

Tribunal de Justiça do Estado da Bahia Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma Apelação nº 8001193–85.2021.8.05.0187 Origem do Processo: Comarca de Paramirim Apelante: Ricardo de Oliveira Rocha Advogado: Antônio Carlos Silva (OAB/BA nº 57.165) Advogado: José Pinto de Souza Filho (OAB/BA nº 6.342) Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Gabrielly Coutinho Santos Procurador de Justiça: Adriani Vasconcelos Pazelli Relator: Mario Alberto Simões Hirs APELAÇÃO CRIME. ART. 33 DA LEI 11.343/2006. RECURSO DEFENSIVO. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE USO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS FARTAMENTE DEMONSTRADAS. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS APRESENTADOS EM JUÍZO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA BASE PARA O MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E DIVERSIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS QUE JUSTIFICAM A APLICAÇÃO DA REPRIMENDA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REDUZIDA A PENA DEFINITIVA PARA 02 (DOIS) ANOS, 02 (DOIS) MESES E 20 (VINTE) DIAS DE RECLUSÃO E 222 (DUZENTOS E VINTE E DOIS) DIAS–MULTA. MODIFICADO O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O ABERTO. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL CABÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. CONCESSÃO DO PLEITO DEFENSIVO. PRONUNCIAMENTO MINISTERIAL PELO PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. RECURSO CONHECIDO. DADO PROVIMENTO PARCIAL AO APELO NOS TERMOS DO VOTO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação nº 8001193–85.2021.8.05.0187, 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 DAR PROVIMENTO PARCIAL ao apelo, nos termos do voto do relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 3 de Abril de 2023. RELATÓRIO Trata-se de Recurso interposto pela Defesa de Ricardo de Oliveira Rocha, tendo em vista a irresignação com o conteúdo da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Crime da Comarca de Paramirim, visando a reforma do decisum. Evitando desnecessária tautologia, adoto o relatório da sentença, in verbis. [...] Cuida-se de ação penal pública movida pelo Ministério Público do Estado da Bahia em face do nacional Ricardo de Oliveira Rocha, devidamente qualificado nos autos, dando-o como incurso nas penas do art. 33, da Lei nº 11.343/2006. Inquérito Policial encartado ao ID. 156416498. Decisão que decretou a prisão preventiva do acusado nos Autos da Prisão em Flagrante nº 8001109–84.2021.8.05.0187, ao ID. 149754101, prolatada no Plantão Judiciário. Auto de Prisão em Flagrante ao ID. 156416501, p.31. Termos de declarações encartados ao ID. 156416501 (p. 03–05). Auto de Exibição e Apreensão ao ID. 156416501 (p.07–08). Interrogatório do acusado ao ID. 156416501 (p.10). Laudo de Exame de Lesões Corporais, ao ID. 156416501 (p.14). Relatório de Investigação Criminal ao ID. 156416501 (p. 40). Laudo de Exame Preliminar de Constatação de substância entorpecente ao ID. 156416501 (p.22). Laudo de Exame Definitivo Complementar ao Laudo de Constatação ao ID. 210180368 (p.2–3). Denúncia ao ID. 159469795. Cota da denúncia ao ID. 159469795. Determinação de notificação do acusado para ofertar a Defesa Preliminar ao ID. 161121680 (p.2). Revisão dos fundamentos da prisão preventiva ao ID. 191549071, ocasião em que foi mantida a segregação cautelar. Defesa prévia ao ID. 193119915. Na

oportunidade, a defesa técnica reservou-se ao direito de expor a tese defensiva em sede de Alegações Finais, tendo pugnado pela oitiva das testemunhas indicadas. Ao ID. 196176745, adequou a defesa técnica o rol testemunhal ao quantitativo previsto no art. 55, § 1º, da Lei nº 11.343/2006. Recebeu-se a denúncia ao ID. 197018889 eis que atendida a regularidade formal e inexistente qualquer causa de rejeição liminar. Nesta ocasião, determinou-se a realização da audiência de instrução e julgamento do acusado, posteriormente redesignada. Audiência de Instrução e Julgamento, na forma disposta nos links de ID. 218534247 e do Termo de Assentada, oportunidade na qual foram ouvidas as testemunhas de acusação e de defesa, bem como se procedeu ao interrogatório do acusado. As Alegações finais foram colhidas em memoriais. Alegações