

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0574734-51.2017.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: Silas Azevedo de Jesus

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 33, LEI Nº 11.343/06. APELANTE CONDENADO À PENA TOTAL DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, ALÉM DO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA. ARGUIÇÃO DE NULIDADES DAS PROVAS. INVASÃO DE DOMICÍLIO. NÃO CONFIGURADA. PEDIDO DE CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA GRATUIDADE DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA QUE DEVE SER ANALISADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INACOLHIMENTO. MATERIALIDADE, TÍPICIDADE E AUTORIA DELITIVAS EVIDENCIADAS DE FORMA INEQUÍVOCA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS HARMÔNICOS ENTRE SI APTOS EM COMPROVAR O COMETIMENTO DO DELITO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INALBERGAMENTO. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. VIABILIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS. AÇÕES PENAIS EM CURSO NÃO AFASTAM O TRÁFICO PRIVILEGIADO. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL PREENCHIDOS. PARECER DA D. PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO. RECURSO CONHECIDO EM PARTE, E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Trata-se de Apelação Criminal interposta contra sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, Dra. ÁDIDA ALVES DOS SANTOS, que, nos autos de nº 0574734-51.2017.8.05.0001, julgou procedente o pedido constante na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia para condenar o Réu/Apelante nas sanções do

art. 33 da Lei 11.343/06.

2. Na oportunidade, o Magistrado sentenciante fixou a pena total de 05 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, condenando o Réu, ainda, ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato delitivo, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade.

3. Da prefacial, em breve resumo, extrai-se que no dia em 23/11/2017, por volta das 22:52h, policiais militares realizavam incursões em um local conhecido como "Cracolândia", próximo ao final de linha do Vale das Pedrinhas, nesta Capital, quando avistaram um indivíduo em atitude suspeita.

4. Exsurge ainda, que a equipe policial realizou abordagem e busca pessoal no sujeito, identificando-o como SILAS AZEVEDO DE JESUS. Naquela oportunidade, constatou-se que este trazia consigo uma certa quantidade de uma erva seca, aparentando ser maconha.

5. Ato contínuo, os policiais indagaram o acusado a respeito da existência de mais drogas, tendo esse informado que guardava mais entorpecentes em sua residência, que ficava próximo do local. Diante da informação, a guarnição se dirigiu até a Avenida da Casilda nº 41, no bairro do Nordeste de Amaralina, onde encontraram, atrás de uma geladeira, 16 (dezesseis) pinos plásticos, contendo um pó branco, semelhante à cocaína; 23 (vinte e três) pedras amareladas, análogas à cocaína, envolvidas em plástico; além da quantia de R\$ 109,00 (cento e nove reais) e um celular ZTE, cor prata. Ao total, foram encontradas: 18,95g (dezoito gramas e noventa e cinco centigramas) de substância com resultado preliminar positivo para maconha; e 30,16 (trinta gramas e dezesseis centigramas) de material com resultado para cocaína.

6. Não merece prosperar a arguição de nulidade da prova decorrente da invasão de domicílio, vez que lastreada em outros elementos que demonstrem a efetiva prática do tráfico na residência, onde foi efetuada a prisão, por se tratar de delito permanente, sendo certo que a situação de flagrância se protraí no tempo, não havendo, portanto, cogitar a ilegalidade da apreensão de drogas no ambiente domiciliar, a despeito de inexistência de mandado judicial. Outrossim, o ingresso dos policiais na casa do acusado possuiu fundadas razões, não havendo que se falar, assim, em ilegalidade das provas produzidas, não se vislumbrando qualquer afronta à norma constitucional invocada.

7. Estabeleceu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso delito" Extraordinário 603.616/R0, no qual se enfrentou o tema 280, repercussão geral, o entendimento de que "a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante, cujo trecho da ementa se transcreve: "[...] 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa) para a

medida.6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da 7. Caso concreto. autoridade e de nulidade dos atos praticados. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso” (RE 603616, Relator (a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, REPERCUSSÃO GERAL. DJe 10-05-2016).

8. Sobre a demonstração da justa causa, a ser controlada a posteriori, afirmou o Relator, Ministro Gilmar Mendes, que se exige do agente policial a demonstração de “que havia elementos para caracterizar a suspeita de que uma situação que autoriza o ingresso forçado em domicílio estava presente”, segundo modelo probatório semelhante ao da busca e apreensão domiciliar (artigo 240, § 1º, do Código de Processo Penal). Sublinhou o Relator, portanto, que se cuida de “exigência modesta, compatível com a fase de obtenção de provas”.

9. Observa-se que, ao justificarem a abordagem, os Policiais trouxeram situação objetiva apta a caracterizar uma fundada suspeita de que o acusado estaria em situação de flagrante.

10. Não merece ser conhecido o pleito de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita ao Apelante. Resta evidente que análise da hipossuficiência do Recorrente não pode ser efetivada por este Órgão Julgador, sob pena de supressão de instância, pois tal matéria é afeta ao Juízo das Execuções Penais, em caso de condenação.

11. Não merece acolhimento o pleito absolutório. A materialidade e autoria delitivas restaram sobejamente demonstradas através do auto de exibição e apreensão (fl. 17, id nº 28131830), o laudo de constatação (fl. 45, id nº 28131830), laudo toxicológico (id nº 28131848) pelos depoimentos judiciais prestados pelas testemunhas PAULA EZEQUIELA COSTA SANTOS, ANDRE PEREIRA AGULAR e MARCOS ANTONIO RODRIGUES, agentes policiais integrantes da diligência que culminou na apreensão dos entorpecentes e prisão em flagrante do Apelante.

12. Registre-se que a função de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos prestados, mormente quando se apresentam coerentes, imparciais, harmônicos com os demais elementos e circunstâncias colhidos dos autos, e quando oferecidos em juízo, sendo oportunizado o contraditório.

13. Na primeira fase da dosimetria, após a análise das circunstâncias judiciais, o Juiz singular fixou a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão.

14. Na segunda etapa não concorrem circunstâncias atenuantes ou agravantes.

15. Terceira etapa. Inexistência de Causas de Diminuição e Aumento. Requer a defesa a aplicação do § 4, art. 33 da Lei nº 11.343/06. Provimento.

16. O julgador singular afastou o tráfico privilegiado em função da existência de outra ação penal em curso. Todavia, consoante entendimento mais recente dos Tribunais Superiores, ações penais sem trânsito em julgado não possuem o condão de afastar a benesse, sob pena de violação ao princípio da presunção de inocência.

17. Cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo juízo de execução.

18. Parecer da douta Procuradoria de Justiça, subscrito pelo Dr. Wellington César Lima e Silva, pelo conhecimento e improvimento do Apelo.

RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO, para aplicar a causa especial de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, no seu grau máximo, estabelecendo a pena definitiva em 01 (um) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, cumulada com o pagamento 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário do dia-multa, ao valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, a serem substituídas pelo juízo da execução por duas restritivas de direitos.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0574734-51.2017.8.05.0001, provenientes da 2ª Vara e Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, em que figuram, como Apelante, Silas Azevedo de Jesus e, como Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER PARCIALMENTE E, NESSA EXTENSÃO, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, consoante certidão de julgamento, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto do Desembargador Relator.
Salvador, 2022.

(data constante na certidão eletrônica de julgamento)

DES. ANTONIO CUNHA CAVALCANTI
RELATOR

AC04

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade
Salvador, 21 de Julho de 2022.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0574734-51.2017.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: Silas Azevedo de Jesus

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta contra sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, Dra. ÁDIDA ALVES DOS SANTOS, que, nos autos de nº 0574734-51.2017.8.05.0001,

julgou procedente o pedido constante na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia para condenar o Réu/Apelante nas sanções do art. 33 da Lei 11.343/06.

Na oportunidade, o Magistrado sentenciante fixou a pena total de 05 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, condenando o Réu, ainda, ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato delitivo, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Da prefacial, em breve resumo, extrai-se que no dia em 23/11/2017, por volta das 22:52h, policiais militares realizavam incursões em um local conhecido como "Cracolândia", próximo ao final de linha do Vale das Pedrinhas, nesta Capital, quando avistaram um indivíduo em atitude suspeita.

Exsurge ainda, que a equipe policial realizou abordagem e busca pessoal no sujeito, identificando-o como SILAS AZEVEDO DE JESUS. Naquela oportunidade se constatou que este trazia consigo uma certa quantidade de uma erva seca, aparentando ser maconha.

Ato contínuo, os policiais indagaram o acusado a respeito da existência de mais drogas, tendo esse informado que guardava mais entorpecentes em sua residência, que ficava próximo do local. Diante da informação, a guarnição se dirigiu até a Avenida da Casilda nº 41, no bairro do Nordeste de Amaralina, onde encontraram, atrás de uma geladeira, 16 (dezesseis) pinos plásticos, contendo um pó branco, semelhante à cocaína; 23 (vinte e três) pedras amareladas, análogas à cocaína, envolvidas em plástico; além da quantia de R\$ 109,00 (conto e nove reais) e um celular ZTE, cor prata. Ao total, foram encontradas: 18,95g (dezoito gramas e noventa e cinco centigramas) de substância com resultado preliminar positivo para maconha; e 30,16 (trinta gramas e dezesseis centigramas) de material com resultado para cocaína.

Após instrução criminal e apresentados os memoriais, sobreveio sentença condenatória.

Irresignada com a condenação, o acusado interpôs apelo pela Defensoria Pública, aduzindo preliminarmente a nulidade da prova produzida nos autos, em razão da busca domiciliar eivada de ilegalidade. No mérito a absolvição em razão da insuficiência de provas da prática do delito do art. 33, da Lei 11.343/2006. Subsidiariamente, pugnou pelo reconhecimento da causa de diminuição previstas no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, em suas frações máximas; pela isenção das custas processuais ante sua fragilidade econômica e, por fim, pela substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

O Ministério Público em suas razões, requereu a manutenção do decism.

Remetidos os autos a esta Superior Instância, foi dado vista à Procuradoria de Justiça que se manifestou através do parecer da lavra do Douto Procurador de Justiça, Wellington César Lima e Silva, opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso.

Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor.

Salvador, de 2022.

(data registrada no sistema)

Des. Antonio Cunha Cavalcanti
Relator
(assinado eletronicamente)

AC04

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0574734-51.2017.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: Silas Azevedo de Jesus

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

VOTO

Trata-se de Apelação Criminal interposta contra sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, Dra. ÁDIDA ALVES DOS SANTOS, que, nos autos de nº 0574734-51.2017.8.05.0001, julgou procedente o pedido constante na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia para condenar o Réu/Apelante nas sanções do art. 33 da Lei 11.343/06.

Na oportunidade, o Magistrado sentenciante fixou a pena total de 05 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, condenando o Réu, ainda, ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato delitivo, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Da prefacial, em breve resumo, extrai-se que no dia em 23/11/2017, por volta das 22:52h, policiais militares realizavam incursões em um local conhecido como "Cracolândia", próximo ao final de linha do Vale das Pedrinhas, nesta Capital, quando avistaram um indivíduo em atitude suspeita.

Exsurge ainda, que a equipe policial realizou abordagem e busca pessoal no sujeito, identificando-o como SILAS AZEVEDO DE JESUS. Naquela oportunidade se constatou que este trazia consigo uma certa quantidade de uma erva seca, aparentando ser maconha.

Ato contínuo, os policiais indagaram o acusado a respeito da existência de mais drogas, tendo esse informado que guardava mais entorpecentes em sua residência, que ficava próximo do local. Diante da informação, a guarnição se dirigiu até a Avenida da Casilda nº 41, no bairro do Nordeste de Amaralina, onde encontraram, atrás de uma geladeira, 16 (dezesseis) pinos plásticos, contendo um pó branco, semelhante à cocaína; 23 (vinte e três) pedras amareladas, análogas à cocaína, envolvidas em plástico; além da quantia de R\$ 109,00 (cento e nove reais) e um celular ZTE, cor prata. Ao total, foram encontradas: 18,95g (dezoito gramas e noventa e cinco centigramas) de substância com resultado preliminar positivo para maconha; e 30,16 (trinta gramas e dezesseis centigramas) de material com resultado para cocaína.

Após instrução criminal e apresentados os memoriais, sobreveio sentença condenatória.

Irresignada com a condenação, o acusado interpôs apelo pela Defensoria Pública, aduzindo preliminarmente a nulidade da prova produzida nos autos, em razão da busca domiciliar eivada de ilegalidade. No mérito a absolvição em razão da insuficiência de provas da prática do delito do art. 33, da Lei 11.343/2006. Subsidiariamente, pugnou pelo reconhecimento da causa de diminuição previstas no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, em suas frações máximas; pela isenção das custas processuais ante sua fragilidade econômica e, por fim, pela substituição da sanção corporal por restritivas de direitos.

O Ministério Público em suas razões, requereu a manutenção do decism.

1. DA PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS EM DECORRÊNCIA DE SUPOSTA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO

Preliminarmente, a defesa pretende a declaração de nulidade da prova realizada em decorrência da suposta violação de domicílio, devendo ser absolvido o Recorrente.

