

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8008980-86.2022.8.05.0105

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: DANIEL SANTOS DUVALE e outros

Advogado (s): MARINA BISPO DO CARMO, MARIA DAS GRACAS BARBOSA DOS SANTOS

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

ACORDÃO

APELAÇÕES DEFENSIVAS. PENAL E PROCESSO PENAL. LEI DE DROGAS. APELANTES CONDENADOS COMO INCURSOS NAS SANÇÕES DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006.
1. DA PRELIMINAR DE NULIDADE:

1.1. QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. ILEGALIDADE DA QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO. AUSÊNCIA DA TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DOS ÁUDIOS. REJEITADA. PROVAS OBTIDAS PELA POLÍCIA CIVIL, ATRAVÉS DE ACESSO A DADOS CONSTANTES NOS APARELHOS CELULARES, MEDIANTE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE INTERCEPTAÇÃO DE CONVERSAS DE ÁUDIO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA CONCRETA QUE DEMONSTRE A FRAGILIDADE DA PRESERVAÇÃO DAS PROVAS PRODUZIDAS. OBSERVÂNCIA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO CONFIGURADO. PRECEDENTES DO STJ.

2. DO MÉRITO.

2.1. ABSOLVIÇÃO DOS CRIMES DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E DE CORRUPÇÃO DE MENORES (ESTE FORMULADO APENAS POR CARLOS DANIEL). NÃO CONHECIMENTO.

RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. APELANTES QUE FORAM CONDENADOS APENAS PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO.

2.2 ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS CONSUBSTANCIADAS NOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS E NA INTERCEPTAÇÃO DOS DADOS E DAS CONVERSAS DE WHATSAPP, OBTIDAS DIRETAMENTE PELA POLÍCIA, NOS CELULARES APREENDIDOS. APREENSÃO DE MACONHA E COCAÍNA. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO QUE SE IMPÕE.

2.3. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/2006. IMPROVIMENTO. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS QUE ATESTAM QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO, ALIADAS AO RESULTADO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL PROCEDIDA NOS CELULARES APREENDIDOS, QUE IMPEDEM A DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/2006. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS CONFIGURADO.

2.4. DA REFORMA DA DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3. ACOLHIMENTO. NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS QUE NÃO PODEM SER VALORADAS SEPARADAMENTE, POIS INTEGRAM UM VETOR JUDICIAL ÚNICO. POUCA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. EXASPERAÇÃO DA BASILAR INIDÔNEA. PRECEDENTES. REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL QUE SE IMPÕE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO CONCRETA DE QUE OS APELANTES INTEGREM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA OU SE DEDIQUEM ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. AÇÕES PENAIIS EM ANDAMENTO QUE NÃO SE PRESTAM A AFASTAR O TRÁFICO PRIVILEGIADO. REDUTOR RECONHECIDO, NA FRAÇÃO DE 2/3. PENA ALTERADA.

2.5. ALTERAÇÃO DE REGIME. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. POSSIBILIDADE. NOVA PENA APLICADA QUE AUTORIZA A APLICAÇÃO DE REGIME ABERTO. ATENDIDOS OS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INCOMPATIBILIDADE ENTRE A PENA ORA SUBSTITUÍDA E A MANUTENÇÃO DA PRISÃO. CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE.

3. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE MENCIONAR EXPRESSAMENTE CADA DISPOSITIVO. REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO QUE SE SATISFAZ COM A EXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO SOBRE AS MATÉRIAS QUE SE PRETENDE SUBMETER AO CRIVO DA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. PRECEDENTES.

4. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA QUE DEVE SER ANALISADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIIS. PRECEDENTES DO STJ E DESTE ÓRGÃO JULGADOR.

RECURSOS PARCIALMENTE CONHECIDOS, PRELIMINAR DE NULIDADE AFASTADA E, NO MÉRITO, PARCIALMENTE PROVIDOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal de nº 8008980-86.2022.8.05.0105, oriundos da Vara Criminal da Comarca de Ipiaú, sendo apelantes DANIEL SANTOS DUVALE e CARLOS DANIEL SANTANA SANTOS e apelado o Ministério Público Estadual.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER PARCIALMENTE DOS RECURSOS DE APELAÇÃO, AFASTAR A PRELIMINAR DE NULIDADE E, NO MÉRITO, JULGÁ-LOS PARCIALMENTE PROVIDOS, de acordo com o voto do Relator.

Sala das Sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato).

Des. JOÃO BOSCO DE OLIVEIRA SEIXAS
Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma

Relator

12

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

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade
Salvador, 7 de Março de 2024.

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8008980-86.2022.8.05.0105

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: DANIEL SANTOS DUVALE e outros

Advogado (s): MARINA BISPO DO CARMO, MARIA DAS GRACAS BARBOSA DOS
SANTOS

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

RELATÓRIO

"Cuida-se de recursos de apelação interpostos por Daniel Santos Duval e Carlos Daniel Santana Santos, contra a r. sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Ipiaú.

Narrou o ilustre representante do Parquet, em sua preambular acusatória (ID 48324746) que, em 09.09.2022, por volta das 08h, na casa do denunciado Daniel, localizada na rua Amâncio Félix, n. 21, Centro, município de Ipiaú, os acusados Daniel Santos Duval e Carlos Daniel Santana Santos, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, após se associarem para o fim de traficar, guardavam e mantinham entorpecentes em depósito.

A exordial acusatória detalhou que chegou ao conhecimento da Polícia Civil a ocorrência de tráfico de drogas no local supramencionado, motivo pelo qual foram realizadas diligências investigativas e solicitação de busca e apreensão no imóvel do acusado Daniel, a qual foi autorizada nos autos do processo n. 8006713-44.2022.8.05.0105.

Prosseguiu narrando o Parquet que, quando agentes da Polícia Civil chegaram ao local para cumprimento do mandado, os denunciados os avistaram e tentaram empreender fuga, sendo, contudo, alcançados. Na oportunidade, o acusado Daniel carregava uma sacola, contendo 15 (quinze) petecas de cocaína; 05 (cinco) balas de substância ecstacy; 19 (dezenove) pedras de cocaína; 36 (trinta e seis) buchas, 02 (dois) pedaços médios e 01 (um) cigarro de maconha; 01 (uma) balança de precisão; 01 (um) cartão micro SD; 01 (uma) faca; diversas embalagens; além de R\$ 80,00 (oitenta reais), 03 (três) celulares e 01 (uma) máquina de cartão.

