

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500836-19.2019.8.05.0103 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: e outros Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): JOSE BOTELHO ALMEIDA NETO PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, CAPUT DA LEI 11343/2006). PRIMEIRO APELANTE CONDENADO À CUMPRIR PENA DE 05 (CINCO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO E 583 (QUINHENTOS E OITENTA E TRÊS) DIAS-MULTA, EM REGIME INICIALMENTE FECHADO. SEGUNDO APELANTE CONDENADO À CUMPRIR PENA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, EM REGIME INICIALMENTE SEMIABERTO. NULIDADES PROCESSUAIS. INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO 329 DO CNJ. AUTORIZAÇÃO NORMATIVA PARA REALIZAÇÃO DE INSTRUÇÃO CRIMINAL POR PLATAFORMAS DIGITAIS. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL PARA OITIVA DE TESTEMUNHA FORA DA SEDE DO JUÍZO. INTIMAÇÃO DE TESTEMUNHA POR MEIO ELETRÔNICO. VIOLAÇÃO À INCOMUNICABILIDADE DAS TESTEMUNHAS. PRELIMINARES REJEITADAS. INEXISTÊNCIA DE INOVAÇÃO LEGISLATIVA E DE DESRESPEITO AOS PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO LEGAL, CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. MÉRITO: ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÕES AMPARADAS NAS PROVAS DOS AUTOS. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS DE FORMA INEQUÍVOCA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO INCONTROVERSA NOS AUTOS QUE OS RÉUS INCORRERAM EM UMA DAS CONDUTAS DO ART. 33 DA LEI 11.343 /06, DIANTE DA PROVA ORAL COLHIDA, CONFIRMADA SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO, BEM COMO DAS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS QUE ENVOLVERAM A AÇÃO DELITUOSA. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. BASILARES JÁ ESTABELICIDAS NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL NA SENTENÇA RECORRIDA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. POSSIBILIDADE. AGENTE MENOR DE 21 (VINTE E UM) ANOS, NA DATA DO FATO CRIMINOSO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. APELANTES QUE NÃO PREENCHEM OS REQUISITOS LEGAIS NECESSÁRIOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. REGIMES DEVIDAMENTE FIXADOS, CONFORME A PENA IMPOSTA, AS CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS DOS RÉUS, LASTREADAS EM SEUS HISTÓRICOS CRIMINAIS, NOS TERMOS PREVISTOS NO ART. 59 DO CP E NO ART. 42 DA LEI 11.343/06. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS LEGAIS DISPOSTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. DIREITO DE APELAREM EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. MANTIDOS HÍGIDOS OS MOTIVOS QUE ENSEJARAM A DECRETAÇÃO DAS PRISÕES DOS CONDENADOS, E RESTANDO PRESENTES OS REQUISITOS DO ARTIGO 312, DO CPP, VIÁVEL A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DAS SANÇÕES IMPOSTAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal, tombada sob o nº 0500836-19.2019.8.05.0103, da Comarca de Ilhéus-Bahia em que figuram como Apelantes e e Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, em CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO INTERPOSTO, REJEITAR AS PRELIMINARES E CONCEDER-LHE PARCIAL PROVIMENTO, tão somente para reconhecer, em relação ao réu , a atenuante da menoridade relativa, devendo ser efetuada a compensação com a agravante da reincidência, alterando-se a pena para o patamar de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, nos termos do voto do Relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Procedente em parte Por Unanimidade Salvador, 5 de Dezembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO

ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500836-19.2019.8.05.0103 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: e outros Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO O Ministério Público do Estado da Bahia apresentou denúncia em desfavor de e , como incursos nas sanções previstas no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Colhe-se dos autos que no dia 21 de julho de 2019, por volta das 12h30min, no Alto da Uberlândia, na cidade de Ilhéus, durante patrulhamento pelo bairro do Malhado, Policiais Militares foram informados, por populares, que três pessoas estavam praticando tráfico de drogas, uma moça, um rapaz vestido com camisa de futebol e outro indivíduo. Diante da denúncia, os policiais rumaram para o local indicado e, lá chegando, visualizaram os referidos indivíduos em atitude suspeita, com características idênticas às informadas. Estes, ao perceberem a aproximação da guarnição, empreenderam fuga. Por volta do meio-dia, os policiais retornaram ao local, e avistaram as pessoas, as quais novamente tentaram fugir em sentidos diversos. Contudo, foram prontamente capturados pelos militares. Abordados, os indivíduos foram identificados como os denunciados , e . Realizada busca pessoal, foram apreendidos: um tablete de maconha, uma balança de precisão, e a quantia de R\$ 23,00 (vinte e três reais) sob o poder de ; na posse do acusado foram encontrados 18 papелotes de maconha e a quantia de R\$ 16,00 (dezesesseis reais); 11 papелotes de cocaína, e a quantia de R\$ 20,00 (vinte reais) com . Diante de tais circunstâncias, sendo os denunciados flagrados na posse de drogas variadas, embaladas individualmente, prontas para comercialização, de dinheiro miúdo, e balança de precisão, em local conhecido como “boca de fumo”, e, por fim, considerando que já foi condenado por tráfico de drogas, e que , quando menor, fora apreendida por prática de ato infracional equiparado a tráfico, restaram evidentes fortes indícios de que os tóxicos destinavam-se ao tráfico ilícito de entorpecentes. Posteriormente, transcorrida a instrução criminal, sobreveio a sentença condenatória, a qual impôs ao denunciado o cumprimento da pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa; e ao denunciado o cumprimento da pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Inconformados, e interpuseram, por intermédio da Defensoria Pública, o presente recurso de apelação, pugnando pela reforma da sentença, para tanto, invocando preliminarmente, a tese de nulidade processual, em face da realização da instrução criminal por plataformas digitais, cuja autorização normativa seria inconstitucional por vício de competência legislativa para editar regras processuais penais (artigos 5º, incisos LIV e LV e 22, inciso I, da Constituição Federal). Ademais, suscitou nulidade em razão da ausência de previsão legal para oitiva de testemunha fora da sede do juízo, de intimação de testemunha processual penal por meio eletrônico, e por violação à incomunicabilidade das testemunhas. No mérito, requereu a absolvição dos réus, com destaque na insuficiência de provas aptas a ensejar os decretos condenatórios proferidos em desfavor dos denunciados. Subsidiariamente, a Defesa postulou a fixação das penas- base no mínimo legal; o reconhecimento da atenuante da menoridade relativa; o cômputo do tempo de prisão provisória para fins de determinação do regime inicial de cumprimento de eventual pena privativa de liberdade, conforme § 2º do art. 387 do CPP; e o direito dos réus recorrerem em liberdade. Outrossim, pleiteou exclusivamente para o acusado a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o