É cediço, o art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal assegura à inviolabilidade do domicílio como direito fundamental, garantia que só pode ser relativizada diante das hipóteses legais previstas no próprio dispositivo, dentre as quais a existência de ordem judicial autorizando a entrada, a situação de flagrância, assim entendida como uma (s) das circunstâncias delineadas no art. 302 do Código de Processo Penal ou mediante autorização do morador.

Outrossim, o delito tipificado no art. 33 da Lei 11.343/06, possui

natureza permanente, onde a conduta delitiva perpetra-se no tempo em razão da vontade do agente, assim, enquanto não cessada a conduta, o agente encontra-se em flagrante delito, passível, inclusive, a entrada em domicílio em qualquer horário, mesmo que noturno. Corroborando com essa inteligência, oportuno trazer à baila a doutrina de Guilherme de Souza Nucci:

"Desnecessidade de mandado em caso de flagrante: é indiscutível que a ocorrência de um delito no interior do domicílio autoriza a sua invasão, a qualquer hora do dia ou da noite, mesmo sem o mandado, o que, aliás, não teria mesmo sentido exigir fosse expedido. Assim, a polícia pode ingressar em casa alheia para intervir num flagrante delito, prendendo o agente e buscando salvar, quando for o caso, a vítima. Em caso de crimes permanentes (aqueles cuja consumação se prolonga no tempo), como é o caso de tráfico de entorpecentes, na modalidade 'ter em depósito' ou 'trazer consigo', pode o policial penetrar no domicílio efetuando a prisão cabível. (Código de Processo Penal comentado, 8ª edição, Ed. Revista dos Tribunais, p. 530/531).

Sobre o tema, inclusive, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 603.616/R0, de relatoria do Min. Gilmar Mendes, assentou que o ingresso no imóvel sem autorização judicial ou do proprietário pode ocorrer desde que exista fundadas razões de suspeita da situação de flagrância. Confira-se:

Recurso extraordinário representativo da controvérsia. Repercussão geral. 2. Inviolabilidade de domicílio – art. 5º, XI, da CF. Busca e apreensão domiciliar sem mandado judicial em caso de crime permanente. Possibilidade. A Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo. 3. Período noturno. A cláusula que limita o ingresso ao período do dia é aplicável apenas aos casos em que a busca é determinada por ordem judicial. Nos demais casos – flagrante delito, desastre ou para prestar socorro – a Constituição não faz exigência quanto ao período do dia. 4. Controle judicial a posteriori. Necessidade de preservação da inviolabilidade domiciliar. Interpretação da Constituição. Proteção contra ingerências arbitrárias no domicílio. Muito embora o flagrante delito legitime o ingresso forçado em casa sem determinação judicial, a medida deve ser controlada judicialmente. A inexistência de controle judicial, ainda que posterior à execução da medida, esvaziaria o núcleo fundamental da garantia contra a inviolabilidade da casa (art. 5, XI, da CF) e deixaria de proteger contra ingerências arbitrárias no domicílio (Pacto de São José da Costa Rica, artigo 11, 2, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 17, 1). O controle judicial a posteriori decorre tanto da interpretação da Constituição, quanto da aplicação da proteção consagrada em tratados internacionais sobre direitos humanos incorporados ao ordenamento jurídico. Normas internacionais de caráter judicial que se incorporam à cláusula do devido processo legal. 5. Justa causa. A entrada forçada em domicílio, sem uma justificativa prévia conforme o direito, é arbitrária. Não será a constatação de situação de flagrância, posterior ao ingresso, que justificará a medida. Os agentes estatais devem demonstrar que havia elementos mínimos a caracterizar fundadas razões (justa causa)

para a medida. 6. Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade dos atos praticados. 7. Caso concreto. Existência de fundadas razões para suspeitar de flagrante de tráfico de drogas. Negativa de provimento ao recurso. (RE 603616, Relator (a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 05/11/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-093 DIVULG 09-05-2016 PUBLIC 10-05-2016) (grifos nossos)

Por oportuno, trago à colação julgados deste egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, in verbis:

EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGA – ARTIGO 33, CAPUT, E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO, ARTIGO 35, AMBOS DA LEI 11.343/2006, E, ARTIGO 14 DA LEI 10.826/03 – POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. RÉU CONDENADO A PENA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, PELO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/2006. PENA DE 03 (TRÊS) ANOS PELO CRIME DO ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006 E 700 (SETECENTOS) DIAS-MULTA. PENA DE 02 (DOIS) ANOS DE DETENÇÃO, PELO ARTIGO 14 DA LEI 10.826/03 E 10 (DEZ) DIAS-MULTA. APELO DEFENSIVO: PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS. VIOLAÇÃO DO DOMICÍLIO. INEXISTÊNCIA DE MANDADO JUDICIAL. ARTIGO 303 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. CRIME PERMANENTES, ENTENDE-SE O AGENTE EM FLAGRANTE DELITO ENQUANTO NÃO CESSAR A PERMANÊNCIA. DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. CRIME DE NATUREZA PERMANENTE – CONSUMAÇÃO DO DELITO QUE SE PROTAI NO TEMPO. ARTIGO 5º, INCISO IX, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL QUE AUTORIZA A PRISÃO EM FLAGRANTE, EM QUALQUER HORÁRIO, INDEPENDENTE DE MANDADO JUDICIAL. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. DOSIMETRIA. PEITO DE EXCLUSÃO DO CRIME DO ARTIGO 35 DA LEI 11.343/2006. NÃO COMPROVAÇÃO DA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. NÃO ACOLHIMENTO. ELEMENTOS PROBATÓRIOS QUE COMPROVAM OS REQUISITOS SUBJETIVO DA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. AGENTE QUE PERTENCE A FACÇÃO "KATIARA", INCLUSIVE EXERCENDO ALTA POSIÇÃO HIERÁRQUICA NO GRUPO, OSTENTANDO NO PEITO O SÍMBOLO DA FACÇÃO (UMA ESTRELA). MODIFICAÇÃO DE OFÍCIO DA DOSIMETRIA APENAS NO QUE CONCERNE AO CONCURSO MATERIAL. SOMATÓRIO EFETUADO PELO JUIZ DE PISO QUE INCLUIU CRIME DE NATUREZA DISTINTA, DOIS DE RECLUSÃO E UM DE DETENÇÃO. CORREÇÃO QUE SE IMPÕE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. MODIFICAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL EFETUADA DE OFÍCIO, CRIME DE NATUREZA DISTINTA. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0000214-40.2017.8.05.0176, Relator (a): ALIOMAR SILVA BRITTO, Publicado em: 14/11/2018)

