

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501926-50.2016.8.05.0141

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE:

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros

Advogado (s):

ACORDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. PRELIMINAR DE NULIDADE EM RAZÃO DA ILICITUDE DA PROVA OBTIDA A PARTIR DA VIOLAÇÃO DOMICILIAR. NÃO ACOLHIMENTO. AUTORIZAÇÃO DO RÉU PARA QUE OS POLICIAIS ADENTRASSEM NA RESIDÊNCIA. ESTADO DE FLAGRÂNCIA CONSTATADO PELOS MILICIANOS, QUE ENCONTRARAM DROGAS NA RESIDÊNCIA DO RÉU. CRIME PERMANENTE. PERMISSIVO CONTIDO NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL (ART. 5º XI). PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR JUNTADA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO APÓS O INTERROGATÓRIO DO RÉU. NÃO ACOLHIMENTO. DEFESA QUE NÃO SE MANIFESTOU A RESPEITO EM SEDE DE ALEGAÇÕES FINAIS. PRECLUSÃO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. LAUDOS PRELIMINARES QUE POSSUEM TODAS AS CONDIÇÕES TÉCNICAS DE ATESTAR A NATUREZA DA DROGA APREENDIDA, TENDO SIDO FEITOS EXAMES FÍSICOS E QUÍMICOS POR ÓRGÃO OFICIAL, SUPRINDO TOTALMENTE A EVENTUAL AUSÊNCIA DO LAUDO DEFINITIVO ANTES DO INTERROGATÓRIO DO RÉU. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ART. 28, DA LEI 11.343/06. NÃO CABIMENTO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 2/3 PARA O

TRÁFICO PRIVILEGIADO. ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA SENTENÇA PARA APLICAÇÃO DE REDUTOR INFERIOR AO MÁXIMO. REDUÇÃO DA PENA. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA ENTRE O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE TRÂNSITO EM JULGADO PARA A ACUSAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO

1. A alegação de nulidade por ilegalidade da operação policial que adentrou a residência do Apelante não prospera. A Constituição Federal estabelece em seu artigo 5º, XI, que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. Ora, sendo o delito de tráfico de drogas crime de natureza permanente, justifica-se a violação à residência do Apelante pelo flagrante delito que ali se dava, independentemente de qualquer mandado judicial.
2. A Defesa requer a absolvição do apelante em razão da juntada do Laudo Toxicológico Definitivo após o interrogatório do réu. Entretanto, o momento oportuno para contestar a referida ausência seria em sede de alegações finais, restando, assim, preclusa a alegação. Sem embargo da ocorrência da preclusão, não restou demonstrado o prejuízo considerando que o réu defendeu-se com base nos Laudos Preliminares elaborados que possuem todas as condições técnicas de atestar a natureza da droga apreendida, tendo sido feitos exames físicos e químicos por Órgão Oficial, suprimindo totalmente a eventual ausência do Laudo Definitivo, conforme entendimento consagrado por nossos Tribunais, não havendo que falar-se em nulidade, conforme princípio do *pas de nullité sans grief*, consagrado pelo legislador, no art. 563 do CP.
3. A forma de acondicionamento da droga, assim como a apreensão de balança de precisão denotam a traficância. Uma vez comprovada a prática do crime de tráfico de drogas o pleito de desclassificação para a infração prevista no artigo 28 da Lei 11343/2006 não merece prosperar.
4. O juiz de piso reconheceu que o réu é primário, sua reprovabilidade não excedeu à normal prevista no tipo penal, e não há notícia de que integra organização criminosa voltada para o tráfico ilícito de entorpecentes, não sendo elevada a quantidade da droga apreendida. Desse modo, não há nenhuma justificativa idônea a afastar o redutor em seu grau máximo, motivo pelo qual deve ser aplicada a fração de 2/3 para o tráfico privilegiado.
5. A alteração da pena privativa de liberdade aplicada poderá, de fato, repercutir na prescrição da pretensão punitiva estatal. Considerando, contudo, que, da presente decisão, ainda caberá recurso do Ministério Público, somente após o trânsito em julgado será possível declarar a prescrição da pretensão punitiva estatal com base na pena aqui aplicada, motivo pelo qual o pleito não merece ser acolhido.
6. Recurso conhecido e parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0501926-50.2016.8.05.0141, em que figura como apelante , e como apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER e JULGAR PARCIALMENTE PROVIDO o recurso interposto, pelas razões

adiante alinhadas.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade
Salvador, 3 de Outubro de 2022.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501926-50.2016.8.05.0141

