

Documento:628481

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DA DESA. ANGELA PRUDENTE

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº
0010850-18.2021.8.27.2729/TO

RELATORA: Desembargadora ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE

APELANTE: GUSTAVO RODRIGUES DE SOUZA (RÉU)
ADVOGADO: SEBASTIANA PANTOJA DAL MOLIN (DPE)

APELANTE: MARCOS VINÍCIUS REIS MENDONÇA (RÉU)
ADVOGADO: SEBASTIANA PANTOJA DAL MOLIN (DPE)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

VOTO

EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/06. PRELIMINAR DE NULIDADE. PRESCINDIBILIDADE DE ACOMPANHAMENTO DE ADVOGADO NO INTERROGATÓRIO EXTRAJUDICIAL. FASE INQUISITIVA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. Segundo a remansosa jurisprudência do Tribunal da Cidadania, é prescindível a presença do advogado durante o interrogatório extrajudicial (RHC 94.584/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 1º/10/2019).

2. Não bastasse, devidamente advertidos quanto ao direito de permanecer em silêncio ("Aviso de Miranda"), assistência da família e de advogado, os flagrados responderam que não possuíam procurador, consignando-se que a prisão seria comunicada ao Defensor Público oficiante na respectiva Comarca, não restando evidenciada a nulidade arguida pela defesa.

ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. PROVA IDÔNEA EM HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

3. Demonstradas a materialidade e autoria delitivas do crime de tráfico de drogas, mormente pelas provas documental, pericial e testemunhal indicarem que os apelantes transportavam 26,9g de cocaína (27 porções) e 3,1g de maconha (3 porções) acondicionadas em embalagens plásticas, a manutenção da condenação é medida que se impõe, afastando-se o pleito absolutório.

4. Os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante, não contraditados por nenhum elemento de prova, formando harmonia com os demais dados dos autos, são provas suficientes a ensejar o decreto condenatório.

5. É irrelevante o fato de os recorrentes não terem sido apanhados no momento da mercancia da droga, uma vez que vender, em tema de entorpecente, é apenas uma das condutas típicas e não condição sine qua non do delito de tráfico de drogas, haja vista que para sua configuração basta que a conduta se subsuma em um dos núcleos descritos no art. 33, da Lei nº 11.343/06, pois se trata de crime de ação múltipla.

DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. FRAÇÃO DE 3/5.

POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

6. Segundo a jurisprudência da Corte Superior, é lícita a modulação da fração de redução do tráfico privilegiado com base na quantidade e natureza da droga, desde que não sopesadas no cômputo da pena-base, hipótese que se adéqua ao caso vertente, haja vista que os vetores não incidiram na primeira etapa dosimétrica.

7. Uma vez que o acusado Gustavo transportava e trazia consigo a maior parte das porções de cocaína apreendidas pelos policiais, conforme deixou explícito em seu relato, inexistente flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade na fração eleita na sentença (3/5), notadamente em se considerando o alto poder viciante e deletério da cocaína, o que demanda uma repressão mais enérgica do Estado.

PENA DE MULTA. PLEITO DE ISENÇÃO OU REDUÇÃO. ALEGAÇÃO DE POBREZA. IMPOSSIBILIDADE.

8. A condenação em pena de multa integra o preceito secundário do tipo penal, não havendo possibilidade de ser afastada ou reduzida pelo julgador em razão da alegada hipossuficiência dos réus, já que se trata de sanção de caráter penal e sua isenção violaria o princípio constitucional da legalidade. Precedentes do STJ.

9. Apelações conhecidas e improvidas.

VOTO

Os recursos preenchem os requisitos legais de admissibilidade, sendo adequados e tempestivos, razão pela qual merecem CONHECIMENTO.

Conforme relatado, trata-se de Apelações Criminais interpostas por GUSTAVO RODRIGUES DE SOUZA e MARCOS VINÍCIUS REIS MENDONÇA em face da sentença (evento 133, autos originários) proferida nos autos da ação penal nº 0010850-18.2021.8.27.2729, em trâmite no Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Palmas, na qual foram condenados pela prática do crime descrito no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, o primeiro à pena de 2 anos de reclusão, no regime inicial aberto, e 200 dias-multa, e, o segundo, à pena de 5 anos de reclusão, no regime inicial fechado, e 500 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Segundo se extrai da denúncia, no dia 14/02/2021, por volta de 01h da

manhã, na Quadra 409 Norte, Alameda 28, Plano Diretor Norte, em Palmas, Gustavo Rodrigues de Souza, Marcos Vinícius Reis Mendonça, Rafael Pereira Barbosa e William da Silva Borges foram flagrados, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, transportando/trazendo consigo, para fins de comércio ilegal, 28 (vinte e oito) porções de cocaína, com massa total de 26,9g (vinte e seis gramas e nove decigramas), e 2 (duas) porções de maconha, com massa de 3,1g (três gramas e um decigrama). Nas mesmas condições, William da Silva se identificou falsamente como Waldey da Silva Borges, fazendo com que o escrivão inserisse declaração falsa em seu auto de prisão em flagrante e demais peças investigativas, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Apurou-se que policiais militares realizavam patrulhamento de rotina, quando avistaram um automóvel I/RENAULT SYMBOL EXPR, placa MWG-4421 e uma motocicleta não identificada, com os ocupantes de ambos os veículos conversando entre si em atitude suspeita, sendo que as duas pessoas que estavam na motocicleta empreenderam fuga ao repararem a aproximação da viatura.

O automóvel tinha como motorista Rafael Pereira Barbosa, que se evadiu discretamente para a residência da sua genitora, de frente ao local da ocorrência, permanecendo no veículo os demais denunciados. Após buscas pessoais e veicular, foi localizada uma porção de cocaína (1,6g) na cintura de William e outra porção de cocaína (4,8g) no interior do veículo, exatamente no lado ocupado por ele, que assumiu aos militares a propriedade das substâncias.

Também foram encontrados papelotes “dolados” de cocaína (2,6g) e maconha (3,1g), atrás do banco do motorista, no local ocupado por Gustavo, que confessou a propriedade dessas substâncias. Foram encontradas outras 25 (vinte e cinco) “trouxinhas” de cocaína na parte da frente do veículo (5,6g), embaixo do banco do motorista (6,8g) e próximo ao freio de mão (5,5g). Na sequência, o denunciado Rafael, que havia ingressado na casa, retornou ao local da ocorrência com a sua genitora e afirmou desconhecer a existência de drogas em seu veículo.

Consta ainda que foram apreendidos 4 (quatro) aparelhos celulares, sendo um de cada denunciado, e a quantia total de R\$ 602,00 (seiscentos e dois reais), assim dividida: R\$ 132,00 com Marcos, R\$ 70,00 com Rafael e R\$ 400,00 com William.

Em razão dos fatos, Gustavo, Marcos Vinícius e Rafael foram denunciados como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, e William sujeito às penas do art. 33, caput, da Lei de Drogas e art. 299, do Código Penal (falsidade ideológica), com denúncia recebida em 25/06/2021. Feita a instrução, o d. magistrado a quo julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, absolvendo Rafael Pereira Barbosa e desclassificando as condutas de William da Silva Borges para as previstas no art. 28, da Lei nº 11.343/06 e 307, do Código Penal (falsa identidade).

Nas razões recursais (evento 46, autos em epígrafe) apresentadas conjuntamente pelos apelantes, a defesa suscita preliminar de nulidade de todo o processo, desde a fase inquisitiva, haja vista que mesmo informando à autoridade policial que possuía advogado, o réu Marcos Vinícius foi privado do seu direito à ampla defesa.