RECURSO DE APELAÇÃO. PRELIMINAR. NULIDADE DAS PROVAS PRODUZIDAS MEDIANTE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PERMANENTE. FLAGRANTE. EXCEÇÃO À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. ART. 5º, XI, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PREFACIAL AFASTADA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEMONSTRADAS PELO ACERVO PROBATÓRIO. ABSOLVIÇÃO. INCABÍVEL. DOSIMETRIA. MANTIDA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Não há como absolver o apelante da condenação pela prática do crime de tráfico de drogas quando ficar devidamente comprovada, por meio das provas colhidas na instrução criminal, a sua autoria e materialidade delitiva. O flagrante da prática de crime de tráfico ilícito de entorpecentes dispensa o mandado de busca e

apreensão pelo fato de o referido delito ser de natureza permanente, ficando o agente em estado de flagrância enquanto não cessada a permanência. Recurso conhecido e improvido. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0300171-21.2018.8.05.0103, Relator (a): Inez Maria Brito Santos Miranda, Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Publicado em: 11/09/2018)

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NULIDADE. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. INOCORRÊNCIA. ENTRADA NA RESIDÊNCIA AUTORIZADA PELA EXCEÇÃO LEGAL. OCORRÊNCIA DE FLAGRANTE DE CRIME PERMANENTE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS QUE APONTAM A MATERIALIDADE E A AUTORIA DO CRIME DE TRÁFICO E ACUSADO QUE NÃO SE DESINCUMBE DO ÔNUS DE PROVAR QUE AS DROGAS APREENDIDAS ERAM PARA USO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. APLICAÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0000165-19.2017.8.05.0234, Relator (a): Nágila Maria Sales Brito, Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Publicado em: 11/04/2019)

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006). PRELIMINAR DE OFENSA AO DIREITO À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO, ANTE A AUSÊNCIA DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. INACOLHIMENTO. EXISTÊNCIA DE FLAGRANTE DELITO. CRIMES PERMANENTES. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO OU CONSENTIMENTO DO MORADOR. PLEITO ABSOLUTÓRIO. DESCABIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO CONSISTENTE E APTO A EVIDENCIAR A TRAFICÂNCIA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE. EVIDENCIADA A DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AFASTAMENTO DO REDUTOR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO PELA MAGISTRADA SINGULAR. DOSIMETRIA QUE NÃO MERECE REPARO. PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O ABERTO. INSUBSISTÊNCIA. REGIME SEMIABERTO APLICADO DE ACORDO COM O ART. 33, § 2º, B, do CÓDIGO PENAL. PLEITO DE substituição da reprimenda corporal por restritivas de direitos. IMPOSSIBILIDADE. apelante que não preenche todos os requisitos do art. 44 do código penal. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0544019-60.2016.8.05.0001, Relator (a): RITA DE CÁSSIA MACHADO MAGALHÃES, Publicado em: 17/06/2020) (grifos nossos)

Outrossim, a prova testemunhal é harmônica no sentido de que o ingresso no imóvel ocorreu em razão de abordagem preliminar.

Lado outro, o relato do próprio réu de que armazenava drogas no local (ainda que sob o fundamento de que eram para uso próprio), aliada à região denominada de “Cracolândia” local de intenso tráfico de drogas, impulsionaram, de forma justificada residência pelos policiais, obtendo êxito em apreender os entorpecentes.

Observa-se que, ao justificarem a abordagem, os Policiais trouxeram situação objetiva apta a caracterizar uma fundada suspeita de que o acusado estaria em situação de flagrante.

Sobre o tema, discorre a doutrina: “É importante recordar que o crime permanente estabelece uma relação com a questão da prisão em flagrante e, por consequência, domiciliar, anteriormente tratada. Isso porque, como já explicamos, com a própria busca enquanto o delito estiver ocorrendo (manter em depósito, guardar, ocultar etc.), poderá a autoridade policial proceder à busca, a qualquer hora do dia ou da noite, independente da

existência de mandado judicial (art. 5º, XI, da Constituição).” (LOPES JUNIOR, Aury. Direito Processual Penal. 17 ed. Saraiva, 2020).

Destarte, seja porque o crime de tráfico se protraí no tempo, o que permite a atuação dos agentes públicos, seja porque presente, indubitavelmente, fundadas razões para a atuação policial em ingresso na residência, não há que se falar em qualquer ilegalidade no caso em debate.

Assim, diante de tal quadro probatório, da polícia na residência do réu se deu em conformidade com a lei e a Constituição Federal e, conseqüentemente, as provas decorrentes são revestidas de licitude, de modo que não há que se falar em qualquer nulidade ou irregularidade no feito, a despeito do sustentado pela combativa Defesa.

A propósito:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PROVA ILÍCITA. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. JUSTA CAUSA. LEGALIDADE. ACESSO AOS DADOS ARMAZENADOS EM APARELHO CELULAR APREENDIDO. AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. PROVA IRRELEVANTE. NULIDADE NÃO VERIFICADA. PRELIMINAR REJEITADA. ABSOLVIÇÃO. INCABÍVEL. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS. RECURSO CONHECIDO, PRELIMINAR REJEITADA E, NO MÉRITO, NÃO PROVIDO. ALTERADA, DE OFÍCIO, A REFERÊNCIA PARA PAGAMENTO DA PENA DE MULTA. Demonstrado nos autos que a ação se pautou em justa causa e indícios concretos aptos a justificar o acesso dos policiais ao domicílio do agente, faz-se evidente a legalidade do ato, da prisão em flagrante e da prova colhida, sobretudo quando ausente prova defensiva que a infirme. Embora o acesso dos agentes estatais às mensagens de texto transmitidas pelo telefone celular tenha se dado sem autorização judicial, tal prova foi irrelevante para o deslinde do feito. Subsistem elementos autônomos suficientes para a manter a condenação pelo crime de tráfico. De acordo com o art. 563 do CPP, somente se proclama a nulidade de um ato quando há efetiva demonstração de prejuízo. Provada a autoria delitiva pela convergência do inquérito policial com as provas produzidas em juízo, impõe-se a condenação. Ex officio, alteração do parâmetro utilizado para o cômputo do valor do dia-multa, devendo ter como referência o salário mínimo vigente à época do fato, nos termos do art. 49, § 1º, do Código Penal. (TJ-BA – APL: 05155223120198050001, Relator: MOACYR PITTA LIMA FILHO, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 22/03/2022)

Desta forma, não há que se falar em nulidade das provas obtidas no ambiente domiciliar, posto que o ingresso dos policiais se justificou em face da situação de flagrância, não se vislumbrando, pois, qualquer afronta à norma constitucional invocada.