finais apresentadas pelo Ministério Público, em que pede a condenação do réu nos termos da exordial acusatória. Em síntese, sustenta o Ministério Público que a materialidade delitiva seria irrefutável em vista dos laudos toxicológicos preliminar e definitivo, que atestou tratar-se dos materiais entorpecentes cocaína e maconha, substâncias constantes da Lista e da Portaria editadas pela Secretaria de Vigilância Sanitária e pelo Ministério da Saúde, como capazes de causar dependência. Igualmente consubstanciada seria a autoria delitiva, nos termos dos depoimentos prestados pelos Policiais Militares. Acerca do material probatório, sustenta o Ministério Público que se está diante da prática do tipo do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Firme nessa razão, o órgão de execução assevera que a quantidade de droga apreendida, a forma de acondicionamento do entorpecente e as circunstâncias da prisão em flagrante denotariam a intenção de mercancia do estupefaciente. Por todo o arrazoado, requer a condenação do acusado nos estritos termos da exordial acusatória. Em suas Alegações Finais, a defesa técnica ventila a preliminar de nulidade de ausência de realização de audiência de custódia. No mérito, aduz ser insustentável a condenação do acusado com base nas provas obtidas quando da prisão em flagrante do acusado. Nesse contexto, aponta que os agentes policiais teriam criado subterfúgio probatório, hábil a justificar eventual prisão de RICARDO DE OLIVEIRA ROCHA. A apoiar suas razões, indica que os depoimentos seriam contraditórios, à medida que os Policiais Militares divergiriam quanto ao relato do paradeiro do réu, sob o pálio do contraditório e da ampla defesa. Prossegue, ainda, o patrono do acusado, compreendendo ser a hipótese de absolvição em vista da ausência de achado do réu em contexto de traficância. Caso assim não se entenda, pugna pela desclassificação para o crime constante do art. 28, da Lei nº 11.343/2006. À guisa de conclusão, a defesa aduz que a conduta típica a ser considerada é aquela insculpida no art. 28, da Lei nº 11.340/2006. Caso assim não se entenda, requer seja aplicada a pena do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 no patamar mínimo. Subsidiariamente, requer a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Por fim, pugna pelo deferimento do direito de recorrer em liberdade. [...] Sobreveio decisão de ID 41311326, julgando procedente a pretensão punitiva, para condenar Ricardo de Oliveira Rocha como incurso nas sanções previstas no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, determinando a pena definitiva em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa. O regime inicial de cumprimento de pena foi fixado no semiaberto. Após, foi aplicada a detração penal, diminuindo doze meses do total da pena fixada e condenado o réu ao pagamento das custas processuais. Em seguida, foi negado o direito de recorrer em liberdade. Irresignada, a Defesa ingressou com o presente recurso, ID 41311336. O réu

foi intimado pessoalmente da sentença condenatória, ID 41311343, fl. 04. Em suas razões, ID 41311348, a Defesa requereu: [...] A) O recebimento das presentes razões recursais, para que declare a absolvição do recorrente, em face de a fragilidade probatória presente nos autos em comento, deverás prostrado até aqui; B) Eventualmente, caso se entenda que ocorreu a posse da substância entorpecente pelo réu e como não há provas do comércio, que seja o delito do art. 33 da 11.343/2006, desclassificado para o do art. 28 da Lei 11.343/2006, com a aplicação da respectiva pena deste último. Restando alguma dúvida sobre isso, requer que seja feito exame toxicológico de dependência no acusado. C) Em caso de condenação nas penas dos artigos art. 33 da 11.343/2006, a fixação da pena no mínimo legal, por ser o acusado primário e de bons antecedentes, com a redução da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, aplicada no máximo legal, com o total redimensionamento da dosimetria do juízo de piso; D) Caso o Réu venha a ser condenado a pena não superior a 04 anos, requer que seja convertida de privativa de liberdade para restritiva de direitos, pois todos os outros requisitos do artigo 44 do Código Penal estão presentes