

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0005144-45.2018.8.05.0248 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MARÍLIA DA ANUNCIAÇÃO DOS SANTOS e outros Advogado (s): PAULA JANAINA MASCARENHAS COSTA, RAFAEL DIAS OLIVEIRA registrado (a) civilmente como RAFAEL DIAS OLIVEIRA, LUCIO PITANGA GUIMARAES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): I ACORDÃO EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS: ARTIGO 33, CAPUT, C/C ART. 40, III, AMBOS DA LEI N.º 11.343/2006. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSIÇÃO DAS PENAS DE 02 (DOIS) ANOS E 11 (ONZE) MESES DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL ABERTO, ALÉM DE 290 (DUZENTOS E NOVENTA) DIAS-MULTA, CADA UMA NA RAZÃO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO, VIGENTE, À ÉPOCA DOS FATOS. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DAS PROVAS COLHIDAS NA ABORDAGEM POLICIAL POR AUSÊNCIA DE ADVERTÊNCIA SOBRE O DIREITO DA INVESTIGADA PERMANECER EM SILÊNCIO QUANDO DA CONFISSÃO INFORMAL. NÃO ACOLHIMENTO. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO "PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF". TEMA DE REPERCUSSÃO GERAL N.º 1185 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PENDENTE DE JULGAMENTO. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TESE REJEITADA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ALEGAÇÃO FRAGILIDADE PROBATÓRIA E ATIPICIDADE DA CONDUTA. TESE DE CRIME IMPOSSÍVEL. IMPROVIMENTO. MATERIALIDADE COMPROVADA POR MEIO DE PROVAS DOCUMENTAL, PERICIAL E TESTEMUNHAL. AUTORIA IGUALMENTE DEMONSTRADA. AGENTES PENITENCIÁRIOS QUE, INQUIRIDOS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO, RELATARAM TODA A DINÂMICA DO FLAGRANTE E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS DE MANEIRA SEGURA E HARMÔNICA, DESCREVENDO A EFETIVA APREENSÃO DE DROGAS NA POSSE DA ACUSADA. EFICÁCIA PROBATÓRIA DOS DEPOIMENTOS DAS AGENTES PENITENCIÁRIAS, MÁXIME QUANDO FIRMES E CONVERGENTES, ALÉM DE NÃO EXISTIR INDICATIVO DE ABUSOS NA REALIZAÇÃO DA DILIGÊNCIA. VIGILÂNCIA EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL APENAS DIFICULTA A PRÁTICA DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, MAS NEM SEMPRE O IMPEDEM, O QUE AFASTA A TESE DE CRIME IMPOSSÍVEL PELA INEFICÁCIA ABSOLUTA DO MEIO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA FASE: NEUTRALIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. SEGUNDA FASE. PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA DO RÉU, ANTE A INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA (ARTIGO 65, III, d, DO CP). IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DA SÚMULA N.º 231 DO STJ. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE QUE NÃO POSSUI O CONDÃO DE REDUZIR A REPRIMENDA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. PRECEDENTES. TERCEIRA FASE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NA FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). INVIABILIDADE. RAZOABILIDADE DA APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE $\frac{1}{2}$ (METADE) DIANTE DA NATUREZA DELETÉRIA E SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Apelação n.º 0005144-45.2018.8.05.0248, oriunda da Vara Crime da Comarca de Serrinha/BA, em que figura como Apelante a Acusada MARÍLIA DA ANUNCIAÇÃO DOS SANTOS, e como Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1.ª Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao Apelo, mantendo-se a sentença objurgada em todos os seus termos, tudo a teor do voto da Relatora. IVONE BESSA RAMOS Desembargadora Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 11 de Março de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0005144-45.2018.8.05.0248 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MARÍLIA DA ANUNCIAÇÃO DOS SANTOS e

