

Tribunal de Justiça do Estado da Bahia Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma Apelação nº 0002015-24.2009.8.05.0191 Origem do Processo: Comarca de Paulo Afonso Apelante: Márcio Diego dos Santos Apelante: José Wandson da Silva Defensor Público: Isaac Dantas Bezerra Braga Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotor de Justiça: Moacir Silva do Nascimento Júnior Procuradora de Justiça: Marilene Pereira Mota Relator: Mario Alberto Simões Hirs APELAÇÃO CRIME. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. RECURSO DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVA DE MATERIALIDADE. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. LAUDO PROVISÓRIO REALIZADO POR PERITO OFICIAL E COM GRAU DE CERTEZA EQUIVALENTE AO DEFINITIVO. PROVA CORROBORADA EM JUÍZO. NULIDADE DO RECONHECIMENTO PESSOAL REALIZADO POR FOTOGRAFIAS EM SEDE INQUISITORIAL. INOCORRÊNCIA. PROCEDIMENTO QUE OBSERVOU AS ESPECIFICAÇÕES EXIGIDAS PELA LEGISLAÇÃO PERTINENTE. DESCRIÇÃO PRÉVIA DAS CARACTERÍSTICAS FÍSICAS DOS COMPARSAS. RECONHECIMENTO FEITO COM CLAREZA E ESTREME DE DÚVIDAS NOS MOLDES DO ART. 226 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS FARTAMENTE DEMONSTRADAS. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS APRESENTADOS EM JUÍZO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOSIMETRIA. REFORMA DE OFÍCIO. FIXAÇÃO DA PENA BASE EM PATAMAR ELEVADO. REDUÇÃO QUE SE IMPÕE. IMPOSSIBILIDADE DE VALORAÇÃO NEGATIVA DA CIRCUNSTÂNCIA DO CRIME EM RAZÃO NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. REDUÇÃO DA REPRIMENDA. RECURSO CONHECIDO E NEGADO PROVIMENTO NOS TERMOS DO VOTO. REFORMADA, DE OFÍCIO, A SANÇÃO, FIXANDO-A EM 04 (QUATRO) ANOS E 02 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO E 416 (QUATROCENTOS E DEZESSEIS) DIAS-MULTA. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação nº 0002015-24.2009.8.05.0191, em que são partes as acima citadas. Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO ao apelo, nos termos do voto do relator, modificando, de ofício, a pena, fixando-a em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 2 de Junho de 2022. RELATÓRIO Trata-se de Recurso interposto pela Defesa de Márcio Diego dos Santos e José Wandson da Silva, tendo em vista a irresignação com o conteúdo da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Crime da Comarca de Paulo Afonso, nos autos do Processo n. 0002015-24.2009.8.05.0191, visando a reforma do decism. Evitando desnecessária tautologia, adoto o relatório da sentença de ID 27411213, in verbis: “Márcio Diego dos Santos e José Wandson da Silva, qualificados nos autos, foram denunciados como incursos no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, porque, conforme denúncia oferecida, no dia 8 de julho de 2009, por volta das 17:00 horas, no Paredão da Perimetral III, nas proximidades da FASETE, no Bairro Perpétuo Socorro, nesta cidade, traziam consigo 50 (cinquenta) pedras de substância posteriormente identificada como “crack”, com massa bruta total de 10,05 g (dez gramas e cinco centigramas), 35 “dolões” de maconha com massa bruta total de 299,90 g (duzentos e noventa e nove gramas e noventa centigramas) tudo sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, as quais pelas circunstâncias da prisão e forma de acondicionamento destinavam-se a mercância ilícita. Laudos provisórios juntados às fls. 22/23. O acusado Márcio Diego dos Santos, foi preso em flagrante no dia 08/7/2010, sendo-lhe concedida liberdade provisória em 7/8/2010, conforme decisão de fls. 23/25. Devidamente notificados, conforme certidão de fl. 126v e 137v, o acusado Márcio Diego dos Santos,