2. DO REQUERIMENTO DE GRATUIDADE JUDICIÁRIA.

Não merece ser conhecido o pleito de concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita ao Apelante.

Com efeito, o artigo 804, do Código de Processo Penal, c/c o artigo 98, parágrafos 2º e 3º, do Código de Processo Civil, preconizam que a sentença deve condenar nas custas o sucumbente, ainda que o referido seja assistido pela Defensoria Pública ou beneficiário da justiça gratuita, podendo, entretanto, ficar suspensa a exigência do pagamento, pelo prazo de 05 (cinco) anos, após avaliação das condições econômico-financeiras do

condenado pelo Juízo da Execução Penal, e findo o referido prazo, ficará prescrita a obrigação.

A respeito do tema, convém esclarecer que existem julgados do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que o indulto à pena pecuniária e dispensa das custas processuais é matéria de competência do Juízo da Execução, haja vista ser na fase de execução da pena definitiva o momento oportuno para avaliar a real situação financeira do condenado.

A propósito, destaca-se:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CONSUMADO. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INVERSÃO DA POSSE DO BEM. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA-BASE PROPORCIONAL. REGIME PRISIONAL. RÉU REINCIDENTE. MODO FECHADO. FIXAÇÃO DA PENA DE MULTA. ISENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O Tribunal de origem foi categórico em afirmar que o acusado praticou o crime (roubo) mediante emprego de grave ameaça à vítima. 2. No caso, a alteração do julgado, no sentido de desclassificar o crime de roubo para furto, implicaria reexame do material fático-probatório dos autos, providência inviável nesta sede recursal, a teor do que dispõe o enunciado da Súmula 7/STJ. 3. A Terceira Seção desta Corte Superior, por ocasião do julgamento do Recurso Especial 1.499.050/RJ, representativo de controvérsia repetitiva, sob a relatoria do eminente Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, firmou orientação no sentido de que:"consuma-se o crime de roubo com a inversão da posse do bem, mediante emprego de violência ou grave ameaça, ainda que por breve tempo e em seguida a perseguição imediata ao agente e recuperação da coisa roubada, sendo prescindível a posse mansa e pacífica ou desvigiada". 4. Na espécie, verifica-se que o delito de roubo ocorreu na sua forma consumada, porquanto houve inversão da posse dos bens pertencentes à vítima, que, aliás, somente foram recuperados graças à ação da polícia, quando da captura do agente, motivo pelo qual não há falar em tentativa. 5. No que diz respeito ao quantum de aumento da pena-base,"o Superior Tribunal de Justiça entende que o julgador não está adstrito a critérios puramente matemáticos, havendo certa discricionariedade na dosimetria da pena, vinculada aos elementos concretos constantes dos autos. No entanto, o quantum de aumento, decorrente da negativação das circunstâncias, deve observar os princípios da proporcionalidade, da razoabilidade, da necessidade e da suficiência à reprovação e à prevenção do crime, informadores do processo de aplicação da pena"(REsp 1599138/DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 24/04/2018, DJe 11/05/2018). 6. Na hipótese, considerando as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de roubo (4 a 10 anos de reclusão), tem-se que a pena- base (majorada em 6 meses acima do mínimo legal, diante da consideração desfavorável de uma circunstância judicial) foi fixada de acordo com o princípio da legalidade e pautada por critérios de proporcionalidade e razoabilidade, tendo sido, inclusive, benevolente ao réu. Precedentes. 7. Estabelecida a quantidade da pena em patamar superior a 4 (quatro) e não excedente a 8 (oito) anos de reclusão, e considerando a reincidência do agravante, permanece inalterado o regime inicial fechado. 8. Quanto ao pleito de dispensa da pena pecuniária,"não seria viável a isenção da pena de multa imposta ao acusado sob o argumento de que não teria condições econômico-financeiras de efetuar o seu pagamento, uma vez que esta Corte firmou o entendimento de que tal pleito carece de autorização legal, motivo pelo qual não pode ser acolhido pelo julgador"(HC 297.447/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI,

QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 13/11/2014). 9. Por outro lado, fixada a pena-base em 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, um pouco acima do mínimo legal previsto para o crime de roubo, não se revela desproporcional a pena de multa fixada em 12 dias-multa, no mínimo legal. Estabelecido o valor do dia-multa com base na condição econômica do réu, rever as conclusões das instâncias ordinárias sobre a matéria demandaria necessariamente nova análise do material fático-probatório dos autos, providência inviável em sede de recurso especial, a teor do que dispõe a Súmula 7 desta Corte. 10. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ – AgRg no AREsp: 1227478 DF 2018/0000287-0, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 13/12/2018, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. INDENIZAÇÃO À VÍTIMA. PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO. PENA PECUNIÁRIA. QUANTIDADE. MISERABILIDADE. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO INCABÍVEL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A aplicação do instituto disposto no art. 387, IV, do CPP, referente à reparação de natureza cível, na prolação da sentença condenatória, requer a dedução de um pedido expresso do querelante ou do Ministério Público, em respeito às garantias do contraditório e da ampla defesa. 2. Ao determinar a indenização de ofício, o Juízo de primeiro grau decidiu fora dos pedidos deduzidos pelo Parquet na peça acusatória, o que configura violação do princípio da correlação entre o pedido e a sentença, a justificar o afastamento da reparação. 3. A pena de multa deve ser fixada em duas etapas: a primeira com vista a definir a quantidade de dias-multa – de acordo com as circunstâncias do art. 59 do Código Penal – e a segunda, a fim de arbitrar o valor de cada dia-multa, levando-se em consideração a capacidade econômica dos réus. 4. A situação econômica dos acusados não influi no cálculo da quantidade de dias-multa. 5. Nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais. 6. O momento de verificação da miserabilidade do condenado, para fins de suspensão da exigibilidade do pagamento, é na fase de execução, visto que é possível que ocorra alteração na situação financeira do apenado entre a data da condenação e a da execução do decreto condenatório. 7. Agravo regimental não provido, com a correção de erro material no decisum agravado, para constar que o agravo foi conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial, a fim de afastar a condenação ao pagamento de indenização à vítima. (AgRg no AREsp 1309078/PI, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 16/11/2018)

A jurisprudência deste Tribunal, também, soa nesse sentido, verbis:

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, I E II, DO CP). PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03. RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVADA A MATERIALIDADE E A AUTORIA DELITIVAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA ROUBO SIMPLES. INVIABILIDADE. DEMONSTRADA A COAUTORIA E O USO DA ARMA. APLICAÇÃO DA TENTATIVA. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVADA A INVERSÃO NA POSSE. PENA DOSADA NO MÍNIMO. INVIABILIDADE DE REDUÇÃO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO. I – Nos crimes contra o patrimônio, a palavra da

vítima encontra especial relevância, quando em consonância com as demais provas dos autos. II – O crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido é classificado como crime de perigo abstrato ou de mera conduta, razão por que o simples fato de o Acusado ter sido encontrado transportando a arma, sem autorização e em desacordo com determinação legal, já configura o delito em questão, tornando desnecessária que a arma esteja municiada. III – É suficiente a concorrência de duas ou mais pessoas na execução do crime, para configuração da qualificadora "concurso de pessoas", prevista no inciso II do § 2º do art. 157 do CP. IV – Havendo provas de que o Acusado utilizou-se da arma de fogo, inclusive tendo havido a sua apreensão, não há que se falar em exclusão da majorante. V – Para consumação do delito de roubo é desnecessário que o objeto roubado tenha saído da esfera de vigilância da vítima ou que haja posse mansa e pacífica, bastando para tanto que tenha havido a inversão da posse. VI – A matéria atinente à isenção de custas e gratuidade da justiça está disposta no art. 12 da Lei nº 1.060/50, sendo de competência do Juízo da Vara das Execuções Penais. (TJ-BA – APL: 03024075420148050274, Relator: NAGILA MARIA SALES BRITO, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 13/06/2019) grifos nossos

3. DO PLEITO ABSOLUTÓRIO

Adentrando ao mérito da demanda, sustenta o Apelante, de início, a ausência de acervo probatório suficiente para embasar uma condenação por tráfico de drogas, requerendo, assim, a sua absolvição. Sem razão.

Por sua vez, não obstante a negativa do apelante quanto à prática do crime de tráfico de entorpecentes em interrogatório judicial, as argumentações defensais não merecem guarida, porquanto se visualiza a existência de elementos probatórios suficientes a lastrear, na presente hipótese, a manutenção do Decreto Condenatório.

Ademais, na medida em que o profissional encarregado da defesa técnica do réu não se desincumbiu de seu ônus de comprovar as teses de graciosa imputação, nos termos do que preconiza regra inserta no artigo 156 do CPP, não há como simplesmente acolhê-las.

A materialidade e autoria delitivas restaram sobejamente demonstradas através do auto de exibição e apreensão (fl. 17, id nº 28131830), o laudo de constatação (fl. 45, id nº 28131830), laudo toxicológico (id nº 28131848) pelos depoimentos judiciais prestados pelas testemunhas PAULA EZEQUIELA COSTA SANTOS, ANDRE PEREIRA AGULAR e MARCOS ANTONIO RODRIGUES, agentes policiais integrantes da diligência que culminou na apreensão dos entorpecentes e prisão em flagrante do Apelante.

Os depoimentos registrados nas mídias no sistema Pje Mídias apresentam relevo importante da prova produzida pela acusação, mormente pela coerência em relação aos demais elementos colacionados.

Por sua vez, o Apelante apresentou tese exculpatória em versão distinta daquela retratada pelas testemunhas, sem exhibir, contudo, qualquer prova que amparasse a sua narrativa, quedando-se inerte quanto ao seu ônus probandi. Vejamos:

"(...) conhece os termos da denúncia e os mesmos não são verdadeiros; que no dia dos fatos estava em casa e sua comadre ligou para ele e pediu para que ele fosse comprar uma comida na rua; que saiu de casa sem camisa e

logo de cara se deparou com a polícia; que os policiais pediram os documentos dele e ele estava sem; que perguntaram e tinha passagem e ele disse que sim que tinha uma passagem em 2014 por causa de furto; que os policiais perguntaram para o interrogado onde tinha droga e onde ele morava e ele disse que não sabia quem vendia droga; que não tinha nenhuma droga com ele no momento da abordagem; que os policiais pegaram a chave da casa dele e entraram, enquanto ele ficou do lado de fora e quando ele subiu os policiais já estavam com pó e pedra além da maconha que era dele, pois é usuário; que só tinha uma trouxinha de maconha; que não sabe onde os policiais encontraram o pó e a pedra; que dele só tinha a maconha; que não conhecia os policiais que o prenderam; que acha que os policiais fizeram isso com ele porque ele já tinha passagem; que tinha cento e poucos reais em casa; que também tinha um aparelho celular; que foi devolvido para sua comadre; que não é verdade o que consta do seu depoimento na delegacia no que se refere a terem os policiais encontrado as drogas atrás da geladeira; que não tinha outras drogas lá além da maconha para seu uso próprio. Dada a palavra ao Representante do Ministério Público, respondeu que: trabalhou no Forno a Lenha por quase 3 anos; que a pizzaria se localiza na entrada do Engenho Velho da Federação; que sua carteira foi assinada; que na época da prisão o mesmo estava fazendo bico na Forno a Lenha ganhando em torno de 80 reais por dia; que trabalhava segunda, sábado e domingo; que em 2014 a sua passagem foi por furto de celular. Dada a palavra ao (à) Dr.(a) Defensor do acusado, respondeu que: na delegacia estava sem advogado; que não leu antes de assinar seu depoimento na delegacia; que é usuário de maconha e que já tentou parar e não conseguiu; que é usuário desde os 16 anos; que os policiais não tinham mandado; que na verdade o local onde foi encontrado não é a Cracolândia e sim é conhecido como Serra Verde; que os policiais foram em sua casa entre 22h e 23h. E por nada mais haver, mandou o (a) Dr (a) Juiz (a) encerrar este que, lido e achado conforme, vai por todos assinado. [...]"

Os depoimentos dos agentes públicos, demonstram pertinência e unicidade fática entre si, apontando o Recorrente como o autor do crime em espeque. Outrossim, registre-se que uma vez que não há nada nos fólios que indique que os agentes públicos lhe imputaram falsamente a propriedade das substâncias entorpecentes, tampouco que possuíam algum interesse escuso em sua condenação.