O Ministério Público requereu, assim, a condenação de Daniel Santos Duval e Carlos Daniel Santana Santos pela prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006.

Após fase instrutória, a Autoridade Judiciária de 1º Grau julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida pela exordial acusatória, para absolver os acusados da imputação prevista no artigo 35 da Lei 11.343/06, com fulcro no art. 386, II, do CPP, e para condená-los pela prática do crime previsto no artigo. 33, caput, da Lei 11.343/06. A pena aplicada a ambos os réus foi de 5 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, negado o direito de recorrer em liberdade (ID 48328412).

Irresignados, os réus interpuseram recursos de apelação, requerendo o que segue:

Daniel Santos Duval (ID 48328483): preliminarmente, a nulidade das provas em razão da violação da cadeia de custódia e da ilegalidade da quebra do sigilo telefônico. No mérito, absolvição por ausência de prova acerca da traficância e da associação para o tráfico. Subsidiariamente, a) desclassificação do crime de tráfico para uso; b) decote do delito de associação para o tráfico; c) reforma da dosimetria para fixar a pena-base no mínimo legal e para reconhecer a figura do tráfico privilegiado, na fração máxima de 2/3; d) a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; e) concessão do direito de recorrer em liberdade; f) gratuidade da justiça; g) prequestionamento dos artigos trazidos no recurso.

Carlos Daniel Santana Santos (ID 53989098): Preliminarmente, nulidade das provas em razão da violação da cadeia de custódia derivada da ilegalidade

da quebra do sigilo telefônico feita por policial civil e cerceamento de defesa por ausência de transcrição integral dos áudios. No mérito, absolvição por ausência de prova da traficância e de associação para o tráfico. Subsidiariamente, a) desclassificação do delito de tráfico para uso; b) afastar o delito de corrupção de menores; c) reforma da dosimetria para fixar a pena-base no mínimo legal e para reconhecer a figura do tráfico privilegiado, na fração máxima de 2/3; d) fixação de regime menos gravoso e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; e) concessão do direito de recorrer em liberdade; f) gratuidade da justiça; g) prequestionamento dos artigos trazidos no recurso. Em sede de contrarrazões, ambos o Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e improvimento dos apelos interpostos (ID 48328485 e ID 53989100).

Encaminhados os recursos a esta Corte de Justiça, os autos foram com vista à douta Procuradoria de Justiça, que se manifestou pelo conhecimento parcial dos recursos (não devendo ser analisados os pleitos formulados por ambos os apelantes, no tocante a absolvição pelo crime de associação para o tráfico, bem como o pedido feito apenas por Carlos Daniel, no item “4” do seu recurso, pois não houve condenação pelo delito de corrupção de menores e o pleito de gratuidade feito por Daniel Duvalé) e, na parte conhecida, pelo improvimento (ID 55296525).

Após a análise deste caderno processual, elaborei o presente relatório e o submeto à censura do nobre Desembargador Revisor, para os devidos fins.

É o relatório.

Salvador/BA, (data registrada no sistema no momento da prática do ato).

Des. João Bosco de Oliveira Seixas
Segunda Câmara – 2ª Turma
Relator

12

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8008980-86.2022.8.05.0105

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: DANIEL SANTOS DUVALE e outros

Advogado (s): MARINA BISPO DO CARMO, MARIA DAS GRACAS BARBOSA DOS

SANTOS

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

VOTO

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, passo à análise das pretensões recursais.

1. DA PRELIMINAR DE NULIDADE.

1.1 Da quebra da cadeia de custódia. Ilegalidade da quebra do sigilo telefônico. Ausência da transcrição integral dos áudios.

Os recorrentes insurgem-se contra o descumprimento da determinação prevista no art. 158-A do Código de Processo Penal, sob a alegação de que a extração dos dados e áudios constantes no celular apreendido estão incompletas e inconclusivas, além de ter sido feita por policial civil, que não possui competência técnica para realizar o procedimento.

Por tais razões, pugna pelo reconhecimento da nulidade da prova e a sua consequente absolvição.

Consoante informações extraídas nos autos nº 8006713-44.2022.8.05.0105, a Polícia Civil da Bahia representou pela busca e apreensão domiciliar (ID 48324763 – fls. 26/28), sendo a referida representação analisada e resolvida, em 02.09.2022, pela douta juíza da Vara Crime da Comarca de Ipiaú, a qual, inclusive, autorizou a realização de perícia nos eventuais aparelhos apreendidos e a utilização dos dados coletados como elementos de prova emprestada.

Em cumprimento à ordem judicial, os policiais civis se dirigiram até a casa do apelante Daniel, onde estavam os apelantes, sendo encontrada uma sacola, que o apelante Daniel levava quando tentou fugir, ao pular para a casa vizinha, contendo entorpecentes e petrechos para o tráfico, sendo apreendidos, ainda, diversos celulares encontrados em poder de Luiz Abreu de Carvalho e dos apelantes, estes indiciados por tráfico de drogas. Procedida a análise dos celulares, o policial Antônio Soares Araponga, chefe do SI, e o Investigador de Polícia Alex Albert Cabral confeccionaram o relatório da investigação criminal nº 39/2022 (ID 48324742 – fls. 59/61), apresentando prints, imagens, diálogos escritos por mensagem de whatsapp e comprovantes de pagamento, indicativos de que os apelantes forneciam drogas, inclusive, para a pessoa de prenome Luiz e faziam cobranças das vendas feitas a este.

Na hipótese, o que se tem é que toda a atividade executada pelos agentes do Estado em relação aos celulares apreendidos é inerente à investigação que vinha sendo realizada, em cumprimento ao comando judicial prévio e

necessário de quebra do sigilo das informações e das comunicações armazenados nos citados aparelhos.

No mais, a defesa não indicou nenhuma circunstância concreta que demonstre a fragilidade da preservação das provas produzidas, além de que, as informações extraídas dos aparelhos não foram os únicos elementos probatórios utilizados para fundamentar o entendimento da sentenciante, na medida em que corroboraram o flagrante efetuado, no momento da prisão dos apelantes. Nesse sentido, o STJ:

"Não há falar em nulidade decorrente da inobservância da cadeia de custódia pelas instâncias ordinárias, na medida em que a defesa não apontou nenhum elemento capaz de desacreditar a preservação das provas produzidas, conforme bem destacado no acórdão impugnado. Por certo, desconstituir tal entendimento demandaria o reexame de conjunto fático e probatório, inviável em sede de habeas corpus."
(AgRg no HC n. 810.514/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 26/6/2023, DJe de 29/6/2023.)