apresentou defesa prévia por intermédio de advogada constituída, conforme petição de fls. 128/133 e José Wanderson da Silva, através da Defensoria Pública do Estado da Bahia às fls. 139/141, no entanto, não foram alegadas hipóteses de rejeição da denúncia ou preliminares. A denúncia foi recebida em 5 de maio de 2010, sendo designada audiência de instrução e julgamento, decisão de fl. 146. Realizada a instrução, foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela acusação, sendo uma ouvida por carta precatória, conforme termos de depoimentos às fls. 219, 261 e 262, ausente o réu José Wandson da Silva, sendo-lhe decretada revelia nos termos do art. 367 do CPP, por fim, ao proceder o interrogatório do acusado Márcio Diego dos Santos, réu presente à audiência, este optou pelo direito de permanecer em silêncio (fl. 264). Em memoriais, o representante do Ministério Público, requereu a condenação dos réus, nos termos da denúncia (fls. 266/268). A Defesa, por seu turno, requereu a absolvição pela ausência de provas, subsidiariamente, aplicação da atenuante da confissão ao acusado Márcio Diego dos Santos, a aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06 em seu grau máximo e, por fim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito". Sobreveio decisão de ID 27411213, julgando procedente a pretensão punitiva, para condenar Márcio Diego dos Santos e José Wandson da Silva como incursos nas sanções previstas no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, determinando a pena definitiva para Márcio Diego em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e ao pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa. O regime inicial de cumprimento de pena foi fixado no semiaberto; para o réu José Wandson foi fixada a sanção em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, fixando o regime inicial no semiaberto. Em seguida, foram condenados ao pagamento das custas processuais, sendo-lhes permitido o direito de recorrer em liberdade. O réu José Wandson da Silva foi intimado da sentença por edital, ID 27411216. Irresignada, a Defesa ingressou com o presente recurso, ID 27411218. A apelação foi recebida, ID 27411221. Em suas razões, ID 27411223, a Defesa alegou que não restou comprovada a materialidade do crime de tráfico de drogas, uma vez que não foi juntado aos autos o laudo pericial definitivo, não sendo o laudo provisório suficiente para comprovar a materialidade do ilícito, pois não possui a mesma certeza científica. Assim, requereu a absolvição dos apelantes nos termos do art. 386, VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, pugnou pela absolvição do recorrente José Wandson da Silva em razão da nulidade do reconhecimento pessoal feito por meio de fotografia. Indica que o reconhecimento se deu em desconformidade com o art. 226 do Código de Processo Penal, não sendo válido, implicando na ausência de prova de autoria em relação a José Wandson, devendo ser aplicado o princípio do in dubio pro reo. Em sede de contrarrazões, ID 27411225, o Ministério Público pugnou pelo conhecimento da apelação e, no mérito, para que seja negado provimento, mantendo-se a decisão condenatória em todos os seus termos. O réu Márcio Diego dos Santos foi devidamente intimado da sentença condenatória por meio de edital, ID 27411232. Remetidos a esta instância e distribuídos, coube-me a relatoria. Instada a manifestar-se, a ilustre Procuradora de Justiça, Bela. Marilene Pereira Mota, lançou Parecer, ID 28329292, opinando pelo conhecimento do recurso e pelo improvimento o apelo. É o relatório. VOTO

Devidamente observados os pressupostos de admissibilidade do recurso, conheço da apelação interposta. Extraí-se da peça acusatória que, no dia 08 de julho de 2009, por volta das 17:00 horas, no paredão da Perimetral III, nas proximidades da FASETE, no bairro Perpétuo Socorro, Paulo Afonso/

Ba, as polícias civil e militar, em operação conjunta, estavam em diligências no local, e os réus, ao perceberem a presença dos policiais, empreenderam fuga, tendo os policiais efetuado a prisão em flagrante de Márcio Diego dos Santos. Em poder de Márcio Diego foram apreendidas a quantia de R\$ 102,00 (cento e dois) reais, 50 (cinquenta) pedras de crack e 35 (trinta e cinco) dolões de maconha. Na Delegacia de Polícia, o denunciado Márcio José reconheceu e indicou, por meio de fotografia, os denunciados José Wandson da Silva, vulgo "URSO", e Cleidson Nunes da Silva, vulgo, "COCOI", como os indivíduos que praticavam o tráfico de drogas em sua companhia. A materialidade delitiva restou demonstrada através do Auto de exibição e apreensão (ID 27411125, fl. 16), Laudos de Exame Pericial de constatação da droga (ID 27411125, fls. 19/20) que, após análise macroscópica e realização de exames físicos, resulta positivo para cannabis sativa e para crack. Neste ponto, a Defesa se insurge para sustentar a ausência de materialidade