

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300571-39.2020.8.05.0079 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Camila Souza de Oliveira Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): 07 ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DAS PROVAS EM RAZÃO DA TORTURA POLICIAL. NÃO ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE PROVAS OU ELEMENTOS INDICIÁRIOS. EXAME DE CORPO DE DELITO QUE APONTOU A INEXISTÊNCIA DE LESÕES EXTERNAS NA ACUSADA. NULIDADE POR VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO ACOLHIMENTO. INGRESSO EM DOMICÍLIO EM RAZÃO DE FLAGRANTE DELITO. ACUSADA QUE EMPREENDEU FUGA PARA UMA RESIDÊNCIA DURANTE A ABORDAGEM AÇÃO POLICIAL. RÉ QUE DESOBEDECEU VOZ DE PARADA EMITIDA PELOS POLICIAIS. LICITUDE DA PROVA. NULIDADE POR VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NÃO ACOLHIMENTO. DEFERIMENTO DE DILIGÊNCIAS QUE SE INCLUI NA ESFERA DA DISCRICIONARIEDADE MITIGADA DO JUIZ. DEFESA QUE TEVE A OPORTUNIDADE DE ARROLAR AS TESTEMUNHAS NO MOMENTO PROCESSUAL OPORTUNO, MAS QUEDOU-SE INERTE. AUSÊNCIA DE FATOS NOVOS NO INTERROGATÓRIO DA ACUSADA. NULIDADE NÃO ACOLHIDA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DO ART. 28, DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA, QUANTIDADE, LOCAL E CONDIÇÕES EM QUE SE DESENVOLVEU A AÇÃO. TRÁFICO COMPROVADO. DOSIMETRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DA FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES (ART. 42, DA LEI 11.343/06). REVISÃO EX OFFÍCIO DA EXASPERAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE. UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/8 (UM OITAVO) SOBRE A DIFERENÇA DA PENA MÍNIMA E A PENA MÁXIMA ABSTRATAMENTE COMINADAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. JUÍZO PRIMEVO QUE UTILIZOU A NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA PARA EXASPERAR A PENA-BASE E PARA NEGAR A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. BIS IN IDEM CONFIGURADO. NATUREZA E QUANTIDADE QUE DEVEM SER VALORADAS NA PRIMEIRA ETAPA DA DOSIMETRIA, NOS TERMOS DO ART. 42, DA LEI 11.343/06 E DA ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STJ. PENA FINAL ESTABELECIDADA EM 02 (DOIS) ANOS E 01 (UM) MÊS DE RECLUSÃO E PAGAMENTO DE 208 (DUZENTOS E OITO) DIAS-MULTA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO ANTE A EXISTÊNCIA DE UMA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO INDICAM QUE A SUBSTITUIÇÃO NÃO É SUFICIENTE À PREVENÇÃO E REPRESSÃO DOS DELITOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL nº 0300571-39.2020.8.05.0079, em que figura como apelante CAMILA SOUZA DE OLIVEIRA, por intermédio da Defensoria Pública, 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, DAR-LHES PROVIMENTO PARCIAL, nos termos do voto do Relator. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 11 de Julho de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300571-39.2020.8.05.0079 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Camila Souza de Oliveira Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): 07 RELATÓRIO Vistos. Trata-se de recurso de apelação, interposto por CAMILA SOUZA DE OLIVEIRA, em face da sentença condenatória prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Eunápolis/BA. Em

atenção ao princípio da duração razoável do processo, adoto como próprio o relatório da sentença, ID nº 27377532. Narra a denúncia (fls. 01/06) que: “[...] no dia 25 de abril de 2020, por volta das 23h30min, a denunciada foi flagrada, por prepostos da Polícia Militar, trazendo consigo 05 (cinco) buchas de “MACONHA” e mantendo em depósito, em sua residência, mais 13 (treze) buchas dessa mesma substância entorpecente junto com aproximadamente 100g (cem gramas) de “COCAÍNA”, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Segundo apurado, a Polícia Militar fazia ronda pelo bairro Juca Rosa, nesta urbe, quando avistou dois homens em uma motocicleta estacionada próximo a uma mulher, parada em frente à residência de nº 761 da Rua Wilson Nunes. Face a atitude suspeita, decidiu abordá-los, porém os dois indivíduos fugiram, enquanto a mulher desobedeceu a ordem de parada e somente foi contida na sala de estar da sua residência. Ela foi identificada como CAMILA SOUZA OLIVEIRA e, no bolso traseiro da bermuda desta denunciada, os policiais localizaram 05 (cinco) buchas de “MACONHA”, junto com R\$28,00 (vinte e oito reais), fracionados em diversas cédulas menores, provenientes do tráfico de drogas. Não bastasse, durante a busca domiciliar, encontraram, em cima de uma estante, uma caixa de madeira com 13 (treze) porções desta mesma substância estupefaciente, 38 (trinta e oito) pinos eppendorf vazios, aproximadamente 100g (cem gramas) de “COCAÍNA”, duas embalagens vazias de desodorante, várias embalagens plásticas e a quantia de R\$ 3,50 (três reais e cinquenta centavos), em moeda. Em que pese a denunciada negue a prática do crime, as suas circunstâncias, a natureza, a diversidade e a quantidade de drogas, a forma como estas estavam fracionadas, embaladas e acondicionadas, os petrechos e o numerário apreendidos no contexto evidenciam a situação de traficância em que se encontrava no momento do flagrante. Outrossim, a presença dos dois consumidores afugentados pela chegada da polícia esclarece que a denunciada estava em pleno exercício da mercancia ilícita. Essa, aliás, não é a primeira vez que CAMILA envolve-se com essa espécie de delito, pois já foi presa anteriormente ao tentar entrar com drogas no Conjunto Penal de Serrinha [...]”