Sobre a licitude das provas obtidas através de dados acessados no aparelho celular, mutatis mutandis, colhe-se, o entendimento firmado pela Superior Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PROVAS OBTIDAS ATRAVÉS DE ACESSO A DADOS CONSTANTES NO APARELHO CELULAR, SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. NULIDADE. DOSIMETRIA. TESE PREJUDICADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. A jurisprudência das Turmas que compõem a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de considerar ilícita a devassa de dados e das conversas de whatsapp, obtidas diretamente pela polícia em celular apreendido, por ocasião da prisão em flagrante, sem prévia autorização judicial. Precedentes.

2. Ao afastar a preliminar de nulidade, o Tribunal de Justiça consignou que a análise dos registros constantes em aparelho de telefonia móvel não é equiparada às interceptações telefônicas, fazendo com que não seja exigível a autorização judicial para produção da prova. Aliás, deve-se ressaltar não se tratar da excepcional hipótese da admissível violação incontinenti da privacidade, ainda no local do flagrante (apreensão ato contínuo), mas de devassa operada posteriormente, por órgão científico de polícia.

3. Ordem concedida para reconhecer a ilicitude das provas obtidas diretamente dos dados constantes de aparelho celular, sem prévia autorização judicial, anulando-as, bem como determinar o seu desentranhamento, devendo os autos serem devolvidos à origem para que seja reapreciada a condenação com base no remanescente do conjunto probatório, com determinação de imediata reavaliação das prisões preventivas vigentes. De conseguinte, ficou prejudicada a análise dos demais pedidos. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 736.445/MG, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 23/10/2023, DJe de 27/10/2023.)
grifos nossos

Finalmente, embora a defesa do apelante Carlos Daniel alegue que não houve transcrição integral dos áudios e que estes são inconclusivos e incompletos, não houve menção a nenhum áudio no relatório policial

decorrente da análise dos celulares apreendidos, sendo reportado apenas fotos e prints de mensagens escritas e de comprovantes de pagamento, não havendo, portanto, que se falar em cerceamento de defesa. Assim considerando que a quebra de dados telefônicos foi judicialmente autorizada, deve ser afastada a preliminar arguida.

2. DA ANÁLISE DO MÉRITO.

2.1. Inicialmente, quanto aos pleitos defensivos referentes à absolvição dos crimes de associação para o tráfico e de corrupção de menores, deixo de conhecê-los, diante da falta de interesse recursal, uma vez que se trata de recursos exclusivos da defesa e que o magistrado de 1º grau condenou ambos os recorrentes apenas pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006.

2.2. Da Pretensão absolutória do crime de tráfico.

Os recorrentes fustigam o decreto condenatório, sob o fundamento de que não teriam sido reunidas provas suficientes da autoria delitiva, pugnando pela absolvição.

Com efeito, a materialidade delitiva pode ser extraída do Auto Exibição e Apreensão, do Laudo de Exame Pericial Provisório (ID 48324742 – fls. 9, 40, 41) e Definitivo das Drogas (ID 48328397 e ID 48328398), que atestaram a apreensão de 123g (cento e vinte e três gramas) de maconha, acondicionados em trinta e seis porções embaladas em pedaços de plástico incolor, duas porções de dimensões maiores embaladas em pedaços de plástico cor preta e um cigarro enrolado em papel fino translúcido; 40,2g (quarenta gramas e dois decigramas) de cocaína, em forma de “pedra”, acondicionado em seis porções de dimensões maiores e treze porções de dimensões menores, embaladas em pedaços de plástico incolor; 6g (seis gramas) de cocaína, em forma de “pó”, acondicionado em quinze porções, embaladas em pedaços de plástico incolor; além de balança de precisão, embalagens plásticas e celulares.

Dos fatos narrados na exordial acusatória, sobre a autoria, em sede extrajudicial, a oitiva testemunhal produzida trouxe notícias de que policiais civis deslocaram-se até a casa do acusado Daniel, ora apelante, para dar cumprimento a mandado judicial de busca e apreensão e que, ao adentrar no imóvel, os acusados/apelantes tentaram fugir, mas que foram alcançados e que um deles, Daniel, levava uma sacola contendo drogas e petrechos para o tráfico, que foi encontrada no quintal casa para onde saltou (ID 48324742 – fls. 5 e 7).

Superada a fase investigativa, em sede judicial, foram ouvidos os policiais civis que participaram das investigações e prisão dos apelantes, que mantiveram as declarações apresentadas à Autoridade Policial, narrando os fatos em harmonia, da seguinte maneira, conforme trechos extraídos da sentença e em compatibilidade com os depoimentos disponibilizados no PJE mídias:

Testemunha IPC ANTÔNIO SOARES ARAPONGA: “Que os fatos se deve semelhante (sic) aos outros com relação ao tráfico de drogas; Que chegou informações no setor de informação, que a casa onde morava o Daniel e Carlos estava sendo utilizado como ponto de venda de entorpecentes; Que as denúncias se estenderam para a comunidade, o pessoal estava incomodado com a situação, moradores circunvizinhos da rua e ruas próximos também já tinham informado isso via denuncia, tanto para o setor da polícia civil como a militar também já tinha algumas informações sobre isso e assim se deu como as outras investigações, nós fomos monitorando, as informações foram fechadas