outros Advogado (s): PAULA JANAINA MASCARENHAS COSTA, RAFAEL DIAS OLIVEIRA registrado (a) civilmente como RAFAEL DIAS OLIVEIRA, LUCIO PITANGA GUIMARAES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): I RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposto pela Ré MARÍLIA DA ANUNCIAÇÃO DOS SANTOS, por intermédio da Defensoria Pública, em irresignação aos termos da Sentença condenatória proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Crime da Comarca de Serrinha/BA, que, julgando procedente a Denúncia contra ela oferecida, condenou-a pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, c/c art. 40, III, todos da Lei n.º 11.343/2006, ao cumprimento da pena de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, além do pagamento de 290 (duzentos e noventa) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo, vigente, à época dos fatos. Narrou a Peça Acusatória (ID 51609967, p. 2/4): “[...] No dia 14 de julho de 2018, por volta das 09h10, nas dependências da Unidade Prisional de Serrinha/BA, Marília da Anunciação dos Santos foi flagrada, trazendo consigo, no interior de sua vagina, drogas ilícitas do tipo cocaína, com o objetivo de entregá-la ao interno Márcio Santos de Jesus, para fins de tráfico. Segundo se apurou, os denunciados se associaram para a prática do crime de tráfico de drogas no estabelecimento comercial. A pedido do acusado MÁRCIO, a denunciada MARÍLIA levou a substância entorpecente para a unidade prisional. A denunciada pegou a droga na cidade de Lauro de Freitas. Segundo consta, a Denunciada Marília se preparava para realizar visita ao Acusado Márcio, quando, ao passar pelo portal de segurança, a máquina acionou. Questionada, a Denunciada confessou aos agentes penitenciários que trazia drogas em sua genitália e que receberia R\$300,00 (trezentos reais) para efetuar a entrega a Márcio. Ato contínuo, a Acusada retirou o volume de drogas de sua vagina e o entregou aos agentes. O material foi apreendido e apresentado à DEPOL, que tinha também fumo. O laudo de constatação (fl. 19) indicou que a droga apreendida se tratava de 98,43g (noventa e oito gramas e três centigramas) de cocaína. Em interrogatório judicial, os denunciados confirmaram a empreitada criminosa (fls. 05/08) e foram presos em flagrante delito. Infere-se dos autos ainda, diante da quantidade e da natureza das drogas apreendidas, do local – dependências de estabelecimento prisional de Segurança Máxima – e das circunstâncias em que ocorreu o flagrante – visita levando drogas em partes íntimas a um interno – que tais substâncias tóxicas se destinavam à mercancia [...]”. A Denúncia foi recebida em 23.11.2018 (ID 51610323, p. 1). Finalizada a instrução criminal e apresentados os Memoriais pela Acusação e pela Defesa, foi proferido o Édito acima mencionado (ID 51610330). Inconformado, a Acusada manejou Apelação (ID 51610462), em cujas razões postula, em sede preliminar, o reconhecimento da ilegalidade e nulidade da confissão informal, sob alegação de que, durante a abordagem realizada pelo supervisor do Conjunto Penal, não teria sido advertida acerca do seu direito de permanecer em silêncio e ao princípio da não autoincriminação. No mérito, pugna pela sua absolvição, ao sustentar atipicidade da conduta e fragilidade probatória. Subsidiariamente, requer a fixação da pena base abaixo do mínimo legal, assim como a aplicação da figura do tráfico privilegiado no patamar máximo de diminuição (ID 51610468). Devidamente intimado, o Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões, pugnando o improvimento do Apelo defensivo e a consequente manutenção da Sentença guerreada em sua inteireza (ID 51610473). Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do Apelo (ID 52374811). É o breve relatório, que ora submeto à apreciação da

eminente Desembargadora Revisora, com as homenagens de estilo. IVONE BESSA RAMOS Desembargadora Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0005144-45.2018.8.05.0248 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MARÍLIA DA ANUNCIAÇÃO DOS SANTOS e outros Advogado (s): PAULA JANAINA MASCARENHAS COSTA, RAFAEL DIAS OLIVEIRA registrado (a) civilmente como RAFAEL DIAS OLIVEIRA, LUCIO PITANGA GUIMARAES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): I VOTO I. Do juízo de admissibilidade Inicialmente, verifica-se que o presente Recurso de Apelação é próprio e tempestivo, tendo sido manejado, ademais, por quem exhibe legítimo interesse na reforma do Édito Condenatório. Portanto, é