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE:

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros

Advogado (s):

RELATÓRIO

O ilustre Representante do Ministério Público ofereceu a denúncia de Id 32315785 contra pela prática do crime tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Narra a inicial que, no dia 11 de julho de 2016, a polícia militar em ronda pelas imediações da rua , próximo ao Mercadinho Ouro Verde, , no município de Jequié, prendeu em flagrante , que, ao avistar os policiais, empreendeu fuga e dispensou uma caixa de fósforo contendo três “trouxinhas de maconha” e um cigarro da mesma substância.

Narram os autos que o denunciado permitiu que a polícia militar adentrasse em sua residência localizada na rua São Lucas, nº 25, Alto da Bela Vista, , onde foram encontrados dois celulares e, no quintal da casa, uma balança de precisão, onze “buchas de maconha”, uma quantidade de maconha prensada, outra quantidade de sementes desta mesma substância e 14 gramas de substância com tonalidade branca e amarelada, sendo que uma porção na forma de pó e outra em forma de pequenas “pedras”, as quais estavam acondicionadas em sacos plásticos, e ambas constituídas da benzoilmetilecgonina (cocaína).

Transcorrida a instrução, o d. Juiz julgou procedente a denúncia para condenar o réu como incurso nas penas do art. 33 caput, da Lei nº 11.343/06 a uma pena de é de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses, de reclusão, em regime aberto e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa.

Inconformada, a Defesa apelou. Nas razões de Id 32315978 requereu: “Seja a dosimetria da pena adequada em observância ao reconhecimento, pelo N. Magistrado de primeiro grau, do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, procedendo-se à redução em 2/3 e por via de consequência reconhecendo-se a prescrição intercorrente e a extinção da punibilidade (art. 107, IV; 109, V; art. 115 e art. 117, I do CP); Seja o réu absolvido ante a nulidade da apreensão e a ausência de provas lícitas e ensejar decreto condenatório (art. 5º, XI e LVI da CF); Seja o réu absolvido uma vez que o laudo definitivo foi juntado após interrogatório do réu, ofendendo-se o disposto no art. 400 do CPP e art. 5º, LV, da CF, bem como a jurisprudência consolidada do STJ que reconhece a necessidade de absolvição em casos análogos; c) Subsidiariamente: Seja a conduta do réu desclassificada para a conduta do art. 28, da Lei 11.343/06, ante a ausência de provas de traficância, reconhecendo-se, por consequência, a prescrição nos termos do art. 30 da Lei 11.343/06.

Em contrarrazões (Id 32315984), o Ministério Público rebateu os argumentos defensivos, pugnano pelo desprovimento da apelação.

A d. Procuradoria de Justiça, no Parecer de Id 33766535, opinou pelo desprovimento do recurso, mantendo-se a sentença vergastada em todos os seus termos.

Eis o relatório.

Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à

apreciação do eminente Desembargador Revisor.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501926-50.2016.8.05.0141

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE:

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros

Advogado (s):

VOTO

Presentes o pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, recebo o recurso em seu efeito devolutivo.

DA ALEGAÇÃO DE INVASÃO DE DOMICÍLIO E DEBILIDADE PROBATÓRIA

Em relação à operação policial suscitada como ilegal e eivada de irregularidades em face da ausência do mandado de busca e apreensão, percebe-se que não houve, efetivamente, qualquer ilegalidade.

A Magna Carta brasileira estabelece em seu artigo 5º, XI, que a casa é

asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.

Ora, sendo o delito de tráfico de drogas um crime de natureza permanente, justifica-se a violação à residência dos pacientes pelo flagrante delito que ali se dava, independentemente de qualquer mandado judicial.