nesse sentido; Que foi gerado um relatório da investigação, a autoridade representou no mandado e no cumprimento logrou êxito no sentido de apreender drogas, entorpecentes dentro do imóvel; Que ficou evidenciado a associação entre os dois acusados Carlos e Daniel; Que eles participaram juntos na distribuição, preparo da droga porque várias vezes foi preparado dentro do imóvel e na venda também; Que não sabe dizer por qual período os acusados são associados; Que já tinha um certo tempo que os acusados Carlos e Daniel estavam utilizando a residência para venda; Que havia uma estabilidade e permanência; Que participou de forma efetiva da investigação, não somente eu como toda a equipe do SI; Que a parte de bilhetagem e aparelho de celular ele fica mais direcionado para o colega que trabalha comigo, a gente dá mais o suporte de manter informado sobre as ações da cidade, mas não sei se isso foi direcionado a cada um deles, foram os aparelhos que estavam em poder deles, pertenciam a eles; que foi desses três aparelhos que foram colhidas as provas demonstradas no processo; Que foram apreendidos três aparelhos celulares- um Galaxy A12, um motorola G3 e outro motorola cor dourado, mas eu não sei dizer de quem é qual aparelho, mas quando eles foram apreendidos com os celulares e as drogas, os acusados Carlos e Daniel confirmaram que o aparelho pertenciam a eles, estavam em poder deles; Que inclusive esteve na delegacia a esposa dele e alguns parentes reivindicando a devolução dos aparelhos que ainda estavam no processo de bilhetagem de informações, então a gente sabe que os aparelhos estavam no imóvel, que os aparelhos pertencem a eles, mas eu não sei aqui dizer o modelo desses aparelhos e quem é quem, não sei dizer; Que o que foi colhido no celular está no processo, são muitos detalhes, são muitas informações que a gente acha nesses aparelhos; que é complicado a gente chegar aqui, eu posso até estar sendo leviano da minha parte estar colocando coisa a mais, coisa a menos na conta deles; que foi feito esse relatório e está assinado; que uma das assinaturas é minha e eu confirmo o que está colocado ali nas investigações; Que é difícil eu estar dando esses detalhes porque é muita coisa; Que eu me lembro que teve fotografia fazendo alusão a facção tudo 3; Que tinha fotografia de drogas, de entorpecentes, salvo engano aparecia alguma conversa que foi extraída do chip onde aparece negociação de drogas, inclusive com o vizinho de frente, o Luiz Abreu, salvo engano; Que é difícil dar os detalhes, minúcias, mas eu confirmo o que tem no relatório que foi extraído pelo colega, basicamente ele que faz essa bilhetagem; Que existe conversa de tráfico, existe fotos fazendo alusão a facção, existem fotos de drogas, mas eu não me recordo se tem alguma coisa dessa direcionada a Daniel, se teve, estará no relatório de bilhetagem; Que não participou de apreensão que tenha apresentado usuário de drogas que adquiriu drogas em mãos de Carlos Daniel". Grifos nossos

Testemunha IPC GABRIEL SOARES CARVALHO DA SILVA: "Que se recorda do cumprimento do mandado; Que trabalha na Coordenadoria em Jequié na sede e fomos designados pelo Coordenador Dr. Rodrigo para uma diligência na cidade de Ipiaú para dar apoio a três mandados de busca e apreensão; Que chegando na delegacia, o colega, o chefe de investigação, o investigador Araponga, nos passou as informações e falou que tinha solicitado pelas investigações da delegacia territorial de que três residências estariam funcionando como ponto de tráfico de drogas; Que ele alertou inclusive de que teria chegado drogas no dia anterior, a noite e que as pessoas, os alvos, estaria cortando aquela droga durante a noite para poder repassar; Que seriam três residências, uma colada com a outra onde tinha se não me

engano uma barbearia ao lado e uma de frente a outra casa; Que fomos em três equipes, minha equipe foi em uma casa verde e, aparentemente, não morava ninguém, mas os acusados Carlos Daniel e Daniel se encontravam no local, nós informamos que éramos da polícia; Que tinha uma grade na casa e nós precisamos cortar essa grade para entrar; Que quando entramos, percebemos pelo fundo, a porta estava entreaberta, que eles estavam correndo para o fundo; Que entramos fazendo acompanhamento tático porque poderia ter mais pessoas; Que chegando ao fundo, foi encontrado o acusado Carlos Daniel, nessa hora ele tentou pulou o muro e Daniel pulou para as residências vizinhas, foi quando nós gritamos para as equipes que estavam na rua e nas outras casas, "pulou, pulou", informando que teriam pulado; Que o Carlos Daniel ficou dominado pelo IPC Araponga e o IPC Alex, se não me engano; Que na outra casa, onde foi encontrado Daniel, estava o IPC Gleison, o colega, foi quando nós encontramos no fundo uma sacola preta, contendo os objetos, algumas drogas embaladas; Que algumas estavam dentro de pacotes, outras estavam dentro de pacotes em forma de peteca e buchas de maconha; Que não conhecia os acusados, minha equipe apenas participou do cumprimento da diligência; Que nós fomos informados no momento do briefing, que é uma reunião que fazemos anteriormente ao cumprimento dos mandados, pra ter ciência de porventura o que nós encontraríamos lá; Que nunca ouviu falar de Daniel Duvale; Que, pelo que me recordo, o alvo da busca e apreensão foram três residências, porque foram três equipes; Que duas equipes de Jequié eu acho e a equipe da delegacia de Ipiaú; Que me recordo que essa residência e uma barbearia que o colega falou, funcionaria como ponto de drogas; Que não se recorda se uma barbearia ou um lanchonetezinha, mas era um estabelecimento; Que, na busca pessoal de Daniel Duvale, não foi encontrado nada, mas no momento da abordagem que o acusado Daniel estava no chão, ele disse que teria corrido e ele estava fumando um baseado, apenas afirmou isso; Que ele não afirmou ser apenas usuário, mas afirmou que correu porque estava fumando, mas a sacola foi encontrada no fundo, próximo a ele." Grifos nossos

Testemunha IPC ALEX ALBERT CABRAL: "Que eu não participei da diligência do cumprimento de mandado de busca que gerou a prisão; Que eu apenas participei e tive acesso a algumas informações, principalmente de celulares que foram apreendidos com os dois envolvidos na delegacia; Que tive acesso também a algumas investigações e alguns aspectos da investigação pretérita, feita pelo setor de investigações do SI; Que não conhecia os acusados antes dessa investigação; Que essa investigação que falei pretérita quem estava atuando era o investigador Araponga que é o chefe de Serviço de Investigação ao qual eu estou atrelado, mas dessa investigação específica eu tive mais conhecimento depois que ocorreu a prisão; Que ficou sabendo que eles estavam sendo investigados pelo tráfico de drogas naquela região; Que existiam informações de que eles chegavam a fazer propaganda, divulgavam que estavam na área, com arma, como se a área estava em domínio, fotos de redes sociais inclusive em que mostravam a localidade, residências que dava pra identificar a área ali; Que as afirmações de que os dois acusados atuavam juntos eu concluo que sejam positivas porque eu tive acesso aos celulares deles; Que nos celulares nós não tivemos acesso ao conteúdo interno porque a gente não tem as técnicas de perícia que o DIC de Salvador teria, aqui nós só temos alguns acessos limitados, mas ainda assim nós pegamos o chip que estava no celular e identificamos o número que correspondia a esse chip, que estavam sendo usados por eles, não cederam a senha mas nós identificamos os celulares,