previsto no art. 28 da lei nº 11.343/06. Secundariamente, em caso de condenação, pugna pela redução máxima da pena de em face da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, considerando a ínfima quantidade de substância apreendida, e seus bons antecedentes, bem como, conseqüentemente, seja procedida a fixação do regime inicial aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Em sede de contrarrazões recursais, o ilustre representante do Ministério Público pugna pelo “PARCIAL PROVIMENTO do recurso apelatório, no sentido de reconhecer a atenuante da menoridade relativa (art. 65, inciso I, do CP), para, ao compensá-la com a agravante da reincidência, redimensionar o quantum da pena imposta ao Apelante TIAGO para 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa, mantendo-se incólume os demais termos do decreto condenatório invectivado.” Nesta instância, instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo provimento parcial do Apelo, apenas para reconhecer, em relação ao réu a atenuante da menoridade relativa, devendo ser efetuada a compensação com a agravante da reincidência e o consequente redimensionamento da pena fixada. Tudo visto e bem examinado, elaborei o presente Relatório que ora submeto à apreciação do douto Desembargador Revisor. Salvador/BA, 21 de novembro de 2022. Des. – 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500836–19.2019.8.05.0103 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: e outros Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se em parte do Recurso de Apelação. 1. Da síntese dos fatos. Extraí-se dos autos que no dia 21 de julho de 2019, por volta das 12h30min, no Alto da Uberlândia, na cidade de Ilhéus, durante patrulhamento pelo bairro do Malhado, Policiais Militares foram informados, por populares, que três pessoas estavam praticando tráfico de drogas, uma moça, um rapaz vestido com camisa de futebol e outro indivíduo. Diante da denúncia, os policiais rumaram para o local indicado e, lá chegando, visualizaram os referidos indivíduos em atitude suspeita, com características idênticas às informadas. Estes, ao perceberem a aproximação da guarnição, e empreenderam fuga. Em outro momento, os policiais retornaram ao local, e avistaram as mesmas pessoas, as quais novamente tentaram fugir em sentidos diversos. Contudo, foram capturados pelos militares. Abordados, os indivíduos foram identificados como os denunciados, e . Realizada busca pessoal, foram apreendidos: um tablete de maconha, uma balança de precisão, e a quantia de R\$ 23,00 (vinte e três reais) sob o poder de ; na posse do acusado foram encontrados 18 papелotes de maconha e a quantia de R\$ 16,00 (dezesseis reais); 11 papелotes de cocaína, e a quantia de R\$ 20,00 (vinte reais) com . Diante de tais circunstâncias, sendo os denunciados flagrados na posse de drogas variadas, embaladas individualmente, prontas para comercialização, de dinheiro miúdo, e balança de precisão, em local conhecido como “boca de fumo”, e, por fim, considerando que já foi condenado por tráfico de drogas, e que , quando menor, fora apreendida por prática de ato infracional equiparado a tráfico, restaram evidentes fortes indícios de que os tóxicos destinavam-se ao tráfico ilícito de entorpecentes. Posteriormente, transcorrida a instrução criminal, sobreveio a sentença condenatória, a qual impôs ao denunciado o cumprimento da pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa; e ao denunciado o cumprimento da pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em

regime semiaberto, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Inconformados, e interpuseram, por intermédio da Defensoria Pública, o presente recurso de apelação, pugnando pela reforma da sentença, sob os argumentos a seguir expostos. 2. Das Preliminares. 2.1 Da tese de nulidade processual, em face da realização da instrução criminal por plataformas digitais, cuja autorização normativa seria inconstitucional por vício de competência legislativa para editar regras processuais penais (artigos 5º, incisos LIV e LV e 22, inciso I, da Constituição Federal). Assim como, em razão da ausência de previsão legal para oitiva de testemunha fora da sede do juízo, de intimação de testemunha processual penal por meio eletrônico, e por violação à incomunicabilidade das testemunhas. A Defensoria Pública do Estado da Bahia alega que o Conselho Nacional de Justiça ao editar a Resolução de nº 329, estabelecendo critérios para a realização de audiências e outros atos processuais por videoconferência em processos penais e de execução penal, durante o surto pandêmico do COVID 19, acabou por assumir o função de legislar sobre matéria processual penal de competência privativa da União (art. 22, I, da CF/88). Nessa linha, a Defesa sustenta que a Resolução de nº 329 do Conselho Nacional de Justiça ofende prerrogativas processuais dos acusados e as normas constitucionais de definição de competências, razão pela qual pugna pelo reconhecimento da inconstitucionalidade da citada Resolução. Todavia, da análise detida dos autos, contudo, verifica-se que as alegações defensivas não merecem acolhimento. Isto porque, ao contrário do quanto alegado pela Defesa, ao dispor sobre a realização de audiências por videoconferência, o CNJ não assumiu o papel de legislar, não tratou de normas processuais, cuja competência é privativa da União, mas tão somente, dentro de seu orbe de atribuições, regulamentou a forma de se praticar atos já previstos em lei, para a efetiva prestação jurisdicional, sem violar nenhum dos ditames constitucionais. Assim, tratou de assegurar a observância do devido processo legal, bem como a implementação da tutela de direitos fundamentais protegidos pela Constituição Federal, como a vida e a saúde, sobretudo dos jurisdicionados em um momento de calamidade pública, que exigiu isolamento social e, conseqüentemente, limitações de locomoção. Ressalte-se, ademais, que os procedimentos adotados com base próprio Código de Processo Penal em seu art. 185, § 2º, e art. 222, § 3º dispõe sobre a possibilidade de realização do interrogatório do réu por meio de videoconferência, bem como a oitiva de testemunha, in verbis: "Art. 185. O acusado que comparecer perante a autoridade judiciária, no curso do processo penal, será qualificado e interrogado na presença de seu defensor, constituído ou nomeado. (...) § 2º Excepcionalmente, o juiz, por decisão fundamentada, de ofício ou a requerimento das partes, poderá realizar o interrogatório do réu preso por sistema de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real (...)" "Art. 222. A testemunha que morar fora da jurisdição do juiz será inquirida pelo juiz do lugar de sua residência, expedindo-se, para esse fim, carta precatória, com prazo razoável, intimadas as partes. (...) § 3º Na hipótese prevista no caput deste artigo, a oitiva de testemunha poderá ser realizada por meio de videoconferência ou outro recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real, permitida a presença do defensor e podendo ser realizada, inclusive, durante a realização da audiência de instrução e julgamento. Da mesma forma, o art. 217 do CPP também traz previsão acerca da viabilidade de realização de audiências virtuais de instrução e julgamento na seara criminal: "Art. 217. Se o juiz verificar que a presença do réu poderá causar humilhação, temor, ou sério