. Após a regular instrução da ação penal originária, o Juízo primevo prolatou a sentença (Id nº 27377532), na qual acolheu o pedido formulado na denúncia e condenou CAMILA SOUZA DE OLIVEIRA, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da lei 11.343/2006 – tráfico de entorpecentes. Irresignada, a acusada, CAMILA SOUZA DE OLIVEIRA, por meio da defesa técnica, Id nº 27377558, interpôs recurso de apelação, no qual requereu: A) Que o presente apelo seja provido para anular a sentença guerreada e todo o processo ab initio, em virtude da violação ao artigo 5º, inciso XI, da Constituição Federal, ou anulada apenas a sentença, por violação ao artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, devolvendo os autos à primeira instância para oitiva das testemunhas referidas pela Apelante em seu interrogatório judicial. B) Subsidiariamente, que o presente apelo seja provido para reformar a sentença guerreada, desclassificando a capitulação jurídica da conduta da Apelante para o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/06. Outrossim, em respeito ao princípio da eventualidade, caso seja mantida a condenação, pugna pela fixação da pena-base no mínimo legal, pela aplicação da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em seu patamar máximo, e pela imposição do regime inicial semiaberto. C) Pugna, por fim, pela intimação pessoal do membro da Defensoria Pública (art. 128daLC80/94), atuante numa das Câmaras Criminais, para sessão de julgamento, sob pena de nulidade absoluta na esteira da iterativa

jurisprudência do STJ (HC 99583/SP). Em suas contrarrazões recursais, o Ministério Público do Estado da Bahia (Id nº 27377564) requereu o improvimento dos recursos, mantendo-se in totum a sentença condenatória. Ao subirem os autos a esta Segunda Instância, opinou a douta Procuradoria de Justiça (ID 28309397) pelo conhecimento do recurso e seu total improvimento. É o relatório. Salvador, 14 de junho de 2022. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300571-39.2020.8.05.0079 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Camila Souza de Oliveira Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): 07 VOTO Vistos. Verifico que estão presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do recurso interposto. Em que pese o esforço argumentativo da apelante, verifico 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. NULIDADE POR INDEFERIMENTO DA PROVA TESTEMUNHAL. NÃO ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. Inicialmente, a recorrente pretende a anulação da sentença “por violação aos princípios do contraditório e da ampla defesa, consagrados no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal”. Aduz que “contrariamente ao afirmado na supracitada sentença, no presente caso, a Defesa técnica, exercida pela Defensoria Pública do Estado da Bahia, não tinha conhecimento da identidade das testemunhas referidas anteriormente à audiência de instrução e julgamento”. A respeito, importa considerar que o juiz é o destinatário da prova e, sendo assim, a ele compete presidir o processo e deferir ou determinar as diligências necessárias. Nesse passo, o § 1º, do art. 400, do Código de Processo Penal, autoriza que o magistrado indefira as provas consideradas impertinentes, protelatórias ou irrelevantes ao julgamento. À parte, cabe demonstrar a imprescindibilidade da diligência e, assim, após proceder à devida análise, com esteio em sua discricionariedade regrada, pode o Juiz deferir ou indeferir a produção de prova, desde que de maneira fundamentada. Na hipótese, para o indeferimento do pleito, o d. magistrado assim consignou (ID 27377532): “[...] Em primeiro lugar, assento que o respeito ao princípio do contraditório e ao exercício da ampla defesa, concretiza-se pela intransigente observância do devido processo legal e das diversas fases que neste estão previstas para que o criminalmente acusado exercite os recursos a ela (ampla defesa) inerentes e não pela adoção em cada caso concreto de fórmulas não previstas em lei. In casu, a acusada foi pessoalmente citada, pelo que, não se movimentando no sentido de apresentar a defesa por meio de advogado constituído, designou-se a defensoria pública para prestar-lhe a assistência jurídica, a qual foi assumida plenamente pelo ilustre Defensor Público, Dr. Victor Rego, que apresentou a defesa prévia, em cuja ocasião arrolou “as mesmas testemunhas da acusação”. Por outro lado, não é acolhível como relevante o argumento de que “a defesa não teve a oportunidade de arrolar anteriormente essas testemunhas, devido a ausência de telefone de contato da ré na ação penal”, visto que ainda não se adotou dentre os requisitos ordinários que a denúncia deve conter (art. 41, do CPP) o fornecimento ou, como providência que o juízo processante seja obrigado a adotar, a inserção do número do telefone dos acusados no processo, como mais uma das fórmulas para o exercício da ampla defesa; aliás, com a devida vênia, o tamanho da desarrazoabilidade da ilação é proporcionalmente direta ao grau de

excelência da organização dos serviços da Defensoria Pública, onde esta tem sede. Por conseguinte, afastada a existência de vinculação entre o deferimento da realização da oitiva de testemunha referida e o exercício do contraditório e garantia da ampla defesa, resta verificar se é cabível ou pertinente a oitiva sob o ângulo de "testemunha referida". Por esse prisma, é preciso primeiramente identificar se ainda é possível o juiz ouvir testemunha referida. Como se sabe, tal providência está inserida no exercício do poder cautelar do juiz e no dever de, como destinatário da prova, zelar para que esta resulte na demonstração da verdade real, imprescindível a que, no âmbito do processo criminal, a aplicação do direito reflita o que melhor há de justiça. Entretanto, a aproximação que o processo penal brasileiro tem feito, segundo entendimento recente do legislador e dos Tribunais Superiores, do sistema acusatório puro, não é mais possível que o juiz exercite tal