medida de rigor o conhecimento deste inconformismo, passando-se, de logo, ao exame de suas questões de fundo. II. Da preliminar de nulidade Pretende a defesa, preliminarmente, o reconhecimento da nulidade em relação à confissão informal realizada pela ré quando da sua abordagem pelo supervisor do Conjunto Penal, alegando, para tanto, que o ato constitui prova ilícita, visto que não foi garantido o direito ao silêncio. No entanto, sem razão à defesa. Observa-se que, na hipótese dos autos, a acusada, pretendia realizar visita ao interno Márcio, quando, ao passar pelo portal de segurança, a máquina teria acionado, momento em que confessou que estaria trazendo consigo, no interior de sua vagina, drogas ilícitas do tipo cocaína, com o objetivo de entregá-las ao interno. Já em sede policial, a apelante foi informada de seus direitos constitucionais, dentre eles o de permanecer em silêncio, conforme consta no auto de prisão em flagrante (ID 51610318, p. 2). Ainda, em contrarrazões, o Ministério Público bem consignou que: “[...]os elementos de prova apontam de forma coesa no sentido de que a acusada não foi obrigada a retirar o material que trazia consigo, mas retirou de forma espontânea após os funcionários do Conjunto Penal indicarem que o portal acionou durante a revista, de modo que o procedimento padrão seria conduzir a acusada para realização de raio-x em caso da negativa, ou seja, evidente que houve respeito aos direitos de não autoincriminação e do silêncio”. Tecidas tais considerações, não se ignora que a temática afeta à obrigatoriedade de advertência acerca do direito ao silêncio em abordagem policial constitui objeto de repercussão geral junto ao Supremo Tribunal Federal, sob relatoria do Exmo. Ministro Edson Fachin (Tema 1.185 – RE 1177984). Dessa forma, ao menos até o presente momento, prevalece o entendimento nos Tribunais Superiores de que eventual ausência ou irregularidade na informação acerca do direito ao silêncio é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação do prejuízo. Nesse sentido: “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. ARTIGO 37 DA LEI N. 11.343 /06. “DIREITO DE MIRANDO”. AFIRMAÇÃO EXPRESSA DO TRIBUNAL DE ORIGEM, QUANTO AO SILÊNCIO DO PACIENTE EM INTERROGATÓRIO POLICIAL. EM JUÍZO. REVELIA DO PACIENTE. DIREITO PERMANECER EM SILÊNCIO. AUSÊNCIA DE ADVERTÊNCIA. NULIDADE RELATIVA. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. PRECEDENTES. REGIME SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS E REINCIDÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] III – O Superior Tribunal de Justiça, acompanhando posicionamento consolidado no Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento de que eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio é causa de nulidade relativa, cujo

reconhecimento depende da comprovação do prejuízo (RHC 67.730 /PE, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 04 /05/2016), o que não ocorreu no caso. IV – A garantia constitucional de não produzir provas contra si mesmo, ou privilégio contra autoincriminação (nemo tenetur se detegere), não pode ser interpretada no sentido de se vedar a produção de qualquer tipo de prova sem a concordância do acusado. Entendimento contrário implicaria o reconhecimento da impossibilidade de se realizar, sem o consentimento do réu, a revista pessoal, o reconhecimento de pessoas, a interceptação telefônica, etc. Nesse encadeamento de idéias, verifico que a ausência de advertência quanto ao direito de permanecer em silêncio, na hipótese dos autos, não gerou nulidade. [...] Agravo regimental desprovido.” (STJ – AgRg no HC 697.827/SC, Rel. Min. JESUÍNO RISSATO (Des. Conv. do TJDF), Quinta Turma, julg 08/02 /2022, DJe 25/02/2022) –