Este é, também, o entendimento do STF:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. NULIDADE DO PROCESSO. ALEGAÇÃO DE PROVA ILÍCITA E DE VIOLAÇÃO AO DOMICÍLIO. INEXISTÊNCIA. ESTADO DE FLAGRÂNCIA. CRIME PERMANENTE. 1. A questão controvertida consiste na possível existência de prova ilícita ("denúncia anônima" e prova colhida sem observância da garantia da inviolabilidade do domicílio), o que contaminaria o processo que resultou na sua condenação. 2. Legitimidade e validade do processo que se originou de investigações baseadas, no primeiro momento, de "denúncia anônima" dando conta de possíveis práticas ilícitas relacionadas ao tráfico de substância entorpecente. Entendeu-se não haver flagrante forjado o resultante de diligências policiais após denúncia anônima sobre tráfico de entorpecentes (HC 74.195, rel. Min. , 1ª Turma, DJ 13.09.1996). 3. Elementos indiciários acerca da prática de ilícito penal. Não houve emprego ou utilização de provas obtidas por meios ilícitos no âmbito do processo instaurado contra o recorrente, não incidindo, na espécie, o disposto no art. 5º, inciso LVI, da Constituição Federal. 4. Garantia da inviolabilidade do domicílio é a regra, mas constitucionalmente excepcionada quando houver flagrante delito, desastre, for o caso de prestar socorro, ou, ainda, por determinação judicial. 5. Outras questões levantadas nas razões recursais envolvem o revolver de substrato fático-probatório, o que se mostra inviável em sede de habeas corpus. 6. Recurso ordinário em habeas corpus improvido. (RHC 86082, Relator (a): Min. , Segunda Turma, julgado em 05/08/2008, DJe-157 DIVULG 21-08-2008 PUBLIC 22-08-2008 EMENT VOL-02329-02 PP-00240) (Grifo nosso)

Como se verifica, no caso em espeque, a atitude suspeita do acusado ao avistar os policiais levou à realização da revista pessoal, e, por ter sido encontrado entorpecente em seu poder, continuaram as buscas na residência, encontrando mais drogas. Portanto, não há ilegalidade na abordagem feita pelos policiais durante a realização das diligências, tendo em vista que são evidentes as fundadas razões que os levaram a realizar a busca no domicílio indicado nos autos em exame.

Enquanto o agente possuir a droga, permanecerá em flagrante delito e, nessa condição, o ingresso na residência com a apreensão do objeto do crime não ofende a inviolabilidade do domicílio, eis que caracterizada a hipótese excepcionada pela Constituição no inciso XI do artigo 5º, como já explicitado nas linhas supra.

De qualquer sorte, conforme a prova colhida, os policiais militares obtiveram autorização do réu para adentrarem à residência.

A respeito da situação de flagrância que autoriza o ingresso no ambiente domiciliar já se pronunciou essa c. Corte de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. (ART. 33 da lei 11.343/06). RÉU CONDENADO À PENA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME SEMIABERTO. 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA. ARGUIÇÃO DE NULIDADES. SUBSTITUIÇÃO DAS TESTEMUNHAS DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. EVIDENTE ERRO MATERIAL NO ROL APRESENTADO NA DENÚNCIA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. PROVA ESSENCIAL À BUSCA DA VERDADE REAL. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE. INEXIGIBILIDADE DE MANDADO JUDICIAL. SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA QUE AUTORIZA O INGRESSO NO AMBIENTE DOMICILIAR. AUTORIZAÇÃO CONCEDIDA PELA ESPOSA DO RÉU. PRELIMINARES REJEITADAS. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. EVIDENCIADA A DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFASTAMENTO DO REDUTOR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO PELA MAGISTRADA SINGULAR. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. APELANTE QUE PERMANECEU SEGREGADO AO LONGO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. NÃO ACOLHIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. PARECER DA D. PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO. PRELIMINARES REJEITADAS. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO.

[...]

8.Após análise percuciente dos autos, é possível inferir, primeiramente, que a diligência empreendida pelos policiais na residência do Apelante se assentou em justa causa, haja vista a existência de indícios concretos da prática delitiva, a partir de denúncia anônima detalhada, seja quanto ao local, seja quanto à pessoa do acusado, o que permitiu a sua identificação, restando confirmada, ainda, através da relevante quantidade de substâncias entorpecentes encontradas na residência apontada.

9.Não obstante, os policiais ouvidos em Juízo relataram que, ao chegar na residência do Réu, perceberam uma movimentação no fundo da casa, quando viram um homem dispensando uma sacola no local.