atribuição. Enfim, ainda que abstraídos esses argumentos, resta o de que nenhum outro elemento nos autos aponta para a convicção de que a testemunha citada pela ré em seu interrogatório detenha conhecimento importante dos fatos, necessários ao deslinde da causa penal. Por isso, indefiro o requerimento de oitiva de testemunhas referidas pela acusada em seu interrogatório. [...] Pois bem, nenhum fato novo surgiu com a relevância suficiente para alterar o entendimento já exposto sobre o tema. Deveras, o exercício da faculdade concedida ao juiz pelo Código de Processo Penal, art. 209, § 1º, depende de que a pessoa a ser inquirida sob essa qualidade (testemunha referida) cumulativamente submeta-se aos vetores de haver sido mencionada em depoimentos de outras testemunhas, que não haja sido arrolada pelas partes porque estas ou a não sabiam de sua existência ou ignoravam a relevância do conhecimento por ela detido sobre os fatos. E o caso concreto não preenche esses requisitos. De acordo com o que se observa no processo essas pessoas cuja inquirição a defesa postula teriam sido mencionadas pela ré no seu interrogatório, ao responder a pergunta da defensoria pública sobre "se poderia declinar os nomes de quem estava na casa da interroganda durante a entrada não autorizada da polícia". Ora, não há dificuldade em se concluir que a acusada estivera assistida por advogado desde a fase do flagrante (confira-se o termo de interrogatório de fls. 19/20), quando ali narrou que, no momento de sua prisão, "encontrava-se em sua residência, na companhia de alguns amigos, cerca de 06 (seis) pessoas, todos consumiam bebidas alcoólicas". Por conseguinte, não se pode, com honestidade intelectual, afirmar que a defesa ignorava a existência dessas pessoas. Ademais, há de se concluir que não se revelou para a defesa da ré constituída por dois ilustres defensores (um advogado particular e o outro defensor público – relevante o conhecimento que essas pessoas teriam sobre os fatos, tanto que deixaram de arrolá-las, seja na fase do inquérito como lhes permitia o art. 14, do CPP, seja na fase judicial (art. 55, § 1º, da Lei 11.343/2006), quando arrolou" as mesmas testemunhas da acusação". Daí, não é razoável a sustentação de que a oitiva neste momento atenderá a "conveniência "do juiz [...]". Nesse contexto, percebe-se que a irresignação recursal reside quanto ao indeferimento de oitiva das testemunhas referidas no interrogatório da acusada (art. 209, do CPP). No entanto, em análise minucioso dos autos processuais, observa-se que o Juízo de origem indeferiu a prova testemunhal motivadamente, uma vez que, mesmo a acusada sendo acompanhada pela defesa técnica durante toda a persecução penal, não arrolou as referidas testemunhas no momento processual adequado – resposta preliminar (art. 55, § 1º, da Lei nº 11.343/06). Além disso, o interrogatório da acusada não trouxe quaisquer

fatos novos, nem indicativos acerca da imprescindibilidade das oitivas. Do contrário, tão somente reafirmou a versão da acusada em sede inquisitorial (ID 27377420), o que demonstra que a defesa tinha pleno conhecimento da existência das pessoas por ela indicadas em sua versão dos fatos, não sendo verossímil a tese recursal. Diante disso, revela-se plenamente justificado o indeferimento, consoante a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INDEFERIMENTO DE PRODUÇÃO DE PROVAS. OITIVA DE TESTEMUNHA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Ao magistrado, no curso do processo penal, é facultado o indeferimento, de forma motivada, das diligências protelatórias, irrelevantes ou impertinentes. Cabe, outrossim, à parte requerente demonstrar a real imprescindibilidade na produção da prova requerida, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes. 2. O deferimento de diligências é ato que se inclui na esfera de discricionariedade regrada do juiz natural do processo, com opção de indeferi-las, motivadamente, quando julgar que são protelatórias ou desnecessárias e sem pertinência com a sua instrução (REsp n. 1.520.203/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Sexta Turma, DJe 1/10/2015). 3. Neste caso, o pedido de produção da prova foi indeferido ao fundamento de que não se trata de testemunha referida nem importa em fato novo, tendo em vista que seu nome consta na denúncia e era de conhecimento da defesa desde o início dos atos persecutórios, de maneira que não há justificativa plausível a embasar o pedido formulado, conforme, aliás, concluíram as instâncias ordinárias. 4. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no HC: 739007 RS 2022/0125319–1, Data de Julgamento: 17/05/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/05/2022) Portanto, por não vislumbrar o efetivo prejuízo à defesa, entendo que não há nulidade a ser acolhida, sendo razoável e proporcional o indeferimento de intimação das testemunhas pelo Juízo a quo. II. DA INEXISTÊNCIA DE NULIDADE DAS PROVAS. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES PARA O INGRESSO NO DOMICÍLIO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. TORTURA NÃO CONFIGURADA. A apelante sustenta que o ingresso dos policiais militares em sua residência fora realizado sem ordem judicial e sem justa causa. Assim, para a defesa: “é mister reconhecer a nulidade absoluta da incursão dos policiais militares no domicílio da Apelante e, consequentemente, anular o processo ab initio”. 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. Assim, não é apenas a quantidade de entorpecentes que define o tipo penal, mas sim a conduta do agente em razão das circunstâncias apuradas. 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 está demonstrada nos autos através do