No mérito, os recorrentes aduzem que não há provas judicializadas suficientes quanto à prática do crime de tráfico de drogas, tampouco restou evidenciado o elemento subjetivo relacionado à mercancia de

entorpecentes, além de, no contexto trilhado na denúncia, não terem sido localizados objetos típicos da traficância.

Adiante, a defesa verbera a não incidência do privilégio previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo ao acusado Gustavo, ao fundamento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser valoradas somente na primeira etapa da dosimetria, e não para reduzir a fração relativa ao privilégio.

Ao final, os apelantes pugnam pela exclusão da pena de multa diante da alegada hipossuficiência financeira para arcarem com as despesas processuais.

Em sede de contrarrazões (evento 50, autos em epígrafe), o apelado propugnou pelo conhecimento e improvimento dos recursos, a fim de que a sentença seja mantida por seus próprios fundamentos. No mesmo sentido opinou a d. Procuradoria-Geral de Justiça no parecer exarado no evento 53, dos autos epigrafados.

Tecidas tais considerações, passo a perscrutar as teses aventadas pelos recorrentes, atenta, todavia, à sua ordem de prejudicialidade.

Prefacialmente, a defesa de ambos os apelantes requer que seja declarada a nulidade do processo por violação ao princípio do devido processo legal, uma vez que não foi oportunizada a assistência jurídica na fase de inquérito policial, mesmo os apelantes tendo informado à autoridade policial que possuíam procurador legalmente constituído. Todavia, a razão não lhes socorre.

Isso porque, consoante a remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a presença de advogado durante o interrogatório extrajudicial é prescindível, porquanto se trata de procedimento administrativo de natureza investigativa e inquisitiva, onde não vigoram os princípios do contraditório e da ampla defesa.

A propósito:

RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO. INQUÉRITO POLICIAL. ACAREAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE DA PARTICIPAÇÃO DE ADVOGADO. COAÇÃO NÃO COMPROVADA. DIREITO AO SILÊNCIO. NULIDADE RELATIVA. 1. A alegação de nulidade da acareação por não participação do advogado de defesa não prospera, tendo em vista que entre os dias 30/8/2021 e 28/09/2021 não havia sequer advogado habilitado nos autos do inquérito, não podendo, assim, ser intimado para participar da acareação, realizada no dia 23/9/2021. 2. "Este Superior Tribunal possui entendimento no sentido da prescindibilidade da presença do advogado durante o interrogatório extrajudicial" (RHC 94.584/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 1º/10/2019). (...) (STJ. RHC n. 159.269/G0, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1/7/2022.) – grifei

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. INQUÉRITO POLICIAL. INTERROGATÓRIO DO INVESTIGADO. CERCEAMENTO DE DEFESA. AUSÊNCIA DE DEFESA TÉCNICA E DE CIÊNCIA DOS DIREITOS DO INVESTIGADO. INOCORRÊNCIA. INVESTIGADO QUE INICIOU NAS INVESTIGAÇÕES COMO TESTEMUNHA. PREJUÍZO. AUSÊNCIA. CASO CONCRETO. FATOS NOVOS. INDEVIDA INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. NO MAIS, NÃO ENFRENTAMENTO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. I – (...) V – De qualquer forma, assente nesta eg. Corte Superior que "Inexiste nulidade do interrogatório policial por ausência do acompanhamento do paciente por um advogado, sendo que esta Corte acumula julgados no sentido da prescindibilidade da presença de um defensor por ocasião do interrogatório havido na esfera policial, por se tratar o inquérito de procedimento administrativo, de cunho eminentemente

inquisitivo, distinto dos atos processuais praticados em juízo (HC 162.149/MG, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em 24/4/2018, DJe 10/5/2018)" (HC n. 474.322/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 19/2/2019). VI – Por fim, convém registrar que, por revelar nítida inovação recursal, inviável a análise da tese de fato novo trazida pela d. Defesa do agravante (fl. 4141). VII – No mais, a d. Defesa limitou-se a reprisar os argumentos do habeas corpus, o que atrai a Súmula n. 182 desta eg. Corte Superior de Justiça, segundo a qual é inviável o agravo regimental que não impugna especificamente os fundamentos da decisão agravada. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no HC n. 699.911/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 8/2/2022, DJe de 15/2/2022.) – grifei

Ademais, devidamente advertidos quanto ao direito de permanecer em silêncio ("Aviso de Miranda"), assistência da família e de advogado, responderam que não possuíam procurador, ao que foi consignado que a prisão seria comunicada ao Defensor Público oficiante na respectiva Comarca (evento 1 – P_FLAGRANTE1, autos do IP).

Logo, uma vez que a ausência de advogado na fase inquisitiva não enseja nulidade, rejeito a única preliminar arguida, seguindo à análise das razões meritórias aventadas pela defesa.

Como visto, ambos os recorrentes postulam sua absolvição da conduta descrita na denúncia, sob o argumento de que o conjunto probatório angariado nos autos não cuidou em demonstrar atos típicos da traficância de drogas.

Entretanto, avaliando os fatos narrados na denúncia em cotejo com as provas existentes nos autos, não há que se dar guarida ao pleito recursal, pois os elementos de convicção coligidos na fase inquisitorial, aliados àqueles obtidos em Juízo sob o crivo do contraditório, são mais do que suficientes para conduzir à certeza de que as substâncias entorpecentes encontradas com os réus destinavam-se ao tráfico.

In casu, a materialidade do delito é indubitosa, estando ela estampada pelo auto de prisão em flagrante nº 2293/2021, boletim de ocorrência nº 9921/2021, auto de exibição e apreensão, laudo de exame pericial de pesquisa em entorpecentes, laudo de exame pericial de identificação em veículo automotor, laudo de exame pericial descritivo em objeto, bem como depoimentos das testemunhas colhidos na fase inquisitiva e em juízo (eventos 1, 54, 67 e 87, autos nº 0004261-10.2021.8.27.2729).

No que diz respeito à autoria, ao contrário das alegações dos recorrentes, esta também é incontestada diante da prova oral colhida durante a instrução criminal.

Em juízo, o acusado Gustavo Rodrigues de Sousa declarou:

(...) Sou usuário de drogas, sou dependente químico; era jogador de futebol; já viajei para muitos estados e conheci a cocaína e isso acabou com a minha vida; não sou traficante; sou mais uma vítima da desigualdade; entrei para esse mundo porque não tinha oportunidade; fui usando droga e me afundando, festas e festas; eu estava atrás do motorista; a droga que estava na capa do banco fui eu quem colocou, quando vi a viatura vindo tentei me desfazer; ali tinha se não me engano eram 9 papелotes; eu tinha acabado de pegar dos rapazes da moto; nós tínhamos acabado de pegar com eles; como o Everton disse, os rapazes pegaram algo e foi a quantia em dinheiro dei para eles; dei 350 reais para eles; nós iríamos nos encontrar com umas meninas e curtir na praia; eu estava com dinheiro e comprei; uso cocaína desde 2018; trabalho como autônomo vendendo roupas, camisas