dois celulares se não me engano e então identificamos os chips que estavam nesses celulares; Que durante o mandado de busca e apreensão teve também a condição de um terceiro envolvido, um outro indivíduo que também estava sendo investigado em que também foram apreendidos celulares dele; Que nos celulares que o terceiro identificou como sendo dele, foi identificado número idêntico ao número no celular de Daniel Duvale; Que eu interpretei e vi que o interlocutor desse indivíduo que também foi conduzido na mesma situação de busca e apreensão havia conversas em que eles tratavam justamente sobre a traficância, sobre o comercio de drogas; Que do contato com o traficante que se identifica essa pessoa de Daniel Duvale pelo número do chip do celular que estava com ele, então eu posso afirmar que havia essa contratação do tráfico de drogas; Que eu teria que me recordar, eu citei no relatório justamente essas conversas que teria anterior, as conversas do celular que foram encontradas com Luiz e o contato que ele teve com Daniel Duvale e com Carlos Daniel, porque nessas conversas existe um período mínimo, agora não sei o período, não me recordo; (...) Que as informações do relatório já teriam sido feitas pelo setor de investigação, mas não fui eu que fiz a coleta desses dados; Que eles indicavam participar da facção Tudo 3 através de fotos, porque o perfil em que estavam sendo exibidas essas fotos era do Carlos Daniel se não me engano, pelo menos estava identificado com o prenome de um deles; Que não participou ativamente das investigações, falou que teve acesso a alguns fragmentos, algumas partes da investigação pretérita, porque nós participamos de várias investigações e algumas investigações a gente tem acesso a algumas coisas; Que quem participa efetivamente é Toninho, Antônio Soares Araponga, que é o chefe do setor de investigação e ele quem coordena todas essas investigações, então eu tive acesso a alguns dados; Que assinou o relatório da colheita dos aparelhos celulares; Que eu cheguei na delegacia e tive acesso aos celulares que foram apresentados para mim como sendo de propriedade deles, se não me engano foram 3 celulares mesmo; (...) Que eu lembro que eles identificaram os celulares, mas se recusaram a abrir os celulares, mas identificaram sim os celulares; Que, no momento, não se recorda qual dos três celulares pertencia a Daniel Duvale, mas isso foi deferido no relatório; Que se não deferi no relatório, estou falando assim por causa do lapso de memória, porque são muitos relatórios, muitas pessoas investigadas então a gente acaba perdendo alguns detalhes; Que se não estiver no relatório é porque não ficou definido de quem era cada celular, mas aqueles celulares foram apresentados os três celulares como sendo de propriedade deles dois e eu posso afirmar porque quem me passou foram os policiais que participaram da apreensão e me apresentaram os celulares com esse sentido; Que o chip com o número da operadora que foi obtido do celular; Que o chip não estava no nome de Daniel Duvale, esses chips eles usam, geralmente quem está envolvido com o tráfico é comum usar até mesmo com nome de laranja, CPF de pessoas que não estão envolvidos com crime de forma inocente, é comum; (...) Que no outro celular é que tinha, o mesmo número que tinha no celular, tinha nessa conversa dele falando sobre tráfico de drogas; Que conversa entre Daniel Santos Duvale e o outro interlocutor da busca que inclusive eram casas de frente, me passaram que era casa uma de frente a outra, deu pra perceber que esse outro traficante estava pegando drogas na mão desses dois e vendendo, comercializando, tinha uma conversa com o mesmo número do chip, mas estava codificado, com codinome, não era o nome dele especificamente; Que no celular dessa pessoa também consegui acessar 3 comprovantes de PIX/depósito, um em nome de Daniel Duvale e outro em nome

de Carlos Daniel, sendo que eu não lembro se os dois eram de Carlos Daniel e o outro era de Daniel Duvalé ou vice-versa, mas isso também foi explicado no relatório, no final do relatório você vai ver essa informação.” Grifos nossos

Por seu turno, interrogado em juízo, o apelante Daniel Santos Duvalé negou a prática delitiva, apresentando a seguinte versão dos fatos, conforme trecho extraído da sentença, em compatibilidade com o quanto disponibilizado no PJE mídias:

“Que eles não pegaram nada comigo; Que é isso que não estou entendendo; Que disseram que me pegaram com uma sacola; Que eles me pegaram em outra casa, me pegaram na casa da minha sogra dizendo que eu tinha corrido, mas não corri e chegou lá com uma sacola de drogas dizendo que era minha; Que não sabe se eles acharam a sacola ou se já vieram de lá dizendo que era minha; Que meu celular estava na casa da minha sogra, pegaram lá e levou, nem meu celular estava na minha mão; Que nega as acusações; Que não tentou fugir; Que eles já chegaram invadindo tudo lá; Que não sabe de quem era a sacola; Que os policiais me prenderam e lá na delegacia já apareceu essa droga; Que Carlos Daniel é só um conhecido; Que não estávamos juntos na mesma casa; Que Carlos Daniel foi apreendido em outra casa; Que nós somos apenas conhecidos”. Grifos nossos

O apelante Carlos Daniel, interrogado em juízo, assim como fez perante a Autoridade Policial, exerceu o seu direito de permanecer em silêncio. Exposto o caderno probatório, o que se conclui é que a prisão dos apelantes se deu após o cumprimento de ordem de busca e apreensão domiciliar decorrente de investigação prévia e estruturada, acerca da prática de tráfico de drogas, ocorrida no interior de imóveis vizinhos, onde os apelantes moravam.

Como se viu do pormenorizado depoimento judicial do Investigador Gabriel, que participou ativamente das diligências, os apelantes, quando avistaram a polícia, tentaram fugir, pulando muros. Entretanto, foram alcançados, sendo encontrada uma sacola contendo entorpecentes, nos fundos da casa para onde o apelante Daniel pulou e foi contido.