auto de exibição e apreensão, Id nº 27377415, pelos Laudo de constatação provisório de substancia entorpecente, Id nº 27377419, e, pelos Laudos Periciais Definitivos, IDs nº 27377471 – 27377473. Acerca da autoria, a prova testemunhal autoriza o édito condenatório proferido. A testemunha Franklin Pereira Renovato, condutor, Policial Militar, afirmou em juízo que: “[...] na data de hoje, dia 25/04/2020, por volta das 23h30min, estava no comando de uma das duas guarnições do RONDESP-SUL, (...) os quais realizavam rondas pelo Bairro Juca Rosa, Eunápolis-BA, mais precisamente pela Rua Wilson Nunes, e que durante o trabalho observaram em atitudes suspeitas, em frente a residência de nº 761, dois indivíduos a bordo de uma motocicleta e uma mulher em pé e em frente ao imóvel citado, esta pessoa posteriormente identificada como Camila Souza de Oliveira: Que tendo em vista situação aparentemente suspeita, visto que algumas informações davam conta de que a Rua Wilson Nunes, o tráfico de drogas é costumeiro, o Depoente determinou que fosse realizada a aproximação tática aos suspeitos, sendo que os Indivíduos que estavam a bordo da motocicleta, empreenderam fuga, tendo a outra Guarnição seguido no encalço dos Elementos: Que ainda em continuação a diligência, mesmo após ser dado voz de parada a Investigada Camila Souza de Oliveira, esta desobedeceu, adentrando na residência. sendo alcançada na sala de estar pelo SD/PM: Hannan Lemos Tourinho; Que foram encontradas em poder da Pessoa de Camila Souza de Oliveira, no bolso traseiro da bermuda jeans, a quantidade de 05 (cinco) buchas, porções de uma substância análoga ao entorpecente conhecido como maconha e quantia de R\$ 28,00 (vinte e oito reais) sendo 02 (duas) cédulas de R\$ 5,00 01 (uma) cédula de R\$ 10,00 e 04 (quatro) cédulas de R\$ 2,00; Que em ato contínuo, a Guarnição, realizou um busca no interior do imóvel, tendo o Depoente encontrado uma caixa de madeira, em cima de uma instantênea na sala, e no interior desta caixa haviam em depósito a quantidade 13 (treze) buchas, porções, também de uma substância esverdeada, aparentando ser o entorpecente popularmente conhecido como maconha, pesando aproximadamente 15 (quinze) gramas, além de 38 (trinta e oito) pinos plásticos, todos vazios, do tipo de eppendorf, aproximadamente 100 (cem) gramas de uma substância esbranquiçada análoga ao entorpecente conhecido como cocaína, esta acondicionada em um saco plástico: duas embalagens vazias de desodorante herbissimo, várias embalagens plásticas e quantia de R\$ 3,50 (três reais e cinquenta centavos) em moedas. Que diante da situação flagrancial e dos indícios suficientes de autoria e materialidade, restando comprovado que de fato as mais difícil do que parece drogas estavam na posse da investigada Camila Souza de Oliveira, foi dado pelo depoente voz de prisão em flagrante”. Na mesma seara, contribuiu o depoimento de Hannan Lemos Tourinho, policial militar, que depôs que: “[...] na data de hoje, dia 25/04/2020, por volta das 23h30, integrava juntamente com o SD/PM: Rian Alves Monteiro de Souza, uma das duas Guarnições do RONDESP-SUL, Guarnição esta sob o comando do SD/PM: Franklin Pereira Renovato; Que na ocasião desenvolviam patrulhamento ostensivo pelo Bairro Juca Rosa, Eunápolis-BA, mais precisamente pela Rua Wilson Nunes, e foi possível visualizar aparentemente em atitudes suspeitas, em frente a residência de nº 761, dois indivíduos a bordo de uma motocicleta e uma em pé e em frente ao imóvel citado, esta Pessoa posteriormente identificada como Camila Souza de Oliveira: Que o SD/PM: Renovato determinou que fosse realizada a aproximação tática aos suspeitos, sendo que os indivíduos que estavam a bordo da motocicleta, empreenderam fuga, tendo a outra Guarnição seguido no encalço dos dois Elementos: Que mesmo após ser dado voz de parada a Investigada Camila

Souza de Oliveira, esta desobedeceu, adentrando na residência, sendo alcançada na sala de estar pelo Depoente; Que o Depoente encontrou em poder da Pessoa de Camila Souza de Oliveira, no bolso traseiro da bermuda jeans, a quantidade de 05 (cinco) buchas, porções de uma substância análoga ao entorpecente conhecido como maconha e quantia de R\$ 28,00 (vinte e oito reais) sendo 02 (duas) cédulas de R\$ 5,00, 01 (uma) cédula de R\$ 10,00 e 04 (quatro) cédulas de R\$ 2,00; Que em ato contínuo, a Guarnição, realizou um busca no interior do imóvel, tendo o SD/PM: Renovato encontrado uma caixa de madeira, em cima de uma instante na sala, e no interior desta caixa haviam em depósito a quantidade 13 (treze) "buchas", porções, também de uma substância esverdeada, aparentando ser o entorpecente popularmente conhecido, como maconha pesando aproximadamente 15 (quinze) gramas: além de 38 (trinta e oito) pinos plásticos, todos vazios, do tipo eppendorf; aproximadamente 100 (cem) gramas uma substância esbranquiçada análoga ao entorpecente conhecido como COCAINA, esta acondicionada em um saco plástico; duas embalagens vazias de desodorante "herbissimo". várias embalagens plásticas e quantia de R\$ 3,50 (três reais e cinquenta centavos) em moedas Que diante da situação flagrancial e dos indícios suficientes de autoria e materialidade, restando comprovado que de fato as" drogas "estavam na posse da Investigada Camila Souza De Oliveira, foi dado pelo SD/PM: Renovato voz de prisão em flagrante, oportunidade em que o Investigada Camila Souza de Oliveira juntamente com os entorpecentes, a quantia em dinheiro, foi apresentada ao Plantão da DT-Eunápolis. BA, para adoção das providências cabíveis; Ainda no mesmo sentido, o depoimento do policial Rian Alves Monteiro de Souza: "[...] Na data de hoje, dia 25/04/2020, por volta das 23:30min, fazia parte juntamente com o SD/PM: Hannan Lemos Tourinho, de uma das duas Guarnições do RONDESP-SUL, Guarnição esta comandada pelo SD/PM: Franklin Pereira Renovato; Que na ocasião realizavam patrulhamento ostensivo pelo Bairro Juca Rosa, Eunápolis-BA, mais precisamente pela Rua Wilson Nunes, Que perceberam aparentemente em atitudes suspeitas, em frente a residência de nº 761, dois indivíduos a bordo de uma motocicleta e uma mulher em pé e em frente ao imóvel citado, esta Pessoa posteriormente identificada como Camila Souza de Oliveira; Que o SD/PM Renovato determinou que fosse realizada a aproximação tática aos suspeitos, sendo que os indivíduos que estavam a bordo da motocicleta, empreenderam fuga, tendo a outra Guarnição seguido no encalço dos dois Elementos. Que mesmo após ser dado voz de parada a Investigada Camila Souza de Oliveira, esta desobedeceu, adentrando na residência, sendo alcançada na sala de estar pelo SD/PM Hannan Lemos Tourinho; Que este encontrou em poder da Pessoa de Camila Souza de Oliveira, no bolso traseiro da bermuda jeans, a quantidade de 05 (cinco) buchas, porções de uma substância análoga ao entorpecente conhecido como maconha e quantia de R\$ 28,00 (vinte e oito reais) sendo 02 (duas) cédulas de R\$ 5,00, 01 (uma) cédula de R\$ 10,00 e 04 (quatro) cédulas de RS 2,00; Que em ato contínuo, Guarnição, realizou um busca no interior do imóvel, tendo a SD/PM: Renovato encontrado uma caixa de madeira, em cima de uma instante na saia, e no interior desta caixa haviam em depósito a quantidade 13 (treze) "buchas", porções, também de uma substância esverdeada. aparentando ser o entorpecente popularmente conhecido como maconha pesando aproximadamente 15 (quinze) gramas além de 38 (trinta e oito) pinos plásticos, todos vazios. do tipo eppendort, aproximadamente 100 (cem) gramas de uma substância esbranquiçada análoga ao entorpecente conhecido como cocaína, esta acondicionada em um saco plástico (...). Apesar dos

relatos policiais e da prova documental, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, a acusada negou a prática da traficância. Assim, CAMILA SOUZA DE OLIVEIRA afirmou que: “[...] que estava dentro de casa, com 6 pessoas, a gente estava bebendo, conversando e ouvindo o som, quando o meu vizinho bateu no portão e avisou que tinha uma viatura perto, que era para a gente abaixar o som, porque o som estava incomodando ele; fechei o meu portão e em menos de 2 minutos para o 2 viaturas em frente da minha casa, uma marrom e uma azul e branco com 8 policiais, cada viatura tinha 4 policiais, bateram no meu portão, eu abri o portão e eles já foram entrando dentro da minha casa e mandando todo mundo sair para fora e nesse momento, uma das minhas colegas que estava dentro da casa comigo ela estava na parte superior da casa falando no celular e eles foram entrando agressivo com ela lá em cima nesse quarto em que ela estava, seguraram ela dentro da casa, revistaram os 2 rapazes, que estavam com a gente de dentro da casa vivo pediram para ver o celular dos 2 rapazes, perguntaram se alguém tinha passagem, eu respondi que a única pessoa que tinha Era Eu, ainda mostrei o meu papel de Serrinha para eles, um dos policiais foi até o último policial que deu depoimento e também fez o acompanhamento até o hospital por causa das agressões que eu sofri também que eu fui agredida por eles com socos na costela, na cabeça e colocaram um uma sacola na cabeça, fora as agressões verbais também; ele encontraram 13 dólares de maconha. Mas do consumo meu mesmo, 38 cápsulas vazias em cima do armário que estava na cozinha e 200 reais que estavam no meu bolso; Assim, apesar da negativa da traficância, não pairam dúvidas quanto à conduta criminosa, notadamente, porque os demais elementos de prova apontam para a efetiva ocorrência do comércio ilegal de entorpecentes, não merecendo descrédito a prova oral acusatória produzida em Juízo. Com efeito, a versão da acusada é destituída de elementos mínimos de prova, revelando-se isolada e contraditória quanto ao conjunto fático-probatório. Lado outro, nas palavras do Min. Celso de Mello “o depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos”. Na hipótese, inexistem elementos que apontem o interesse particular dos agentes na condenação da ré e a prova testemunhal se coaduna com os elementos materiais. Noutro rumo, os testemunhos colhidos no processo apontam, ainda, que não há que se falar em ação policial violadora do art. 5º, XI, da CRFB/88, inexistindo nulidade a ser reconhecida. 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, diferentemente do quanto alegado pela acusada, fora consubstanciado pela presença de fundadas suspeitas, haja vista a forma dos acontecimentos, que se deram após a recorrente desobedecer ordem de parada e fugir para o interior do imóvel, enquanto os dois outros suspeitos empreenderam fuga, através de uma motocicleta, após ter percebido a aproximação das guarnições policiais. É digno observar que, no contexto supramencionado, não há que se falar em invalidade dos elementos probatórios, ao argumento de que foram produzidos com violação à regra posta no artigo 5.º, inciso XI, da Carta Magna, isso porque 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, além dos entorpecentes, outros elementos foram apreendidos e se revelam típicos da traficância, tais como: embalagens plásticas de entorpecentes e 38 (trinta e oito) pinos de eppendorf vazios (Id nº 27377415). 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 inexistente fundamento jurídico para o reconhecimento da nulidade das provas obtidas, sendo legítima a condenação da ré. Por fim, a respeito da suposta tortura realizada pelos policiais militares, mister declarar que todo e qualquer ato de tortura deve ser repudiado, visto que a dignidade da pessoa humana constitui fundamento da