constrangimento à testemunha ou ao ofendido, de modo que prejudique a verdade do depoimento, fará a inquirição por videoconferência e, somente na impossibilidade dessa forma, determinará a retirada do réu, prosseguindo na inquirição, com a presença do seu defensor.” Ressalte-se, inclusive, que a Juíza sentenciante, previamente, intimou todas as partes e envolvidos, averiguando a viabilidade de realização da sessão por videoconferência, e somente a defesa se manifestou de forma contrária. Malgrado, em virtude da defesa não ter demonstrado um motivo concreto e plausível que impossibilitasse a concretização das audiências por meio digital, estas foram designadas e realizadas conforme os parâmetros previstos pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução n. 329, de 30/07/2020, tanto assim, que as testemunhas foram devidamente ouvidas, PM, e o PM, e, ao final, foi inquirido apenas o réu. Quanto aos demais réus, no que tange à ré foi determinado o desmembramento do feito com a criação de autos suplementares. Por sua vez, o réu não pode ser intimado, tendo em vista que não foi encontrado no endereço informado nos autos, sendo decretada sua revelia, nos moldes do art. 367 do CPP. Nesse contexto, ao que consta dos autos, não se verifica comprovação da existência de qualquer prejuízo aos réus, que tenha sido promovido no curso da prestação jurisdicional. Na prática, todas as precauções foram tomadas pelo juízo de origem, sendo as audiências ocorridas em tempo real, assegurando condições necessárias para o pleno exercício da ampla defesa e contraditório. Logo, não há que se falar em apoderamento da competência legislativa, porquanto, no caso em tela, não se está inovando na ordem jurídica. O que se vê nos dispositivos citados alhures é a possibilidade de realização de atos judiciais por videoconferência ou outro recurso tecnológico. Nessa senda, os Tribunais Superiores já pacificaram entendimento no sentido de acolher a validade de realização de audiência por meio de videoconferência, sem que isso se configure em qualquer violação a Carta Magna, mormente em face da necessidade de viabilizar a continuidade da prestação jurisdicional e, ao mesmo tempo, garantir a preservação da saúde de magistrados, agentes públicos, advogados, além de usuários do sistema de justiça em geral. A propósito das referidas alegações, por ocasião da prolação da Sentença, a Magistrada singular se pronunciou nos seguintes termos: “ (...) O Conselho Nacional de Justiça foi criado pela Emenda Constitucional nº 45/2004 e, de acordo com o art. 103-B, § 4º da Constituição da República, compete-lhe, dentre outras coisas, exercer o controle da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, podendo expedir atos regulamentares, no âmbito de sua competência. Além disso, não se pode perder de vista as disposições contidas do art. 5º, LIV, LV e LX, da Constituição Federal, que estabelecem as garantias fundamentais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, bem como da publicidade como regra nos atos processuais que devem ser lidas em conjunto com a garantia da razoável duração do processo judicial, bem como dos meios que garantam a celeridade de sua tramitação (art. 5º, LXXVIII, CR/88). Conforme já dito anteriormente, vive-se uma crise mundial sem precedentes históricos próximos. Contudo a constituição estabeleceu que a atividade jurisdicional será ininterrupta (art. 93, XII) e, no atual estado da técnica, todos os meios tecnológicos a disposição do Poder Judiciário devem ser utilizados para que a atividade jurisdicional ocorra sem solução de continuidade, inclusive, como neste caso, com a presença do réu, de forma virtual, durante sua sessão de julgamento, atendendo a que prescreve o art. 14, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, bem como

o art. 9º, item 3, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o art. 7º, item 5, da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Por via de consequência, diante de todo esse arcabouço normativo, não há que se falar em inconstitucionalidade formal, eis que o Conselho Nacional de Justiça não editou regras processuais penais, cuja competência é privativa da União, mas sim regulamentou o que já estava disposto no art. 185, §§2º a 9º, e no art. 222, § 3º, do Código de Processo Penal, os quais permitem a utilização do sistema de videoconferência para a inquirição de testemunhas e, excepcionalmente, para a realização de interrogatório ou de outros atos processuais que dependam da participação de pessoas presas. Igualmente, também não é possível se falar em inconstitucionalidade material da Resolução CNJ 329, tendo em vista que a pandemia do novo Coronavírus (Covid-19), conforme já assinalado, enquadra-se como “gravíssima questão de ordem pública”, nos termos do art. 185 do Código de Processo Penal e, ao contrário do quanto afirmado pela Defensoria Pública, a audiência judicial de pessoa presa, por videoconferência, ao invés de macular os seus direitos, em verdade, os promove, já que torna viável a tramitação célere e justa da demanda penal ora instaurada. Diante do exposto, deixo de acolher o pedido de declaração incidental de inconstitucionalidade formal ou material da Resolução nº 329 do CNJ.” (...). “As testemunhas ouvidas no ato são Policiais Militares, em pleno exercício da função e se encontravam na sede do respectivo comando ou em sua residência no momento da realização da audiência de instrução e julgamento, sendo que a primeira testemunha, o SD PM foi ouvido presencialmente na sede do juízo, antes da pandemia. Além de todas essas cautelas, os atos praticados por policiais militares gozam da presunção de legitimidade e veracidade, presunção essa que exige prova em sentido contrário para ser ilidida (juris tantum), não tendo a defesa se desincumbido desse ônus. (...) Do que se vê, este juízo buscou acautelar os direitos dos réus de todas as formas possíveis, inclusive assegurando o contato prévio deste com sua defensora. De toda sorte, constata-se a ocorrência de preclusão lógica, já que a Defesa, embora tenha sustentado supostas ilegalidades na realização do ato nesse formato, participou efetiva e ativamente da audiência, não havendo demonstração de prejuízo concreto à defesa do réu.” Nesta instância, a Procuradoria de Justiça assim opinou: “(...) Compete ao CNJ, dentre outras, expedir atos regulamentadores da atuação administrativa e financeira do Poder Judiciário, obviamente no âmbito de sua competência, sempre em observância à Constituição Federal, que estabelece garantias ao devido processo legal, à publicidade dos atos processuais, a razoável duração do processo e ao caráter ininterrupto da atividade jurisdicional. É de extensão e conhecimento mundial a crise vivenciada com o Coronavírus, sendo certo que, para garantia dos direitos já mencionados, é imperioso que a tecnologia seja utilizada pelo Poder Judiciário para dar continuidade à atividade e prestação jurisdicionais. Neste sentido, não há que se falar em inconstitucionalidade formal da Resolução em epigrafe, pois como muito bem explicitado na sentença “o Conselho Nacional de Justiça não editou regras processuais penais, cuja competência é privativa da União, mas sim regulamentou o que já estava disposto no art. 185, §§2º a 9º, e no art. 222, § 3º, do Código de Processo Penal, os quais permitem a utilização do sistema de videoconferência para a inquirição de testemunhas e, excepcionalmente, para a realização de interrogatório ou de outros atos processuais que dependam da participação de pessoas presas.” (fls. 245). Igualmente, quanto à suposta inconstitucionalidade material da Resolução