Destaquei Ademais, saliente-se que o sistema de nulidades previsto no Código de Processo Penal – no qual vigora o princípio do *pas de nullité sans grief* –, dispõe que, inexistindo prejuízo, não se proclama a nulidade do ato processual. É certo que se faz necessária a demonstração de efetivo prejuízo para a decretação de nulidade, seja ela absoluta ou relativa. E, nesse esteio, a defesa não acostou provas aptas a demonstrar que a ré foi coagida a confessar informalmente a prática do delito de tráfico de entorpecentes aos agentes penitenciários ou aos policiais militares durante a abordagem, não havendo, portanto, que se falar em ilegalidade da diligência. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça já firmou entendimento: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO ATIVA. CRIME FORMAL. EVENTUAIS IRREGULARIDADES NO INQUÉRITO POLICIAL. AUSÊNCIA DE CONTAMINAÇÃO DA AÇÃO PENAL. INFORMAÇÃO SOBRE O DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO. NULIDADE RELATIVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Supostas irregularidades ocorridas na fase de inquérito policial não têm o condão de contaminar a ação penal. 2. Eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação do prejuízo, o que não ocorreu no presente caso. (...) (AgRg no HC n. 703.604/PE, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 13/5/2022). “(...) o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando posicionamento consolidado no Supremo Tribunal Federal, firmou o entendimento de que eventual irregularidade na informação acerca do direito de permanecer em silêncio é causa de nulidade relativa, cujo reconhecimento depende da comprovação do prejuízo” (HC n. 614.339/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 9/2/2021, DJe 11/2/2021). Para complementar, conforme explica Eugênio Pacelli, as nulidades devem funcionar como a “consequência jurídica resultante da violação da forma prescrita na lei para a realização de determinado ato processual”. Nada obstante, a instrumentalidade das formas (insculpida no *pas de nullité sans grief*) sustenta justamente “a função que se lhe atribui a legislação: a função de meio, de instrumento, e não do próprio direito. Por isso, se do ato nulo não tiver decorrido qualquer prejuízo para a atuação das partes ou da jurisdição, não haverá razão alguma para o reconhecimento e declaração da nulidade, nos exatos termos do art. 563, pedra de toque, do sistema das nulidades” (PACELLI, Eugênio. Curso de processo penal. 24. Ed. São Paulo: Atlas, 2020. P. 701). Nessa vereda, sublinhe-se que, no âmbito processual penal, tal norte vale no que tange a toda e qualquer alegação de nulidade, sem nenhuma distinção de “grau” ou “intensidade”. Logo, ainda que se trate de nulidade absoluta, com o prejuízo presumido, essa presunção não tem caráter absoluto por

força dos princípios do interesse e do prejuízo (art. 563 e 565 do CPP). Portanto, não constatada a alegada nulidade das provas decorrente da ausência de advertência a apelante do direito de permanecer em silêncio no momento da abordagem policial, conforme preceito constitucional, rejeito e preliminar arguida pela defesa. III. Do mérito recursal III.a. Do pleito de absolvição Passando-se ao mérito recursal, a acusada pugna a absolvição da imputação de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n.º 11.343/2006), alegando atipicidade da conduta ou insuficiência de provas. Compulsando-se o acervo probatório, constata-se que não merece guarida a irresignação, devendo ser mantida a Sentença a quo que acertadamente concluiu pela responsabilidade penal da Apelante no aludido crime. De logo, observa-se que a comprovação da efetiva apreensão de drogas de natureza prosrita repousa, em suma, no auto de exibição (ID 51610318, p. 11), laudo de exame pericial nº 2018 15 PC 001735-01 (ID 51610318, p. 20/21) e no laudo de exame pericial nº 2018 01 PC 007342-01 (p. 45/46), que apontaram que os materiais encontrados na posse da apelante se referiam a “01 (uma) porção de material vegetal seco, composto por folhas, talos e exalando forte odor, com massa aproximada total de 45,34g (quarenta e cinco gramas e trinta e quatro centigramas)”, além de “01 (uma) porção de material em pó, de coloração esbranquiçada, com massa aproximada total de 98,43g (noventa e oito gramas e quarenta e três centigramas)”, sendo detectada nos dois materiais a substância benzoilmetilecgonina (cocaína), de uso prosrito no Brasil. Em relação às circunstâncias do flagrante e à concreta vinculação das drogas a Acusada, cuida-se de aspectos devidamente