 10. Agravo regimental não provido.” (STJ, AgRg no AREsp 918.323/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019) (grifos acrescidos)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. PALAVRA DE POLICIAIS. PROVA PARA A CONDENAÇÃO. VALIDADE. INSUFICIÊNCIA DO ACERVO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. WRIT NÃO CONHECIDO. I – A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II – O depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes. III – Ademais, no caso dos autos, constou do v. acórdão vergastado que os depoimentos dos policiais são corroboradas por outros elementos probatórios, notadamente a apreensão de considerável quantidade de crack, de forma a demonstrar que a droga tinha por destinação o tráfico ilícito. IV – Afastar a condenação, in casu, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 404.507/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 18/04/2018) (grifos acrescidos).

Outrossim, não há nenhuma irregularidade na leitura da denúncia antes da oitiva de testemunha, como faz crer a Defesa, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça “possui entendimento segundo o qual inexistente proibição legal da leitura da denúncia antes da oitiva de testemunha, de forma que, ausente comprovação de efetivo prejuízo para a parte, não há falar em nulidade processual” (AgRg no HC n. 712.423/GO, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 8/3/2022, DJe de 14/3/2022.).

Com efeito, vale lembrar que, para a configuração do crime de tráfico de drogas, 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 dos psicotrópicos.

O tipo penal contido no art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, é crime permanente, de ação múltipla e de mera conduta, sendo 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:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar,

adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Sobre a matéria, colaciona-se o seguinte aresto:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA ESTREITA DO WRIT. MERCANCIA. PRESCINDIBILIDADE. TIPO MISTO ALTERNATIVO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O habeas corpus não é a via adequada para apreciar o pedido de desclassificação do delito, tendo em vista que, para se desconstituir a conclusão obtida pelas instâncias locais sobre a condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do remédio heróico, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória. 2. O crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo, restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC 618.667/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 27/11/2020) (grifos acrescidos)

In casu, a quantidade e natureza da droga apreendida, qual seja, 41,20g (quarenta e um gramas e vinte centigramas) de cocaína; a forma em que estava fracionada e acondicionada, em 47 (quarenta e sete) pedras de “crack”; o fato de também ter sido encontrado dinheiro em poder do flagrantado, sem comprovação da origem; além de o acusado ter informado aos policiais, quando abordado em local tido como de tráfico de drogas, que o psicotrópico era destinado à venda, já tendo passagem por crime da mesma natureza, não deixam dúvidas da destinação comercial dos entorpecentes.

Por conseguinte, na hipótese vertente, as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção que concluem pelo acerto da condenação pelo crime previsto no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, não havendo, portanto, que se falar em absolvição.

Relativamente ao pleito de reforma da dosimetria das penas, razão não assiste à Defesa.

Transcreve-se, a seguir, trecho do decisio vergastado (ID. 177896088, págs. 05/06, PJe 1º Grau):

[...] passo a fixar a pena do acusado observando o que dispõe o artigo 42 da Lei nº. 11.343/06 e os arts. 59 e 68 do Código Penal.

O réu agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar; o réu possui condenação, transitada em julgado em 16/08/2018, perante o Juízo da 1ª Vara de Tóxicos, por crime de mesma natureza, restando observado a sua conduta voltada à prática de atividades ilícitas, bem como

uma condenação pela prática de roubo perante a 12ª Vara Criminal. Tais processos não servirão para caracterizar a agravante da reincidência, no entanto servirão para aumentar a pena base como maus antecedentes; poucos elementos foram coletados sobre sua personalidade e conduta social; o motivo do delito é o desejo de obtenção de lucro fácil, o que já é punido pelo próprio tipo penal; as circunstâncias estão relatadas nos autos; as consequências são desconhecidas à vista de inexistência de elementos comprobatórios do tempo da atividade mercantil; não se pode cogitar do comportamento da vítima.

Ante a análise das circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e ao pagamento de 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias-multa, cada um no valor equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso.