do delito por não ter sido juntado o laudo pericial definitivo, devendo ser os apelantes absolvidos. Todavia, não merece guarida a argumentação exposta pela Defesa. É sabido que o laudo toxicológico definitivo constitui peça de relevante importância no conjunto probatório do crime de tráfico de drogas, entretanto, sua ausência não implica necessariamente na ausência de prova da materialidade do delito, a ensejar a absolvição do réu. Os Tribunais Superiores já decidiram que o laudo definitivo não é imprescindível para a comprovação da materialidade, podendo ser substituído pelo laudo de constatação provisório e por outras provas robustas, dentre elas a prova testemunhal. Neste sentido, insta colacionar julgado que corrobora o quanto exposto: "PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. 1. IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DO RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. 2. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE LAUDO DEFINITIVO. ERESP N. 1.544.057/RJ. MATERIALIDADE QUE PODE SER AFERIDA PELO LAUDO PROVISÓRIO. 3. LAUDO COM GRAU DE CERTEZA EQUIVALENTE AO DEFINITIVO. REALIZADO POR PERITOS OFICIAIS. MATERIALIDADE COMPROVADA. 4. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. CULPABILIDADE VALORADA DE FORMA EQUIVOCADA. CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME. ELEMENTO CONSTITUTIVO. 5. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. 12KG DE MACONHA, 24G DE COCAÍNA, 4G DE SKANK E 1G HAXIXE. VALORAÇÃO NEGATIVA. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. 6. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. NÃO INCIDÊNCIA. NATUREZA E QUANTIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. SITUAÇÃO QUE NÃO REVELA BIS IN IDEM. 7. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO. AUSÊNCIA DE REQUISITO OBJETIVO. 8. REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE ABRANDAMENTO. 9. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO, PARA REDUZIR A PENA-BASE. 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. A Terceira Seção do STJ, no julgamento dos EREsp 1.544.057/RJ, firmou o entendimento no sentido de que o laudo toxicológico definitivo é, em regra, imprescindível à comprovação da materialidade dos delitos envolvendo entorpecentes e que, sem referido laudo, se torna forçosa a absolvição do acusado, por ausência de materialidade. Contudo, firmou-se igualmente entendimento no sentido da possibilidade de se excepcionar a imprescindibilidade do laudo definitivo, nas hipóteses em que a materialidade puder ser atestada pelo laudo de constatação provisório, quando este possuir grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, tendo sido elaborado, inclusive, por perito oficial. 3. Na hipótese, o Tribunal de origem assentou que 'a materialidade delitiva

encontra-se atestada pelo auto de apresentação e apreensão de fl. 24, laudo preliminar de fls. 35/34 e 161/166, acrescendo-se, ainda, a prova colhida durante a instrução processual e confissão do réu, não havendo dúvidas acerca do fato apurado'. Consignou, outrossim, que foi realizada a devida análise e constatação do material entorpecente apreendido nos laudos periciais de fls. 161/166, realizados por peritos oficiais do estado, em procedimento equivalente ao definitivo. Nesse contexto, cuidando-se de laudo provisório realizado por peritos oficiais do estado, com grau de certeza equivalente ao do laudo definitivo, encontra-se devidamente comprovada a materialidade delitiva, motivo pelo qual não há se falar em absolvição e muito menos em nulidade. 4. Quanto à dosimetria, verifico que a culpabilidade não foi corretamente valorada, pois a consciência da ilicitude é elemento constitutivo do conceito analítico de crime (imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa), sendo, portanto, inerente ao próprio tipo penal. Dessa forma, também deve ser decotada a valoração negativa da culpabilidade. 5. Ademais, apesar de a ponderação das circunstâncias judiciais não constituir mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, a discricionariedade motivada do Magistrado deve se pautar pelo princípio da proporcionalidade e pelo elementar senso de justiça. Dessarte, entendo que a elevação da pena-base em 2 anos, em razão da natureza e da quantidade da droga – 12kg de maconha, 24g de cocaína, 4g de skank e 1g de haxixe –, revela-se mais adequada. 