10.Noutro giro, vale ressaltar que o tráfico de drogas é crime permanente, sendo certo que a situação de flagrância se protraí no tempo, não havendo, portanto, cogitar a ilegalidade da apreensão de drogas e apetrechos no ambiente domiciliar, a despeito de inexistência de mandado judicial, mormente se considerarmos que foi devidamente autorizada a entrada na residência.

11.Ainda que fosse o caso, pondera-se que eventuais nulidades no inquérito policial, devido à sua natureza meramente informativa, não tem o condão de contaminar a ação penal, afinal de contas, se, eventualmente, os indícios nele amealhados não forem ratificados em juízo, sob o contraditório e a ampla defesa, não servirão para embasar, isoladamente, eventual decreto condenatório.

12.Assim, vencidas as teses preliminares, passa-se à análise do mérito recursal.

[...]

22.PRELIMINARES REJEITADAS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (Classe: Apelação,Número do Processo: 0700096-03.2021.8.05.0105, Relator (a): , Publicado em: 17/12/2021).

DA DEMORA NA JUNTADA DO LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO

A preliminar de nulidade do processo ante a juntada do Laudo Toxicológico Definitivo após o interrogatório do réu não merece acolhimento.

As nulidades processuais, em regra, devem ser arguidas na primeira oportunidade que a parte tem de falar nos autos, sob pena de preclusão. No

caso em tela, sendo a nulidade alegada referente à juntada de laudo toxicológico definitivo após o interrogatório do réu, verifica-se que o momento adequado para sua suscitação seria em alegações finais, o que não ocorreu, restando, assim, preclusa a alegação.

Sem embargo da ocorrência da preclusão, não restou demonstrado o prejuízo considerando que o réu defendeu-se com base nos Laudos Preliminares elaborados que possuem todas as condições técnicas de atestar a natureza da droga apreendida, tendo sido feitos exames físicos e químicos por Órgão Oficial, suprimindo totalmente a eventual ausência do Laudo Definitivo, conforme entendimento consagrado por nossos Tribunais, não havendo que falar-se em nulidade, conforme princípio do *pas de nullité sans grief*, consagrado pelo legislador, no art. 563 do CP.

A respeito da prescindibilidade do laudo definitivo, confira-se os julgados abaixo:

(...) 1. Apesar do entendimento do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a comprovação do ato infracional análogo ao crime de tráfico de drogas depende da realização do exame toxicológico definitivo, as peculiaridades do caso concreto não podem ser simplesmente desconsideradas. Na espécie, o laudo de constatação foi concludente a respeito da materialidade do ato, com fundamentação e descrição científica das substâncias apreendidas, sendo desarrazoado declarar a nulidade da sentença, desqualificando exames técnicos regularmente produzidos e os demais elementos de prova coletados, porquanto efetivamente cumpridos os objetivos da Lei n. 11.343/2006. (...)” (STJ: AgRg no RHC 35540 PA 2013/0033101-7, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 18/02/2014, Quinta Turma).

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL RECONHECENDO A PRESCINDIBILIDADE DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO PARA COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA – REEXAME DE PROVAS – LAUDO PROVISÓRIO ELABORADO COM O MESMO RIGOR TÉCNICO DO LAUDO DEFINITIVO, ASSINADO POR PERITO OFICIAL – MATERIALIDADE COMPROVADA – RÉUS FLAGRADOS TRANSPORTANDO DROGAS PARA ESTABELECIMENTO PRISIONAL – ADMISSÃO DA PROPRIEDADE DA DROGA – DEPOIMENTO DE POLICIAIS – VALIDADE – AUTORIA E TIPICIDADE COMPROVADAS – DOSIMETRIA – CONDENAÇÃO DOS RÉUS. 1. Reconhecida a prescindibilidade do laudo toxicológico definitivo para comprovação da materialidade do crime de tráfico de drogas pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, em sede de Recurso Especial, impõe-se o prosseguimento do julgamento. 2. O laudo provisório assinado por perito oficial e elaborado nos mesmos parâmetros do laudo definitivo permitem a comprovação da materialidade. 3. A admissão da propriedade da droga, em conjunto com as circunstâncias do flagrante comprovadas em juízo, autorizam a conclusão da culpabilidade, impondo-se a condenação dos réus pelo crime de tráfico. (TJ-MG – APR: 10701160147545001 Uberaba, Relator: , Data de Julgamento: 06/04/2021, Câmaras Criminais / 6ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 16/04/2021)