República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CRFB/88) e, portanto, deve ser objeto da proteção em todas as suas esferas. Acerca das alegações recursais, impende, porém, declarar que inexistem elementos a comprovar que a ação policial fora realizada mediante a prática de tortura, ao contrário, o laudo pericial de lesões corporais, Id nº 27377623, confirmou ausência de lesões externas. Desse modo, não havendo, além da palavra da ré, quaisquer indícios de que a ação policial resultou em tortura à acusada, o pleito de nulidade também não deve ser acolhido. II. DA IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO 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 por este Tribunal. A este respeito, impende registrar que o art. 28, da Lei 11.343/2006, consagra a figura do porte de drogas 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, coma 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”.(g.n.) 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. Assim, 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 da droga, em posse da acusada foi apreendida a quantidade de 18 porções da substância conhecida popularmente como "maconha", totalizando aproximadamente 16 (dezesseis) gramas, 1 porção de substância conhecida como "cocaína", totalizando 100 (cem) gramas (ID 27377472 e 27377471). Além disso, foram encontrados 38 (trinta e oito) pinos de eppendorf vazios e embalagens plásticas, que são caracterizados, vide circunstâncias, como elementos próprios do comércio de entorpecentes. 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 o acusado se encontre 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). 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. Portanto, entendo pela suficiência da prova produzida, não havendo dúvida razoável para o afastamento das condenações. III. DA DOSIMETRIA DA PENA. Na dosimetria da pena, a apelante pugna pela fixação da pena-base no mínimo legal com a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da lei 11.343/06, em seu patamar máximo (dois terços). Em análise da operação de apenamento efetuada pelo juízo a quo, o magistrado fixou a pena-base em 7 (sete) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa. Para tanto, o d. Juízo apresentou a seguinte fundamentação: “[...] Das causas judiciais milita em desfavor da ré as circunstâncias. Observe-se que, de acordo com o 42, da Lei n.º 11.343, de agosto de 2006, são elementos que preponderam sobre o previsto no art. 59, do Código Penal, e revelam maior desvalor da conduta do denunciado, a quantidade e a natureza da substância objeto do crime. Veja-se, ademais, que, consoante advertência advinda do STJ, “a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que “o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto” (AgRg no REsp n. 143.071/AM, Sexta Turma, Relª. Minª. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 6/5/2015). É o caso, o crime praticado pela ré envolveu elevada quantidade de drogas (dezoito buchas de maconha e 100 gramas de cocaína), e impende considerar ainda que “a substância traficada (cocaína) possui alto poder viciante e elevado grau de nocividade. Ademais, é comercializada em pequenas porções, atingindo um número altíssimo de usuários – o que denota uma maior reprovabilidade da conduta e das consequências do crime envolvendo tal substância”. (AgRg no REsp 1854993/PR, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 23/06/2020, DJe 29/06/2020). Com efeito, sabe-se que na primeira fase da dosimetria, estabelece-se a pena base atendendo-se às circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal. No crime de tráfico de drogas, todavia, por força do art. 42, da Lei 11.343/2006, o juiz deve considerar, com preponderância ao art. 59, do CP, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social

do agente. Diante do que determina o art. 42, da Lei nº 11.343/06, mostra-se congruente a fundamentação apresentada pelo d. magistrado, notadamente, pela natureza e a considerável quantidade de entorpecente que a acusada guardava consigo (18 porções de "maconha", totalizando aproximadamente 16g (dezesesseis) gramas, 1 porção de "cocaína", totalizando 100 (cem) gramas (ID 27377472 e 27377471), além de 38 (trinta e oito) pinos de eppendorf vazios e embalagens plásticas), o que, indubitavelmente, é digno de maior reprovação. É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA DROGA E MAUS ANTECEDENTES. FRAÇÃO DE 1/6 DE AUMENTO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. 1. A natureza e a quantidade de drogas apreendidas justificam a exasperação da pena-base, a teor do preceito do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 2. O Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE n. 593.818/SC, com repercussão geral reconhecida, decidiu que: "Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal". 3. Ainda que a lei não estabeleça percentual, esta Corte de Justiça tem jurisprudência consolidada de que é proporcional a fração de 1/6 de aumento, calculado a partir da pena mínima abstratamente prevista, para cada vetorial negativa considerada na fixação da pena-base. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 658.192/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 28/09/2021, DJe 04/10/2021)(grifamos) PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 42, DA LEI N. 11.343/2006. ALEGADA DESPROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUTORA APLICADA NA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6. TRANSPORTE DE DROGAS. MULA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. No que concerne à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito. 2. Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes, é indispensável atentar para o que disciplina o art. 42, da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual 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. Precedentes. 