bermudas; compro as roupas no mercado livre; por mês fazia dois pedidos; fazia pedidos de 400 reais e faturava 800 reais; do carro conhecia o Marcos e o Wiliam; não conhecia Rafael; o resto da droga debaixo do banco do motorista e no bolsão também era minha e a de cima do banco de trás também era minha; somente a cocaína que estava na marcha não era minha; essa não sei dizer de quem era; eu tinha usado um pouco; a que estava em cima do banco traseiro tinha de 3 pra 4 gramas; a que estava debaixo do banco eram 5 gramas; comprei ao todo falei quero uma quantia pra passar a noite; o rapaz nem me falou a quantidade não; só falou que aquilo lá era 350 reais; não conhecia esse rapaz da moto; não falei para o delegado que parte da droga era de Marcos Vinicius; o delegado me perguntou se a droga era para consumo e eu falei que sim; não falei para o delegado que iria vender; também não falei que todos nós iríamos vender; falei por mim; falei que peguei as drogas para nós usar com umas meninas na praia; só eram as minhas as que estavam embaixo do banco do motorista; o Marcos Vinicius estava no banco da frente; havia droga no mesmo banco que ele estava sentado à esquerda dele; não conheço Marcos Vinicius pelo apelido de Marcola; chamo ele de Marquinho; jogo bola com ele desde 2015; ninguém faz parte de organização criminosa não; eu estava com Marcos lá na minha casa no norte 2; era carnaval e marcamos de sair; ele disse que conhecia Rafael e falou que sairíamos com ele e chamamos o Wiliam e combinamos de ir para a praia; éramos 4 e mais 4 meninas e nós consumiríamos isso numa noite; até a nossa prisão não sabia que Wiliam tinha droga; só depois da abordagem que vi que acharam com ele; Wiliam estava no banco de trás ao meu lado; os rapazes da moto não pegaram cerveja não, até porque não conhecíamos eles; comprei droga deles através do facebook; minha família tem um quiosque; já trabalhei como jovem aprendiz em 2018; em outubro de 2020 trabalhei no Atacadão Preço Baixo como empacotador; depois que conheci a cocaína só acabou comigo; depois que vim pra este lugar só perdi; não tem lucro nenhum; eu só usava droga; jogava bola e ia pra festas e usava drogas; isso não valeu de nada; sou muito arrependido; nunca me envolvi com facções; estávamos indo numa festa; o Rafael não estava no carro no momento da abordagem da polícia; ele saiu antes da polícia chegar; ele disse que foi buscar o documento do carro; ele pegou o carro escondido da mãe; Rafael não sabia da droga; ele nem é muito disso não; ele estava indo pra festa para curtir; ele não estava ciente da droga; quando nós vimos a viatura vir em nossa direção tentei me desfazer; pus debaixo do banco e soltei no banco; vi o momento que Wiliam foi abordado pela polícia; havia droga na cintura dele; o policial perguntou de quem era a droga e ele disse que era dele mesmo do consumo; somente eu comprei droga do pessoal da moto; Rafael não me viu comprando a droga; ele estacionou o carro e entrou na casa dele; demorou uns 5 minutos e o rapaz da moto chegou e saiu e nesse tempo a viatura chegou. (...) (evento 127, autos de origem) – grifei

Na fase preliminar, entretanto, questionado pela autoridade policial acerca do valor em que vendia as porções, declarou que eram repassadas pelo valor de R\$ 50,00, enquanto outras eram destinadas ao consumo. Afirmou ainda que as drogas seriam vendidas em uma festa e que é a primeira vez que “pegou” a quantidade apreendida (evento 1 – AUDIO_MP35, autos do IP).

Também em juízo, o acusado Marcos Vinicius Reis Mendonça respondeu: (...) Nós não estávamos indo vender não; estávamos indo curtir a festa; conheci Rafael num lance que ele era chapeiro e eu motoboy; já fui processado por uma droga do meu uso; cai num tráfico; fui condenado a 5

anos num 1/6; era pouca quantidade, mas não recorde o tanto; era cocaína e maconha uso droga há 5 anos, uso maconha e cocaína; ganho 1.100; eu estava sentado no banco da frente ao lado do motorista; no banco da frente foi encontrada droga; ao lado; essa droga era minha do meu uso; tinha umas cinco no máximo 6 gramas; comprei essas droga perto do meu apartamento onde moro, num bar; no bar carrão; comprei dum rapaz que estava lá bebendo; paguei 30 reais em cada dola; eu estava com cinco dolas; iria consumir nessa festa que era mais tarde; soube que o celular do Rafael foi apreendido; não sabia que ele deu a senha e autorização para o delegado olhar; a conversa que o delegado disse que houve e foi registrada no celular de Rafael eu não me recorde dela não; eu não negocie droga para entregar no hotel íbis com Rafael; desconheço o teor dessa conversa; não fiz nenhuma combinação para entregar droga no hotel íbis; só sei da droga que era minha a droga que foi achada ao lado do câmbio do carro; essa droga não era do Rafael; ele não tinha conhecimento de que levávamos droga porque senão nem carona ele teria nos dado; vi uma moto chegar ali próximo antes da polícia; o motoqueiro conversou com alguém que estava atrás com o carro; não vi direito porque tava mexendo no meu celular; no carro tinha cerveja; compramos e pusemos numa caixa térmica e uns energéticos; na hora que eles chegaram eu estava mexendo no meu celular; não sou conhecido pelo apelido de Marcola; eles me chamam de neguinho e coquinho; depois que fui preso a primeira vez tentei me esquivar de usar; estou aqui por conta da minha dependência; além de Rafael conheço o Wiliam e o Gustavo; todos tem histórico de envolvimento com uso, menos o Rafael que tinha parado segundo ele de usar; durante a minha prisão eu pedi para ligar para meu advogado; primeiro pegaram meu depoimento e já quase na hora de encaminhar pro IML foi que eu liguei e ele compareceu já quando não deu para fazer mais nada; os outros três nenhum advogado compareceu eles não deixaram ligarmos; quando ele viu a polícia veio de boa conversar com os policiais; ele não sabia que tínhamos droga no carro; eu estava com a minha na cintura, mas quando vi o giroflex eu tirei e pus do lado ao lado do câmbio e freio de mão; vi a abordagem em Wiliam; no momento eu estava de cabeça baixa; a policia entrou na casa de Rafael mas nada encontrou lá. (...) (evento 127, autos de origem) – grifei

Apesar da negativa, restou evidenciado que Marcos Vinícius era conhecido por Marcola, o que ficou cabalmente esclarecido no interrogatório do também denunciado Wiliam, quando afirmou: “(...) portava 1,6 de cocaína para o meu próprio consumo; uso cocaína há 8 anos; já usei crack também; se eu pudesse pedir uma oportunidade, uma clínica de reabilitação; estou preso há 7 meses; nunca precisei de passar por tratamento médico, somente fui para tratar de uns furúnculos; não tive nenhuma crise de abstinência; só vontade de fumar; não uso maconha não; eu estava do lado do Gustavo no banco atrás de Marcola; estava ao lado de Gustavo; no momento eu não estava em mim mesmo porque bebia desde cedo; (...)” (evento 127, autos de origem).