Relativamente à juntada tardia do laudo definitivo já se manifestou o STF no sentido de que tem como pressuposto a comprovação do prejuízo ao réu. Vejamos:

RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 12 DA LEI 6.368/76). LAUDO DEFINITIVO DE EXAME TOXICOLÓGICO. JUNTADA TARDIA, POSTERIOR À SENTENÇA ABSOLUTÓRIA. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. CONJUNTO PROBATÓRIO INDEPENDENTE. EXERCÍCIO DO CONTRADITÓRIO. PRINCÍPIO DA INSTRUMENTALIDADE DAS FORMAS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSO DESPROVIDO.

1. A nulidade decorrente da juntada tardia do laudo de exame toxicológico no crime de tráfico de drogas tem como pressuposto a comprovação do prejuízo ao réu. (Precedentes: HC 104.871/RN, Relator Min. , Primeira Turma, DJe 7/10/2011); HC 82.035/MS, Relator Min. , Primeira Turma, DJ 4/4/2003; HC 85.173/SP, Relator Min. , Segunda Turma, DJe 15/2/2005; HC 69.806/GO, Relator Min. , Primeira Turma, DJ 4/6/1993).

2. (...) b) o Juiz de Direito de primeira instância proferiu sentença absolutória, por julgar que, para se aferir a materialidade delitiva, imprescindível seria a elaboração de laudo toxicológico definitivo, sendo insuficiente o laudo de constatação preliminar; c) o laudo definitivo, embora tenha sido elaborado antes da sentença, somente veio a ser juntado aos autos após a sua prolação; houve apelação pelo Ministério Público, que restou provida para condenar o réu, decisão confirmada em sede de embargos infringentes; d) a condenação fundou-se em conjunto probatório independente do laudo definitivo consistente em: laudo preliminar assinado por perito oficial não contestado pela defesa, bem como a confissão do acusado de que a droga era de sua propriedade; e) o contraditório foi oportunizado à defesa no momento das contrarrazões de apelação, e pela posterior interposição de embargos infringentes.

3. O processo penal rege-se pelo princípio da instrumentalidade das formas, do qual se extrai que as formas, ritos e procedimentos não existem como fins em si mesmos, mas como meios de se garantir um processo justo, equânime, que confira efetividade aos postulados constitucionais da ampla defesa, do contraditório, e do devido processo legal.

4. É cediço na Corte que: a) no processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há a efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 do CPP, verbis: Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa; b) nesse mesmo sentido é o conteúdo do Enunciado da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal: No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu; c) precedentes: HC 93.868/PE, Rel. Ministra , Primeira Turma, Julgamento em 28/10/2008; HC 98.403/AC, Rel. Ministro , Segunda Turma, Julgamento em 24/8/2010, HC 94.817, Rel. Ministro , Segunda Turma, Julgamento em 3/8/2010.

5. Recurso ordinário desprovido. (Grifo nosso)

DO PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ART. 28, DA LEI 11.343/06

Uma análise acurada do caderno processual não permite extrair do conjunto probatório coligido a prática do crime tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

A materialidade do delito restou plenamente comprovada, conforme se depreende do auto de exibição e apreensão (fl.05 – ID: 32315786), laudos de constatação (fls.15/16 – ID: 32315786) e laudo definitivo (ID: 32315966/32315967).

O auto de exibição e apreensão demonstra que foi apresentado à autoridade policial “11 (onze) petecas de maconha, um frasco branco de tampa vermelha contendo substância parecendo crack, e mais uma certa quantidade de maconha prensada, uma pequena quantidade de sementes da mesma erva, uma balança de precisão e dois celulares”.

Com efeito, o Laudo de Perícia Criminal Constatação de Substância Vegetal de ID 32315786, fl. 16, informa a apreensão de 39 (trinta e nove) gramas de maconha distribuídas em 17 (dezessete) porções, das quais 02 (duas), de maior volume, se encontravam acondicionadas em sacolas plásticas, 14 (quatorze), de menor volume, se encontravam acondicionadas em sacos plásticos, tipo “trouxinhas” e 01 (uma) se encontrava acondicionada em papel fino, em forma de cigarro artesanal (baseado).