329 do CNJ, novamente, de forma acertada, sinalizou o magistrado a quo "não é possível se falar em inconstitucionalidade material da Resolução CNJ 329, tendo em vista que a pandemia do novo Coronavírus (Covid-19), conforme já assinalado, enquadra-se como "gravíssima questão de ordem pública", nos termos do art. 185 do Código de Processo Penal e, ao contrário do quanto afirmado pela Defensoria Pública, a audiência judicial de pessoa presa, por videoconferência, ao invés de macular os seus direitos, em verdade, os promove, já que torna viável a tramitação célere e justa da demanda penal ora instaurada" (fls. 245). Assim, o requerimento de inconstitucionalidade da Resolução nº 329 do CNJ não merece prosperar." Nesse sentido, colacionam-se os seguintes julgados: RECURSO EM HABEAS CORPUS. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. VIDEOCONFERÊNCIA. POSSIBILIDADE DE REALIZAÇÃO. CONTEXTO EXCEPCIONAL. NÃO OCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Conforme entendimento exarado pela Sexta Turma, no julgamento do HC n. 590.140/MG, "a conjuntura atual de crise sanitária mundial é excepcionalíssima e autoriza, no âmbito de processos penais e de execução penal, a realização de atos (por exemplo, sessões de julgamento, audiências e perícias) por sistema áudio visual sem que isso configure cerceamento de defesa". 2. Afasta-se a tese de violação ao princípio da legalidade. Desde o Decreto n. 5.015/2004, que introduziu no Brasil a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, está prevista a utilização da videoconferência. Especificamente no Código de Processo Penal, a Lei n. 11.900, de 8/1/2009, passou a admitir, em algumas situações, os interrogatórios e a inquirição de testemunhas por meio de recurso tecnológico de transmissão de sons e imagens em tempo real. 3. Em estado de calamidade nunca antes vivenciado, é plenamente possível a interpretação extensiva das normas já existentes, para dar solução de continuidade à atividade jurisdicional e resguardar a saúde de todos. Ainda, o Conselho Nacional de Justiça expediu diversos atos, para permitir a realização de audiências por meio virtual, inclusive com a disponibilização, pelo órgão, de plataforma digital. Na situação específica dos autos, o Tribunal Regional Federal da 3ª Região editou resolução para disciplinar a ferramenta tecnológica no âmbito daquele órgão. 4. O ideal é que o julgador colha a prova em contato direto com as testemunhas e com o réu, mas a instrução presencial não é condição ou requisito imprescindível para o exercício da ampla defesa. Os riscos à identificação fidedigna das testemunhas e de quebra da incomunicabilidade também nas dependências do Poder Judiciário e não é possível, por nenhum meio, assegurar a absoluta autenticidade do depoimento, justamente a mais insegura das provas. O que existe é a expectativa de que a testemunha atue com boa-fé, atenta ao compromisso de dizer a verdade. 5. Também na forma virtual, as relações entre as partes, os depoentes e o juiz ocorrem em tempo real e os advogados podem assistir seus clientes, inclusive reunidos no próprio escritório profissional. Nesse contexto, não se verifica em que medida a audiência de instrução realizada por meio tecnológico é óbice às garantias fundamentais do processo. Nulidade do ato judicial não verificada. 6. Recurso ordinário não provido. (RHC 150.203/SP, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 21/09/2021). HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO POR VIDEOCONFERÊNCIA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA SITUAÇÃO. CALAMIDADE PÚBLICA. PANDEMIA DE COVID-19. RESOLUÇÃO N. 329/2020 DO CNJ. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA. 1. A conjuntura atual de crise sanitária mundial é excepcionalíssima e autoriza, no âmbito de processos penais e de execução penal, a realização de atos (por

exemplo, sessões de julgamento, audiências e perícias) por sistema áudio visual sem que isso configure cerceamento de defesa. 2. O Conselho Nacional de Justiça e os órgãos judiciais nas diversas unidades da Federação e comarcas do País colocaram em ação inúmeras boas práticas no segmento tecnológico, que têm assegurado a milhões de brasileiros o acesso aos serviços prestados pelo Judiciário, entre as quais, uma plataforma emergencial para realização de atos processuais por meio de videoconferência. 3. Para evitar que haja máculas aos princípios constitucionais relacionados à garantia de ampla defesa, Magistrados e Tribunais devem observar os parâmetros dados pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução n. 329, de 30/7/2020. 4. No caso, embora a regra geral – que deve sempre prevalecer – seja de que as audiências devem ser presenciais e o réu deve ser interrogado pessoalmente pelo Juiz, o contexto atual justifica a realização desses atos por videoconferência. A audiência de instrução e julgamento virtual deve ocorrer em tempo real, permitindo a interação entre o magistrado, as partes e os demais participantes, bem como devem ser adotadas todas as providências para buscar a máxima equivalência com o ato realizado presencialmente, respeitando a garantia da ampla defesa e o contraditório, a igualdade na relação processual, a efetiva participação do réu na integralidade da audiência e a segurança da informação e da conexão. 5. Ordem denegada. Liminar sem efeito. Recomendação ao Juízo expedida, em atenção ao parecer do Ministério Público Federal, para que, na impossibilidade de retomada das audiências presenciais pela situação epidemiológica da comarca, redesigne audiência por videoconferência, com observância das medidas previstas na Resolução n. 329/2020, do CNJ (fl. 413).” (HC 590.140/MG, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 25/09/2020) Grifos do Relator APELAÇÃO CRIMINAL ART. 157, § 2º-A, I, DO CÓDIGO PENAL – INCONSTITUCIONALIDADE DA INSTRUÇÃO REALIZADA POR VIDEOCONFERÊNCIA. REJEIÇÃO – EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO ALUSIVA AO EMPREGO DE ARMA DE FOGO IMPOSSIBILIDADE REDUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E MODIFICAÇÃO DO SEU REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO INVIABILIDADE REDUÇÃO DA PENA DE MULTA ACOLHIMENTO RECORRER EM LIBERDADE IMPOSSIBILIDADE INCONSTITUCIONALIDADE REJEITADA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0501245-89.2019.8.05.0201, Relator (a): , Publicado em: 16/12/2020, TJ/BA). Por seu turno, quanto à intimação de testemunha processual penal por meio eletrônico, e a suposta violação à incomunicabilidade das testemunhas, não há que se falar em nulidade processual. Com efeito, como dispõe o artigo 370, § 2º do Código de Processo Penal a intimação de testemunha pode ser efetuada por qualquer meio idôneo, in verbis: “Art. 370. Nas intimações dos acusados, das testemunhas e demais pessoas que devam tomar conhecimento de qualquer ato, será observado, no que for aplicável, o disposto no Capítulo anterior. (...) § 2º Caso não haja órgão de publicação dos atos judiciais na comarca, a intimação far-se-á diretamente pelo escrivão, por mandado, ou via postal com comprovante de recebimento, ou por qualquer outro meio idôneo.” De mais a mais, no caso em análise, as intimações cumpriram sua finalidade, haja vista que as testemunhas, o PM , PM , e o PM participaram da instrução criminal, nas audiências dos dias 11/02/2020 e 19/08/2020, para as quais foram intimadas, não resultando comprovação da ocorrência de qualquer prejuízo, pressuposto necessário para decretação de nulidade processual. Neste sentido: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ART. 24-A DA LEI MARIA DA PENHA. NULIDADE. CITAÇÃO POR WHATSAPP. CIÊNCIA INEQUÍVOCA DO PROCESSO. CONSTITUIÇÃO DE DEFENSOR. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO

DE PREJUÍZO. PAS DE NULLITÉ SANS GRIEF. CONCORDÂNCIA COM O FORMATO ADOTADO. COMPORTAMENTO CONTRADITÓRIO. NEMO POTEST VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS NÃO PROVIDO. 1. A nulidade de atos processuais penal leva em consideração a necessidade de respeito às garantias constitucionais, de modo que o reconhecimento do vício depende de demonstração de prejuízo experimentado pela parte em razão da inobservância das formalidades, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal e do princípio pas de nullité sans grief. 2. Neste caso, o paciente foi citado por meio de aplicativo instantâneo de troca de mensagens por telefone celular (WhatsApp). Esse formato foi adotado pelo Tribunal a quo, sobretudo em razão da emergência sanitária causada pela pandemia do novo coronavírus. 3. Neste caso, verifica-se que o paciente aderiu de forma voluntária à realização do ato na forma aqui questionada. Ademais, não há dúvida quanto à sua ciência da existência de processo criminal movido em seu desfavor, tendo em vista que manifestou interesse em ser patrocinado pela Defensoria Pública, não se constatando qualquer prejuízo às garantias constitucionais do paciente. 4. Além disso, o comportamento do acusado viola a proibição do venire contra factum proprium, pois, em um primeiro momento, o acusado ter concordado com a realização do ato processual para, em seguida, questionar a forma em que a citação se aperfeiçoou. 5. Recurso ordinário em habeas corpus não provido. (RHC 140.752/DF, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 15/03/2021). Por fim, não há qualquer indício de quebra da incomunicabilidade das testemunhas. Ao contrário, ao assistir os depoimentos, percebe-se claramente que as pessoas inquiridas falaram realmente com desembaraço e naturalidade, bem como que seus depoimentos não contrastavam em essência daqueles prestados anteriormente na fase inquisitiva. Logo, também não se trata de argumento plausível a ensejar uma declaração de nulidade processual, sem a devida demonstração de que as testemunhas teriam combinado seus depoimentos entre si, tampouco da ocorrência de algum prejuízo sofrido pela defesa. Assim, nesse contexto, não existindo nulidades a serem reconhecidas, rejeita-se as alegações preliminares suscitadas no presente recurso. 3. Do Mérito. 3.1 Do Pleito de Absolvição. Analisando-se o contexto fático/probatório extraído dos autos, conclui-se que a alegações trazidas pelos Apelantes não merecem guarida, posto que dissociadas do suporte probatório existente nos autos, razão pela qual deve ser negado provimento ao recurso. Senão, vejamos: Compulsando-se minuciosamente estes autos, verifica-se, a prima facie, que a materialidade do delito e sua autoria são irrefutáveis. O conjunto probatório lastreia, de modo conciso e lapidar, o édito condenatório vergastado na razões interpostas pelos Apelantes. Revelam os respectivos fólios da ação penal em desfavor dos Réus e , ora Apelantes, epigrafados, no Auto de Exibição e Apreensão (fl. 09), nos Laudos de Exame Pericial de Constatação nº(s) 2019 07 PC 003383-01 e 2019 07 PC 003383-02 (fls. 26-27), no comprovante de depósito judicial da quantia pecuniária de fl. 36, e no Laudo de Exame Pericial Definitivo nº 2019 07 PC 003383-03,- atestando que as drogas apreendidas em poder dos Réus tratavam-se da substância Tetrahydrocannabinol (THC), um dos princípios ativos do vegetal Cannabis sativa (maconha) – que a materialidade do delito in casu restou devidamente comprovada. Superada, pois, a discussão acerca da materialidade do crime, devidamente comprovada, a defesa enfatiza suas alegações basicamente na ausência de lastro probatório apto a ensejar a condenação dos Apelantes pelo crime de tráfico de drogas. Todavia, ao reverso do quanto levantado pela defesa, o conjunto probatório é firme em

apontar a autoria delitiva para os Réus, especificamente evidenciada através do Auto de Prisão em Flagrante de fl. 05, e pela prova testemunhal produzida nos autos, em face dos depoimentos prestados, tanto em sede policial (fls. 10-13), quanto em Juízo (fls. 113 e 210-211), pelas testemunhas arroladas pela acusação, que foram harmônicas e convincentes, ao contrário das declarações dos condenados, que nada trouxeram aos autos para provar o alegado. Nesse sentido, relataram as testemunhas ouvidas em juízo: SD/PM : “(....) que já prendeu outras vezes. Se recorda de uma das prisões realizadas e realmente ele estava com mais duas pessoas no Alto da Uberlândia. Tiveram informações de um tráfico de drogas que tinha uma menina um rapaz realizando o tráfico. Fizeram uma incursão no Malhado e eles tentaram fugir do local. Reconhece os acusados presentes na audiência. No primeiro momento não deu para identificar quem estava no local, desceram e mais tarde ao retornar, visualizaram novamente que tinha mais um indivíduo. Fizeram incursão duas vezes, e na segunda vez conseguiram prender os réus. Cada um da guarnição, segurou um. Reconhece a ré presente na audiência. A ré tinha somente drogas. Acha que foi encontrada drogas com os três réus. Nesse dia específico, não se recorda qual era a natureza da droga. Normalmente faz a posição da externa na guarnição. já teve diversas abordagens referente ao tráfico de drogas. Não conhecia o réu . A assinatura de fl.12 é do declarante. Até então na denúncia tinha informação que somente era a menina e o rapaz. Tinha dinheiro, mas não se recorda a quantia. Capturou Joziele. Não se recorda onde a droga foi encontrada na ré. Normalmente não faz busca pois é patrulheiro; quem faz é o motorista por estar com as mãos livres. As vezes recebe a denúncia da CICON e as vezes de moradores do próprio local. O local já é conhecido pela polícia por ser uma boca de fumo. Normalmente compram as drogas e deslocam para feira do Malhado”. SD/PM : “(...) que a gente estava em rondas pelo Malhado, próximo da Uberlândia; aí populares informaram que havia dois indivíduos em atitude suspeita, um trajando camisa de time e uma menina, momento em que resolvemos incursionar e não obtivemos êxito pois avistamos os dois correndo, não conseguimos alcançá-los; posteriormente, algumas horas depois, a gente retornou ao mesmo local e conseguimos visualizar os mesmos indivíduos, com as mesmas características, a menina e o rapaz com a camisa de time e tinha um outro rapaz sem camisa, momento em que incursionamos novamente e os três correram para direções diversas, onde eu acompanhei e consegui alcançá-lo, ele iria subir no barranco, correndo, eu consegui alcançá-lo e retornei para o ponto em que eles estavam e aí o SD Tarso já chegou trazendo e que já havia segurado a menina, ; foi encontrado maconha, algumas porções de maconha já embaladas para a venda e com uma certa quantidade de droga e também; nós a conduzimos para a delegacia e foi registrado o fato; essa foi a ocorrência; eu capturei o e quem fez a abordagem foi o SD Tarso; com uma pequena quantidade de maconha e um valor em dinheiro; no momento em que nós chegamos, iago correu, estava sem camisa, segurando um boné e eu vi um plástico, uma sacola também; eu não vi o momento em que o colega achou a droga; ele falou que jogou a sacola em cima do telhado e quando pegou tinha a droga e foi apresentada; já era um conhecido nosso e seu nome ventilava como chefe do tráfico naquela região ali; eu nunca tinha prendido ele anteriormente; o SD tarso fez a busca; posteriormente vi a droga; era uns "tabletezinhas" de maconha, balança de precisão; aquele ponto específico acima do Big Meira, ele que dominava aquela área ali; ela dispensou a droga e agente conseguiu localizar; , maconha fracionada e uma certa quantidade de dinheiro; a