Não reconheço a atenuante da menoridade relativa requerida pela defesa, pois ao tempo do fato o réu era maior de 21 (vinte e um) anos. Por outro lado, atenuo a pena em 1/6 em razão da confissão extrajudicial, visto que foi utilizada para fundamentar esta sentença, motivo pelo qual passo a dosá-la em 04 (quatro) anos 08 (oito) meses e 07 (sete) dias de reclusão e ao pagamento de 468 (quatrocentos e sessenta e oito) dias-multa, cada um no valor equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso.

Não concorrem circunstâncias agravantes.

O réu não faz jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista n art. 33, § 4º, da Lei 11. 343/06, posto que, conforme antes pontuado, o mesmo demonstrou possuir reiteração na prática de atividades criminosas, sobretudo o tráfico de drogas, face possuir condenação com trânsito em julgado.

Não concorrem causas de aumento de pena, razão pela qual torno definitiva a pena para o crime de tráfico de drogas em 04 (quatro) anos 08 (oito) meses e 07 (sete) dias de reclusão e ao pagamento de 468 (quatrocentos e sessenta e oito) dias-multa, cada um no valor equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso.

Deixo de substituir a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos porque a reprimenda total ora imposta é superior a 04 (quatro) anos, nos moldes do que preceitua o artigo 44 do CP.

O réu deverá iniciar o cumprimento da pena privativa de liberdade anteriormente dosada em regime semiaberto, por força do que dispõe o art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.

Por força do que dispõe o art. 387, 2º, do CPP, verifico que o réu foi preso em 12 de abril de 2014 e solto em 16 de setembro de 2014 (fl. 108). Por conseguinte, não cumpriu 40% da pena para progressão do regime fixado, conforme preceituado no art. 112, V, da Lei 13.964/2019.

Considerando-se que o réu encontra-se solto desde 16/09/2014 e que não há fatos ou fundamentos novos que ensejem a decretação da sua prisão preventiva, concedo ao mesmo o direito de recorrer em liberdade.

Sem custas, eis que assistido pela DPE. [...] (grifos no original)

Na primeira fase, após análise das circunstâncias judiciais e preponderantes (art. 59 do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/06), a Magistrada a quo reputou como desfavoráveis os antecedentes criminais, fixando as penas-base em 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, além de 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Acerca da valoração negativa dos antecedentes criminais, ponderou a Juíza de primeira instância que “o réu possui condenação, transitada em julgado em 16/08/2018, perante o Juízo da 1ª Vara de Tóxicos, por crime de mesma natureza, restando observado a sua conduta voltada à prática de atividades ilícitas, bem como uma condenação pela prática de roubo perante a 12ª Vara Criminal.”.

No que se refere à condenação pela prática de roubo na ação penal nº sob o n. 0532634-13.2019.8.05.0001, que tramitou perante a 12ª Vara Criminal de Salvador, tal não é hábil a caracterizar mau antecedente, pois, além de o delito ter ocorrido posteriormente ao ora em apreço, a própria Magistrada a quo sinalizou que o feito ainda se encontrava em fase recursal no momento de prolação da sentença, sendo certo que a Súmula 444 do STJ veda a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar as penas-base.

Lado outro, o processo que tramitou na 1ª Vara de Tóxicos da Capital, sob o n. 0397972-25.2013.8.05.0001, de fato, na linha da jurisprudência do STJ (HC n. 337.068/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 28/6/2016), é apto a configurar mau antecedente, uma vez que o crime nele apurado foi perpetrado no ano de 2013 e, portanto, anteriormente à prática delitativa ora em exame, tendo ocorrido o trânsito em julgado da condenação no curso do presente feito, em 2018.

Assim, existindo motivação idônea para reputar como desfavoráveis os antecedentes criminais, afigura-se inviável albergar o pleito defensivo para aplicação das penas-base no patamar mínimo. Ademais, constata-se que o incremento realizado pela Sentenciante em razão da presença de uma circunstância judicial negativa foi de 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 62 (sessenta e dois) dias-multa, e, portanto, razoável, tendo em vista que a jurisprudência autoriza a elevação da pena por cada vetor desfavorável no patamar de 1/8 do intervalo entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas, não havendo qualquer reparo a ser feito, nesse ponto, em sede de recurso exclusivo da defesa.

Já na etapa intermediária, ausentes circunstâncias agravantes, a Juíza de 1º grau não reconheceu, acertadamente, a atenuante da menoridade relativa, uma vez que o Réu possuía mais de 21 (vinte e um) anos à época do fato (nascido em 07/06/1992 – ID. 177896073, PJe 1º Grau), atenuando, de outra banda, as sanções em 1/6 (um sexto), em razão da utilização da confissão extrajudicial para fundamentar a sentença, passando a dosá-las em 04 (quatro) anos, 08 (oito) meses e 07 (sete) dias de reclusão, além de 468 (quatrocentos e sessenta e oito) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Nesse quesito, imperioso consignar que, a teor da Súmula 231 da Corte Superior de Justiça, “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”, entendimento este reafirmado pelo Pretório Excelso, em sede de Repercussão Geral, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 597.270/RS, de maneira a vincular as decisões dos Tribunais inferiores.

Ocorre que, embora no presente caso, em inobservância aos aludidos precedentes, as penas tenham sido estabelecidas, na segunda fase, aquém do

mínimo legal, por conta da incidência de atenuante genérica, considerando que não houve irresignação do Ministério Público a esse respeito, mister referendar a operação realizada em atenção ao princípio non reformatio in pejus.

Avançando à terceira fase, a Sentenciante afastou a aplicação do redutor do tráfico privilegiado, expondo a seguinte motivação (ID. 177896088, págs. 05, PJe 1º Grau): “O réu não faz jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11. 343/06, posto que, conforme antes pontuado, o mesmo demonstrou possuir reiteração na prática de atividades criminosas, sobretudo o tráfico de drogas, face possuir condenação com trânsito em julgado”.

É sabido que a incidência da causa especial de diminuição de pena disciplinada no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa.

Na hipótese em lume, observa-se que a incidência do aludido redutor foi devidamente afastada, uma vez que, conforme já esboçado, o Réu possui maus antecedentes, fato que, por si só, torna incabível a aplicação da minorante do tráfico privilegiado por expressa disposição legal.

Pertinente observar, nesse aspecto, que a orientação do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a utilização dos maus antecedentes na primeira e terceira fases do cálculo dosimétrico não configura bis in idem, a saber:

[...] 6. Em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, reconhecidos os maus antecedentes do agente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais. A utilização de tal vetor concomitantemente na primeira e na terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem (HC n. 419.989/PR, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 25/4/2018). 7. Não há como aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, haja vista a vedação expressa da concessão desse benefício aos acusados possuidores de maus antecedentes (AgRg no HC n. 700.776/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 23/11/2021). 8. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.953.906/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 23/3/2022.) (grifos acrescidos)

Logo, não havendo causas de aumento ou diminuição, ficam ratificadas como definitivas as penas de 04 (quatro) anos, 08 (oito) meses e 07 (sete) dias de reclusão, além de 468 (quatrocentos e sessenta e oito) dias-multa, no valor unitário mínimo. A sanção corporal deve ser cumprida em regime inicial semiaberto, consoante fixado pela Magistrada singular, na esteira no art. 33, § 2º, “b”, do Código Penal (pena maior do que 04 e que não excede a 08 anos), competindo ao Juízo da Execução proceder à detração penal.

Finalmente, a Juíza de origem explicitou a inaplicabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito,

uma vez que a sanção foi fixada em patamar superior a 04 (quatro) anos, não preenchendo, assim, o Réu requisito objetivo previsto no art. 44 do Código Penal; concedendo-lhe, ao final, o direito de recorrer em liberdade, de maneira a não carecer o decisio de nenhum reparo.

Pelo quanto expendido, voto no sentido de conhecer e NEGAR PROVIMENTO ao Apelo, mantendo-se os termos da sentença vergastada.

Sala das Sessões, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_de 2022.

Presidente

Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães  
Relatora

Procurador (a) de Justiça