O Laudo de Perícia Criminal Constatação de Substância Entorpecente de ID 32315786, fl. 15, informa a apreensão de 14 (quatorze) gramas de cocaína distribuída em 02 (duas) porções, sendo uma em forma de pó e outra em forma de pequenas “pedras” acondicionadas em sacos plásticos transparente e azul.

A autoria, do mesmo modo, restou demonstrada pelos depoimentos dos policiais testemunhas da denúncia e responsáveis por efetuarem a prisão em flagrante da apelante, que se mostraram convictos e seguros, em absoluta harmonia, seja na seara inquisitorial, seja no âmbito processual, confirmando a prática delitiva, assim como pela confissão extrajudicial do apelante relativamente à posse de parte da droga.

A testemunha, , Policial Militar, arrolada pela acusação, afirmou, sem quaisquer contradições, que, no dia em que ocorreu a prisão do réu, estava de serviço, fazendo rondas de rotina com a Guarnição, quando, ao passar pela Rua avistou um indivíduo jogar algo suspeito no hall de uma residência naquelas imediações, havendo o referido indivíduo sido interceptado pela Guarnição, sendo apreendida uma caixa de fósforos, que o mesmo havia acabado de dispensar, contendo três trouxinhas de maconha e mais um cigarro da mesma erva. Prosseguiu a testemunha dizendo que perguntou onde o réu morava, o qual informou o endereço, havendo a Guarnição se deslocado até ao Alto da Bela Vista, sendo encontradas, no interior da residência do acusado, as drogas descritas no auto de exibição e apreensão e uma balança de precisão, havendo lhe sido dada voz de prisão em flagrante e conduzido para a Delegacia de Polícia, para o procedimento de praxe.

O depoimento da testemunha, , Policial Militar, também arrolada pela acusação, coincide, em todos os seus termos, com o depoimento prestado pela testemunha .

Não é demais lembrar que, nos crimes de tráfico, não há que se esperar a concretização do ato de venda para que o crime se consume, porque estamos à frente de um delito de ação múltipla, sendo, a rigor, desnecessária a visualização da mercancia pelos policiais.

Basta observar o tipo penal do art. 33 da Lei Federal nº 11.343/06, para verificar que o núcleo do tipo abarca muitas condutas, de modo que a só realização de uma das ações previstas no caput do aludido artigo já seria

suficiente para comportar a condenação: “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.”

Para se determinar se a droga se destinava a consumo pessoal, o juiz observará a natureza e quantidade da droga apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e aos antecedentes do agente (art. 28, § 2º, Lei 11.343/06).

No comércio de entorpecentes, a negativa incondicional da autoria é regra entre os traficantes, não prejudicando o convencimento do Magistrado, se as demais circunstâncias indicarem a necessidade da condenação.

É que a prova da mercancia não necessita ser direta, mas deve ser firmada quando os indícios e presunções formam um todo harmônico e demonstram a distribuição comercial do entorpecente.

Considerando a forma de acondicionamento da droga, em “trouxinhas” e sacos plásticos separados assim como a apreensão de uma balança de precisão, verifica-se que o material não era destinado a uso próprio, mas à comercialização, não sendo o caso de desclassificação para a infração prevista no artigo 28 da Lei 11343/2006.

PLEITO DE REDUÇÃO NA FRAÇÃO DE 2/3 PARA O TRÁFICO PRIVILEGIADO

O apelante requereu seja aplicada a redução na fração de 2/3 para o tráfico privilegiado.

Para melhor análise, transcrevo abaixo a fundamentação da dosimetria realizada pelo juízo de primeiro grau:

“Obediente às regras do art. 68, do Código Penal, aprecio, inicialmente, as circunstâncias judiciais, ínsitas no art. 59, daquele mesmo Codex, para concluir que o réu agiu com culpabilidade comum à espécie; não possui antecedentes criminais, a teor do Enunciado 444, da Súmula do STJ; poucos elementos foram coletados a respeito de sua personalidade; o motivo do crime se constituiu pelo desejo de obtenção de lucro fácil; as circunstâncias se encontram relatadas nos autos, nada tendo a se valorar. À vista dessas circunstâncias, analisadas, individualmente, fixo, para o delito de tráfico de drogas, a pena-base em 5 (cinco) anos, de reclusão, em regime semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no equivalente a 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. No caso sub judice, o réu é primário, nos termos do Enunciado 444, da Súmula do STJ, sua reprovabilidade não excedeu a reprovabilidade normal prevista no tipo penal, e não há notícia de que integra organização criminoso voltada para o tráfico ilícito de entorpecentes, não sendo elevada a quantidade da droga apreendida. Assim, não havendo dúvidas sobre a incidência da causa especial de diminuição de pena, faz-se necessário, agora, estabelecer o quantum de redução que poderá ser aplicado ao réu. Na hipótese em comento, à vista do aspecto

subjetivo do réu, e da quantidade e nocividade da substância apreendida, entendo que o denunciado deve ser beneficiado com a redução da pena, em 1/3 (um terço), que passa a ser de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses, de reclusão, em regime aberto, e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no mesmo valor antes estabelecido. Não há circunstâncias atenuantes ou agravantes, e nem causas de aumento de pena. Assim, a pena definitiva imposta a , pela prática do crime de tráfico de drogas, é de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses, de reclusão, em regime aberto e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no supracitado valor.”

O juízo de piso reconheceu favoráveis todas as circunstâncias do artigo 59 do CP, mantendo a pena no mínimo legal. Passando à análise do “tráfico privilegiado”, afirmou não haver dúvidas sobre a incidência da causa especial de diminuição de pena.

Afirmou que “o réu é primário, nos termos do Enunciado 444, da Súmula do STJ, sua reprovabilidade não excedeu a reprovabilidade normal prevista no tipo penal, e não há notícia de que integra organização criminosa voltada para o tráfico ilícito de entorpecentes, não sendo elevada a quantidade da droga apreendida”.

Entretanto, ao sopesar a fração de redução de pena o fez em 1/3 (um terço) “em razão da quantidade e nocividade da substância apreendida”, incidindo, assim, em contradição ao arbitrar a referida fração.

Como visto, o Magistrado reconheceu favoráveis todas as circunstâncias judiciais, assim como não haver notícia de que o réu integra organização criminosa voltada para o tráfico ilícito de entorpecentes, afirmando não ser elevada a quantidade da droga apreendida, o que, de fato, não é, tendo em vista que foram apreendidas 14 gramas de cocaína e 39 gramas de maconha.

Desse modo, não há nenhuma justificativa idônea a afastar o redutor em seu grau máximo, motivo pelo qual deve ser aplicada a fração de 2/3.

Nesse sentido é o posicionamento da jurisprudência desta Corte de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RECORRENTE SENTENCIADO A CUMPRIR 02 (DOIS) ANOS, 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO, ALÉM DE 250 (DUZENTOS E CINQUENTA) DIAS-MULTA, PELA PRÁTICA DE CONDUTA DELITUOSA PREVISTA NO ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. REPRIMENDA SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO. RECURSO DEFENSIVO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE TRÁFICO PRIVILEGIADO EM PATAMAR MÁXIMO. PROVIMENTO. O parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 é específico ao determinar que as penas definidas no caput e § 1º do artigo 33 da referida lei, podem ser reduzidas, cumpridos os requisitos legais. No caso em análise, a Magistrada singular considerou que “o réu faz jus à redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei de tóxicos”, tendo em vista sua primariedade, ausência de antecedentes desabonadores, e inexistência de indícios que se dedique às atividades criminosas ou que integre organização criminosa. Quanto ao índice de amortização, pelo que se extrai da sentença, a juíza a quo optou pela fração de metade. Todavia, o patamar utilizado para reduzir a pena ao reconhecer a forma privilegiada de tráfico não é de livre escolha do julgador sentenciante, devendo ser adequadamente motivado, o

que não ocorreu no caso dos autos. Logo, ausente fundamentação idônea que implique na redução abaixo do máximo previsto, a medida mais benéfica ao apelante deve ser considerada. No caso em análise, merece prosperar o pedido, fazendo jus ao apelante o benefício da diminuição da pena em seu patamar máximo, eis que além de preencher todos os requisitos legais constantes no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, foi pequena a quantidade de droga apreendida em sua posse. Desse modo, deve a pena intermediária ser reduzida em 2/3, tornando definitiva a reprimenda em 01 ano e 08 meses de reclusão. Nesse contexto, como a sanção de multa guarda proporcionalidade com a pena privativa de liberdade aplicada, procedendo-se a redução da pena em 2/3, a multa também sofrerá redução em igual patamar, restando, portanto, consignada em 166 dias-multa. RECURSO CONHECIDO e PROVIDO. (TJ-BA – APL: 03018064120138050126, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 27/10/2020) Grifei