esclarecidos em juízo, de maneira segura, precisa e detalhada, pelas depoentes Flávia Maria Ramos da Silva e Maria Dilene de Oliveira Mota, Agentes Penitenciárias que participaram da diligência e bem relataram as condições da abordagem e a subsequente apreensão do material ilícito em poder da Acusada. Confirmam-se os seus testemunhos firmados sob o crivo do contraditório: “[...] A testemunha arrolada pela denúncia, Flávia Maria Ramos da Silva, agente penitenciária, ao ser ouvida perante esta Magistrada a quo (fls.140), asseverou que participou da revista da denunciada Manha da Anunciação dos Santos, sendo que no momento em que ela passava pelo portal, houve o acionamento do mesmo. A testemunha Flávia Maria Ramos da Silva afirmou que passou o ocorrido ao seu Supervisor, assim, a denunciada Marília da Anunciação dos Santos foi levada para uma sala de revista, onde ela retirou o material que estava dentro da sua vagina, na presença da depoente e de sua colega de trabalho, Maria Dilene. A testemunha Flávia Maria Ramos da Silva noticiou que a denunciada Marília da Anunciação dos Santos afirmou que a droga era para um interno de nome Márcio, companheiro dela, sendo que não se lembrava se a ré Marília se havia visitado o acusado Márcio anteriormente. A testemunha Flávia Maria Ramos da Silva asseverou que a droga estava enrolada com fita adesiva, dentro de um preservativo. A testemunha de acusação Maria Dilene de Oliveira Mota, agente penitenciária, ao ser ouvido perante a autoridade judicial (fls.141), relatou que exerce a função de agente penitenciária. Além disso, informou que a denunciada Manilha da Anunciação dos Santos ao passar pelo portal de segurança, este acionou. A testemunha Maria Dilene de Oliveira Mota asseverou que informou o ocorrido ao supervisor, sendo que, ele chamou a denunciada Marília da Anunciação dos Santos para conversar. Assim, a denunciada noticiou que estava levando a droga para seu companheiro. A testemunha Maria Dilene de Oliveira Mota ventilou que após a conversa com o supervisor, a denunciada Mangá da Anunciação dos Santos foi encaminhada para a sala de revista, sendo que, nesta sala, a

denunciada retirou o material que estava em sua vagina. A testemunha Maria Dilene de Oliveira Mota ainda esclareceu que a droga apreendida em poder da denunciada estava acondicionada dentro de um preservativo, no interior dele, havia droga aparentando ser cocaína e fumo" (Trecho extraído da sentença de ID 51610330). Assim, constata-se que as suprarreferidas testemunhas não tiveram dificuldade em indicar a apreensão das drogas durante a diligência. Portanto, certo é que nada autoriza a presunção da inverdade ou parcialidade de tais testemunhos, além de não haver comprovação de eventual abuso ou irregularidade na concretização do flagrante, porventura apto a subsidiar, ainda que por hipótese, a percepção do seu caráter artificioso. No que tange ao valor probatório do testemunho do agente penitenciário, importante consignar, por oportuno, que não há como desconstituí-los sobre fatos observados no cumprimento da função pública, vez que estão revestidas de presunção de legitimidade e credibilidade, devendo dar respaldo ao édito condenatório, mormente quando coerentes entre si e calcados pelas demais provas existentes nos autos, como é o caso vertente. Seria incoerente credenciar agentes para exercer o serviço público de repressão ao crime e garantir a segurança da sociedade e, ao depois, negar-lhes crédito quando fossem prestar esclarecimentos das ocorrências no exercício de tais funções. Sobre a validade dos depoimentos prestados por policiais, o doutrinador Guilherme de Souza Nucci explicita o seguinte: "[...] preceitua o art. 202 do CPP que 'toda pessoa pode ser testemunha', logo, é indiscutível que os policiais, sejam eles os autores da prisão do réu ou não, podem testemunhar sob o compromisso de dizer a verdade e sujeitos às penas do crime de falso testemunho."1 (in Leis Penais e Processuais Penais comentadas. 