3. A ausência de limites preestabelecidos pelo Código Penal para a exasperação da pena-base em decorrência do reconhecimento de circunstâncias judiciais negativas é fator que confere ao magistrado – observado seu livre convencimento motivado – certa margem de escolha da fração mais adequada às peculiaridades do caso concreto. Nesse contexto, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro de 1/6 para cada circunstância negativamente valorada, fração eleita em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ressalvada a apresentação de motivação concreta, suficiente e idônea que justifique a necessidade de elevação em patamar superior. 4. In casu, extrai-se do acórdão recorrido que a exasperação em patamar superior a 1/6 foi devida e suficientemente motivada, em razão da natureza e expressiva quantidade da substância entorpecente apreendida – 51,5kg de cocaína (e-

STJ fl. 381) –, circunstância que, inclusive, desborda em muito do ordinário do tipo penal, justificando o maior rigor penal atribuído e, portanto, o acréscimo de 3 anos e 4 meses à pena-base aplicado pelo Tribunal de origem (e-STJ fl. 381), que não se mostra desproporcional. [...] 8. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no AREsp: 1834998 MS 2021/0040621-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 11/05/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/05/2021). (grifamos) Em que pese a idoneidade da fundamentação quanto à exasperação da pena, entendo equivocada a fração utilizada. Nesse mister, a respeito da fração utilizada para a exasperação da pena-base, sabe-se que não existe um critério fixo e estático previsto em lei, porém, a proporcionalidade deve nortear o julgador no sopesamento de cada uma das oito circunstâncias judiciais. Para tanto, existem duas orientações consideradas como vetores da proporcionalidade pela jurisprudência dos Tribunais Superiores. A primeira, considera como parâmetro a fração de 1/8 sobre o intervalo entre a pena mínima e a pena máxima (vide AgRg no REsp 1898916/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, 5ª TURMA, j. em 21/09/2021, DJe 27/09/2021) e a segunda, a fração de 1/6 para cada circunstância, considerando a pena mínima como parâmetro (vide STJ, 5ª Turma, HC 464.591, j. 07/02/2019). No caso concreto, o juízo primevo, sem apresentar qualquer fundamentação específica, exasperou a pena-base em 24 (vinte e quatro) meses, quantum absurdamente superior aos vetores consagrados pela jurisprudência pátria. Para uma noção precisa, se adotasse o primeiro critério (1/8), o juízo primevo deveria incrementar a pena-base em 15 (quinze) meses cada circunstância ou, caso acolhesse a segunda corrente (1/6), em 10 (dez) meses para cada vetorial. Vê-se, então, que sem a indicação precisa do fundamento adequado para a referida exasperação, o juízo primevo elevou a reprimenda em patamar que representa, aproximadamente, o dobro dos vetores consagrados pela jurisprudência dos Tribunais Superiores, o que não deve ser admitido, sob pena de afronta ao princípio da proporcionalidade. Nesse sentido: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. USO DE ALGEMAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DOSIMETRIA. PROPORCIONALIDADE DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE CRITÉRIO DE AUMENTO IMPOSTO ESTABELECIDO PE LA JURISPRUDÊNCIA. RECONHECIMENTO DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 3. No que tange à dosimetria, "A legislação penal não estabeleceu nenhum critério matemático (fração) para a fixação da pena na primeira fase da dosimetria. Nessa linha, a jurisprudência desta Corte tem admitido desde a aplicação de frações de aumento para cada vetorial negativa: 1/8, a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador (HC n. 463.936/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 14/9/2018); ou 1/6 (HC n. 475.360/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 3/12/2018); como também a fixação da pena-base sem a adoção de nenhum critério matemático. [...] Não há falar em um critério matemático impositivo estabelecido pela jurisprudência desta Corte, mas, sim, em um controle de legalidade do critério eleito pela instância ordinária, de modo a averiguar se a pena-base foi estabelecida mediante o uso de fundamentação idônea e concreta (discricionariedade vinculada)" (AgRg no HC n. 603.620/MS, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 9/10/2020). [...] 5. 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1898916/RS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/09/2021, DJe 27/09/2021) PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL EM

HABEAS CORPUS. LATROCÍNIO. ART. 157, § 3.º, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES. VALORADA ANOTAÇÃO CRIMINAL DE CONDENAÇÃO COM PENA EXTINTA HÁ MAIS DE CINCO ANOS. PRAZO DEPURADOR DO ART. 64, INCISO I, DO CÓDIGO PENAL QUE NÃO IMPEDE O RECONHECIMENTO DOS MAUS ANTECEDENTES. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. DIREITO AO ESQUECIMENTO. CONDENAÇÃO NÃO MUITO ANTIGA. FRAÇÃO DE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PARÂMETRO PRUDENCIAL DE 1/6 SOBRE O MÍNIMO LEGAL PARA CADA VETOR DESFAVORECIDO OBEDECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] – O entendimento desta Corte firmou-se no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada circunstância judicial negativa. O aumento de pena superior a esse quantum, para cada vetorial desfavorecida, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial. [...] (AgRg no HC 684.683/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 20/08/2021). Desse modo, ausente a fundamentação específica para a utilização de quantum diverso, aplico a fração de 1/8 sobre a diferença entre a pena mínima e a máxima e, assim, fixo a pena-base em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e pagamento de multa de 625 (seiscentos e vinte e cinco dias-multa), no valor indicado pelo juízo primevo. Na segunda fase, não reconheceu agravantes ou atenuantes. Na terceira fase, a apelante pugna, em síntese, a aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, com o consequente estabelecimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ou regime inicial mais brando. 