sacola estava na mão, junto com o boné, na mão dele; vi a revista; a droga estava nas vestes dele; acredito que foi no bolso do short; no momento em que chegamos, não, só tinha eles três; estavam juntos, os três; estavam parados em um ponto conhecido como de tráfico de drogas; não recordo o que ele relatou não; só tinha eles três, não me recordo". SD/ PM : "(...) que nós estávamos em ronda pelo Malhado e agente recebeu denúncia de populares de que uma menina e um rapaz fazendo tráfico de drogas num local já conhecido por essa prática; de imediato a gente fez uma estratégia para tentar localizar esses indivíduos e os mesmos ao perceberem nossa presença, evadiram; posteriormente, fazendo ronda pela mesma localidade, a gente viu os indivíduos com as mesma características e aí agente montou outra estratégia para ver se a gente conseguia fazer a abordagem nos mesmos, uma incursão no local; eu me lembro que quando eu desci da viatura, eu vi um indivíduo correndo em direção a mim e ao me ver ele adentrou num beco sem saída e quando dei a voz de abordagem, o mesmo jogou em cima do telhado de uma casa, na verdade eternit, um boneco e dentro desse boneco tinha alguns materiais ilícitos; posteriormente eu desloquei com esse indivíduo já algemado até o local onde a gente tinha marcado o ponto de encontro, essa boca de fumo e ao chegar lá eu encontrei meu colega com uma menina, já rendida também e o outro colega vindo com outro indivíduo; eu fiz a busca no outro indivíduo do meu colega e encontrei também algum material ilícito e a menina também tinha um material ilícito, mas eu não presenciei; mas eu não presenciei os fatos da menina, que foi outro colega que chegou no local; uma colega feminina fez a busca no local; foi o indivíduo conhecido como que arremessou, eu consigo identificá-lo por que a gente já tinha conduzido ele antes pela mesma prática, inclusive era era um dos integrantes que sempre ficava nesse local de tráfico de drogas, nessa boca de fumo, conhecido como ; eu lembro que tinha uma balança de precisão e maconha e com o outro indivíduo outra parte fragmentada, em pequenas porções; não me recordo a quantidade, dinheiro tinha, pouca quantidade e um celular também; não me recordo com quem tava; fiz a busca nos dois indivíduos do sexo masculino, por ser o motorista e não portar arma longa; não conhecia, o Tiago já; não havia outras pessoas, foi num beco semsaída, bastante estreito; foram dez a vinte" buchinhas "de maconha com o outro indivíduo, mas não me recordo onde; eles estavam juntos; eles ficam parados, atrás da vegetação; eles estavam nessa boca de fumo, em local de difícil acesso, juntos; não encontramos ninguém". Oportuno registrar que a função de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos prestados, mormente quando se apresentam harmônicos com os demais elementos de prova colhidos nos autos, e quando oferecidos em juízo, sendo oportunizado o contraditório. Nesse sentido: "PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS. CREDIBILIDADE. COERÊNCIA COM O CONJUNTO PROBATÓRIO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVA. PENA BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES E NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando em harmonia com os elementos constantes dos autos. 3. Tendo as instâncias ordinárias indicado os elementos de prova que levaram ao reconhecimento da

autoria e materialidade e, por consequência, à condenação, não cabe a esta Corte Superior, em habeas corpus, desconstituir o afirmado, pois demandaria profunda incursão na seara fático-probatória, inviável nessa via processual. 4. No tocante à fixação da pena-base acima do mínimo legal, foram adotados elementos concretos para justificar a dosimetria, não se mostrando arbitrário o quantum imposto, levando-se em consideração os maus antecedentes, a natureza do material apreendido e a quantidade da substância entorpecente apreendida. 5. Habeas corpus não conhecido." (STJ, HC 211.203/DF, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 13/10/2015, DJe 03/11/2015). "PENAL E PROCESSUAL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR. PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO VIOLAÇÃO. ART. 557 DO CPC. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. SÚMULA 7 DO STJ. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. REVISÃO DA DOSIMETRIA. LIVRE CONVENCIMENTO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. REGIME MAIS GRAVOSO. MANUTENÇÃO. 1. O art. 557, caput, do Código de Processo Civil autoriza o relator a negar seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. Assim, a invocação de desrespeito ao princípio da colegialidade não merece prosperar. 2. As instâncias ordinárias, examinando as circunstâncias fáticas da causa e as provas carreadas aos autos, concluíram que o recorrente praticou o crime de tráfico (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Diante do quadro delineado, a inversão do julgado, notadamente no que se refere à autoria, encontra óbice previsto na Súmula 7 do STJ. 3. Esta Corte de Justiça firmou a compreensão de que o depoimento dos agentes policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado é meio idôneo a amparar sua condenação, mormente quando corroborado em juízo por outros elementos de prova. Precedentes [...]. 7. Agravo regimental não provido." (STJ, AgRg no REsp 1476566/ES, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 04/08/2015, DJe 20/08/2015). Quanto aos Réus, o denunciado , em ambas as fases, negou a autoria delitiva. Em juízo, disse que "tava em frente a minha casa, número 103; aí subiu uma viatura, que sempre sobe, tem até um final de rua que não passa mais carro; depois da minha casa só passa moto, destino da viela, a boca de fumo; aí um policial veio e me abordou; eu não corri em momento nenhum; não reagi, nada; ele me fez a abordagem; foi o último policial que foi ouvido; ele me abordou, me fez a abordagem normal; aí ele saiu e foi me arrastando até a viela; quando eu cheguei lá, já tinha duas pessoas abordadas, que era um menino e uma menina e os policiais que estavam lá estavam com as mãos cheias de droga, com drogas cortadas, com droga em cima e uma balança; ele perguntou para mim de quem era a droga e a balança; eu falei que não era minha e ele falou: "é sua sim"; falei que era, ele foi lá e me algemou; só bateram em Joziele e no ; me levaram até a delegacia, mas eu não fui pego com droga nenhuma, nem dispensei nada; não estava junto; conheço , que mora lá em cima; não mora lá não; não tinha nada; não conhecia os policiais, não tenho nada contra os policiais; não sei dizer a quem pertencia; não sei se achou por perto; eles me pegaram na porta de minha casa e saíram me arrastando na rua; tinha gente passando na hora; minha mãe falou que o povo não vem, fica com medo". A seu turno, em sede de Inquérito Policial, informado pela autoridade policial acerca da acusação que lhe fora imputada, às perguntas formuladas o denunciado afirmou que: "PERG.: Usa ou já usou algum tipo drogas, inclusive álcool? RESP.: QUE fuma maconha; PERG.: Pertence a alguma facção? RESP.: QUE não; PERG.: Já esteve apreendido ou foi processado

anteriormente? RESP.: QUE já foi preso quando era menor foi trazido para Delegacia porque estava com um cara que estava com cocaína, mas não ficou preso; PERG.: O interrogando se encontra trabalhando atualmente e qual a sua renda média mensal? RESP.: QUE trabalha fazendo bico; Que não sabe dizer ao certo porque varia muito; PERG. A droga apreendida pertencia ao interrogado? RESP.: QUE sim; Que comprou em Ubaitaba para fumar; Que a balança de precisão era do interrogado; Que a cocaína era do interrogado; Que a maconha era do interrogado; Que tinha uma parte da maconha dividida e outra em tablete; PERG: Como foi a abordagem? RESP: Que estava na parte de cima do morro, quando foi abordado pela polícia; Que a polícia trouxe o interrogado até a parte de baixo onde estavam os outros dois detidos; Que quando chegou, e já estavam detidos também; Que conhecia de ontem, que" botou um chá "para ela e dormiu na casa dela; Que o interrogado não conhece; Que fumou com , mas não conhece ele; Que estava na Tapera rodando por lá; Que estava no Malhada e resolveu subir para o mono; PERG.: Quanto o interrogando pagou pela droga citada? RESP.: QUE pagou mais ou menos quinhentos reais; PERG.: Qual o valor que o interrogando iria vender a referida droga? RESP.: QUE pegou só para fumar e cheirar; Que disse que só usava maconha, mas usa cocaína de vez em quando também; PERG.: Qual a origem do dinheiro apreendido? RESP.: QUE só estava com dez reais; (...)" (Fls. 21-22, dos autos de origem). Conforme se vê, embora tenha se responsabilizado pela propriedade de todas as drogas (maconha e cocaína) apreendidas, no momento da abordagem policial, ele tinha sob seu poder apenas 18 (dezoito) papelotes de maconha, e a quantia de R\$ 16,00 (dezesesseis reais). detinha a posse de um tablete de maconha, uma balança de precisão, e a quantia de R\$ 23,00 (vinte e três reais). Enquanto Josiele foi flagrada com 11 papelotes de cocaína, e a quantia de R\$ 20,00 (vinte reais). Vale ressaltar, que a despeito de ser citado pessoalmente, e ter apresentado defesa preliminar, o réu não pode ser intimado para comparecer à audiência de instrução e julgamento, pois mudou de endereço sem informar ao juízo, sendo decretada sua revelia na forma do art. 367, CPP. Diferentemente da versão de , que afirmou estar sozinho quando da abordagem policial, disse que, quando foi detido, e já estavam juntos sob a custódia dos militares. Com efeito, afirmou que fora arrastado pelos militares até o local onde e encontravam-se retidos. Nesse imbróglcio narrativo, ouvida em Termo de Interrogatório na Delegacia de Polícia, informou que se desfez de quatro papelotes de maconha quando avistou a polícia, e que estava junto com e quando a policia se aproximou, e ambos correram, ipsis litteris: PERG.: Usa ou já usou algum tipo drogas, inclusive álcool? RESP.: QUE só usa maconha; PERG.: Pertence a alguma facção? RESP.: QUE não; PERG.: Já esteve apreendido ou foi processado anteriormente? RESP.: QUE já foi presa quando era menor outras duas vezes; Que não sabe porque foi, que acha que foi por causa de droga; PERG.: O interrogando se encontra trabalhando atualmente e qual a sua renda média mensal? RESP.: QUE não; PERG. A droga apreendida pertence a interrogada? RESP. :QUE não; Que não encontraram nenhuma droga com a interrogada; Que a interrogada estava apenas com dez reais; Que não tinha cocaína com a interrogada; Que a interroga tinha apenas quatro papelotes de maconha, mas que tinha jogado no chão quando viu a polícia; Que jogou no mato; Que essa maconha era para fumar; PERG.: Onde o interrogando adquiriu a droga apreendida, ora apresentada a esta autoridade policial? RESP.: QUE comprou na litorânea, no bairro Malhado, mas não sabe o nome da pessoa; PERG.: Quanto o interrogando pagou pela droga citada? RESP.: QUE pagou vinte reais; PERG.: Estava só ou acompanhado? De onde os conhece?

RESP.: QUE estava com e ; Que quando a polícia chegou, eles correram e a interrogada correu também; Que o resto da droga que pegaram era deles; Que não sabe se eles iam vender ou usar, só sabe que eles chamaram a interrogada para pegar quentinha para eles; Que faz esse favor porque fuma maconha e às vezes pega maconha com eles sem pagar; Que quando a declarante faz favor, eles arrumam alguma coisa (...)" A toda evidência, as versões apresentadas pelos denunciados, na esfera policial e judicial, não se sustentam enquanto prova da tese defensiva, na medida em que se afiguram contraditórias entre si, isoladas e dissociadas dos demais elementos probatórios, inexistindo entre as mesmas qualquer elemento de conexão plausível. No caso, as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção que concluem pelo acerto das condenações pelo crime de tráfico de drogas, não havendo, portanto, que se falar em absolvição.

3.2. Da Desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/06. Noutro vértice, busca a Defesa do Apelante a desclassificação do crime de tráfico de drogas para a prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006. Pois bem. É sabido que o crime do art. 33 da Lei 11.343/2006 é classificado como de conteúdo múltiplo e alternativo, ou seja, qualquer verbo praticado pelo agente, dentre os dezoito incriminados no preceito primário da referida norma, ainda que de maneira gratuita, constitui o crime de tráfico de drogas. Não se exige atividade específica de venda da droga, para a sua configuração, sendo suficiente que o agente atue com dolo genérico de "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". Já a conduta prevista no art. 28, da Lei 11.343/2006 – que descreve cinco condutas coincidentes com as do mencionado art. 33 (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar) –, por outro lado, contém elemento subjetivo específico, consistente na finalidade do exclusivo uso próprio. Assim, para a sua configuração, são necessários, pelo menos, indícios firmes de que a substância apreendida destinava-se unicamente ao uso, pelo próprio agente. No caso posto em julgamento, examinadas as provas colacionadas, em cotejo com os requisitos legais do art. 28, § 2º da Lei 11.343/2006, verifica-se que a despeito de terem sido apreendidos em posse do acusado 18 (dezoito) papелotes de maconha, quantidade não muito expressiva, não se pode ignorar que o fato se deu na rua, em área conhecida como ponto de tráfico. Além disso, na primeira vez que os policiais avistaram o réu, ele conseguiu fugir da abordagem, sendo preso na segunda ronda policial, no mesmo local. Ora, tal conduta não se afigura a de um mero usuário, como sustenta a combativa defesa técnica. Ademais, não há como olvidar que o Recorrente também responde ao processo n. 0301377-36.2019.8.05.0103, na 1ª Vara Criminal de Ilhéus, pelo mesmo crime de tráfico de drogas. Insta consignar que, em que pese o réu ter declarado em Juízo sua condição de usuário de drogas, tal versão não possui o valor probatório necessário e apto a evitar um édito condenatório, tendo em vista a forma que as drogas apreendidas estavam embaladas, a apreensão da quantia de dinheiro fracionado, além das circunstâncias em que ocorreram os fatos. Portanto, não há que se falar em desclassificação do crime imputado ao Recorrente, pois nesse meio é comum a figura do usuário/traficante, que também comercializa a substância, até para manter seu vício. Deste modo, os

argumentos despendidos na autodefesa e defesa técnica do réu não convencem. Em suma, pelo exame do conjunto probatório coligido durante a investigação e a instrução criminal, e pela análise casuística das circunstâncias envoltas ao caso, resta evidente que o Recorrente praticou pelo menos uma das condutas vedadas legalmente, prevista no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, qual seja, a de “trazer consigo” substâncias entorpecentes. Logo, evidenciada a prática da conduta delituosa, afigura-se impertinente o pleito de desclassificação para uso, disposto no artigo 28, da Lei 11.343/2006.

3.3. Da Dosimetria. Em vista do princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) e em observância ao quanto disposto no art. 68 do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/2006, a Magistrada singular dosou a pena a ser aplicada, nos seguintes termos:

“ – O Réu agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar. É reincidente, mas essa circunstância será valorada na segunda fase. Não há maiores elementos sobre a sua personalidade e conduta social. O motivo do crime é a possibilidade de lucro fácil e suas conseqüências são danosas para a sociedade, deixando-se de considerar por ora essa circunstância, já que é inerente ao tipo penal. O Estado e a sociedade em nada contribuíram para a atuação do acusado, uma vez que se busca, constantemente, reprimir o tráfico de drogas. À vista dessas circunstâncias, fixo a pena-base em cinco anos de reclusão e 500 dias-multa. Não existem circunstâncias atenuantes. Sendo reincidente, agravo a pena em 1/6, passando a dosá-la em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa, pena que torno definitiva, haja vista que não existem outras circunstâncias a serem valoradas. A pena de multa ora imposta a (o) acusado (a) deve ser fixada em um trigésimo do valor do salário mínimo, eis que não há nos autos informações acerca da sua situação financeira, que deve ser corrigida monetariamente, por ocasião da execução (art. 43, caput, da Lei nº 11.343/2006). – O Réu agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar. É tecnicamente primário. Não há maiores elementos sobre a sua personalidade e conduta social. O motivo do crime é a possibilidade de lucro fácil e suas conseqüências são danosas para a sociedade, deixando-se de considerar por ora essa circunstância, já que é inerente ao tipo penal. O Estado e a sociedade em nada contribuíram para a atuação do acusado, uma vez que se busca, constantemente, reprimir o tráfico de drogas. À vista dessas circunstâncias, fixo a pena-base em cinco anos de reclusão e 500 dias-multa, pena que torno definitiva, haja vista que não existem outras circunstâncias a serem valoradas, pois apesar de ter confessado extrajudicialmente, a pena já foi fixada no mínimo legal. A pena de multa ora imposta a (o) acusado (a) deve ser fixada em um trigésimo do valor do salário mínimo, eis que não há nos autos informações acerca da sua situação financeira, que deve ser corrigida monetariamente, por ocasião da execução (art. 43, caput, da Lei nº 11.343/2006).(...)”

3.3.1 Da fixação da pena base no mínimo legal. A defesa requer a redução das penas-base para o patamar mínimo legal. No entanto, verifica-se que carece a defesa de interesse de agir. Isso porque, consoante se observa do decreto condenatório, aos acusados foi atribuída a pena-base mínima prevista no tipo penal incriminador (art. 33, da Lei 11.343/2006), ou seja, 5 (cinco) anos de reclusão.

3.3.2. Do reconhecimento da atenuante da menoridade relativa. Pugna a defesa pelo reconhecimento da circunstância atenuante da menoridade (art. 65, I, CP), uma vez que conforme se constata nos autos, às fls.18 e 21 do processo de origem, e eram menores de 21 anos de idade à época dos fatos. Ocorre que a despeito da presença da referida atenuante, na segunda etapa da dosimetria das penas, a douta

sentenciante realmente olvidou-se de proceder ao seu reconhecimento. No caso de , verificam-se presentes a circunstância atenuante da menoridade, bem como a agravante da reincidência, impondo-se nessa situação o estabelecimento do concurso de ambas na fixação da reprimenda, consoante o disposto no art. 67 do CP. Assim, aplicando-se a compensação entre ambas, a pena provisória restou estabelecida em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 dias-multa. No que concerne ao Apelante , embora se reconheça a incidência da atenuante da menoridade, a pena deve ser mantida inalterada, nos termos da Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça, a qual dispõe que "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal".

3.3.3. Da aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos. Dispõe o § 4º do art. 33 da Lei de Drogas: "Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". A aludida benesse tem como escopo beneficiar a figura do " traficante principiante ", ou seja, aquele que estaria comercializando entorpecentes de maneira eventual, não tendo a atividade ilícita como usual em sua vida. No caso concreto, em que pesem as alegações da defesa, cumpre destacar que a aplicação do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 não é cabível, porquanto não restaram preenchidos seus requisitos legais, sobretudo em face da evidente a habitualidade com que era praticado o tráfico de drogas, a indicar que ambos os acusados se dedicavam a atividades criminosas. Nesse sentido, na espécie, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada nas circunstâncias da apreensão das drogas e da prisão em flagrante dos Recorrentes, qual seja: "(...) o réu é reincidente (fls.46/47) e o réu , logo após ter sido solto em razão dos fatos narrados nesses autos, foi novamente preso no dia 27.07.2019, nesse mesmo local, Alto da Uberlândia, trazendo consigo 20 papелotes de maconha, tendo sido condenado por esta magistrada em primeira instância pela prática do crime de tráfico de drogas (0500845-78.2019.8.05.0103). Assim, em relação à , entendo que os fatos do caso concreto e a ação penal em andamento têm a aptidão de expressar sua dedicação à atividades criminosas para o fim de impedir a aplicação da pretendida causa de diminuição da pena (...)" Deste modo, não há como acolher o pleito da defesa.

3.3.4. Da detração penal com efeitos no regime de cumprimento de pena privativa de liberdade. Requereu a Defesa do Réu a realização da detração penal, com base no previsto no artigo 387, § 2º do CPPB, para os respectivos efeitos sobre o regime de cumprimento de pena. Todavia, à míngua de elementos suficientemente seguros, para realizar a contagem abstrata do tempo de prisão provisória na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, de modo a confirmar que o Apelante ficou recolhido no sistema prisional durante todo o período, deixa-se de realizar a detração, a qual deverá ser efetuada pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, nos termos do art. 66, inciso III, alínea c, da Lei nº 7.210/84. Lado outro, quanto a definição do regime de cumprimento de pena imputado a , não há como olvidar que conforme registrado na sentença primária, ainda em gozo de liberdade provisória concedida no presente processo, o Recorrente foi novamente preso por prática de crime de mesma natureza, o que demonstra a necessidade de ter a sua pena cumprida sob maior observação do Estado, observados os termos previstos no art. 59 do CP e art. 42 da lei 11.343/06. Além disso, deve ser preservado o regime

semiaberto aplicado no comando sentencial, conforme previsto no art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal: "Art. 33 – A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semiaberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (...) § 2º – As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (...) b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; Por fim, a substituição das penas privativas de liberdade, de ambos os Réus, por restritivas de direitos apresenta-se incabível, uma vez que não restaram preenchidos seus requisitos legais – pena inferior a quatro anos e primariedade – previstos no art. 44 do Código Penal. 3.3.5. Do Direito de recorrer em liberdade. O direito dos Apelantes recorrerem em liberdade foi negado com esteio na seguinte fundamentação: "Nego aos réus o direito de apelar em liberdade, pois já respondem a outros processos nesta comarca e se soltos representam verdadeiro perigo para ordem pública. Vê-se que o acusado é reincidente, além de responder a outras ações penais, o que demonstra que sua liberdade é um estímulo para que volte a delinquir, impondo-se sua manutenção no cárcere a fim de evitar a reiteração criminosa. Quanto ao acusado, verifico que após ter sido solto nesses autos, voltou novamente a ser preso (autos nº 0301377-36.2019), o que indica sua periculosidade social, além de não ter sido encontrado no endereço informado nos autos, o que aponta para a intenção de se furtar a aplicação da lei penal." No caso dos autos, verifica-se que a negativa ao recurso em liberdade foi suficientemente motivada, tendo sido demonstrada pela juíza de primeiro grau, com base em elementos extraídos dos autos, a gravidade concreta da conduta e a periculosidade dos Recorrentes, evidenciados pelo modus operandi da ação criminosa, e como já consignado nos autos, o reiterado envolvimento dos acusados no tráfico de drogas. Assim, mantidos hígidos os motivos que ensejaram a decretação das prisões dos condenados, nos termos do artigo 387, § 1º, do CPP, e restando presentes os requisitos do artigo 312, do mesmo diploma legal, sendo, além disso, insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, viável a execução provisória das sanções impostas aos sentenciados. Não sendo, portanto, caso de se deferir o pleito de recorrer em liberdade, diante das particularidades já relatadas, com lastro no constante dos autos. Diante do exposto, o voto é no sentido de REJEITAR AS PRELIMINARES E CONCEDER PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto, tão somente para reconhecer, em relação ao réu, a atenuante da menoridade relativa, devendo ser efetuada a compensação com a agravante da reincidência, alterando-se a pena para o patamar de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Salvador-BA, data registrada no Sistema. PRESIDENTE DES. RELATOR PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA (assinado eletronicamente)