Corroborando essa narrativa, o Investigador Antônio Araponga, que também participou energicamente da investigação policial e foi quem elaborou o relatório acerca dos dados encontradas nos celulares apreendidos, afirmou que o cerne da investigação era o tráfico ocorrido na casa onde os apelantes moravam, fato amplamente denunciado pela comunidade. Afirmou, mais, que nos celulares haviam postagens alusivas à Facção Tudo 3, conversas sobre negociação de entorpecentes envolvendo os apelantes, narrativa também corroborada pelo Investigador Alex.

Por derradeiro, a despeito da não localização de drogas com o apelante Carlos Daniel, existem outras provas capazes de comprovar o crime de tráfico, como o cumprimento de mandados de busca e apreensão e o acesso a dados de aparelhos celulares e várias conversas de WhatsApp. Na hipótese, se constatou que o apelante Carlos Daniel divulgava em seu perfil de redes sociais a venda de drogas, o endereço, bem como havia comprovantes de pagamento de valores citados nas conversas capturadas, como sendo pela venda e cobrança de entorpecentes entre a pessoa de prenome Luiz e os apelantes.

Assim, suas condutas integram, seguramente, o tipo penal previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006.

No mesmo sentido, colhem-se os seguintes precedentes:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DAS DROGAS. MATERIALIDADE. COMPROVAÇÃO POR OUTROS MEIOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Esta Corte já se manifestou no sentido de que a ausência de apreensão da droga não torna a conduta atípica se existirem outras provas capazes de comprovarem o crime, como no caso, as interceptações telefônicas e os depoimentos das testemunhas. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça – STJ. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 1.471.280/SC, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 3/6/2020) Grifos nossos

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. OPERAÇÃO OSTENTAÇÃO. MATERIALIDADE. PRESCINDIBILIDADE DE APREENSÃO E PERÍCIA. COMPROVAÇÃO POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. PRECEDENTES. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PROVIDÊNCIA INVIÁVEL NA VIA ELEITA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A ausência da apreensão da droga não torna a conduta atípica se existirem outros elementos de prova aptos a comprovarem o crime de tráfico (HC 131.455-MT, ReI. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 2/8/2012). 2. Esta Corte Superior possui assente jurisprudência no sentido de considerar prescindível a apreensão da droga na posse do acusado, se a materialidade do crime de tráfico de entorpecentes for evidenciada por outros elementos de prova, como interceptações telefônicas, depoimentos prestados por policiais e provas orais produzidas durante a instrução criminal, especialmente se forem encontrados entorpecentes com outros corréus ou integrantes da organização criminosa, como no caso dos autos.(...) 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 512.140/SC, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 10/9/2019) Grifos nossos

Os recorrentes não trouxeram nenhum elemento de prova que possa fragilizar as versões uníssonas e seguras dos agentes públicos, não se percebendo em suas declarações qualquer tentativa de imputar falsamente a ocorrência do crime ou que tenham sido eivadas de parcialidade, motivo pelo qual não há que se falar em necessidade de se desconsiderar tais depoimentos, conforme aduz a defesa.

Sobre a validade os depoimentos dos policiais, enfatize-se que eles foram prestados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Nesse contexto, deve ser salientado que a doutrina majoritária e a jurisprudência adotam o entendimento de que os policiais não têm nenhum impedimento em depor sobre crimes, mesmo quando efetuaram o flagrante, sendo seus depoimentos válidos para embasar um decreto condenatório. Nesse sentido:

“(...) 2. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela 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, como ocorreu na hipótese (AgRg no AREsp 875.769/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, DJe 14/3/2017; AgRg no AREsp 926.253/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/8/2016, DJe 26/8/2016).

3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AgRg no AREsp 1598105/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 23/03/2020) grifos nossos

Malgrado a tese defensiva baseie-se na insuficiência de provas para a condenação, o conjunto probatório aponta, de forma uníssona, terem sido os apelantes os autores do fato, não havendo nos autos qualquer prova que possa infirmar tal declaração. Ademais, as circunstâncias em que se deu a prisão, especialmente pela numerosidade, maneira como as drogas estavam fracionadas e acondicionadas configuram, com clareza, o delito de tráfico de entorpecentes.

Não há, portanto, fragilidade ou vulnerabilidade probatória, mas certeza quanto à autoria delitiva imputada aos apelantes, conforme se verifica do acervo probatório contextualizado nos autos, sendo imperiosa a manutenção do decreto condenatório pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006.

2.3. Da desclassificação para o delito insculpido no art. 28 da Lei 11.343/2006.

Segundo os apelantes, não há provas suficientes para embasar um édito condenatório pelo crime de tráfico, razão pela qual pedem a desclassificação da conduta para a descrita no art. 28 da Lei 11.343/2006.

Como já esposado no tópico anterior, as circunstâncias em que os apelantes foram presos emitem um juízo de certeza sobre a propriedade e destinação para o tráfico de todo o entorpecente descrito no Auto de Exibição e Apreensão.

Sobre o tema, é cediço que, para a configuração do delito insculpido no art. 33 da Lei 11.343/2006, é desnecessário que o acusado seja efetivamente preso praticando a mercancia da droga, posto que se trata de crime multifacetário, bastando que a conduta se subsuma a um dos verbos discriminados no tipo penal.

Por outro lado, a legislação pátria discrimina o que deve ser valorado para classificar uma conduta como uso de entorpecente. É a literalidade do § 2º, do art. 28, da Lei Antidrogas, in verbis: "(...) § 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."

Interpretando o dispositivo, assim vem se manifestando o Superior Tribunal de Justiça:

"RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. TRANCAMENTO DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO. MATÉRIA QUE DEVERÁ SER DIRIMIDA AO LONGO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS NÃO PROVIDO.

(...) 2. Consoante o disposto no art. 28, § 2º, da Lei n. 11.343/2006, não é apenas a quantidade de drogas que constitui fator determinante para a conclusão de que a substância se destinava a consumo pessoal, mas também o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente.

3. Embora a quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas não seja excessivamente elevada, o próprio recorrente negou que a droga seria para consumo pessoal e, embora haja afirmado que ela seria oriunda de apreensão

policial anterior, certo é que, ao menos em princípio, não declinou qual operação seria essa, tampouco trouxe qualquer elemento que pudesse dar robustez a essa versão.

4. A pretendida desclassificação da conduta imputada ao réu para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 é matéria que deverá ser dirimida ao longo da instrução criminal, inviável, portanto, de neste momento processual e na via estreita do habeas corpus, afastar a compreensão inicial das instâncias ordinárias de que, em princípio, ficou caracterizada a prática do delito de tráfico de drogas.