6. Não há se falar em bis in idem, porquanto plenamente possível a valoração da natureza e da quantidade da droga também para impedir a incidência da redutora, uma vez que se tratam de circunstâncias que podem, como na hipótese dos autos, revelar a dedicação às atividades criminosas. 7. Fica a pena definitivamente fixada em 5 anos e 10 meses de reclusão, patamar que ultrapassa o requisito objetivo para se cogitar da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal. 8. Nada obstante a redução da pena e o decote de todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, verifico que não é possível abrandar o regime de cumprimento da pena, haja vista a manutenção do vetor negativo da natureza e da quantidade da droga, o qual se revela suficiente para justificar a aplicação do regime fechado. 9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício, apenas para reduzir a pena-base, redimensionando a pena para 5 anos e 10 meses de reclusão. (STJ. HC 513.454/PE. Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 06/08/2019, DJe 27/08/2019)". (sem destaques no original). Neste contexto, o Superior Tribunal de Justiça tem decidido que o laudo provisório, quando realizado por peritos oficiais do estado e com grau de certeza equivalente ao laudo definitivo, configura prova suficiente a demonstrar a materialidade delitiva. Outrossim, em que pese a prova testemunhal e a confissão, isoladas ou em conjunto, não se prestem a comprovar, por si sós, a materialidade do delito, quando aliadas ao laudo toxicológico preliminar, são capazes não só de demonstrar a autoria, como também de reforçar a evidência acerca da materialidade delitiva. No caso em apreço, verifica-se que os laudos periciais provisórios (ID 27411125, fls. 19/20) foram realizados por perito oficial, bem como foram feitos com base na análise macroscópica e em exames físicos e químicos (Reação de Ghamarawy) que resultaram positivo para maconha e crack. Deste modo, a materialidade do crime de tráfico de drogas ficou evidenciada nos autos, ainda que ausente a juntada do laudo definitivo, tendo em vista que o laudo provisório foi

realizado nos moldes adotados pelos Tribunais Superiores para substituir o laudo definitivo, corroborado pelas demais provas colhidas durante a instrução processual. Logo, rejeito a tese apresentada pela Defesa, entendendo estar devidamente comprovada a materialidade do ilícito, a ensejar a sentença condenatória ora impugnada. Em relação à autoria, esta também restou evidenciada nos autos, as provas colhidas demonstram que a droga apreendida era de propriedade dos recorrentes. Ora, a prova colhida em juízo confirma a prática do delito de tráfico de entorpecentes, corroborando os depoimentos colhidos na fase do inquérito policial. Em sede judicial, o policial militar, Márcio Gonçalves Cavalcante, ID 27411188, fl. 21), declarou que: “participou da prisão na qualidade de comandante da operação; que a prisão foi oriunda de denúncia anônima que dava conta que atrás da Facet havia tráfico de drogas; que chegando ao local fechou um cerco no quarteirão; que a guarnição do depoente deteve o acusado Márcio Diego, vulgo Belo com certa quantidade de crack e maconha; que a droga estava pronta para comércio; que conduziu um usuário que comprava a droga no momento da prisão; que acusado Cleidisson conhecido pelo vulgo Cocói era quem fornecia as drogas para o denunciado Márcio; que os três se encontravam juntos no mesmo local; que com a chegada da guarnição os mesmos evadiram-se do local, sendo Márcio detido; que além da droga foi apreendido foguete para sinalizar a chegada dos policiais, certa quantidade em dinheiro, não se recordando quanto; que não se recorda se foi apreendida arma de fogo; que já tinha ouvido falar nas pessoas de Cocói e Urso, sendo que Cocói já havia sido preso em outra oportunidade; que a prisão se deu no final da tarde; que população não assistiu a prisão; que além de Márcio um usuário o qual não se recorda o nome foi conduzido; que o referente ao local havia diversas denúncias de tráfico de drogas; que não se recorda se algum usuário foi apreendido com drogas em mão; que o local foi cercado; que