EMENTA APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 33 DA LEI 11.343/2006 00 PRELIMINARES DE NULIDADE PELO NÃO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, AUSÊNCIA DE CITAÇÃO VÁLIDA E INVERSÃO DA ORDEM DO OFERECIMENTO DE ALEGAÇÕES FINAIS 00 NÃO ACOLHIMENTO – DOSIMETRIA DA PENA 00 PENA-BASE REDIMENSIONADA PARA O MÍNIMO LEGAL 00 AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL – ACOLHIMENTO 00 TRÁFICO PRIVILEGIADO 00 RECONHECIMENTO EM SEU GRAU MÁXIMO – SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – RECURSO CONHECIDO, COM PRELIMINARES REJEITADAS E PROVIDO.

(...) V – Na terceira fase de dosimetria da pena, razão assiste ao Apelante em relação ao pedido de incidência do redutor previsto no § 4º, do art. 33 3, da Lei n. 11.343 3/2006, devendo a reprimenda ser minorada em 2/3 (dois terços), porque não verificada qualquer circunstância relevante para a adoção de fração inferior ao aludido redutor. VI 00 Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas pela Procuradoria de Justiça, julgo provida a Apelação Criminal para redimensionar a pena do réu para 11 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão em regime aberto e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à base de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, ao qual substituo por 2 (duas) penas restritivas de direitos a serem estabelecidas pelo Juízo de Execuções Penais. RECURSO CONHECIDO, COM PRELIMINARES REJEITADAS E PROVIDO APC. 0000026-74.2019.8.05.0209 00 RETIROLÂNDIA RELATORA: (TJ-BA – APL: 00000267420198050209, Relator: , PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 13/12/2019) Grifei

Aplicando-se, portanto, a fração de 2/3 sobre a pena intermediária, chega-se à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 dias-multa, em regime aberto, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Tendo em vista o preenchimento dos requisitos previstos no art. 44 do CP, substituem-se as penas privativas de liberdade por duas restritivas de direitos a serem escolhidas pelos Juízo da Vara de Execuções Penais.

DO RECONHECIMENTO EX OFICIO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL

A alteração da pena privativa de liberdade aplicada poderá, de fato, repercutir na prescrição da pretensão punitiva estatal.

Considerando, contudo, que, da presente decisão, ainda caberá recurso do Ministério Público, somente após o trânsito em julgado será possível declarar a prescrição da pretensão punitiva estatal com base na pena aqui aplicada, motivo pelo qual o pleito não merece ser acolhido.

Ante a questão acerca do prequestionamento apresentado pelo apelante em suas razões recursais, saliento nenhuma ofensa aos dispositivos de lei invocados (artigo 5º, XI, LV, LVI, LVII, XLVI, todos da CF; do art. 28, art. 30 e art. 33, § 4 da Lei nº 11.343/06; do art. 44, art. 65, inciso I, art. 107, IV; art. 109, V, art. 115 e art. 117, I, todos do Código Penal, bem como do art. 617, art. 386, inciso VII, art. 245, e art. 400, todos do CPP), porque posicionamento deste decisio representa a interpretação da colenda Turma Julgadora quanto à matéria em discussão, conforme seu convencimento, não se cogitando negativa de vigência a tais dispositivos. Desnecessária a abordagem pelo órgão julgador de todas as matérias debatidas ou de dispositivos legais suscitados pelas partes, mesmo diante do prequestionamento.

Diante do exposto, vota-se pelo CONHECIMENTO e PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Apelação para reconhecer o benefício do tráfico privilegiado na fração máxima de 2/3 (dois terços), resultando na reprimenda definitiva de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, cumulada ao pagamento da pena pecuniária de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

Salvador, ____ de _____ de 2022.

DES.
RELATOR