2ª ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, página 323). Nesse sentido, trago jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "(...) O depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes. V – Afastar a condenação, in casu, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória. Habeas corpus não conhecido." (HC 471.082/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 30/10/2018) "(...) Para afastar-se a presumida idoneidade dos policiais militares (ou ao menos suscitar dúvida), é preciso que se constatem importantes divergências em seus relatos ou que esteja demonstrada alguma desavença com o réu, séria o bastante para torná-los suspeitos, pois seria incoerente presumir que referidos agentes, cuja função é justamente manter a ordem e o bem estar social, teriam algum interesse em prejudicar inocentes."5. A rediscussão da matéria mostra-se incompatível com a via mandamental eleita, porquanto, para se invalidar a conclusão da instância originária, torna-se imprescindível a reavaliação do contexto fático probatório. 6. Habeas corpus não conhecido." (HC 321.756/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 07/10/2015) Outrossim, impossível o reconhecimento da atipicidade da conduta praticada pela recorrente. O crime impossível, previsto no art. 17 do Código Penal, configura-se quando o meio utilizado pelo agente é impróprio para atingir o fim pretendido. Entretanto, havendo alguma possibilidade, ainda que ínfima, de eficiência

do meio empregado, a conduta se torna perfeitamente típica, uma vez que o agente pode vir a alcançar o seu objetivo. O mestre Júlio Fabbrini Mirabete ensina que para o reconhecimento do crime impossível, em face da ineficácia absoluta do meio: "(...) é necessário que o meio seja inteiramente ineficaz para a obtenção do resultado. (...) não exclui a existência da tentativa a utilização de meio relativamente inidôneo, quando há um perigo, ainda que mínimo, para o bem jurídico que o agente pretende atingir" (in Mirabete, Júlio Fabbrini, Manual de Direito Penal, 15. ed. São Paulo: Atlas, 1999, pág.166). Assim, a noção sobre a submissão ao procedimento de revista antes de adentrar ao local em que visitaria, com forte esquema de monitoramento e seleção, não importa, simplesmente, na atipicidade da conduta sob a alegação de crime impossível, ao argumento de que a recorrente sabia que as drogas seriam localizadas. A vigilância realizada pelos agentes penitenciários no estabelecimento prisional somente dificulta a prática do delito em comento (tráfico), mas não a impede completamente. Todo mecanismo de segurança, por mais eficiente que possa ser, possui falhas. Conforme sabido, é rotineira a entrada de objetos não permitidos como armas, telefones celulares e drogas nos presídios nacionais, independentemente da eficácia apurada dos mecanismos de seleção e vigilância. In casu, apesar da ciência de Marília acerca da existência de "revista", em uma eventual negligência dos agentes penitenciários ou falha no próprio equipamento de segurança, ela conseguiria obter sucesso na empreitada, repassando a droga que transportava dolosamente a terceiro que se encontrava no interior do estabelecimento prisional. Ou seja, esse fato, se verificado, afasta a ineficácia absoluta do meio e impede o reconhecimento da hipótese de crime impossível. Ainda que assim não fosse, em razão da multiplicidade de verbos nucleares previstos no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, verifica-se que antes mesmo da constatação da existência de drogas em poder de Marília, através do aparelho de segurança, o delito já havia se concretizado com o "trazer consigo" ou "guardar" drogas (no caso, 98,43g de cocaína), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, sendo totalmente descabida a alegação de crime impossível. Nesse sentido, em caso análogo, o Colendo STJ já se manifestou: "Em razão da multiplicidade de verbos nucleares previstos no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (crime de ação múltipla ou de conteúdo variado), inequívoca a conclusão de que o delito ocorreu em sua forma consumada, na modalidade "trazer consigo" ou "transportar". Vale dizer, antes mesmo da abordagem da acusada pelos agentes penitenciários, o delito já havia se consumado com o "trazer consigo" ou "transportar" drogas (no caso, 143,7 g de maconha), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Inviável, por conseguinte, a aplicação do instituto do crime impossível.". (REsp 1523735 / RS, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, DJe 26/02/2018). Dessa forma, o crime de tráfico de drogas já estava consumado quando a apelante levou o entorpecente ao estabelecimento prisional, a pedido do interno. Não cabe, portanto, falar em atipicidade da conduta, devendo ser mantida a sua condenação pela prática do delito de tráfico de drogas. III.b. Da aplicação da pena Da leitura sentença objurgada, depreende-se que, na primeira fase, a Magistrada singular fixou a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo. Na segunda fase do processo dosimétrico, acertadamente, o Julgador de piso reconheceu, mas não valorou a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP) É que, a despeito do correto reconhecimento da citada atenuante já na Sentença objurgada, a

pena-base do Acusado foi fixada no mínimo quantum legal, fator que obsta qualquer redução da sanção na segunda fase da dosimetria, diante do teor da Súmula n.º 231 do STJ, da qual esta Turma Criminal se perfilha. Veja-se que a aplicação da atenuante não pode ensejar a diminuição da pena para patamar abaixo do quantum mínimo previsto no preceito secundário do tipo na segunda fase da dosimetria, como também a eventual presença de agravante não possibilitaria o agravamento da pena para além do máximo legal, tudo por inexistir expresse permissivo legal. Esse é o entendimento vastamente firmado pelos Tribunais e pela doutrina pátrios, e assim sumulado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, in verbis: "STJ – Súmula n.º 231 – 22/09/1999 – DJ 15.10.1999 – Circunstâncias Atenuantes – Redução da Pena – Mínimo Legal – A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal." Outro não é o entendimento do Notável Supremo Tribunal Federal: EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL. LATROCÍNIO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL, NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA, PELO RECONHECIMENTO DE ATENUANTE GENÉRICA: INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (HC 229357 AgR, Relator (a): CÂRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 15-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 16-08-2023 PUBLIC 17-08-2023) O pleito em testilha, em verdade, encontraria subsídio na técnica conhecida como overhulling tendo como parâmetro o entendimento fixado na Súmula n.º 231 do STJ, mercê o Apelante não tenha indicado qualquer contexto normativo ou legislativo distinto daquele já apreciado pelo referido Tribunal de sobreposição para consolidar a sua hermenêutica sobre o alcance do caput do art. 65 do Código Penal. De mais a mais, o argumento interpretativo baseado no alcance da expressão "sempre atenuam a pena", constante no caput do art. 65 do Código Penal, já fora analisado pelo Superior Tribunal de Justiça quando da edição da Súmula colacionada alhures, cabendo ao referido Tribunal a função de orientar a interpretação da Lei Federal, consoante estabelece o art. 105, inciso III, alínea c, da Constituição da República, evitando-se a proliferação de decisões judiciais contraditórias pelos diversos Tribunais, sendo inoportuna a superação dos precedentes por esta Corte Estadual, mormente quando assentados sobre os mesmos pressupostos normativos. Desta feita, nenhuma reforma na sanção intermediária do Réu deve ser feita. Na terceira fase, a defesa pugna pela aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006 em seu grau máximo de 2/3 (dois terços), todavia, razão não lhe assiste. De acordo com o art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006: Art. 33. [...] § 4.º Nos delitos definidos no caput e no § 1.º 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. Sobre o tema, sabe-se que o tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar o agente que ainda não está totalmente adepto ou inserido na atividade ilícita, visa, portanto, dispensar um tratamento diferenciado ao "pequeno traficante", em respeito ao princípio da individualização da pena e com o desiderato de fomentar a ressocialização do infrator iniciante. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum da redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias elencadas no art. 59 do Código Penal, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do

agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017). No caso em exame, ao contrário do que alega a defesa, a fração de $\frac{1}{2}$ (metade) aplicada pelo Magistrado singular é adequada e razoável diante da maior lesividade da substância apreendida (cocaína) e devido a quantidade não ter sido ínfima (98,43g). Impede salientar, por oportuno, que os mencionados vetores não foram considerados na primeira fase do cálculo dosimétrico, em que pese isto fosse possível, segundo a inteligência do art. 42 da Lei nº 11.343/06: Art. 42. 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. Assim, sem configurar bis in idem, agiu acertadamente o Juízo a quo ao reconhecer o tráfico privilegiado e aplicar o correspondente redutor de acordo com as especificidades do caso. Afinal, se por um lado não é crível tratar igualmente o traficante iniciante ao contumaz, também não é plausível aplicar a mesma fração do redutor de pena (máxima) para quem trafica drogas menos deletérias e em menor quantidade, e aquele que trafica drogas mais danosas e com quantidade significativa. Nessa mesma linha intelectual, seguem arestos do Superior Tribunal de Justiça: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENADO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DESSE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATOS. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas. 2. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico. 3. Hipótese em que a Corte de origem manteve afastado o redutor do tráfico privilegiado, por entender que as circunstâncias fáticas do crime denotam a habitualidade delitiva do paciente, pois ele foi surpreendido na posse de rádio comunicador, objeto usualmente utilizado para a prática da traficância, bem como de expressiva quantidade de droga (1.592 microtubos de cocaína). Assim, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. 4. Recurso não provido. (AgRg no HC 667.569/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 28/06/2021. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. 8.929 G DE COCAÍNA. FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA-BASE ENÃO APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. 1. A despeito das alegações do agravante, não lhe assiste razão, devendo ser mantida a decisão agravada. 2. O aumento da pena-base em 1/3 não se mostrou desarrazoado, em razão da quantidade de droga apreendida (8.929 g de cocaína – massa líquida), não havendo, assim, qualquer ilegalidade a ser sanada. 3. A impossibilidade de incidência da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 encontra-se fundamentada em fatos e evidências do caso concreto, o que impossibilita adotar

conclusão diversa, visto que demandaria a incursão em aspectos fático probatórios, providência que é incabível na via estreita do habeas corpus, ação de rito célere e cognição sumária. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 621.302/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe28/06/2021) Portanto, imperativo manter a sentença que reconheceu ao réu o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, na fração de $\frac{1}{2}$ (metade), em decorrência do qual deve a sentença ser mantida integralmente. Por derradeiro, o Julgador singular acertadamente reconheceu a presença da causa de aumento de pena do art. 40, III, do Código Penal, majorando a sanção na fração de 1/6 (um sexto), tornando-se definitiva em 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, e 290 (duzentos e noventa) dias-multa. Desta forma, não havendo elementos que de notem erro na fixação das reprimendas aplicadas, mantém-se inalterada a dosimetria penal. III. Dispositivo Ante todo o exposto, CONHECE-SE e NEGA-SE PROVIMENTO ao Recurso de Apelação interposto pelo Acusado, mantendo-se a Sentença objurgada em todos os seus termos. IVONE BESSA RAMOS Desembargadora Relatora