Todavia, a alegação dos recorrentes de que não incorreram no delito de tráfico, apenas fazendo uso de drogas não convence, estando em descompasso com o conjunto probatório inserto aos autos, notadamente os depoimentos dos policiais militares que realizaram a apreensão das substâncias ilícitas, cujas declarações confirmaram aquelas prestadas na fase preliminar, consoante se depreende a seguir:

Everton Cardoso Dias Soares – “Sou policial militar; participei da ocorrência; estávamos em patrulhamento numa viatura de área e ao entrarmos numa das alamedas observamos um carro prata e uma moto do outro lado da

rua; a moto estava parando; chegou perto do carro, pegou algo com um dos integrantes do carro e voltou para a moto e ao observar a viatura, a moto evadiu; vimos que havia uma quantidade de pessoas; nos aproximamos; sobre esse veículo simbol havia denúncias de que estaria traficando na região norte; decidimos fazer a abordagem visto que um deles, ao perceber a nossa chegada, saiu de perto do carro e entrou numa residência; vimos que no veículo havia três pessoas; manobramos e abordamos o veículo; fizemos busca pessoal e com um deles, Valdeir, mas depois soubemos que se chamava Wiliam; deu o nome de um irmão; com ele havia uma porção de cocaína na cintura; após identificada a quantidade fizemos busca veicular e no banco encontramos mais uma porção de onde tinha saído o William; no banco traseiro achamos uma porção no banco do passageiro e Gustavo assumiu ser dele; com isso demos voz de prisão a eles; no carro havia 4 pessoas; quando chegamos o motorista entrou na casa dele; somente depois o motorista voltou; no momento foi encontrada droga com Wiliam; no veículo foram encontradas outras porções de cocaína e de maconha; o que entrou na casa foi o Rafael; no lado da frente o passageiro era o Wiliam; atrás estavam Marcos Vinícius e Gustavo; no banco que Wiliam estava assentado foi encontrada droga; entre os dois bancos do passageiro e do motorista; e no banco do passageiro onde estava sentado o Gustavo; o Gustavo assumiu que a drogado banco traseiro era sua; o Wiliam chegou a assumir que a droga era sua, mas depois Gustavo assumiu parte ser sua; não recordo se foi encontrado dinheiro com algum deles; quem vai saber precisar é um dos meus auxiliares; a cocaína estava dolada, pronta para venda; cada dola dessa é vendida por 50 reais; havia muita dolinha; eles disseram que estavam indo para uma festa; eles mentiram muito pra nós; fui interpelado pelo pessoal da denarc e da rotam dizendo que eles estariam procurando o palestino e não encontraram e soubemos que o Gustavo seria um integrante do PCC e o Marcos seriam os cabeças na região norte da capital; atuando mais fortemente em prédios entregues pela prefeitura na 604 norte, Residencial 1 e 2; Wiliam disse que seria para uso dele; o Gustavo quase não falou; depois que fizemos a prisão entramos em contato com a denarc e eles nos disseram que Gustavo e Marcos são envolvidos com o PCC e que tem investigação no GAECO contra eles; Gustavo é conhecido por palestino; Marcos é conhecido por Marcola; e o batismo do Gustavo é palestino; eu já trabalhei na inteligência e já fizemos um levantamento sobre os integrantes do PCC; o Marcos já tínhamos foto dele; o palestino até então não tínhamos; o Rafael, ao nos avistar entrou em sua casa; havia um golf que estaria ali próximo; a informação deles é que iriam para uma festa clandestina; o Wiliam estava com aparência de ter usado droga; cheguei a ver a localização de parte das drogas; a da cintura eu vi; no porta malas do veículo não recordo se havia algo, acredito que não; no porta malas tinha um engradado com cervejas; não tínhamos condições de ir atrás da moto; eles apenas pegaram algo e saíram, não deixaram; nós resolvemos abordar porque o motorista do carro saiu de modo suspeito; nem Marcos nem Gustavo reagiram abordagem; o Gustavo quando viu que estávamos de fuzil achou que tinha perdido e não adiantava reagir; o Marcos já tinha abordado; e o Gustavo só conhecia pelo vulgo dele: palestino; no Marcos eu já cheguei a fazer uma diligência em que marcos estava quando eu era da rotam, era diligencia de tráfico; eu estava com minha equipe e mais outra viatura que veio dar apoio; nessa alameda tem outro rapaz que já foi preso, em frente à casa de Rafael; segundo Gustavo ele deu uma cerveja para o rapaz da moto; nós de fato não identificamos o que foi dado; o dono do veículo entrou numa residência foi ai que resolvemos abordar o veículo;

nós entramos na residência do dono do veículo; a mãe dele nos autorizou a entrar e fizemos uma busca superficial; o veículo era do Rafael; o Rafael chegou a afirmar ser usuário de droga; o Rafael não assumiu em nenhum momento que a droga fosse sua; Wiliam disse que não conhecia o resto dos rapazes e que a droga a informação de que Gustavo era o palestino veio do gaeco, do pessoal da rotam e da denarc; eles me ligaram dizendo que estavam através do Gustavo; todos apontaram para o Gustavo como sendo o palestino; realmente é bem novo; hoje os integrantes das facções começam bem cedo; eles apontaram após ver as fotos deles; ao lado de Gustavo no banco do passageiro o onde ele estava tinha mais droga e que era a maior parte ele assumiu sendo dele; ao lado de Gustavo, ou aonde ele estava sentado havia uma porção significativa de droga, e ele reconheceu sendo dele; com relação a parte frente havia droga; estava entre passageiro e condutor; mais pro lado do passageiro que seria do Wiliam; ao lado de Marcos não havia droga; Wiliam disse que a droga era para seu uso; Gustavo assumiu que era dele, mas não deu muita informação; Marcos ficou o tempo todo calado e o dono do carro, o Rafael, afirmou que estaria indo pra festa e que conhecia um deles; e que eles combinaram e que essa festa foi inclusive desarticulada por conta da pandemia e das regras proibitivas.” Ezequiel Cândido de Oliveira – “Participei dessa ocorrência; a gente fazia patrulhamento na quadra e deparamos uma moto branca próxima ao veículo dos denunciados e quando nos aproximamos a moto se evadiu e o veículo ficou, abordamos e achamos porções de cocaína e maconha e quantidade de dinheiro; a abordagem veio pela suspeição de poder estar ocorrendo tráfico e do modo como se comportaram ao verem a viatura; lembro que na abordagem foi localizada uma porção de cocaína de um deles acho que de Valdeir, e que depois foi identificado como Wiliam; ele deu nome falso; no veículo onde Wiliam estava sentado tinha mais porções; depois atrás do motorista, dentro da capa mais porções de cocaína; no console do carro foi achado mais cocaína e um pouco de maconha com Wiliam; ele falou que a droga do banco era dele e o restante não recorde se alguém disse que lhe pertencia; na delegacia indagamos a posição de cada um no veículo; o condutor do veículo tinha se evadido no momento da abordagem e ele entrou numa residência; nós ficamos abordando quem ficou no veículo; o passageiro que estava no banco de trás não tenho certeza; no meu depoimento da delegacia eu pontuei de forma certa quem estava aonde; agora é que não recorde; foi encontrada droga em cima do banco do passageiro; dentro da capa do banco do motorista; outra dentro de uma pela plástica próxima do motorista; perto do freio de mão do veículo também; Wiliam assumiu a propriedade da que foi achada na cintura dele e a do banco em que ele estava; não entrevistei os rapazes; não sei dizer o que Gustavo falou; havia frações maiores e tinha frações menores; posteriormente tivemos informação depois que relatamos as prisões de que dois deles eram participantes fortes de facção criminosa, não sei identificar qual deles seriam; e que seriam líderes na região norte; as porções menores são comercializadas por 50 reais e as maiores poderia ter o valor de 200 ou 300 reais; sei que os três que estavam no veículo tinham dinheiro; o pessoal da moto evadiu; não fiz entrevista com os denunciados; não sei dizer o que Wiliam declarou acerca da droga.” (evento 127, autos de origem)

Reforçando a prova da autoria delitiva em relação ao réu Marcos Vinícius está o diálogo extraído do aparelho celular do denunciado Rafael Pereira Barbosa, o que se deu mediante autorização do próprio acusado (evento 1 – P_FLAGRANTE1, fl. 39, autos do IP), onde consta conversa com Marcos (vulgo “Marcola”), em que este último afirma que pegou um “peixe” e que uma

pessoa próxima ao Hotel Ibis estaria interessada em uma “cabeça”, termos normalmente utilizados para designar cocaína (Relatório de Análise de Celular – Evento 1 – P_FLAGRANTE1, fls. 43/44).

Nota-se que as circunstâncias de apreensão da droga traçadas pelos depoimentos dos policiais elucidam a prática criminosa, servindo como importante elemento de convicção na condenação dos acusados.

Convém destacar que, além das testemunhas policiais não terem sido contraditadas, a orientação pretoriana é no sentido de que constituem prova idônea seus respectivos depoimentos, como de qualquer outra testemunha que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestados sob o crivo do contraditório, aliado ao fato de estar em consonância com o conjunto probatório dos autos, como na espécie.

A propósito, tal entendimento tem o beneplácito do magistério jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal, para quem “inexiste qualquer restrição a que servidores policiais sejam ouvidos como testemunhas. O valor de tais depoimentos testemunhais – especialmente quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-los pelo só fato de emanarem de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal, consoante adverte a jurisprudência dos Tribunais. Na realidade, o depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos” (HC 73518, Relator (a): Min. CELSO DE MELLO). No mesmo sentido:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO E RECEPÇÃO. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA.

NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE PROVA. VALOR PROBANTE DO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA NÃO EVIDENCIADO. ART. 156 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. (...) 4. Nos moldes da

jurisprudência desta Corte, os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. Nessa linha: AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, DJe de 5/8/2019; REsp n. 1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe de 17/5/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, DJe de 17/3/2016. 5. A conclusão da instância ordinária está em sintonia com a jurisprudência consolidada desta Corte, segundo a qual, no crime de receptação, se o bem houver sido apreendido em poder do paciente, caberia à defesa apresentar prova da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, nos termos do disposto no art. 156 do Código de Processo Penal, sem que se possa falar em inversão do ônus da prova. 6. Writ não conhecido. (STJ. HC 626.539/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 09/02/2021, DJe 12/02/2021) – grifei

Como se sabe, vigora no Processo Penal o princípio do livre convencimento motivado/persuasão racional, sendo lícito ao julgador apreciar livremente a prova judicializada, nos termos do artigo 155, do Código de Processo Penal, em busca da verdade real, proferindo sua decisão, contudo, de forma fundamentada, com o que não há qualquer impedimento de consideração no decreto condenatório.

Nesse contexto, é mister destacar que o contato pessoal do Juiz primevo com as partes e testemunhas adquire importância ainda maior, uma vez que é

durante a audiência que o Magistrado tem a oportunidade de perceber as nuances das suas declarações, capazes de indicarem se estão faltando ou não com a verdade.

Ademais, a defesa não se desincumbiu de infirmar os testemunhos dos policiais militares ou de corroborar a negativa de autoria aduzida pelos acusados, pois a prática do tráfico de entorpecentes encontra respaldo não somente na prova oral, como também nas circunstâncias da apreensão da droga – ressaíndo daí a quantidade de 26,9g de cocaína (total de 27 porções) e 3,1g de maconha (3 porções) acondicionadas em embalagens plásticas – restando devidamente evidenciado que os recorrentes traficavam, não sendo demais asseverar que o tipo penal previsto no art. 33, da Lei 11.343/06 é de ação múltipla, em que são admitidas as 18 (dezoito) condutas, dentre as quais, transportar e trazer consigo drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A propósito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO. MODALIDADE TENTADA. NÃO OCORRÊNCIA. BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA. ACUSADO QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O tráfico ilícito de entorpecentes, crime plurinuclear ou de condutas múltiplas, formal, consoma-se com a prática de qualquer um de seus verbos (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). 2. Não se pode falar na tentativa delitiva, uma vez que, conforme consignado pela Corte de origem, o réu estava na posse de entorpecente que havia sido transportado do exterior, preenchendo assim indene de dúvidas os elementos do núcleo verbal "trazer consigo" e "transportar", configurando exaurimento do crime a hipótese do entorpecente chegar ao seu suposto destino (e-STJ fls.358). 3. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. 4. No presente caso, o Tribunal a quo, no ponto, consignou, a partir da análise das provas, que o acusado integra organização criminosa. Ora, para se acolher a tese de que o ora agravante não participa de organização criminosa, possibilitando a incidência do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, imprescindível o reexame das provas, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Inafastável a incidência da Súmula n. 7/STJ. 5. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no AgRg no AREsp 1740701/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 09/12/2020, DJe 14/12/2020) – grifei

Vender, em tema de entorpecente, é apenas uma das condutas típicas e não condição sine qua non do delito de tráfico de ilícito, uma vez que deve ser considerado traficante não apenas quem comercializa entorpecente, mas todo aquele que de algum modo participa da produção, armazenamento e da circulação de drogas.

Oportuna a citação de julgado do STJ sobre a questão:

RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. OMISSÃO NO ACÓRDÃO RECORRIDO. NÃO OCORRÊNCIA. CRIME IMPOSSÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. DELITO UNISSUBSISTENTE.

REVISTA ÍNTIMA. LICITUDE DAS PROVAS OBTIDAS. MOMENTO DO INTERROGATÓRIO. RECURSO PROVIDO. (...) 4. É desnecessária, para a configuração do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, a efetiva tradição ou entrega da substância entorpecente ao seu destinatário final. Basta a prática de uma das dezoito condutas relacionadas a drogas para que haja a consumação do ilícito penal. Precedentes. 5. Em razão da multiplicidade de verbos nucleares previstos no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (crime de ação múltipla ou de conteúdo variado), inequívoca a conclusão de que o delito ocorreu em sua forma consumada, na modalidade "trazer consigo" ou "transportar". Vale dizer, antes mesmo da abordagem da acusada pelos agentes penitenciários, o delito já havia se consumado com o "trazer consigo" ou "transportar" drogas (no caso, 143,7 g de maconha), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Inviável, por conseguinte, a aplicação do instituto do crime impossível. (...) 12. Recurso especial provido, nos termos do voto do relator. (STJ – REsp 1523735/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018) – grifei

Além disso, mesmo que seja demonstrada a condições de toxicômano dos recorrentes, certo é que, para se distinguir o usuário do traficante, não basta um fato isolado, mas sim, o conjunto de informações obtidas. Há de se levar em conta todos os fatores em que incidiram a prática criminosa, até porque, a mera alegação de que os acusados são usuários de substância entorpecente é circunstância perfeitamente compatível com o crime de tráfico previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/06. Antes, deve ser inequivocamente demonstrado que a droga tinha como destino o uso exclusivo dos réus, o que não restou incontestado no caso sub judice.

E como já exaustivamente declinado, as circunstâncias da apreensão dos entorpecentes e as provas orais e documentais comprovam a prática do delito de tráfico de drogas, não havendo o mínimo espaço para incidência do princípio in dubio pro reo.

Logo, de rigor a manutenção da condenação dos apelantes.

1. Dosimetria

Como é sabido, o julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios estabelecidos no art. 59, do Código Penal, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja proporcionalmente necessária e suficiente para reprovação do crime.

Sabe-se também que o juiz, quando da fixação das penas, tem algum espaço discricionário para valorar as circunstâncias judiciais, objetivando a necessária prevenção e repressão do crime, sempre respeitando os limites previstos no tipo legal. A discricionariedade em questão deve vir acompanhada, para ser validada, de fundamentação idônea, sob pena de transmutar-se em arbitrariedade inaceitável.

O crime de tráfico de drogas prevê pena de 5 a 15 anos de reclusão e pagamento de 500 a 1500 dias-multa.

a) GUSTAVO RODRIGUES DE SOUZA

Observa-se que, na primeira fase do cálculo da reprimenda, o Magistrado de primeiro grau, escorreitamente, considerou que todas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, são favoráveis ao réu, tendo, então, estabelecido a pena-base em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa.

Na segunda fase, reconheceu-se a ocorrência da circunstância atenuante confissão espontânea, havida na fase extrajudicial. Todavia, a redução não foi dosada em atendimento ao teor da Súmula 231, do Superior Tribunal de

Justiça, tendo em vista que a pena-base foi estipulada no mínimo legal, de modo que a reprimenda inicial foi mantida na etapa intermediária.

Na terceira fase, não concorrem causas especiais de aumento da pena, ao passo em que reconhecido o privilégio previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 à razão de 3/5, diante da natureza e quantidade da droga apreendida, cuja fração é questionada pela defesa, para quem deve incidir o patamar máximo previsto no dispositivo, isto é, 2/3. Todavia, sem razão.

Conforme expressa dicção do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a fração redutora ali prevista não se encontra firmada em critérios vinculantes objetivos, mas em intervalo a ser observado pelo julgador, de acordo com as peculiaridades do feito e desde que presentes os requisitos para tanto necessários:

“Art. 33, § 4 – Nos delitos definidos no caput e no § 1 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.” (grifei)

Outrossim, cumpre frisar que a quantidade e natureza de droga devem ser levadas em consideração no momento de fixação das penas, uma vez que preponderam, inclusive, sobre o previsto no art. 59, do Código Penal, em consonância com o disposto no art. 42, da Lei nº 11.343/06. Segundo a jurisprudência da Corte Superior, é lícita a modulação da fração de redução do tráfico privilegiado com base neste parâmetro, desde que não sopesado no cômputo da pena-base, hipótese que se adéqua ao caso vertente, haja vista que os vetores não incidiram na primeira etapa dosimétrica.

Veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. RECONSIDERAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO REDUTOR DO TRÁFICO. NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 1. (...) 4. Isoladamente consideradas, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, por si sós, não são suficientes para afastar o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado. 5. Não sendo a quantidade de drogas utilizada como fundamento na primeira fase da dosimetria, pois fixada a pena-base no mínimo legal, é lícita a modulação da fração de redução pelo tráfico privilegiado, observada a quantidade de drogas apreendidas. 6. A despeito da fundamentação concreta para a modulação da redutora legal em patamar distinto do máximo, calcada na quantidade de drogas apreendidas, o quantum (1,990 kg de cocaína), aconselha-se a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em 1/2, índice mais proporcional ao caso concreto. 7. Agravo regimental provido para conhecer do recurso especial e dar-lhe provimento. Pena definitiva do recorrente (re) fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime aberto, e 250 dias-multa, com substituição, nos termos da sentença. (STJ. AgRg no AREsp n. 2.128.183/MG, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 11/10/2022, DJe de 17/10/2022.) – grifei

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS. CONCLUSÃO QUANTO À DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA OU PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 4. A tese firmada no Resp n. 1.887.511/SP foi flexibilizada para admitir a modulação da fração

de redução do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na terceira fase da dosimetria, com base na quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido consideradas na fixação da pena-base (HC n. 725.534/SP, Terceira Seção do STJ). 5. (...). (STJ. AgRg no HC n. 621.087/MS, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022.) – grifei

In casu, uma vez que o acusado transportava e trazia consigo a maior parte das porções de cocaína apreendidas pelos policiais, conforme deixou explícito em seu relato, inexiste, a meu ver, flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade na fração escolhida, notadamente em se considerando o alto poder viciante e deletério da cocaína, o que demanda uma repressão mais enérgica do Estado.

Ademais, a fração eleita na sentença (3/5) muito se aproxima do patamar requestado pela defesa (2/3), não havendo desproporcionalidade a ser sanada em face da averiguação das circunstâncias que subsidiaram um juízo de maior valor.

Vertendo esse mesmo posicionamento:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. FRAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM PROPORCIONAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO. I – A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a. II – Para a fixação do percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o magistrado deve levar em consideração as circunstâncias do caso, especialmente a natureza e a quantidade da droga apreendida, bem como as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. III – Na espécie, houve fundamentação concreta e idônea para a fração do tráfico privilegiado, lastreada na natureza lesiva dos entorpecentes apreendidos, de maior poder deletério, quais sejam, cocaína e crack, elementos concretos a justificar a fração da redução do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06. Qualquer incursão que escape a moldura fática ora apresentada, demandaria inegável revolvimento fático-probatório, não condizente com os estreitos lindes do respectivo átrio processual, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no HC: 623151 PR 2020/0290097-7, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 23/02/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/03/2021) – grifei

Destarte, mantém-se a redutora em 3/5, restando a pena definitiva em 2 anos de reclusão, e 200 dias-multa no valor unitário mínimo.

Na sequência, observando que a pena corpórea não ultrapassou os quatro anos, mantenho o regime inicial aberto de cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal, sendo cabível, na espécie, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porque atendidos os requisitos do art. 44, do Código Penal. Neste momento, o d. sentenciante fixou as seguintes medidas restritivas de direitos: prestação de serviços gratuitos à comunidade e comparecimento mensal à CEPEMA para informar e justificar suas atividades.

b) MARCOS VINÍCIUS REIS MENDONÇA

Do mesmo modo que Gustavo, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, são favoráveis ao réu Marcos Vinícius, cuja pena-base

foi fixada no mínimo legal (5 anos de reclusão e 500 dias-multa).

Na segunda fase, concorre a circunstância atenuante menoridade relativa, a qual foi compensada com a circunstância agravante da reincidência, atestada pela certidão jungida ao evento 112, dos autos da ação penal. Logo, pena-base mantida na fase intermediária.

Na terceira etapa, em razão da reincidência do réu, não foi reconhecida em seu favor a benesse do tráfico privilegiado, de modo que, face a inoccorrência de outras causas especiais de redução e/ou aumento da reprimenda, restou definitivamente estabelecida em 5 anos de reclusão e 500 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Considerando que a pena privativa de liberdade é superior a 4 (quatro) anos e que o réu é reincidente, mantenho o regime fechado de cumprimento da pena, nos termos do art. 33, § 2º, a, do Código Penal, sendo incabível, na espécie, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, por não atender aos requisitos do art. 44, do Código Penal. Por fim, a situação econômica dos acusados não é causa de exclusão da pena de multa, não se encontrando no sistema jurídico-penal brasileiro nenhuma previsão desta natureza; ao contrário, o artigo 60, do Código Penal, prescreve que o magistrado, no momento da aplicação da pena de multa, deve atender, principalmente, à situação econômica do réu e não isentá-lo da sanção cabível.

Com efeito, ainda que se reconheça a condição de pobreza dos apelantes, impende destacar que não é possível a isenção da pena de multa, haja vista que esta é de aplicação obrigatória, tratando-se de sanção que integra o preceito secundário do tipo penal.