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”. (g.n.) (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; HC 328775/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgado em 25/08/2015, DJe 11/09/2015). Em análise dos autos, o d. Juízo negou a aplicação da minorante com a seguinte fundamentação (ID 27377532, fls. 14): “[...] Por último, a quantidade de drogas apreendidas e a sua

diversidade revela a dedicação da acusada ao crime de tráfico, inviabilizando a redução proposta pelo art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 e a prisão anterior e ação penal pelo mesmo delito (certidão de fls. 59). Nesse ponto, registre-se que 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”. Com efeito, para a utilização supletiva do binômio natureza e quantidade da droga, para o afastamento da minorante, faz-se necessária a conjugação com outros elementos do caso concreto, elementos estes que não foram indicados pelo juízo primevo (vide AgRg no HC 687.767/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 23/11/2021, DJe 26/11/2021). Nesse sentido, orienta o Superior Tribunal de Justiça: PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA NÃO DEMONSTRADA. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA SOPESADAS NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO DESSES VETORES PARA AFASTAMENTO OU MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE QUANDO DESACOMPANHADA DE OUTROS ELEMENTOS. MERA DECLARAÇÃO DE POLICIAL. FUNDAMENTO INIDÔNEO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Declaração de policial militar no sentido de ter avistado o recorrente em outras diligências não constitui um fundamento idôneo para afastar o redutor, pois sequer admissível inquérito policial ou ação penal em andamento para comprovar a dedicação à atividade criminosa. 2. Tendo a quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos valoradas na primeira etapa da dosimetria, o afastamento da causa de diminuição da pena demanda também a indicação de outros elementos apurados nos autos que demonstrem dedicação à atividade criminosa. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no REsp: 1977995 MG 2021/0402636–0, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 22/03/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/03/2022) De mais a mais, há evidente bis in idem no caso em apreço, pois a quantidade de entorpecente fora utilizada para exasperar a reprimenda na primeira etapa e, posteriormente, para afastar o redutor legal, circunstância que viola o entendimento fixado no RE n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral (Tese n. 712), pelo Supremo Tribunal Federal. (vide também STJ – AgRg no REsp: 1928745 AM 2021/0084234–8, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 26/10/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/11/2021). Diante disso, aplico a minorante do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, na fração de 2/3, e torno a pena definitiva em 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão e pagamento de 208 (duzentos e oito) dias-multa, no valor estabelecido pelo juízo a quo. Em face do quantum de pena estabelecido, o regime inicial deve ser o SEMIABERTO, na forma do § 1º, do art. 33, do CP, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável. Em que pese o preenchimento do requisito objetivo, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, posto que as circunstâncias do caso indicam que a substituição não é suficiente para a prevenção e repressão e delito, notadamente, pela variedade de entorpecentes apreendidos, o que faço na forma do art. 44, III, do CP. Por fim, já concedido o direito de recorrer em liberdade, mantenho os demais termos da sentença condenatória. IV. DA CONCLUSÃO Ante o exposto, entendo inexistentes as nulidades processuais suscitadas, e voto pelo CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL do recurso. Ex officio, remodelo a pena-base e aplico a fração de 1/8 (um oitavo) sobre a

diferença entre a pena mínima e a máxima. Assim, estabeleço a reprimenda inicial em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e pagamento de multa de 625 (seiscentos e vinte e cinco dias-multa), no valor estabelecido pelo juízo a quo. Na segunda fase, sem agravantes ou atenuantes. Em razão da inidoneidade do fundamento utilizado pelo juízo primeiro, aplico a minorante do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, na fração de 2/3, e torno a pena definitiva em 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão e pagamento de 208 (duzentos e oito) dias-multa. Em face do quantum de pena estabelecido, o regime inicial deve ser o SEMIABERTO, na forma do § 1º, do art. 33, do CP, em razão da existência de circunstância judicial desfavorável. Em que pese o preenchimento do requisito objetivo, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, posto que as circunstâncias do caso indicam que a substituição não é suficiente para a prevenção e repressão e delito, notadamente, pela variedade de entorpecentes apreendidos, o que faço na forma do art. 44, III, do CP. Já concedido o direito de recorrer em liberdade, voto pela manutenção dos demais termos da sentença condenatória. É como voto. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR