

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500035-21.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: EBERT SANTANA DE JESUS Advogado (s): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA ACORDÃO APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. CONJUNTO PROBATÓRIO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. POLICIAIS. DEPOIMENTOS. VALIDADE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. TEMA 1139, DO STJ. AÇÃO PENAL EM CURSO. RECONHECIMENTO DO REDUTOR, NA FRAÇÃO MÁXIMA. DOSIMETRIA REDIMENSIONADA. REGIME MODIFICADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITO, DEFERIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1 . O delito reprimido pelo art. 33 da Lei nº 11.343/06 se estabelece sob natureza multinuclear, restando configurado pela prática de qualquer dos verbos ali compreendidos, e não apenas pela flagrância do agente na venda direta de entorpecentes ilícitos. 2 . Comprovando-se, pelo vasto conjunto probatório constante dos autos, que o Réu trazia consigo substância entorpecente (74 pinos, de cocaína em pó), resta configurada a incursão objetiva na norma penal incriminadora, haja vista que materializado um de seus verbos nucleares. 3. A validade da prova subjetiva não é afastada pela condição de policiais das testemunhas, cujos depoimentos são amplamente passíveis de valoração, especialmente quando em compasso com as demais provas que respaldam a imputação, notadamente a efetiva apreensão do entorpecente em poder do agente, e não produzida qualquer contraprova em defesa deste. Precedentes do STJ. 4. Dosimetria. O Superior Tribunal de Justiça, firmou, no Tema Repetitivo de nº 1139, a tese de que “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06.”. 5. Portanto, no caso em concreto, sendo o fundamento da negativa da concessão do privilégio a existência de uma ação penal em curso, bem como inexistindo nos autos de outros elementos idôneos capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, tais como: escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime, necessário o redimensionamento da pena na terceira fase, impondo-se a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), fixando a pena em 01 (um) ano e 08 (oito) meses, tornando-a definitiva, em regime inicialmente aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. 6. Em observância ao princípio da proporcionalidade, a pena de multa deve guardar simetria com a reprimenda corporal e ser dosada fase por fase, motivo pelo qual há de ser estabilizada no patamar de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente na data do delito. 7. Por fim, atento aos critérios do art. 44 do CPB, mostra-se adequada a substituição da pena corporal por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, o qual também deverá analisar possível detração da pena. 8. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, para aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços), fixando a pena definitiva em 1 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, determinando, de logo, a expedição de alvará de soltura em seu favor, caso por ela se encontre recolhido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n.º 0500035-21.2019.8.05.0001, em que figuram, como Apelante,

EBERT SANTANA DE JESUS e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DA BAHIA, ACORDAM os Desembargadores componentes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto condutor, adiante registrado. DES. ABELARDO PAULO DA MATTA NETO PRESIDENTE / RELATOR PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 20 de Setembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500035-21.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: EBERT SANTANA DE JESUS Advogado (s): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA RELATÓRIO EBERT SANTANA DE JESUS interpôs recurso de apelação contra a sentença penal condenatória prolatada pelo Juízo da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador, condenando-o pela incursão na conduta recriminada pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/06, sob a basilar imputação de que, “no dia 14 de dezembro de 2018, por volta das 14h00, no local conhecido como Roça da Sabina, Barra, nesta capital, o denunciado foi preso em flagrante, por policiais civis lotados na delegacia de origem, na posse de 74 (setenta e quatro) pinos plásticos contendo um pó branco identificado como cocaína e um relógio de pulso dourado marca Bulgari, droga que se destinava à comercialização, conforme auto de exibição e apreensão de fl. 06 e Laudo de constatação de fl. 29. Conforme apurado, na ocasião referida, policiais da delegacia especializada na repressão a roubos a coletivos receberam informações de que vários indivíduos praticantes daquela modalidade de crime se escondiam no local conhecido como Roça da Sabina, Barra, nesta cidade. Assim, de imediato se deslocaram para o local, onde constataram que alguns indivíduos que estavam na via pública que empreenderam fuga ao perceberem a presença da guarnição. Porém, três deles foram alcançados e na revista pessoal, foi apreendida na posse de um deles, posteriormente identificado como o ora denunciado, a substância entorpecente e o relógio acima referidos (...).” (transcrição conforme sentença) De proêmio, em prestígio aos preceitos da celeridade, da eficiência e da economia processual, e tendo em vista ali se externar suficientemente, no que relevante, a realidade da marcha processual até então desenvolvida, adota-se o relatório da sentença adunado ao ID 30728079, a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto. Apreciando as imputações da denúncia, o Julgador Primevo reconheceu a materialidade delitiva e a correspondente autoria acerca do crime adrede apontado, condenando o Réu às penas definitivas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto (artigo 33, § 2º, b, do CP), em unidade a ser estabelecida pelo Juízo da Execução Penal, e 500 (quinhentos) dias-multa, sendo cada dia multa em 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato. Irresignado, o Acusado interpôs apelação, suscitando a tese de insuficiência de provas para a condenação e negativa de autoria, a impor a absolvição. Sucessivamente, requer a aplicação da causa de diminuição correlata ao § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, na fração máxima, com alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Prequestionou os art. 33, caput e § 4º da Lei nº 11.343/2006, ao artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, assim como aos artigos 1º, III, 5º, LIV e LVII, todos da Constituição Federal (ID 30728115). O Ministério Público apresentou contrarrazões pugnando pela integral manutenção do

decisum (ID 30728178) A Procuradoria de Justiça ofertou parecer, pelo não provimento do recurso (ID 31561959). Retornando-me os autos à conclusão, constatada a ausência de diligências pendentes, neles lancei a presente sinopse, submetendo-a à Eminente Revisão. É o suficiente a relatar. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500035-21.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: EBERT SANTANA DE JESUS Advogado (s): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA VOTO Ao exame dos autos, deflui-se cuidar-se de Apelação Criminal manifestada contra sentença condenatória proferida por Juiz singular, revelando-se, à luz do art. 593, I, do Código de Processo Penal, patente a adequação da modalidade recursal à hipótese em que utilizada. O recurso foi interposto no prazo legal, com observância das formalidades a ele inerentes, tornando, portanto, imperativa a sua análise como peça de impugnação. Acerca da imputação, tem-se que o Apelante foi denunciado como incurso na conduta recriminada pelo art. 33 da Lei nº 11.343/06, pelo fato de ter sido flagrado na posse de substâncias entorpecentes, em relato assim contido na peça incoativa. A saber: "(...) no dia 14 de dezembro de 2018, por volta das 14h00, no local conhecido como Roça da Sabina, Barra, nesta capital, o denunciado foi preso em flagrante, por policiais civis lotados na delegacia de origem, na posse de 74 (setenta e quatro) pinos plásticos contendo um pó branco identificado como cocaína e um relógio de pulso dourado marca Bulgari, droga que se destinava à comercialização, conforme auto de exibição e apreensão de fl. 06 e Laudo de constatação de fl. 29. Conforme apurado, na ocasião referida, policiais da delegacia especializada na repressão a roubos a coletivos receberam informações de que vários indivíduos praticantes daquela modalidade de crime se escondiam no local conhecido como Roça da Sabina, Barra, nesta cidade. Assim, de imediato se deslocaram para o local, onde constataram que alguns indivíduos que estavam na via pública que empreenderam fuga ao perceberem a presença da guarnição. Porém, três deles foram alcançados e na revista pessoal, foi apreendida na posse de um deles, posteriormente identificado como o ora denunciado, a substância entorpecente e o relógio acima referidos (...)." (Transcrição conforme sentença) Nesse prisma delimitativo, quanto à materialidade o material apreendido consta do Auto de Exibição e Apreensão (ID 30727921 – Pág. 6) destacando ter sido apreendido com EBERT SANTA DE JESUS um saco plástico branco com 74 pinos plásticos contendo pó branco semelhante à cocaína e um relógio da marca Bulgari, cor dourada. Em poder de MÁRCIO LUIZ SILVA SANTOS a quantia de 10,00. Com LUCAS SILVA CAMPOS 02 pinos contendo pó branco semelhante à cocaína e um relógio de pulso da marca Diesel, com pulseira em metal cinza. Próximo aos três indivíduos citados foram encontrados um saquinho transparente contendo 22 (vinte e dois) pinos de uma substância branca parecendo cocaína e 42 pedrinhas de uma substância amarela parecendo crack, acondicionadas em material plástico. O Laudo de Constatação (30727921 – Pág. 35) identifica a análise de 28,50g, distribuídas em 93 microtubos de plástico incolor e mais um vazio, de cocaína em pó (MATERIAL A) e 4,42g, distribuídas em 42 porções envoltas em plástico incolor, de cocaína em forma de "pedras" amarelas (MATERIAL B). O Laudo Definitivo (ID 30728056 – Pág. 1) confirma ser o material apreendido como sendo o MATERIAL A e B como sendo benzoilmetilecgonina, popularmente conhecida como cocaína, sendo o primeiro em forma de pó e o segundo em forma de pedras amareladas (crack), os quais se encontram relacionadas como proscriita no país, conforme Portaria 344/98 da Secretaria de

Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde. Logo, limitado o entorpecente encontrado com o Réu EBERT SANTA DE JESUS como sendo 74 pinos plásticos, contendo cocaína em forma de pó, cujo peso aproximado, calculado com base no total apreendido, é de 22,67g, não sobejam dúvidas acerca da materialidade do fato, a qual, inclusive, não foi objeto de recurso. No atinente à autoria delitiva, o Acusado nega a propriedade da droga, afirmando outros indivíduos correram, e, com ele havia pouca droga para o uso, mas os policiais juntaram o material entorpecente e atribuíram ao interrogado. Vejamos as afirmações do réu, em juízo: "(...) que estavam todos parados perto de um carro quando foram abordados; que uma pessoa evadiu e dispensou a droga; que não recordava a quem pertencia o veículo; que ao redor foram encontradas drogas, mas não com as pessoas que foram revistadas; que com interrogado havia pouca droga para o seu uso pessoal, tendo a polícia juntado todo o material entorpecente e atribuído ao interrogado; que desconhecia a pessoa que correu; que anteriormente ao fato o interrogado não respondia a outros processos, mas posteriormente a ele sim; que ficou 1 ano e 8 meses preso; que anteriormente ao fato desconhecia os policiais; que havia maconha e pó em poucas quantidades para seu uso. Dada a palavra ao Promotor de Justiça, formuladas perguntas, o acusado as respondeu que: nada perguntou. Dada a palavra ao Dr Defensor, formuladas perguntas, o acusado as respondeu que: nada perguntou (...)." (interrogatório em Juízo -videoconferência - fls. 203/204 - transcrição conforme sentença - grifos nossos). Os depoimentos colhidos na instrução processual, ratificando os elementos da fase inquisitorial, são os prestados por policiais, os quais foram categóricos ao afirmar a prisão do Acusado portando drogas, sendo inclusive destacada a apreensão nas vestes do réu de quantidade de droga não indicativa que seria apenas para consumo. A saber (transcrição conforme sentença - grifos nossos): IPC SANDRO NASCIMENTO SILVA SANTOS: "(...) que no dia do fato 4 pessoas foram abordados, mas um foi liberado de imediato; que receberam uma denúncia de que indivíduos estariam comercializando drogas na Roça da Sabina, Barra; que foi em uma viatura descaracterizada e viu indivíduos em cima de uma camionete branca, que havia sido mencionada no informe enviado à polícia; que houve descrição das pessoas, mas as características eram genérica; que depois de passar uma vez no local e perceber a presença dos indivíduos, passou outra vez no mesmo local, parou a viatura antes e foram se aproximando como pessoas comuns; que deu a voz de prisão e um fugiu; que ficaram três pessoas e foi feita busca pessoal; que com o réu foram encontradas drogas; que não foi o responsável pela revista pessoal, mas pode afirmar que a droga estava nas vestes, na bermudas; que não se recorda o tipo de droga; que tinha droga acondicionada em pinos; que não se recorda a quantidade; que o acusado não reagiu à prisão; que o responsável pela revista pessoal foi o IPC Ivanildo Portela; que ficou na segurança externa e não viu exatamente o momento em que ele tirou a droga do corpo do réu; que foi encontrada uma outra quantidade de droga nas imediações; que acha que a droga era cocaína; que o réu disse que era usuário, mas ele tem um ficha extensa de tráfico de drogas; que o acusado disse que a droga era para uso, mas a quantidade apreendida no corpo dele não indicava isso; que não lembra a quantidade, mas não era para uso; que não soube do envolvimento do acusado com homicídios e outros crimes; que só na delegacia consultou os antecedentes e viu que o réu tinha" passagens "; que não se dedicou a investigação e não sabe se o réu pertencia a alguma facção; que não lembra da apreensão de nenhum petrecho do tráfico ou celular; que os outros abordados alegaram ser usuários e não deram

nenhuma informação sobre o acusado; que reconhece o acusado presente neste ato processual. Dada a palavra ao (à) Defensor (a)/Advogado (a), respondeu que: que a caminhonete era um veículo abandonado e não sabe a quem pertence; que visualizou, ao chegar, quatro indivíduos no local" como se nada tivesse acontecendo ". Às perguntas do (a) Juiz (a), respondeu que: que o acusado não confirmou ser dele a droga encontrada nas imediações; que não tem como informar se as características do réu coincidem com a informada à polícia no informe recebido no dia do fato. (...)." (depoimento colhido em Juízo por videoconferência , fls. 187/189– grifos nossos). IPC IVANILDO PORTELA: "(...) que reconhece o acusado presente nesta assentada, bem como de tê-lo prendido no dia do fato denunciado; que estavam fazendo incursão no local para coibir roubos de ônibus; que um transeunte informou que tinha uma caminhonete velha com alguns indivíduos vendendo drogas; que chegando ao local, alguns indivíduos fugiram dispensando sacos de droga no chão; que um deles, entretanto, foi abordado e encontrado com entorpecente dentro da bermuda que trajava, na cintura; que havia cocaína, em pinos, e pedras de crack envoltas em sacos plásticos; que tinha mais de 30 pedras de crack e vários pinos de cocaína; que a droga dispensada no chão também foi recuperada; que acha que foi o réu que estava com a cocaína na cintura; que não lembra a quantidade; que o crack foi apreendido no chão e havia sido dispensado por outros indivíduos; que foi o responsável pela busca pessoal do réu; que estava com mais 3 IPC's; que não houve tempo para o réu reagir à prisão; que ele não aparentava estar sob efeito de droga; que o acusado disse que as droga que estavam no chão eram dele e nem quis informar o fornecedor por medo de represália; que a caminhonete era velha, foi revistada e não tinha nada dentro; que não conhecia o réu e não ouviu falar nada dele; que o local é de intenso tráfico de drogas. Dada a palavra ao (à) Defensor (a)/Advogado (a), respondeu que: sem perguntas. Às perguntas do (a) Juiz (a), respondeu que: que reconhece o réu como sendo uma das pessoas que conduziu no dia do fato; que foram conduzidos 3 indivíduos; que um deles não tinha droga nenhuma, mas estava junto com os demais; que o outro tinha 2 ou 3 pinos, sendo classificado como usuário pelo depoente; que como acusado foi apreendido um saquinho contendo pinos de cocaína; que não lembra se tinha dinheiro na posse do réu; que o réu não aparentava ter feito uso de drogas; que ele estava com muito medo de dizer quem passou a droga para ele. (...)." (depoimento colhido em Juízo por videoconferência, fls. 190/191– grifos nossos). IPC GILDO GILMAR SILVA SANTOS: "(...) que se recordava vagamente do fato relatado; que estava fazendo abordagem a um grupo de pessoas, quando houve uma correria; que duas pessoas foram alcançadas e com uma delas foi encontrada a droga; que a droga era salvo engano maconha, embalada em sacos plásticos; que anteriormente ao fato, o depoente desconhecia o acusado; que o depoente estava no fundo do veículo; que preliminarmente o acusado negou a propriedade da substância entorpecente; que não reconhecia a fisionomia do réu após visualizar uma fotografia contida nos autos; que o local do fato possui um intenso tráfico de drogas, não tendo conhecimento de qual facção criminosa domina o local; que não reconhecia a fisionomia do acusado; que à época o depoente trabalha de forma geral em Salvador; que o depoente não se recordava sobre a existência de petrechos utilizados na comercialização de ilícitos; que o acusado não resistiu a prisão; que após ser preso, salvo engano, houve deslocamento para a sua residência com finalidade de buscar RG do acusado e posteriormente deslocaram-se para a Delegacia; que não se recordava se o acusado foi reconhecido em sede policial por algum ato ilícito; que após o fato não recebeu informações sobre a pessoa do

acusado (...).” (depoimento colhido em Juízo por videoconferência, fl. 202 grifos nossos). Sob esse aspecto, aliás, deve-se de logo extirpar questionamentos quanto à validade dos depoimentos dos policiais que participaram da diligência do flagrante, pois, conforme assentado no Superior Tribunal de Justiça, inexistente óbice à sua valoração como elementos de convicção do Julgador, especialmente quando robustamente colhidos na fase inquisitorial e ratificados na instrução, em compasso com as evidências delitivas complementares, sobretudo a efetiva apreensão dos entorpecentes com o Acusado. Neste ponto, como bem fundamentou o Juízo de primeiro grau, os esquecimentos pontuais dos policiais não são passíveis de retirar a credibilidade da diligência e da apreensão, pois todos relataram harmonicamente a diligência, sendo a quantidade apreendida, de fato, não especificada nos depoimentos, contudo, classificadas como pinos de cocaína, tópico que pode ser comprovado com a análise conjunta dos depoimentos em juízo e o auto de apreensão, o qual detalha a quantidade de substância entorpecente com cada indivíduo conduzido à delegacia, além das drogas dispensadas na proximidade. A saber: “(...) Inicialmente, em análise individual dos depoimentos se tem que: I- o IPC SANDRO, embora não se recorde da quantidade apreendida ou onde a droga foi encontrada com o réu, visto que não foi o responsável pela revista pessoal, narra se recordar de ter sido apreendida cocaína, bem como destaca todo o contexto que levou a apreensão, tal seja, a denúncia de venda de drogas na área, a ida com uma viatura descaracterizada e a abordagem, após circulação na localidade para verificação, com posterior tentativa de fuga de alguns indivíduos e prisão do réu; II- o agente IVANILDO responsável pela revista pessoal foi ainda mais claro ao especificar, após narrar como se deu a abordagem, a presença de pinos de cocaína na cintura da bermuda do réu e das pedras de crack no chão deixadas pelos que dali evadiram III- por fim, o IPC GILDO, embora pouco se recordasse, abordou a presença de mais indivíduos e da evasão que ocorreu, tendo sido encontrada droga como revistado. Desta forma, percebe-se que a soma do quanto narrado pelos policiais com as demais informações presentes nos autos, tais como o material entorpecente apreendido e o laudo pericial, deixa claro o contexto de traficância em que se flagrantou o inculcado. Observa-se que a posse da droga se tornou fato uníssono, bem como foi possível ratificar a sua tipificação, tal seja, cocaína, a qual estava disposta em 74 (setenta e quatro) pinos, o que termina por aclarar o intuito delituoso haja vista a forma de fragmentar e embalar (facilitadora do comércio).” [Transcrição conforme sentença – realces nossos] Com efeito, dado o seu múnus público e fé que o acompanha, não se pode presumir que policiais militares ouvidos como testemunhas tenham a intenção de incriminar falsamente o Acusado, principalmente quando a narrativa prestada em Juízo se apresenta uniforme desde a fase inquisitorial e, sobretudo, há a comprovação material das substâncias ilícitas, efetivamente apreendidas. Confirmam-se os seguintes precedentes (com destaques acrescidos): PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. DILIGÊNCIA REALIZADA NO DOMICÍLIO DO AGRAVANTE SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. POSSIBILIDADE. FUNDADAS RAZÕES. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. ENTORPECENTES DISPENSADOS PELO SUSPEITO ANTES DA ABORDAGEM POLICIAL. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. PALAVRA DOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. REVERSÃO DO JULGADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DO CONTEÚDO FÁTICO-PROBATÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. 1. (...) 3. A jurisprudência desta Corte é firmada no sentido de que" o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova

idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso "(HC n. 477.171/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018). 4. A mudança da conclusão alcançada no acórdão impugnado, de modo a absolver o acusado, exigiria o reexame das provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, uma vez que o Tribunal a quo é soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos (Súmula n. 7/STJ). 5. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp 1770014/MT, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2020, DJe 15/12/2020) PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENÇÃO EM SEGUNDO GRAU. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS COLHIDOS EM JUÍZO. CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS. VALIDADE. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTO CONCRETO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE DESPROPORÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CONCLUSÃO DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE DE DROGA. VALORAÇÃO DE OUTROS ELEMENTOS. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. ORDEM DENEGADA. 1. Inexiste óbice no fato de estar a condenação embasada no depoimento dos policiais responsáveis pelo flagrante do corréu, mormente quando colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de prova. Precedente. 2. (...) 6. Ordem denegada. (STJ – HC 418.529/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018) O conjunto probatório, desse modo, mostra-se assaz suficiente para evidenciar, além da materialidade delitiva, também a autoria do Acusado, eis que sua negativa acerca da prática criminosa culminou por se revelar descompassada com os demais elementos probatórios, notadamente por não se ter colhido qualquer um deles, sequer indiciário, acerca da existência de um suposto desiderato dos policiais em prejudicá-lo deliberadamente, especialmente a ponto de utilizarem quantidade de entorpecente apenas para tanto. Por outro vértice, é também imperativo gizar que, nos exatos termos do que consignado na sentença, a tipificação delitiva em que incurso o Recorrente possui multiplicidade de núcleo, abarcando diversas condutas, dentre as quais objetivamente se enquadra aquela por ele empreendida. Com efeito, assim se põe a abrangente redação do art. 33 da Lei nº 11.343/06: "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" No caso dos autos, ainda que não tenha o Acusado sido flagrado vendendo entorpecentes, não há dúvida de que trazia consigo, a quantidade de 74 pinos plásticos, contendo cocaína em forma de pó, para a finalidade de mercancia, incidindo, portanto, em ao menos um dos verbos nucleares do tipo penal. Registre-se, ademais, que as circunstâncias da apreensão das drogas tornam inviabilizada possível desclassificação da conduta para a sua posse destinada a consumo próprio. Afinal, a quantidade de cocaína em pó apreendida, sob a forma em que armazenada (74 pinos), revela-se assaz significativa para a espécie, o que em nada se compatibiliza com a respectiva tese, mormente se confrontada com as diretrizes do art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06: "Art. 28..... (...) § 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." Efetivamente, a cocaína, por seu alto poder entorpecente e suas características físicas (composição e peso), se revela substância de consumo fracionado em parcas porções, de conteúdo assaz reduzido (poucos centigramas), o que é absolutamente incongruente com a tese de que os Acusados mantinham sob sua posse a quantidade total acima referida com a finalidade de pessoalmente consumi-la. Afinal, numa projeção extremamente conservadora, tomando-se por base que apenas 1g (um grama) deste entorpecente facilmente ultrapassa o necessário para 05 (cinco) "carreiras", a quantidade em poder do Acusado renderia mais de 100 (cem) destas unidades de consumo. Em semelhantes hipóteses, outra não é a compreensão jurisprudencial do tema (em originais sem destaques): "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (...) Acrescentamos, ainda, que a quantidade da substância entorpecente apreendida foi expressiva – no caso sub judice poderiam ser confeccionadas 200 carreiras, podendo alcançar a feitura de 1000 "carreirinhas" de cocaína ("Carreira de Cocaína: média de 20 miligramas (ou 0,020 gramas) a 100 miligramas (ou 0,100 gramas)"; – e também está a indicar a configuração do injusto previsto no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/06. – (...) ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA". (TJ-RS – HC: 70058637539 RS, Relator: Marco Aurélio de Oliveira Canosa, Data de Julgamento: 10/07/2014, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/08/2014) "Apelações – Tráfico de entorpecentes – Recursos da defesa – Absoluções – Improcedência – Materialidade e autoria demonstradas – Negativa dos réus isolada nos autos – Apreensão de 2g de maconha e 48,3g de cocaína em poder dos acusados – Firmes e coerentes depoimentos dos policiais militares – Validade – Quantidade e natureza dos entorpecentes incompatíveis com o consumo próprio – Condenações de rigor. Dosimetria das penas – Réu Aldeir – Maus antecedentes e reincidência comprovados – Pena e regime prisional inalterados – Corréu Carlos – Incidência do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 no patamar intermediário – Requisitos legais preenchidos – Substituição penal – Inaplicabilidade – Medida não se mostra recomendável ao caso – Regime inicial fechado – Manutenção – Tráfico de cocaína – Droga de maior lesividade à saúde pública. Recurso do réu Aldeir não provido – Recurso do corréu Carlos parcialmente provido." (TJ-SP – APL: 30012573620138260072 SP 3001257-36.2013.8.26.0072, Relator: Salles Abreu, Data de Julgamento: 05/08/2015, 11ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 11/08/2015) Portanto, o montante de entorpecente apreendido extirpa qualquer possibilidade de se reconhecê-la como destinada a consumo próprio, pelo que incogitável a desclassificação para o ilícito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06. Diante de tais circunstâncias, inexiste reproche a ser feito nas conclusões do decisum, revelando-se acertado o reconhecimento dos Acusados como incursos na tipificação prevista no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Firmada a prática delitiva e a respectiva autoria do Acusado, cumpre analisar a dosimetria das penas alcançada na origem. Na hipótese dos fólios, extrai-se dos autos virtuais que o Magistrado de origem, na primeira fase, fixou a pena-base no mínimo legal, isto é, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos dias-multa), o que, por se firmar em máximo benefício do Réu para o estágio dosimétrico, afasta qualquer possibilidade de alteração. Na segunda fase inexistiram agravantes ou atenuantes. Já na terceira fase, o Magistrado de Primeiro Grau consignou na sentença que o réu ostenta maus antecedentes, por

responder ação penal em curso, com condenação em primeira instância, aguardando o julgamento de recurso, o que comprovaria a dedicação em atividade criminosa, negando, por conseguinte o reconhecimento da modalidade delitiva privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06). Vejamos: “(...) À vista da análise anteriormente explicitada, pode-se afirmar que o réu NÃO faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11. 343/06, por não preencher todos os requisitos legais exigíveis. De acordo com o alhures pontuado, o acusado, após ter sua preventiva revogada nestes autos, voltou a ser flagrantado traficando, de forma que responde nos autos nº 0529525-88.2019 por tal conduta, tendo sido condenado em primeira instância e aguardando julgamento do recurso, o que demonstra com clareza não se tratar de pessoa recém envolvida na ilicitude do tráfico. Neste sentido, presente provas de ser o réu voltado à prática de atividades criminosas, sobretudo tráfico de drogas, o que deve ser levado em consideração pelo magistrado na análise da possibilidade de aplicação do redutor do § 4º do artigo 33, vez que os requisitos ali estabelecidos são cumulativos. Assim, ausente o requisito do não envolvimento em atividades ilícitas, deixo de aplicar a causa de diminuição de pena. Nesse sentido (grifos nossos): (...)” (grifamos)

Cumpramos ressaltar, a priori, que a norma legal referida disciplina a possibilidade de redução da pena de 1/6 a 2/3 “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Sobre a matéria em análise, o Superior Tribunal de Justiça, firmou, no Tema Repetitivo de nº 1139, a tese de que “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06.”. Portanto, no caso em concreto, sendo o fundamento da negativa da concessão do privilégio a existência de uma ação penal em curso, bem como inexistindo nos autos de outros elementos idôneos capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, tais como: escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime, necessário o redimensionamento da pena na terceira fase, impondo-se a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), fixando a pena em 01 (um) ano e 08 (oito) meses, tornando-a definitiva, em regime inicialmente aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. Ademais, inobstante o Juízo primevo haver aplicado a pena multa em 500 dias-multa, em observância ao princípio da proporcionalidade, esta deve guardar simetria com a reprimenda corporal e ser dosada fase por fase, motivo pelo qual há de ser estabilizada no patamar de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente na data do delito. Por fim, atento aos critérios do art. 44 do CPB, mostra-se adequada a substituição da pena corporal por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, o qual também deverá analisar possível detração da pena. Permanecem hígidas as demais prescrições acessórias da sentença penal sob análise. Por todo o exposto, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, para aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços), fixando a pena definitiva em 1 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução,

determinando, de logo, a expedição de alvará de soltura em seu favor, caso por ela se encontre recolhido. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Relator