Não compete ao julgador, sob qualquer pretexto não previsto na própria legislação, isentar alguém de pena estabelecida pelo legislador ordinário, já que, assim, estaria criando nova norma, ferindo sobremaneira o princípio constitucional da legalidade.

Ilustrativamente:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENA DE MULTA. ISENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não se admite a isenção da pena de multa prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora, por falta de previsão legal. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1708352/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 04/12/2020) Na espécie, o que se verifica é que a pena pecuniária foi aplicada de forma proporcional à pena privativa de liberdade não havendo reparos a serem efetivados. Inclusive, o juízo sentenciante arbitrou os respectivos dias-multa no menor valor unitário possível, ou seja, um trigésimo do salário-mínimo.

Logo, impossível afastar ou reduzir a pena de multa nos moldes requeridos pelos apelantes.

Ante o exposto, acolhendo o parecer do Órgão de Cúpula Ministerial, voto no sentido de conhecer e NEGAR PROVIMENTO aos recursos, para manter incólume a sentença que condenou GUSTAVO RODRIGUES DE SOUZA e MARCOS VINÍCIUS REIS MENDONÇA pela prática do crime descrito no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, o primeiro à pena de 2 anos de reclusão, no regime inicial aberto, e 200 dias-multa, e, o segundo, à pena de 5 anos de reclusão, no regime inicial fechado, e 500 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Documento eletrônico assinado por ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE, Relatora, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de

2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 628481v6 e do código CRC c502ddfc. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE Data e Hora: 1/11/2022, às 15:52:45

0010850-18.2021.8.27.2729

628481 .V6

Documento:628482

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DA DESA. ANGELA PRUDENTE

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº
0010850-18.2021.8.27.2729/TO

RELATORA: Desembargadora ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE

APELANTE: GUSTAVO RODRIGUES DE SOUZA (RÉU)
ADVOGADO: SEBASTIANA PANTOJA DAL MOLIN (DPE)

APELANTE: MARCOS VINÍCIUS REIS MENDONÇA (RÉU)
ADVOGADO: SEBASTIANA PANTOJA DAL MOLIN (DPE)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/06. PRELIMINAR DE NULIDADE. PRESCINDIBILIDADE DE ACOMPANHAMENTO DE

ADVOGADO NO INTERROGATÓRIO EXTRAJUDICIAL. FASE INQUISITIVA. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. Segundo a remansosa jurisprudência do Tribunal da Cidadania, é prescindível a presença do advogado durante o interrogatório extrajudicial (RHC 94.584/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 1º/10/2019).

2. Não bastasse, devidamente advertidos quanto ao direito de permanecer em silêncio ("Aviso de Miranda"), assistência da família e de advogado, os flagrados responderam que não possuíam procurador, consignando-se que a prisão seria comunicada ao Defensor Público oficiante na respectiva Comarca, não restando evidenciada a nulidade arguida pela defesa.

ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. PROVA IDÔNEA EM HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO. CONDENAÇÃO MANTIDA.

3. Demonstradas a materialidade e autoria delitivas do crime de tráfico de drogas, mormente pelas provas documental, pericial e testemunhal indicarem que os apelantes transportavam 26,9g de cocaína (27 porções) e 3,1g de maconha (3 porções) acondicionadas em embalagens plásticas, a manutenção da condenação é medida que se impõe, afastando-se o pleito absolutório.

4. Os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante, não contraditados por nenhum elemento de prova, formando harmonia com os demais dados dos autos, são provas suficientes a ensejar o decreto condenatório.

5. É irrelevante o fato de os recorrentes não terem sido apanhados no momento da mercancia da droga, uma vez que vender, em tema de entorpecente, é apenas uma das condutas típicas e não condição sine qua non do delito de tráfico de drogas, haja vista que para sua configuração basta que a conduta se subsuma em um dos núcleos descritos no art. 33, da Lei nº 11.343/06, pois se trata de crime de ação múltipla.

DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. FRAÇÃO DE 3/5.

POSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

6. Segundo a jurisprudência da Corte Superior, é lícita a modulação da fração de redução do tráfico privilegiado com base na quantidade e natureza da droga, desde que não sopesadas no cômputo da pena-base, hipótese que se adéqua ao caso vertente, haja vista que os vetores não incidiram na primeira etapa dosimétrica.

7. Uma vez que o acusado Gustavo transportava e trazia consigo a maior parte das porções de cocaína apreendidas pelos policiais, conforme deixou explícito em seu relato, inexistente flagrante ilegalidade ou desproporcionalidade na fração eleita na sentença (3/5), notadamente em se considerando o alto poder viciante e deletério da cocaína, o que demanda uma repressão mais enérgica do Estado.

PENA DE MULTA. PLEITO DE ISENÇÃO OU REDUÇÃO. ALEGAÇÃO DE POBREZA. IMPOSSIBILIDADE.

8. A condenação em pena de multa integra o preceito secundário do tipo penal, não havendo possibilidade de ser afastada ou reduzida pelo julgador em razão da alegada hipossuficiência dos réus, já que se trata de sanção de caráter penal e sua isenção violaria o princípio constitucional da legalidade. Precedentes do STJ.

9. Apelações conhecidas e improvidas.

ACÓRDÃO

A Egrégia 2ª Turma da 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins decidiu, por unanimidade, acolhendo o parecer do Órgão de

Cúpula Ministerial, NEGAR PROVIMENTO aos recursos, para manter incólume a sentença que condenou GUSTAVO RODRIGUES DE SOUZA e MARCOS VINÍCIUS REIS MENDONÇA pela prática do crime descrito no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, o primeiro à pena de 2 anos de reclusão, no regime inicial aberto, e 200 dias-multa, e, o segundo, à pena de 5 anos de reclusão, no regime inicial fechado, e 500 dias-multa, no valor unitário mínimo, nos termos do voto da Relatora.

Votaram acompanhando a Relatora o Desembargador Eurípedes Lamounier, e o Juiz Jocy Gomes de Almeida.

Representante da Procuradoria de Justiça: Dr. Marcos Luciano Bignoti.
Palmas, 25 de outubro de 2022.

Documento eletrônico assinado por ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE, Relatora, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 628482v7 e do código CRC 420af06c. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE Data e Hora: 7/11/2022, às 15:57:42

0010850-18.2021.8.27.2729

628482 .V7

Documento:628480

Poder Judiciário

JUSTIÇA ESTADUAL

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

GAB. DA DESA. ANGELA PRUDENTE

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº
0010850-18.2021.8.27.2729/TO

RELATORA: Desembargadora ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE

APELANTE: GUSTAVO RODRIGUES DE SOUZA (RÉU)

ADVOGADO: SEBASTIANA PANTOJA DAL MOLIN (DPE)

APELANTE: MARCOS VINÍCIUS REIS MENDONÇA (RÉU)

ADVOGADO: SEBASTIANA PANTOJA DAL MOLIN (DPE)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações Criminais interpostas por GUSTAVO RODRIGUES DE SOUZA e MARCOS VINÍCIUS REIS MENDONÇA em face da sentença (evento 133, autos originários) proferida nos autos da ação penal nº 0010850-18.2021.8.27.2729, em trâmite no Juízo da 4ª Vara Criminal da Comarca de Palmas, na qual foram condenados pela prática do crime descrito no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, o primeiro à pena de 2 anos de reclusão, no regime inicial aberto, e 200 dias-multa, e, o segundo, à pena de 5 anos de reclusão, no regime inicial fechado, e 500 dias-multa, no valor unitário mínimo.