foi montada uma campana de 15 minutos quando o depoente e a guarnição pode observar uma certa movimentação indicativa do comércio de drogas”. O policial militar, Geovan Lopes Costa (ID 27411207, fl. 01), que também participou da prisão em flagrante, disse: “que se recorda da prisão em flagrante dos acusados; que o fato em si não se recorda mais; que não se recorda de nenhum usuário de nome Wellington; que se recorda que estava havendo uma operação conjunta com a polícia civil e o depoente estava dando apoio; que não se recorda do acusado presente na audiência; que reconhece como sua a assinatura às fls. 06”. A testemunha Wellington da Silva Barreiros (ID 27411207, fl. 02), usuário que foi conduzido junto com o acusado, afirmou: “Que tinha ido comprar a droga da pessoa de “Cocoi”; que não foi comprar droga da pessoa de Márcio Diego; que havia ido comprar maconha; que foi atrás da Fasete; que não chegou a comprar a droga; que não chegou a ver o acusado no momento da prisão; que “Cocoi” falou que a maconha seria entregue por outra pessoa”. Ao ser interrogado perante a autoridade judicial, o apelante Márcio Diego dos Santos optou por ficar em silêncio. Contudo, na fase inquisitorial o acusado afirmou que é verdadeira a acusação, relatando que estava vendendo substância entorpecente há dois dias; que vende a pedra de crack por R\$ 10,00 (dez reais) e o dolar de maconha por R\$ 5,00 (cinco reais), ganhando R\$ 1,00 (um real) por cada material vendido; que a pessoa conhecida por “Careca” foi quem o chamou para vender a droga; que também trabalham no tráfico as pessoas de “URSO” e outra conhecida por “Cocoaia”, tendo o acusado Márcio Diego dos Santos, passado as características das pessoas por ele mencionadas. A Defesa pugna pela absolvição do apelante José Wandson da Silva sob o argumento de nulidade

do reconhecimento feito por meio fotográfico pelo corréu, em sede inquisitorial. Quanto à irregularidade no reconhecimento do acusado José Wandson, compulsados os autos, verifica-se que não encontra acolhida a tese da Defesa de descumprimento dos preceitos legais, uma vez que o inciso II do art. 226 do CPP não determina que o reconhecimento de pessoa seja feito com a presença de indivíduos semelhantes àquele que se pretende reconhecer, sendo permitido pela jurisprudência a realização do reconhecimento por meio de fotografia. No caso em apreço, o reconhecimento na fase inquisitorial foi feito adequadamente, na forma prevista pela legislação pertinente, sendo o recorrente reconhecido, por meio de fotografia, pelo corréu. Vê-se do interrogatório prestado pelo corréu Márcio Diego em fase inquisitorial, que ele descreve as características físicas dos dois indivíduos que estavam traficando drogas no momento em que foi preso. Assim indicou as características dos demais acusados (ID 27411125, fl. 07): "... Que CARECA possui as seguintes características físicas: cerca de 1,85m, branco, cabelo baixo, castanho, o qual reside na VR e aparenta ter 20 anos; Que URSO é gordo, branco, cerca de 1,80m de altura, cabelos pretos com um corte alto em cima e baixo dos lados, aparentando ter 25 anos; Que o terceiro elemento "Cocoi", é magro, moreno, tem uma tatuagem de águia no braço direito, cabelos baixo, pretos, aparentando ter 25 anos de idade...". Outrossim, constou no Auto de Reconhecimento (ID 27411125, fls. 23/24) que o corréu reconheceu com toda clareza e sem sombra de dúvida, através do álbum de fotografias da Unidade Policial, as pessoas de José Wandson da Silva, vulgo "URSO", relacionado na ocorrência policial n. 0980/08, e Cleidson Nunes da Silva, vulgo "COCOI", relacionado na ocorrência policial n. 3779/08, constando nos autos as fotografias utilizadas no reconhecimento. Portanto, constata-se que foram observadas as determinações legais previstas no art. 226 do Código de Processo Penal, ao proceder ao reconhecimento, tendo em vista que, primeiro, fez a descrição das pessoas a serem reconhecidas; em seguida, procedeu ao reconhecimento por meio de fotografia, utilizando o álbum de fotografias da unidade policial. Ora, no caso em espeque, o reconhecimento ocorreu em conformidade com a legislação, posto que o acusado não foi compelido a simplesmente indicar os corréus, tendo em seu interrogatório apresentado as características físicas dos envolvidos e, só após, foram apresentadas as fotografias, onde indicou os comparsas, estando a indicação de acordo com os aspectos físicos apontados durante o seu interrogatório. Impende-se salientar, ainda, que o reconhecimento em sede inquisitorial foi corroborado com a prova testemunhal produzida em juízo, que demonstra a participação de José Wandson no crime em apuração. Na espécie, a prova produzida em juízo corroborou o reconhecimento realizado no inquérito policial, ficando mais do que comprovado que o agir dos apelantes se adéqua ao tipo penal previsto no art. 33 da Lei 11.346/06. É recorrente no Superior Tribunal de Justiça que o tipo penal descrito no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, não faz nenhuma exigência no sentido de que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, seja necessária a demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de comercialização do entorpecente, eis que para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito na lei é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente. Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a

consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. No caso em apreço, reavaliando o conjunto probatório, este indica, de forma insofismável, a prática do delito que lhes foi imputado na exordial acusatória. A verossimilhança da acusação encontra correlação com os fatos descritos pelas testemunhas, a ensejar a condenação. Portanto, para a configuração da traficância é desnecessária a prova da comercialização, bastando que o agente seja surpreendido portando, trazendo consigo, guardando ou transportando a substância ilícita, bem assim que os elementos indiciários e as circunstâncias da apreensão evidenciem a atividade delituosa. No caso, ficou evidenciado nos autos que os apelantes traziam consigo substâncias entorpecentes de uso proscrito e pelo depoimento do usuário que confirmou ter ido até a localidade para adquirir drogas. É cediço que a doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de admitir a validade do testemunho dos policiais, sobretudo quando os agentes participaram da prisão em flagrante e são ratificados pelos demais elementos probatórios coligidos aos autos. Nesta esteira de pensamento, vejamos julgado abaixo colacionado: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. No que tange ao pleito de absolvição ou desclassificação da conduta para o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, o acórdão combatido, ao manter a condenação pelo tráfico de drogas, consignou que o conjunto probatório aponta para a prática do crime, não somente em razão das substâncias apreendidas (56,59 gramas de "crack"), mas também diante da prova testemunhal. 2. Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela absolvição ou desclassificação do crime de tráfico de drogas para o do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 3. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no AREsp 1877158/TO, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021)”. (grifos aditados) Na mesma linha de pensamento, já decidiu esta Colenda Turma: “APELAÇÃO DEFENSIVA. LEI DE DROGAS. APELANTE CONDENADO COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06, A UMA PENA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, E AO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, NO VALOR DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE NA ÉPOCA DOS FATOS. NEGADO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRETENSÕES RECURSAIS: I) ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NÃO VISLUMBRADA. CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO QUE SE MOSTRA SUFICIENTE A DEMONSTRAR A AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. ELEMENTOS CONSUBSTANCIADOS NO AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO, NOS LAUDOS DE EXAME PERICIAIS E NOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA DIANTE DO INDEFERIMENTO QUANTO AO ROL DE TESTEMUNHAS DA DEFESA AFASTADO. ALÉM DE TER SIDO ACOSTADO EXTEMPORANEAMENTE À DEFESA PRÉVIA, AUSENTE COMPROVAÇÃO QUANTO AO EFETIVO PREJUÍZO CAUSADO AO APELANTE. NÃO SE DESINCUMBIU A DEFESA DO ÔNUS DE EXPLICAR A FORMA COMO AS REFERIDAS TESTEMUNHAS PODERIAM ELUCIDAR OS FATOS IMPUTADOS AO APELANTE. ANÁLISE DO

BROCARDOS PAS DE NULLITE SANS GRIEF. INTELIGÊNCIA DO ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VALIDADE DOS TESTEMUNHOS POLICIAIS. SUFICIENTE CONVICÇÃO FORMADA DURANTE AMBAS AS FASES DA PERSECUÇÃO PENAL. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MERCANCIA. PRECEDENTES DO STJ. CONDENAÇÃO QUE DEVE SER MANTIDA NOS EXATOS TERMOS DA SENTENÇA. (...) APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0526352-56.2019.8.05.0001, Segunda Câmara. Segunda Turma. Relator (a): JOÃO BOSCO DE OLIVEIRA SEIXAS, Publicado em: 03/09/2021)". Nesta senda, a verossimilhança da acusação encontra inegável correlação com os fatos descritos pelas testemunhas, ainda que na condição de policiais que realizaram a prisão em flagrante, posto que tal fato não compromete seu depoimento, tendo em vista que a Defesa, ao longo do processo, não apresentou nenhum elemento probatório que descredenciasse ou invalidasse as oitivas em juízo, do agente estatal. Conclui-se, desta maneira, que a Defesa não conseguiu demonstrar a ausência de prova de materialidade e de autoria a culminar com a modificação da sentença condenatória exarada nos autos.

DOSIMETRIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS Na dosimetria da pena, o magistrado de 1ª instância ao analisar as circunstâncias do art. 59 do Código Penal inferiu que: "Com o critério dos artigos 42 da Lei nº 11.343/06 e 59, do Código Penal, considerando que a reprovabilidade social da conduta não excedeu o ordinário; os antecedentes são bons, visto que o acusado não possui contra si condenação penal transitada em julgado; não há maiores elementos nos autos para aferir a personalidade e a conduta social do acusado; as circunstâncias são superiores à espécie, visto que uma das drogas apreendidas na posse do acusado era "crack", uma das mais perniciosas disponíveis no mercado de drogas; as consequências são igualmente relevantes, mas não exacerbam o tipo, fixo a pena base por infração ao artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, em 06 (seis) anos de reclusão, e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, fixado o valor unitário do dia multa em um trigésimo do valor do salário-mínimo vigente à época dos fatos. (Réu Márcio Diego dos Santos) (...) Com o critério dos artigos 42 da Lei nº 11.343/06 e 59, do Código Penal, considerando que a reprovabilidade social da conduta não excedeu o ordinário; os antecedentes são bons, visto que o acusado não possui contra si condenação penal transitada em julgado; não há maiores elementos nos autos para aferir a personalidade e a conduta social do acusado; as circunstâncias são superiores à espécie, visto que uma das drogas apreendidas na posse de um dos acusados era "crack", uma das mais perniciosas disponíveis no mercado de drogas; as consequências são igualmente irrelevantes, mas não exacerbam o tipo, fixo a pena base por infração ao artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, em 06 (seis) anos de reclusão, e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, fixado o valor unitário do dia multa em um trigésimo do valor do salário-mínimo vigente à época dos fatos." (Réu José Wandson da Silva) Neste ponto, verifica-se que a sentença condenatória considerou como circunstância desfavorável, a ensejar o aumento da reprimenda, a circunstância do crime em virtude dos recorrentes terem sido flagrados na posse de crack, substância considerada extremamente nociva. Contudo, tal fundamentação não se mostra idônea a justificar a majoração da pena base. Ao proferir a sentença, o magistrado a quo majorou a pena base um ano acima do mínimo legal, tão somente em razão da natureza de uma das drogas apreendidas com os acusados. O Superior Tribunal de Justiça já consolidou entendimento de que a natureza da droga, por si só, não configura fundamentação idônea a justificar a majoração da reprimenda. Corroborando o quanto sustentado, trago à baila julgado que aplica a tese ora explicitada: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA. PEQUENA QUANTIDADE. DESPROPORCIONALIDADE. ALTERAÇÃO DO QUANTUM DE REDUÇÃO PELA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PATAMAR MÁXIMO (2/3). POSSIBILIDADE. CABÍVEL O REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal se deu unicamente em razão da natureza do entorpecente. No entanto, a despeito da natureza da droga apreendida (crack), a quantidade, na hipótese, -25,2 gramas de crack-, segundo a orientação desta Corte, não é apta, por si só, a indicar maior desvalor da conduta. Em hipóteses assemelhadas, o Superior Tribunal de Justiça considerou desproporcional a majoração da reprimenda na primeira fase da dosimetria. 2. O art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, dispõe que, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. 3. No caso, as instâncias ordinárias não trouxeram nenhum fundamento para aplicar a fração mínima de 1/6 (um sexto). E, tendo em vista a pequena quantidade de droga apreendida -25,2 g de crack-, entendo que deve ser aplicada a diminuição no patamar máximo de 2/3 (dois terços), ainda mais quando os acusados são primários, com a pena-base fixada no mínimo legal. 4. Redimensionadas as reprimendas dos acusados e tratando-se de agravados primários, com a pena-base estabelecida no mínimo legal, tendo sido condenado à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, foi aplicada a causa de diminuição da pena em seu patamar máximo e, não sendo expressiva a quantidade de drogas apreendidas (25,2 g de crack), conclui-se que o regime prisional cabível é o inicial aberto. 5. De igual maneira, diante da fundamentação já utilizada para fixar o regime inicial aberto, não se justifica o indeferimento do pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 6. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no AREsp 1.648.640/PA. Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe 17/02/2021)". (grifou-se) Logo, a orientação determinada pelo Superior Tribunal de Justiça impede que somente a natureza da droga seja utilizada para agravar a reprimenda do sentenciado. No processo em epígrafe, em relação ao crack, os acusados foram presos na posse de 10,05 g (dez gramas e cinco centigramas), quantidade ínfima que não justifica a majoração da sanção apenas com fulcro na natureza da substância entorpecente. Destarte, diante da exclusão da circunstância como causa negativa, fixo a pena base dos apelantes em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, em razão de serem as circunstâncias judiciais próprias do tipo penal perpetrado. DAS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES Na segunda fase, não foram reconhecidas agravantes, sendo reconhecida a atenuante da confissão espontânea do réu Márcio Diego. Todavia, por ter sido modificada a pena base para o mínimo legal e em razão da vedação exposta na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, mantenho a pena provisória em 05 (cinco) anos de reclusão para os sentenciados. DAS CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO DE PENA Na derradeira etapa da dosimetria da reprimenda, o juiz primevo não reconheceu causas de aumento, aplicando a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, reduzindo a reprimenda em 1/6 (um sexto), porque foram apreendidas 10,05 g (dez gramas e cinco centigramas) de crack e 35 (trinta e cinco) "dolões" de maconha, totalizando massa bruta de 299,90 g (duzentos e noventa e nove gramas e noventa centigramas) de cannabis sativa. Por conseguinte, mantenho a

redução procedida na sentença, fixando a pena definitiva para Márcio Diego dos Santos e José Wandson da Silva em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato. REGIME PRISIONAL Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, foi fixado o regime inicial semiaberto, em consonância com o art. 33, § 2º, b, do Código Penal. DA PENA DE MULTA Quanto à pena de multa, tendo em vista a alteração dos parâmetros considerados para a fixação da pena-base, determino-a, em 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa no valor de um trigésimo do salário-mínimo vigente à data do fato. Ante o exposto, exaurida a análise das questões invocadas em sede recursal, o voto é para CONHECIMENTO E NÃO PROVIMENTO do recurso interposto pela Defesa, modificando, de ofício, a pena, determinando-a em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa para os apelantes Márcio Diego dos Santos e José Wandson da Silva. Sala das Sessões, data registrada no sistema.

Presidente
Procurador (a) de Justiça

Relator