ao seu favor. E) Por necessário, ad argumentum, caso Vossa Excelência entenda pela condenação, requer que a pena seja fixada no mínimo legal e que o denunciado possa recorrer em liberdade nos termos do art. 283 do CPP, por preencher os requisitos objetivos para tal benefício. Em sede de contrarrazões, ID 41311359, 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. Remetidos a esta instância e distribuídos, coube-me a relatoria. Instado a manifestar-se, o ilustre Procurador de Justiça, Bel. Adriani Vasconcelos Pazelli, lançou Parecer, ID 41576520, opinando pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, para que seja reconhecida a causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. É o relatório. VOTO

Devidamente observados os pressupostos de admissibilidade do recurso, conheço da apelação interposta. Extraí-se da peça acusatória que, no dia 17 de outubro de 2021, por volta das 23:30 horas, em via pública, o acusado foi encontrado na posse de certa quantidade de cocaína e de maconha, bem como de materiais utilizados para embalar os entorpecentes. Consta, ainda, que “ao perceber a aproximação da viatura, o indivíduo, a bordo de motocicleta, empreendeu fuga em direção ao centro da cidade, quando perdeu o controle da direção e caiu no chão. Ao realizar busca pessoal, foi encontrada, em posse do denunciado, uma sacola plástica contendo 70 (setenta) ‘petecas’ de ‘cocaína’ e 06 (seis) porções de ‘maconha’, além diversos materiais, comumente utilizados para embalar entorpecentes. Ademais, na ocasião, o denunciado confessou que venderia a droga para um indivíduo que se encontrava próximo à Feira.” A materialidade delitiva restou demonstrada através do Auto de exibição e apreensão (ID 41310726, fl. 07), Laudo de Exame Pericial de constatação da droga (ID 41310726, fls. 22), Laudo Definitivo de Exame Pericial do entorpecente (ID 41311150) que detecta a substância benzoilmetilecgonina, princípio ativo da cocaína, totalizando aproximadamente 51,68 g (cinquenta e um gramas e sessenta e oito centigramas) e de cannabis sativa, totalizando 32,50 g (trinta e dois gramas e cinquenta centigramas), no material analisado. Em relação à autoria, está também restou evidenciada nos autos, em que pese o acusado tenha negado o crime de tráfico de drogas, as demais provas colhidas demonstram que as drogas apreendidas eram de sua propriedade. Em sede inquisitorial, o apelante declarou que reserva seus direitos constitucionais de falar somente em juízo (ID

41310726, fl. 10). Em juízo, ID 41311264, disse que: “nunca foi preso; que os fatos como narrados na denúncia não são verdadeiros; que estava em casa; que recebeu uma ligação falando que eram dois amigos seus, os quais estariam com a moto quebrada; que perguntou se podia dar uma ajuda; que respondeu que podia; que quando saiu de casa, esses amigos falaram que iriam para uma cidade vizinha, que estaria tendo festa; que, quando chegou no local, procurou a moto e não o encontrou; que viu uma caminhonete com o farol quebrado em sua direção; que quando chegou saiu apavorado; que quando saiu para dentro do centro, essa caminhonete vinha acompanhando com o farol apagado; que quando chegou no centro foi virar uma esquina, eles pegaram a viatura e bateram no fundo de sua moto, o jogando 15 metros longe; que a roda da viatura pegou até em sua perna de raspão; que depois que eles bateram, saiu quatro policiais armados, colocando a arma em sua boca e no seu ouvido e saiu com um pacotinho de droga de maconha; com quatro coisinhas de maconha dentro de um saquinho; que eles (policiais) o pegaram e o colocaram dentro da gaiola de viatura e o levou para fora da cidade, em frente do aeroporto; que o levaram para o matagal, onde cada um deles lhe bateram e lhe espancaram; que caiu no chão; que colocaram o cano da arma em sua bunda; que depois que foi agredido, eles lhe colocaram de barriga pra cima, pegaram dois litros de água e jogou em seu nariz para lhe matar afogado; que ameaçou a sua família e lhe ameaçou; que falou que mataria seu filho de 04 anos se não desse conta de mais drogas; que tem um filho de 04 anos; que depende dele; que o filho não se alimenta bem e nem está indo pra escola; que o filho está com a sua esposa e sogra; que o filho só fica perguntando cadê o pai dele e por isso não vai a escolinha; que no momento da abordagem estava portando 06 pinos de cocaína que era para seu uso; que não era para traficar; que usava aos poucos; que tinha dependência de drogas; que sentiu abstinência da droga quando foi levado para a delegacia; que ficou 05 dias sem dormir; que dava vontade de usar; que comprou as drogas na mão de um caminhoneiro que estava precisando de dinheiro; que os policiais estavam com a maconha no banco de trás da viatura; que quando eles o abordaram e lhe derrubaram da moto, os dois policiais de trás já apareceram com o saco de maconha, mandando assumir se não eles o matariam; que a droga em quantidade quem estavam portando era a polícia, mandando assumir se não eles o matariam; que o levaram para fora da cidade e lhes bateram e espancaram; que não houve audiência de custódia logo após a sua prisão; que chegou todo machucado na cadeia; que seu ouvido saiu sangue; que seu ouvido direito deu problema, se não falar alto, ele não escuta; que eles o levaram para fora da cidade no matagal...” Em que pese a negativa do apelante, a prova testemunhal produzida pela acusação indica a ocorrência do crime de tráfico de drogas. O policial militar Pedro Henrique Viana Pinto, ID 41311264, declarou que: “foram designados para ficarem em Paramirim por conta de um assalto em um estabelecimento comercial; que chegando no estabelecimento fizeram ronda lá e receberam uma denúncia, que não se lembra agora, se foi por via funcional ou de algum popular, de que próximo a região da feira havia um indivíduo numa moto; que lá é uma região muito escura a noite, já era tarde; que quem efetuou a denúncia o fez, pois o indivíduo estava parado em uma moto em atitude suspeita; que se deslocaram até o local; que quando chegaram lá na feira, avistaram a moto; que, quando ele viu a viatura, ele ligou a moto e saiu em alta velocidade; que ligaram o sinal sonoro da viatura e efetuaram o acompanhamento; que deram a ordem para ele parar; que ele não parou; que continuou assim por vários minutos no centro de Paramirim; que, quando chegaram em determinado local, ele foi fazer uma

curva, derrapou e caiu; que fizeram a busca pessoal; que, quando realizou a busca pessoal, encontraram uma quantidade análogo a droga, do tipo cocaína, maconha, bem como uns papéis de plásticos normalmente usados para embalar e dinheiro; que fizeram os procedimentos de praxes; que foram apresentar a delegacia; que fizeram tudo que era determinado por lei; que tinha várias petecas de cocaína; que tinha uma parte de maconha; que indagaram ao denunciado para que seria aquelas drogas; que ele respondeu que estava esperando uma outra pessoa e que lá venderia essas drogas; que junto as drogas encontraram uns sacos pequenos tipo de geladinho; que não lembra a quantidade exata das drogas; que as sacolinhas eram iguais as que estavam embaladas as substâncias; [...] que quem deu a voz de prisão ao acusado foi o Tenente Aguiar; que a primeira droga encontrada foi cocaína; que as drogas estavam dentro dos bolsos do acusado; que não vieram a Paramirim com o objetivo de prender Ricardo, e sim por conta de um assalto ao estabelecimento comercial; que não sabe precisar a distância entre o local onde foi preso Ricardo e o suposto local do assalto.” Do mesmo modo, o Tenente PM Davi Aguiar Santos, ID 41311264, afirmou que: “é comandante do pelotão de emprego tático-PETE; que estavam na cidade por conta de um roubo que teve em um mercado; que um transeunte os informou que tinha um indivíduo suspeito nas proximidades da feira e que tinha similaridade com esse rapaz que praticou o roubo; que apresentava as mesmas características; que quando se aproximaram ele ligou a moto e empreendeu fuga; que realizaram o acompanhamento e durante o acompanhamento ele freou bruscamente causando um acidente com a viatura; que foram até o acusado e fizeram a busca pessoal; que encontraram uma certa quantidade de drogas no bolso dele; que se deslocaram até Livramento, apresentou a delegacia e foi feito o exame de corpo e delito por conta das feridas ocasionadas pelo acidente; que Ricardo desobedeceu a ordem da polícia de parar; que quando Ricardo viu a viatura ele já empreendeu fuga; que realizaram o acompanhamento; que foi dada diversas ordens de parar, com o sinal sonoro da viatura; que mesmo assim ele desobedeceu a ordem; que encontraram muitos pinos de cocaína e certa quantidade análogo a maconha; que encontraram vasta quantidade de cocaína, não se lembra a quantidade exata; que na ocasião o denunciado confessou que traficava; que quando chegaram na delegacia ele já era conhecido da delegada, pois a delegada já tinha conhecimento que ele traficava; que ele já foi preso outras vezes por tráfico; que no momento da abordagem não sabiam de quem se tratava; que fizeram esse reconhecimento na delegacia; que foi um transeunte de moto que pararam a guarnição para falar que na feira havia um rapaz suspeito; que receberam a informação de que houve um assalto em Paramirim; que se deslocaram de Livramento até Paramirim e começaram a realizar abordagens; que teve um momento que pararam na DPM para alinhar algumas situações; que quando foram para rua tomaram conhecimento disso (do denunciado em atitude suspeita nas proximidades da feira); que não sabe a distância entre o local do assalto e o local onde encontraram o denunciado; que não conhece esta cidade muito bem; que seguem um manual de abordagem, onde preconiza que quem realiza a busca pessoal é um soldado; que na condição de oficial de polícia, realiza a segurança de busca; que em nenhum momento falou que não viu as drogas; que apenas relatou as funções de cada policial; que já falou que não se recordava a quantidade exata das drogas; que de lá pra cá já realizou muitas apreensões; que a sua função era de realizar a segurança de busca, ou seja, ele garante a segurança do policial que estava realizando a busca, para que caso o denunciado realize algum movimento brusco, como sacar uma arma de fogo; que a quantidade exata de

drogas não se recorda, mas que foi uma grande quantidade análoga a cocaína; que tinha vários pinos de cocaína, mais de 50 salvo engano; que tinha algumas trouxinhas de maconha; que também tinha uma quantidade de dinheiro que não se recorda ao certo, pois como falou, foram várias apreensões de lá pra cá; que todo material apreendido com o acusado foi apresentado a delegacia e o próprio acusado no momento do relato dele, salvo engano, assumiu que estaria com a droga e que era pra consumo; o que causou uma estranheza; que ele disse ser usuário; que a quantidade de drogas estavam espalhadas no bolso dele; que um pino de cocaína não ocupa tanto espaço assim; que é comandante do pelotão; que no momento da prisão a sua função é segurança de busca e condutor; que cuida da segurança de busca e faz a apresentação das substâncias e do denunciado a delegacia juntamente com os demais policiais; que o dia da semana que aconteceu os fatos não tem certeza mas acha que foi um sábado; que lembra que foi a noite, mais ou menos umas 22 h ou 23 h da noite; que a denúncia foi efetuada por um transeunte que estava numa moto; que a denúncia foi feita uns 10 a 15 minutos antes de encontrar o acusado; que avistou o acusado nas proximidades da feira; que o denunciado estava próximo da moto, parecendo que estava aguardando alguém; que o denunciado falou que estava esperando um rapaz que iria comprar na mão dele; que o local estava escuro; que o transeunte informou que tem um cara ali em atitude suspeita, que parece o assaltante; que não se recorda qual o modelo e a cor da moto que o denunciado estava perto; que tem quase certeza que ele estava de bermuda, mas não tem como recordar a cor; que se aproximaram; que quando o denunciado viu a presença da viatura, ligou a moto e saiu; que a viatura fez o acompanhamento dele, deu sinal de luz e sonoro, ele não parou; que passou pelo centro verbalizando e mesmo assim não parou; que só conseguiu pegá-lo mais a frente quando ele freou bruscamente, ocasionando um acidente com a viatura; que quando fazem uma abordagem o único que não faz a busca pessoal é o motorista, que era Jadson; que a busca pessoal pode ter sido feita ou por Viana ou por Braga; que tem quase certeza que foi Viana porque há esse revezamento; que não tem como afirmar com 100% de certeza uma coisa que faz todos os dias; que não falou que não consegue fazer o seu trabalho com 100% de certeza; que falou que não pode afirmar com 100% de certeza que foi Viana porque talvez tenha sido Braga que também é patrulheiro; que são 04 policiais na viatura; que essa função de busca pessoal é revezada entre dois policiais, sempre os que estão no fundo; que o motorista ele não faz busca pessoal, exceto em algumas situações; que essas informações não são tão relevantes para a guarnição, porque o objetivo dos policiais durante uma abordagem é resguardar a segurança dos mesmos; que não estão preocupados se A vai fazer a abordagem ou se B vai fazer, até porque existe uma situação de estresse ali; que não sabem o que os aguardam; que no momento o denunciado poderia estar armado, poderia reagir a abordagem policial, então por isso não pode precisar com 100% de certeza qual o policial que realizou a busca pessoal; que foi o declarante quem fez a apreensão e entrega de todo material a delegacia; que foram encontrados quatrocentos e poucos reais, não se lembra ao certo; que não lembra a quantidade aproximada da maconha, mas era bem menos da quantidade de cocaína; que não lembra ao certo se era 10, 8, 15 trouxinhas de maconha; que era nessa faixa; que cocaína era mais de 50; que apresentou o material apreendido e imediatamente solicitaram a guia para exame de corpo de delito, até porque ele estava machucado..." As testemunhas arroladas pela Defesa, Delio Oliveira Costa, Arnaldo Francisco de Oliveira Júnior, Suédio Correia Oliveira e Eliardio Oliveira da Silva,

foram ouvidas em juízo, contudo, nada afirmaram sobre os fatos narrados na denúncia, referindo-se, tão somente, ao caráter do sentenciado, não havendo nenhuma contraposição aos depoimentos prestados pelos policiais militares. Apesar dos argumentos expendidos pela Defesa objetivarem a absolvição do crime de tráfico de drogas, tal hipótese não encontra lastro probatório nos autos, sendo constatado que o recorrente foi encontrado na posse de drogas e, notadamente pela quantidade e forma que os entorpecentes estavam acondicionados, bem assim pelas embalagens encontradas, destinavam-se a mercância. 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 lhe 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 o apelante estava na posse de substâncias entorpecentes proscritas, bem como ficou demonstrada a traficância, em razão do modo que as drogas estavam acondicionadas, a saber, 70 (setenta) petecas de cocaína, com massa total de 51,68 g (cinquenta e um gramas e sessenta e oito centigramas), e 06 (seis) porções de maconha, pesando o total de 32,50 g (trinta e dois gramas e cinquenta centigramas). 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/T0, 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 BROCARDO 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 de acusação, ainda que na condição de policiais que realizaram a apreensão das drogas, posto que tal fato não compromete seus depoimentos, tendo em vista que a Defesa, ao longo do processo, não apresentou nenhum elemento probatório que descredenciasse ou invalidasse as oitivas em juízo, dos agentes estatais. Destarte, deve ser refutado o pleito Defensivo para que o apelante seja absolvido da imputação efetuada na exordial acusatória. Subsidiariamente, o recurso visa a reforma da sentença para que seja desclassificada a conduta do crime de tráfico de drogas para uso de drogas capitulado no art. 28 da Lei de Drogas. Neste particular, não merece guarida a argumentação exposta pela Defesa. Analisando os fatos, constata-se que o apelante foi preso em flagrante em poder de 70 (setenta) petecas de cocaína, com massa total de 51,68 g (cinquenta e um gramas e sessenta e oito centigramas), e 06 (seis) porções de maconha, pesando o total de 32,50 g (trinta e dois gramas e cinquenta centigramas), quantidade excessiva para o consumo por um único usuário, ademais, estava com embalagens plásticas características para a comercialização dos entorpecentes, demonstrando a intenção de praticar o delito de tráfico de drogas. Deste modo, em que pese a alegação da defesa, a forma como as drogas estavam acondicionadas e a localidade onde foi preso em flagrante revelam o contrário, indicando o destino mercantil das substâncias. Neste diapasão, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS.

DECLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do acusado pelo crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Por essas razões, mostra-se inviável a desclassificação da conduta imputada ao réu, sobretudo em se considerando que, no processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir o mérito da pretensão punitiva, para condenar ou absolver, desde que o faça fundamentadamente, tal como ocorreu no caso. 2. Nos termos do art. 28, § 2º, da Lei n. 11.343/2006, não é apenas a quantidade de drogas que constitui fator determinante para a conclusão de que a substância se destinava a consumo pessoal, mas também o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente. 3. Para entender-se pela desclassificação da conduta imputada ao agravante para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência, conforme cediço, incabível em recurso especial, a teor do que enunciado na Súmula n. 7 do STJ. 4. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no AREsp 1697283/SE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020). Ademais, a condição de usuário, por si só, não afasta a ocorrência do tráfico de drogas, tendo em vista que, não raras vezes, as práticas se acumulam, inclusive como forma de sustentar o próprio vício. Logo, consoante asseverado anteriormente, a prática do tráfico não exige a comprovação da mercância da droga, pois se trata de crime de mera conduta que não exige eventual resultado como pressuposto para a sua consumação. Nesta esteira de pensamento, com fulcro no acervo probatório colacionado, não é possível reconhecer a desclassificação do crime de tráfico de drogas para uso. Na dosimetria da pena, o magistrado de 1ª instância ao analisar as circunstâncias do art. 59 do Código Penal inferiu que: [...] 1ª fase: é certo que o legislador ordinário conferiu especial atenção à condenação oriunda da Lei nº 11.343/2006. Nesse passo, considerou no art. 42, da norma de regência que “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59, do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. Atento, ainda, ao princípio da ampla defesa e ao dever de fundamentação das decisões judiciais, indico que cada circunstância judicial negativamente valorada será acrescida do quantum de 1/6 (um sexto) da pena-base. Com relação à natureza, observo que uma das substâncias apreendidas com o agente foi o estupefaciente cocaína, que possui alto poder de adicção e, por essa razão, deve ser valorado negativamente. No que se refere à quantidade, constato que não assume relevo o volume encontrado em poder do agente, totalizando 51,68g (cinquenta e um gramas e sessenta e oito centigramas) de cocaína, acondicionada em 70 (setenta) embalagens. Nada há a valorar em relação à personalidade e à conduta social do agente. No tocante à culpabilidade, verifico tratar-se de reprovabilidade normal à espécie. Por sua vez, os antecedentes do acusado não devem ser analisados. Quanto aos motivos e às circunstâncias, também deixo de valorá-los uma vez que não desbordam os limites do próprio tipo penal. Neste caso, não há que se cogitar de comportamento da vítima em vista da natureza do crime perpetrado pelo agente. Em suma, vai a pena-base acrescida de apenas uma circunstância judicial negativamente valorada. Assim, fixo a pena-base em 06 (seis) anos

e 08 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa, à razão unitária mínima constante do art. 43, caput, da Lei nº 11.343/06. Do exposto, fixou a pena base para o delito de tráfico de drogas em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa. A Defesa, em seu arrazoado, pugna pela redução da reprimenda para o mínimo legal. Entretanto, o pleito não deve ser acolhido. Observa-se que a quantidade de drogas apreendidas, 70 (setenta) petecas de cocaína, com massa total de 51,68 g (cinquenta e um gramas e sessenta e oito centigramas), e 06 (seis) porções de maconha, pesando o total de 32,50 g (trinta e dois gramas e cinquenta centigramas), e as circunstâncias em que se deram os fatos, autorizam a exasperação da pena base para fins de cumprir a finalidade de retribuição e prevenção do crime. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que a natureza e a variedade das drogas justificam o aumento da pena base, se a quantidade não for desprezível, senão vejamos: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. REVISÃO. PENA-BASE. AUMENTO. NATUREZA DA DROGA. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO PROVIDO. PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL. 1. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que, no tocante ao delito de tráfico de drogas, 'a natureza e a variedade da droga apreendida, desde que associadas a uma quantidade não desprezível, constituem fundamento idôneo a justificar tanto o aumento da pena-base, a imposição do regime mais severo, quanto o indeferimento da substituição das penas (AgRg no REsp 1.855.025/T0, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2020, DJe 25/05/2020)' (AgRg no HC 634.869/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/05/2021, DJe 25/05/2021). 2. Hipótese em que, nada obstante a natureza da droga (cocaína), a quantidade apreendida não se mostra relevante (aproximadamente 100 gramas), aspecto que, associado à ausência de circunstâncias adicionais desfavoráveis, não tem aptidão para supedanear a exasperação da pena-base, tampouco o recrudescimento do regime prisional. 3. Agravo regimental provido para, conhecendo do agravo, dar provimento ao recurso especial, a fim de, reduzida a pena-base ao mínimo legal, fixar a pena definitiva em 4 anos e 2 meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 336 dias-multa. (STJ. AgRg no AREsp 1756351/SE, Rel. Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 03/08/2021, DJe 09/08/2021). Assim, revela-se acertado o posicionamento do MM. Juiz primevo, ao considerar uma circunstância judicial em desfavor do apelante, considerando cumulativamente o art. 42 da Lei de Drogas, o que autoriza a elevação da pena-base acima do mínimo legal, em razão da quantidade e da diversidade de drogas apreendidas. Na segunda fase, não foram reconhecidas agravantes e atenuantes, mantendo-se a pena provisória em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão. Na derradeira etapa da dosimetria da reprimenda, não foram reconhecidas causas de aumento e de diminuição de pena, tornando a sanção definitiva em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão. Neste ponto, a Defesa pugna pelo reconhecimento da causa de diminuição do tráfico privilegiado, sustentando que o recorrente é primário, de bons antecedentes e não se dedica a atividade criminosa. Como se sabe, o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 permite que as penas do crime de tráfico de drogas sejam reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa. A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem se orientado no sentido de que "Na ausência de indicação pelo legislador das

balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes". (STJ. AgRg no HC 549.345/MS, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 16/03/2020). Assim, se tratando de sentenciado primário, de bons antecedentes e sem que haja provas de que se dedique a atividade criminosa, fazendo jus à causa de diminuição em análise. Destarte, acolho o pleito defensivo, para reformar a sentença condenatória e aplicar a causa de diminuição do tráfico privilegiado. Considerando que a quantidade de droga apreendida já foi utilizada para majorar a pena base, nos termos do art. 42, da Lei n. 11.343/2006, não sendo possível a utilização deste quantum na terceira fase sob pena do intolerável bis in idem, aplico a minorante em seu grau máximo, a saber, 2/3 (dois terços) modificando a pena definitiva para 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 222 (duzentos e vinte e dois) dias-multa, para o crime do art. 33, da Lei n. 11.343/2006. Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, com a modificação da reprimenda e em observância ao art. 33, § 2º, c, do Código Penal, altero para o regime aberto, posto que a pena aplicada é inferior a quatro anos. No caso em comento, verifica-se que estão preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, sendo suficiente para a reeducação a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos termos a serem fixados pelo Juízo da Execução Penal. O magistrado de 1º grau indeferiu o direito do sentenciado recorrer em liberdade, por entender que não ocorreu alteração na situação fática a justificar a sua colocação em liberdade. Com a modificação da pena, todavia, vê-se que a sanção privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito, a serem determinadas pelo juízo da execução penal, mostrando-se a segregação cautelar uma medida incompatível com a reprimenda penal imposta. Neste sentido, Eugênio Pacelli de Oliveira leciona: [...] Com efeito, a prisão cautelar é utilizada, e somente aí se legitima, como instrumento de garantia da eficácia da persecução penal, diante de situações de risco real devidamente previstas em lei. Se a sua aplicação pudesse trazer consequências mais graves que o provimento final buscado na ação penal, ela perderia a sua justificação, passando a desempenhar função exclusivamente punitiva. A proporcionalidade da prisão cautelar é, portanto, a medida de sua legitimação, a sua ratio essendi. (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. Curso de Processo Penal, 5ª ed. 2ª tir. Ver. Atual. Ampl., Del Rey, 2005, p. 404). Na mesma linha de pensamento, é o entendimento jurisprudencial: HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS E PORTE DE ARMA DE FOGO – PACIENTE CONDENADO – DENEGACÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE SUBSTITUI A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – AUSENTES REQUISITOS DO ART. 312 DO CPP – CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO – CONCEDIDO O HABEAS CORPUS. Substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos na sentença condenatória, assegurado é o direito de o paciente recorrer em liberdade. (TJMG. Habeas Corpus Criminal 1.0000.22.204718-5/000, Relator (a): Des.(a) Alberto Deodato Neto, 1ª CÂMARA CRIMINAL, julgamento em 20/09/2022, publicação da súmula em 21/09/2022) De fato, manter a negativa do direito de recorrer em liberdade configuraria constrangimento ilegal, porquanto o recolhimento cautelar afigura-se mais gravoso do que a sanção imposta, tornando-se, portanto, desproporcional a medida constritiva.

Desta forma, frente ao princípio da proporcionalidade, a concessão ao recorrente do direito de recorrer em liberdade, é medida que se impõe. Ante o exposto, exaurida a análise das questões invocadas em sede recursal, o voto é para CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL do recurso interposto pela Defesa, nos termos do voto, para reformar a pena aplicada com o reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, fixando a pena definitiva em 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 222 (duzentos e vinte e dois) dias-multa e, consequentemente, modificando o regime de cumprimento de pena para o aberto e substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução Penal, bem como, concede-se ao apelante o direito de recorrer em liberdade. É o voto. Sala das Sessões, data registrada no sistema. _____Presidente

Justiça Relator _____Procurador de