Segundo se extrai da denúncia, no dia 14/02/2021, por volta de 01h da manhã, na Quadra 409 Norte, Alameda 28, Plano Diretor Norte, em Palmas, Gustavo Rodrigues de Souza, Marcos Vinícius Reis Mendonça, Rafael Pereira Barbosa e William da Silva Borges foram flagrados, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, transportando/trazendo consigo, para fins de comércio ilegal, 28 (vinte e oito) porções de cocaína, com massa total de 26,9g (vinte e seis gramas e nove decigramas), e 2 (duas) porções de maconha, com massa de 3,1g (três gramas e um decigrama). Nas mesmas condições, William da Silva se identificou falsamente como Waldey da Silva Borges, fazendo com que o escrivão inserisse declaração falsa em seu auto de prisão em flagrante e demais peças investigativas, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Apurou-se que policiais militares realizavam patrulhamento de rotina, quando avistaram um automóvel I/RENAULT SYMBOL EXPR, placa MWG-4421 e uma motocicleta não identificada, com os ocupantes de ambos os veículos conversando entre si em atitude suspeita, sendo que as duas pessoas que estavam na motocicleta empreenderam fuga ao repararem a aproximação da viatura.

O automóvel tinha como motorista Rafael Pereira Barbosa, que se evadiu discretamente para a residência da sua genitora, de frente ao local da ocorrência, permanecendo no veículo os demais denunciados. Após buscas pessoais e veicular, foi localizada uma porção de cocaína (1,6g) na cintura de William e outra porção de cocaína (4,8g) no interior do veículo, exatamente no lado ocupado por ele, que assumiu aos militares a propriedade das substâncias.

Também foram encontrados papelotes “dolados” de cocaína (2,6g) e maconha (3,1g), atrás do banco do motorista, no local ocupado por Gustavo, que confessou a propriedade dessas substâncias. Foram encontradas outras 25 (vinte e cinco) “trouxinhas” de cocaína na parte da frente do veículo (5,6g), embaixo do banco do motorista (6,8g) e próximo ao freio de mão (5,5g). Na sequência, o denunciado Rafael, que havia ingressado na casa,

retornou ao local da ocorrência com a sua genitora e afirmou desconhecer a existência de drogas em seu veículo.

Consta ainda que foram apreendidos 4 (quatro) aparelhos celulares, sendo um de cada denunciado, e a quantia total de R\$ 602,00 (seiscentos e dois reais), assim dividida: R\$ 132,00 com Marcos, R\$ 70,00 com Rafael e R\$ 400,00 com William.

Em razão dos fatos, Gustavo, Marcos Vinícius e Rafael foram denunciados como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, e William sujeito às penas do art. 33, caput, da Lei de Drogas e art. 299, do Código Penal (falsidade ideológica), com denúncia recebida em 25/06/2021. Feita a instrução, o d. magistrado a quo julgou parcialmente procedente a pretensão punitiva estatal, absolvendo Rafael Pereira Barbosa e desclassificando as condutas de William da Silva Borges para as previstas no art. 28, da Lei nº 11.343/06 e 307, do Código Penal (falsa identidade).

Nas razões recursais (evento 46, autos em epígrafe) apresentadas conjuntamente pelos apelantes, a defesa suscita preliminar de nulidade de todo o processo, desde a fase inquisitiva, haja vista que mesmo informando à autoridade policial que possuía advogado, o réu Marcos Vinícius foi privado do seu direito à ampla defesa.

No mérito, os recorrentes aduzem que não há provas judicializadas suficientes quanto à prática do crime de tráfico de drogas, tampouco restou evidenciado o elemento subjetivo relacionado à mercancia de entorpecentes, além de, no contexto trilhado na denúncia, não terem sido localizados objetos típicos da traficância.

Adiante, a defesa verbera a não incidência do privilégio previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo ao acusado Gustavo, ao fundamento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser valoradas somente na primeira etapa da dosimetria, e não para reduzir a fração relativa ao privilégio.

Ao final, os apelantes pugnam pela exclusão da pena de multa diante da alegada hipossuficiência financeira para arcarem com as despesas processuais.

Em sede de contrarrazões (evento 50, autos em epígrafe), o apelado propugnou pelo conhecimento e improvemento dos recursos, a fim de que a sentença seja mantida por seus próprios fundamentos. No mesmo sentido opinou a d. Procuradoria-Geral de Justiça no parecer exarado no evento 53, dos autos epigrafados.

É o relatório do essencial.

Ao revisor, nos termos do disposto no art. 38, inciso III, alínea "a", do RITJTO.

Documento eletrônico assinado por ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE, Relatora, na forma do artigo 1º, inciso III, da Lei 11.419, de 19 de dezembro de 2006 e Instrução Normativa nº 5, de 24 de outubro de 2011. A conferência da autenticidade do documento está disponível no endereço eletrônico <http://www.tjto.jus.br>, mediante o preenchimento do código verificador 628480v2 e do código CRC 93c17bcb. Informações adicionais da assinatura: Signatário (a): ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE Data e Hora: 22/9/2022, às 10:46:22

628480 .V2

Extrato de Ata

Poder Judiciário

Tribunal de Justiça do Estado do Tocantins

EXTRATO DE ATA DA SESSÃO ORDINÁRIA DE 25/10/2022

Apelação Criminal (PROCESSO ORIGINÁRIO EM MEIO ELETRÔNICO) Nº
0010850-18.2021.8.27.2729/TO

RELATORA: Desembargadora ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE

REVISOR: Juiz JOCY GOMES DE ALMEIDA

PRESIDENTE: Desembargador ADOLFO AMARO MENDES

PROCURADOR (A): MARCOS LUCIANO BIGNOTI

APELANTE: GUSTAVO RODRIGUES DE SOUZA (RÉU)

ADVOGADO: SEBASTIANA PANTOJA DAL MOLIN (DPE)

APELANTE: MARCOS VINÍCIUS REIS MENDONÇA (RÉU)

ADVOGADO: SEBASTIANA PANTOJA DAL MOLIN (DPE)

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO (AUTOR)

Certifico que a 1ª CÂMARA CRIMINAL, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, proferiu a seguinte decisão:

SOB A PRESIDÊNCIA DO DESEMBARGADOR ADOLFO AMARO MENDES, A 2ª TURMA JULGADORA DECIDIU, POR UNANIMIDADE, ACOLHENDO O PARECER DO ÓRGÃO DE CÚPULA MINISTERIAL, NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS, PARA MANTER INCÓLUME A SENTENÇA QUE CONDENOU GUSTAVO RODRIGUES DE SOUZA E MARCOS VINÍCIUS REIS MENDONÇA PELA PRÁTICA DO CRIME DESCRITO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06, O PRIMEIRO À PENA DE 2 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL ABERTO, E 200 DIAS-MULTA, E, O SEGUNDO, À PENA DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL FECHADO, E 500 DIAS-MULTA, NO VALOR UNITÁRIO MÍNIMO.

RELATORA DO ACÓRDÃO: Desembargadora ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE

Votante: Desembargadora ANGELA MARIA RIBEIRO PRUDENTE

Votante: Juiz JOCY GOMES DE ALMEIDA

Votante: Desembargador EURÍPEDES LAMOUNIER

WANDELBERTE RODRIGUES DE OLIVEIRA

Secretário