5. Recurso em habeas corpus não provido.” (RHC 94.980/RN, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 29/03/2021) grifos nossos

Analisando-se o caso concreto, embora a quantidade de entorpecente apreendida não seja vultosa, também não é insignificante, a ponto de se admitir ser apenas para uso exclusivo.

Outrossim, frise-se que a balança de precisão e as embalagens encontradas no local onde o apelante Daniel foi preso, como consta no auto de exibição e apreensão, são petrechos comumente utilizados na mercancia de entorpecentes, o que reforça a destinação comercial das substâncias. Ademais, como comprovado, os celulares encontrados em poder dos apelantes davam conta da divulgação da citada mercancia.

Dessa forma, não há como se acolher a tese defensiva de desclassificação para a conduta descrita no art. 28 da Lei 11.343/2006.

2.4. Da reforma da dosimetria.

Pleiteia a defesa a reforma da dosimetria, para fixar a pena-base no mínimo legal e para que seja reconhecida a causa de diminuição referente ao tráfico privilegiado, em sua fração máxima de 2/3 (dois terços).

Analisando-se a sentença condenatória (ID 48328412), no tocante à dosimetria da pena do crime de tráfico, à vista das circunstâncias judiciais, a magistrado, com preponderância, para ambos os apelantes, valorou negativamente a natureza dos entorpecentes (cocaína) estabelecendo a pena-base em 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Data vênua do entendimento da sentenciante, o fundamento utilizado para exasperar a basilar não se mostra idôneo.

É que, muito embora a natureza da cocaína seja mais deletéria, tal particularidade, isoladamente, não autoriza a citada exasperação, inclusive, diante da pouca quantidade de entorpecentes apreendidos (46,2g- quarenta e seis gramas e dois decigramas de cocaína; e 123g cento e vinte e três gramas de maconha – ID 48324742 – fls. 9, 40, 41).

Nesse sentido, a Superior Corte:

"[a] natureza e a quantidade da droga são elementos que integram um vetor judicial único, não sendo possível cindir a sua análise. Somente quando examinadas em conjunto (tipo de droga e quantidade) será possível ao julgador compreender adequadamente a gravidade concreta do fato e proceder à devida individualização da pena, que é o objetivo almejado pelo legislador com as disposições do art. 42 da Lei n. 11.343/06." (AgRg no HC n. 734.699/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/12/2022).

DE DROGAS. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTO. IMPUGNAÇÃO. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 182 DO STJ. ILEGALIDADE MANIFESTA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE. ANÁLISE CONJUNTA. AUSÊNCIA DE EXPRESSIVIDADE. PRECEDENTES. EXASPERAÇÃO AFASTADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. 1. Ausente a impugnação concreta ao fundamento da decisão agravada, que não conheceu do agravo em recurso especial, tem aplicação a Súmula n. 182 do Superior Tribunal de Justiça. 2. Constatada a existência de ilegalidade manifesta na dosimetria da pena, a ser reparada de ofício, por esta Corte Superior, em atuação sponte própria, nos termos do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, e não por força de acolhimento de recurso ou pedido defensivo. No caso, não obstante a diversidade e a natureza mais deletéria de parte das substâncias entorpecentes, a quantidade total de droga apreendida não é relevante a ponto de ensejar a exasperação da pena-base. 3. Agravo regimental não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, a fim de fixar a pena-base do Agravante no mínimo legal, redimensionando sua pena definitiva para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. (AgRg no AREsp n. 2.348.087/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 22/8/2023, DJe de 30/8/2023.) grifos nossos

Assim, não havendo desvalor de outras circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, resta redimensionada a pena-base para 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Prosseguindo, na segunda e terceira fases da dosimetria não foram reconhecidas agravantes/atenuantes e nem causas de aumento/diminuição de pena.

A terceira fase, entretanto, enseja reparos, uma vez que os fundamentos utilizados pela magistrada de 1º grau também não se revelam idôneos, nesta porção da dosimetria. Vejamos as suas razões lançadas na sentença:

“Vislumbra-se que os acusados se dedicavam a atividade criminosa, portanto impossível o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei de drogas.

Isto porque, conforme o Relatório de Investigação (RIC) foi possível ver imagens do acusado Carlos Daniel fazendo alusão à Facção Tudo 3, através das fotos indicando a região dominada, bem como foi encontrado na busca e apreensão Daniel na posse de drogas. Destarte em consulta ao PJE, verifica-se que os acusados já respondem por crimes da mesma tipificação penal, processo: 0500934-95.2019.8.05.0105 e processo:

8003748-93.2022.8.05.0105, demonstrando, portanto, o envolvimento dos acusados de forma reiterada no tráfico de drogas”.

Embora tenham sido encontradas publicações no perfil de rede social do apelante Carlos Daniel, onde se vê uma pessoa encapuzada e uma outra mão gesticulando o numeral 3, não há como afirmar, concretamente, que, por isso, os apelantes integrem a citada Facção Criminosa Tudo 3, diante da míngua de outros elementos que confirmem a efetiva dedicação às atividades criminosas.

Nesse sentido, “(...) 1. Há que ser provado, de forma concreta e contextualizada, a participação em organização criminosa ou a dedicação à atividade ilícita. Como está claro dos excertos, o Tribunal de origem fez somente afirmações (ilações), sem indicar elementos concretos, contextualizados, indicativos da atuação na facção criminosa voltada à comercialização ilícita de drogas. (...)” (AgRg no HC n. 768.428/SP, relator

Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 7/3/2023, DJe de 10/3/2023.)

Adiciona, ainda, esta Relatoria que ações penais em andamento não se prestam à comprovação da dedicação a atividades criminosas, conforme entendimento jurisprudencial pacificado de que "o mais recente posicionamento de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, em regra, inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem fundamentação idônea apta a respaldar a não aplicação do redutor especial de redução de pena relativa ao reconhecimento da figura privilegiada do crime de tráfico de drogas"(AgRg no HC n. 560.561/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/2/2021, DJe 17/2/2021).

Por tais razões, evidenciadas a primariedade, os bons antecedentes, bem como não comprovada a dedicação dos réus às atividades criminosas e nem a integração em organização criminosa, presente se faz a causa de diminuição inserida no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, motivo pelo qual reduzo a pena, na terceira fase da dosimetria, na fração de 2/3 (dois terços), fixando-a definitivamente em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, na fração de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

Diante da nova reprimenda aplicada, à luz do que prevê o art. 33, § 2º, alínea c, do CP, deve ser fixado o regime inicial aberto de cumprimento da reprimenda corporal.

Tendo em vista que a sanção aplicada aos condenados foi inferior a 04 anos, em observância ao quanto disposto no art. 44, I, do CP, substituo as penas privativas de liberdade por duas restritivas de direito (para cada apelante), sendo que uma delas deve ser de prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública, preferencialmente voltada para o tratamento de toxicômanos. A outra pena restritiva de direitos e as demais condições devem ser impostas pelo Juízo das Execuções Penais competente. Não há razão para a manutenção da prisão preventiva dos apelados, pois se trata de condenação à pena restritiva de direitos, sendo hipótese de ausência dos requisitos exigidos pelo art. 312 do CPP, razões pelas quais deve ser concedido o direito de aguardar o trânsito em julgado em liberdade.

3.Do Prequestionamento.

Os apelantes prequestionaram, para fins de interposição de Recursos Especial ou Extraordinário, a contrariedade da sentença recorrida aos dispositivos citados nas razões recursais.

Consoante entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, o pronunciamento explícito acerca das matérias arguidas para fins de prequestionamento se mostra desnecessário, senão veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – RECOLHIMENTO EFETIVADO ANTECIPADAMENTE – BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – REDISCUSSÃO DA MATÉRIA – PREQUESTIONAMENTO – I – Os embargos de declaração enfitam eliminar obscuridade, omissão ou contradição do julgado embargado, vedada sua utilização para suscitar novos questionamentos ou mesmo rediscutir a matéria. II – "O requisito do prequestionamento se satisfaz com a existência de pronunciamento sobre as matérias que se pretende submeter ao crivo da instância extraordinária, somente sendo exigido menção expressa dos dispositivos tidos por violados

na fundamentação do recurso, consoante, neste particular, já decidiu o STF (AGREGAG nº 193.772, DJ 24/10/1997)". (EDROMS nº 14.444/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves). III – Embargos declaratórios rejeitados. (EDcl nos EDcl no RMS 11.927/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/04/2004, DJ 24/05/2004, p. 152, STJ). – Grifos do Relator

Devidamente efetuada a escorreita análise e aplicação dos dispositivos legais necessários e atinentes à espécie, despicienda revela-se (neste julgamento) a menção expressa aos dispositivos supracitados, para fins de prequestionamento e eventual interposição de recurso às instâncias superiores.

4. Da gratuidade da justiça.

Os apelantes alegam que não possuem condições econômicas de arcar com as custas processuais, requerendo os benefícios da justiça gratuita.

O pleito não deve ser conhecido.

Registre-se que, diante do que dispõe o art. 804 do Código de Processo Penal, c/c o art. 98, parágrafos 2º e 3º, do Código de Processo Civil, deve a sentença condenar nas custas o sucumbente, ainda que este seja assistido pela Defensoria Pública ou beneficiário da justiça gratuita, podendo, entretanto, ficar suspensa a exigência do pagamento, pelo prazo de 05 (cinco) anos, após avaliação das condições econômico-financeiras do condenado pelo Juízo da Execução Penal, e findo o referido prazo, ficará prescrita a obrigação.

Sem embargo, resta claro que o exame da hipossuficiência do recorrente não pode ser efetuado por esta Relatoria, sob pena de supressão de instância, pois tal matéria é afeta ao Juízo das Execuções Penais, em caso de condenação, consoante orientação predominante da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal desta Corte de Justiça, e do Superior Tribunal de Justiça:

"(...) 1. Nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais. 2. O momento de verificação da miserabilidade do condenado, para fins de suspensão da exigibilidade do pagamento, é na fase de execução, visto que é possível que ocorra alteração na situação financeira do apenado entre a data da condenação e a execução do decreto condenatório. (...)" (STJ– AgRg no AREsp n. 394.701/MG, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 4/9/2014) – Grifos do Relator

"APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

(...)

IV – A pena de multa deve ser modificada para 10 (dez) dias–multa, para guardar proporcionalidade com a privativa de liberdade. O regime estabelecido deve permanecer no aberto, obedecendo o quanto disposto no art. 33, §§ 2º e 3º do CP. A Defesa do Apelante pugnou pela concessão da assistência judicial gratuita. O pedido não merece ser acolhido, data venia, por não existir amparo legal, pois independentemente de o réu ser patrocinado pela Defensoria Pública, o julgador deve condenar o sucumbente. Ademais, a matéria atinente à isenção de custas e gratuidade

da justiça está disposta no art. 12 da Lei nº 1.060/50, sendo de competência do Juízo da Vara das Execuções Penais. V – Ante o exposto, CONHEÇO do Recurso de Apelação interposto, dando-lhe PARCIAL PROVIMENTO, apenas para reduzir a pena de multa para 10 (dez) dias-multa, mantendo, in totum, os demais termos da sentença objurgada"(Classe: APELAÇÃO,Número do Processo: 0005476-62.2013.8.05.0191, Relator (a): Nágila Maria Sales Brito, Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Publicado em: 10/03/2015) – Grifos do Relator

Destarte, não deve ser conhecido o pleito de concessão dos benefícios da gratuidade judiciária.

O voto, portanto, é no sentido de conhecer parcialmente de ambos os recursos, afastar a preliminar de nulidade arguida e, no mérito, julgar parcialmente providos os apelos para reformar as reprimendas basilares de ambos os recorrentes, fixando-as no mínimo, e para reconhecer a figura do tráfico privilegiado, em sua fração máxima de 2/3 (dois) terços, tornando a sanção definitiva dos recorrentes em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, a ser cumprido em regime aberto; bem como para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e conceder o direito de recorrer em liberdade, restando mantidos os demais termos da sentença vergastada. Por fim, caso este voto seja acolhido, devem ser adotadas providências para a imediata expedição do competente alvará de soltura em favor dos recorrentes.

Diante do exposto, acolhe esta 2ª Turma da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, o voto através do qual se conhece parcialmente dos recursos, afasta-se a preliminar de nulidade e, no mérito, dá-lhes parcial provimento.

Sala das Sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato).

DES. JOÃO BOSCO DE OLIVEIRA SEIXAS
Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma
RELATOR