Nesse diapasão, não há como afastar tal prova, colhida sob o manto do contraditório, máxime quando a Defesa não aponta fatos concretos que desabonem o testemunho, deixando de contraditá-los no momento propício. Confira-se trechos dos depoimentos das testemunhas:

Depoimento da PM Paula Eziquiela Costa Santos "(...) que se recorda dos fatos narrados na denúncia e reconhece o acusado aqui presente; que no dia dos fatos estavam incursionando pela localidade conhecida como Cracolândia, próximo ao final de linha do Vale das Pedrinhas, quando em frente a rua Cacilda encontraram um homem em atitude suspeita, em frente a um beco, usando o celular e olhando para os lados como se estivesse procurando alguém; que deram voz de abordagem e encontraram com ele algumas substâncias, que não se recorda que tipo, mas se tratava de droga; que ele disse que em casa tinha mais drogas; que foram com ele até a casa dele e encontraram no primeiro andar atrás da geladeira mais drogas em uma maleta pequena; que tinha mais de um tipo de droga, mas depoente se lembra

bem que havia cocaína; que não se lembra se encontraram petrechos ligados ao tráfico; que se lembra que encontraram dinheiro trocado, mas não lembra o valor; que não conhecia o acusado até então; que o local onde o acusado foi encontrado é conhecido como ponto de tráfico de drogas; que a depoente não sabe qual a facção que domina a localidade; que o acusado admitiu que a droga era para vender; que a droga estava toda embalada; que por sua experiência profissional acredita que aquela quantidade não é para uso; que após isso levaram o acusado para a Central de Flagrantes; que o acusado não foi reconhecido pelos policiais civis; que o acusado colaborou com a ação policial e não resistiu; que após o fato nada mais soube sobre o acusado. Dada a palavra ao (à) Defensor (a)/Advogado (a), respondeu que: houve o consentimento do acusado para que os policiais entrassem em sua casa; que o acusado entrou na casa e acompanhou toda a ação da polícia; que foi o acusado quem indicou o local onde estavam as drogas. (...)"

Depoimento do PM André Pereira Aguiar: " (...) se recorda dos fatos narrados na denúncia e reconhece o acusado aqui presente; que no dia dos fatos estavam fazendo ronda de rotina; que é comum ocorrerem denúncias de tráfico na região, mas no dia específico não se recorda se estavam atendendo alguma denúncia; que o local é ponto de tráfico de drogas; que durante a incursão visualizaram o acusado próximo a um corredor ou beco e fizeram a abordagem a ele e então encontraram substância entorpecente; que não se recorda qual era a substância e nem a quantidade; que o acusado informou que a droga era para a venda; que o acusado também informou que em sua residência havia uma outra quantidade de drogas; que na primeira abordagem lembra que encontraram um celular, mas não lembra se havia mais algum petrecho ou dinheiro com ele; que foram até a casa do acusado e lá encontraram, salvo engano, no fundo de uma geladeira mais alguma quantidade de drogas, não se recordando se foi maconha ou cocaína ou os dois; que era uma quantidade bem maior de drogas; que o local onde encontraram a droga foi indicado pelo acusado; que não se recorda se revistaram toda a casa; que não se recorda se foram encontrados petrechos ligados ao tráfico na casa; que o acusado disse que trabalhava para um traficante da área vendendo drogas; que o local em que o acusado foi abordado é denominada pela facção CP; que o acusado colaborou com a abordagem e em momento algum resistiu à prisão; que após o fato levaram o acusado até a delegacia, não se recordando se foram direto para a Central de Flagrantes ou se antes foram para a 28ª DT; que não se recorda se o acusado foi reconhecido na delegacia; que é policial militar e atua na região há 7 anos/ que após o fato nada mais soube sobre o acusado. Dada a palavra ao (à) Defensor (a)/Advogado (a), respondeu que: não se recorda que disse na delegacia que ao ser abordado só encontraram uma trouxinha com o acusado na rua; que é comum os traficantes estarem com uma quantidade pequena de drogas na rua para evitar perder para a policia; que a porta da casa do acusado já estava aberta; que o acusado acompanhou a busca dentro da casa; que o acusado indicou o local onde estava a droga; que não se recorda se encontraram petrechos ligados ao tráfico; que o local onde o acusado foi encontrado é conhecido vulgarmente como Cracolândia, inclusive pelos próprios moradores da região. Às perguntas do (a) Juiz (a), respondeu que: nada mais perguntou. [...]"

Depoimento do SD/PM MARCOS ANTONIO RODRIGUES: "(...) que: não é amigo ou parente do acusado; que se recorda vagamente do denunciado; que se lembra vagamente da prisão; que estava fazendo patrulhamento e avistaram o

indivíduo em atividade suspeita e ao o abordarem encontraram com ele certa quantidade de droga; que o acusado tentou correr mas conseguiram abordá-lo; que ficou na parte externa e não adentrou na casa para buscar a droga; que o acusado informou onde estavam as drogas (atrás da geladeira); que não se lembra da quantia nem da droga; que não conhecia o acusado nem de vista nem de nome; que nunca mais ouviu falar do réu após o ocorrido; que não sabe se o réu é ligado a facção; o réu não resistiu à prisão; Dada a palavra ao (à) Defensor (a)/Advogado (a), respondeu que: que pegaram o réu com certa quantidade de droga mas não se recorda sobre qual é o produto. Às perguntas do (a) Juiz (a), respondeu que: nada mais perguntou. [...]

Oportuno registrar que a função de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos prestados, mormente quando se apresentam coerentes e harmônicos com os demais elementos e circunstâncias colhidos dos autos, e quando oferecidos em juízo, sendo oportunizado o contraditório. Nessa esteira:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. CONDENAÇÃO BASEADA EM TESTEMUNHOS POLICIAIS. (I) NÃO INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL OBJETO DE DIVERGÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA Nº 284/STF. (II) ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A ausência de particularização dos artigos supostamente violados inviabiliza a compreensão da irresignação recursal, em face da deficiência da fundamentação do apelo raro. Súmula nº 284/STF. 2. É assente nesta Corte o entendimento no sentido de que 'O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso' (HC 165.561/AM, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 15/02/2016). Súmula nº 568/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ, AgRg no AREsp 1054663/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 04/04/2017).

“PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE DE ARMA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. CONDENAÇÃO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES. MEIO DE PROVA IDÔNEO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A Corte de origem, soberana na apreciação da matéria fático-probatória, concluiu pela existência de provas suficientes para a condenação pelo delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, notadamente em razão dos depoimentos de policiais, colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual a revisão do julgado encontra óbice na Súmula 7/STJ. 2. O depoimento policial prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a respaldar a condenação, notadamente quando ausente dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova. 3. Agravo regimental improvido.” (STJ, AgRg no AREsp 597.972/DF, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 25/10/2016, DJe 17/11/2016). (grifos acrescidos)

A jurisprudência desta Corte de Justiça, soa nesse sentido, verbis:

APELAÇÃO DEFENSIVA. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. APELANTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006, À PENA DE 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA INICIALMENTE EM REGIME ABERTO, BEM COMO PAGAMENTO DE 400 (QUATROCENTOS) DIAS-MULTA, ARBITRADO NO VALOR UNITÁRIO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO DELITUOSO. RAZÕES RECURSAIS: I. REFORMA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA, COM A CONSEQUENTE ABSOLVIÇÃO DO APELANTE DA CONDUTA TIPIFICADA AO TEOR DO ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06, SOB A ALEGAÇÃO DE QUE NÃO FICOU COMPROVADO NOS AUTOS QUE FORA O REFERIDO APELANTE QUEM COMETERA O CRIME SUB JUDICE, DEVENDO, POR ISSO, SER UTILIZADO O PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. OS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS POLICIAIS MILITARES RESPONSÁVEIS PELA PRISÃO DO APELANTE CARECEM DE CREDIBILIDADE. NÃO ACOLHIMENTO. DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES DEVIDAMENTE COMPROVADO EM RAZÃO DO AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO, DO LAUDO DE CONSTATAÇÃO E DO EXAME PERICIAL, ACOSTADOS AOS AUTOS. OS DEPOIMENTOS PRESTADOS NA FASE POLICIAL PELOS POLICIAIS MILITARES, ENCONTRAM-SE EM HARMONIA COM AS DEMAIS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS, TENDO SIDO CONFIRMADOS EM JUÍZO, SOBRE O MANTO DO CONTRADITÓRIO. PRECEDENTES. SUBSIDIARIAMENTE: II. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO CONTEXTUALIZADO NOS AUTOS QUE DEMONSTRA CLARAMENTE A PRÁTICA DA TRAFICÂNCIA, NA MODALIDADE" TRAZER CONSIGO ", ILIDINDO A PRETENSÃO DESCLASSIFICATÓRIA DO APELANTE. PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, NÃO DESCARACTERIZA A PRÁTICA DA MERCANCIA QUANDO PRESENTES OUTROS ELEMENTOS NOS AUTOS APTOS AO CONVENCIMENTO DO JULGADOR NO SENTIDO DA OCORRÊNCIA DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTE. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO NA FORMA COMO FORA IMPUTADA NA SENTENÇA VERGASTADA. APELAÇÃO CONHECIDA E JULGADA IMPROVIDA (TJ-BA Classe: Apelação, Número do Processo: 0564530-50.2014.8.05.0001, Relator (a): João Bosco De Oliveira Seixas, Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Publicado em: 09/03/2018) grifos nossos

O doutrinador Noberto Avena, ao tratar do depoimento de policiais no processo penal, ensina que " tais testemunhos são valoráveis quando harmônicos e coerentes com o restante da prova angariada aos autos, mormente quando não demonstrada pela defesa a presença de motivos que, eventualmente, poderiam levar as mencionadas testemunhas a depor falsamente perante o juízo " (Processo Penal, Ed. Método, 9ª edição, 2017, Pg. 582).

No mesmo sentido, a lição de JÚLIO FABRINI MIRABETE,"in"Código de Processo Penal Interpretado, 10ª Edição, pág. 555, RJTACRIM 48/228 e RJDTACRIM 39/255, respectivamente,"verbis":

A condição de a testemunha ser policial não a torna impedida ou suspeita para depor, devendo-se conferir à sua palavra a necessária credibilidade, decorrente da presunção de veracidade e legitimidade inerente aos atos administrativos em geral.

Importante registrar, por oportuno, que, segundo entendimento já consolidado pelo STJ, "o crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento" (HC 382.306/RS, Rel.

Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/2/2017, DJe 10/2/2017).

Vale lembrar que, para a configuração do crime de tráfico não se exige a efetiva prática de atos de comercialização da substância entorpecente. Pratica o delito de tráfico não apenas aquele que comercializa a droga, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção e da circulação de substância entorpecente, devendo ser ponderado todo o teor probatório. O tipo penal contido no art. 33, da Lei nº 11.343/2006 é crime permanente, de ação múltipla (multinuclear) e de mera conduta, de sorte que a prática de quaisquer das condutas nele constantes caracteriza o tráfico de drogas, sendo, pois, irrelevante a prova da traficância. São várias ações identificadas pelos diversos verbos e o delito se consuma com a prática de qualquer das hipóteses previstas.

Como descreve ISAAC SABBÁ GUIMARÃES:

"O tipo penal não exige como elemento subjetivo o dolo específico. Tanto é que o legislador criminalizou qualquer conduta conducente à disseminação de drogas, mesmo que a título gratuito. Portanto, o ato de oferecer gratuitamente, v.g., é configurador do ilícito. Com isso, podemos concluir que o elemento subjetivo do narcotráfico é o dolo, na sua modalidade simples. (...) O caput do art. 33 contém dezoito verbos, que indicam as condutas criminalizadas pelo legislador. Como referido acima, o legislador penal teve por intenção abranger da forma mais lata todo o iter, o qual comumente percorrer o tráfico ilícito de entorpecentes."

Dessarte, revela-se descabida a alegação de insuficiência de provas ensejadoras da responsabilidade penal do Apelante, não havendo por que se cogitar em absolvição tomando-se por base o princípio do in dubio pro reo.

Sobre o tema, colaciona-se os seguintes arestos:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. CRIME DE CONDUTAS MÚLTIPLAS E FORMAL. TER EM DEPÓSITO. CONDENAÇÃO. VALORAÇÃO JURÍDICA DOS FATOS. CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE OCORRERAM O DELITO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O tráfico ilícito de entorpecentes, crime plurinuclear ou de condutas múltiplas, formal, consuma-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. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consuma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, inclusive o depósito, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização. 3. A reavaliação dos critérios jurídicos concernentes à utilização e à formação da convicção do julgador não encontra óbice na Súmula n. 7/STJ. É que a análise dos fatos e fundamentos expressamente mencionados no acórdão recorrido não constitui reexame do contexto fático-probatório, e sim valoração jurídica dos fatos já delineados pelas instâncias ordinárias. 4. A partir da moldura fática apresentada pelo Juízo de primeiro grau e pelo Tribunal a quo, ficou demonstrada a prática do crime de tráfico na modalidade ter em depósito,

em razão da apreensão de 7 porções de maconha, pesando aproximadamente 900g, escondidas no telhado, balança de precisão e rolo de papel filme, além dos depoimentos dos policiais e da confirmação do próprio acusado acerca da aquisição de 1kg do referido entorpecente. Ademais, o fato de ser usuário não exclui a possibilidade da prática do crime de tráfico pelo acusado. 5. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no AREsp: 1624427 GO 2019/0348123-3, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Data de Julgamento: 10/03/2020, Quinta Turma, Data de Publicação: DJe 23/03/2020). (Grifos nossos)

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. HIPÓTESE DE FLAGRANTE EM CRIMES PERMANENTES. DESNECESSIDADE DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO OU AUTORIZAÇÃO. (ART. 5º, XI, CF). PRECEDENTES. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA A INFRAÇÃO PENAL SUI GENERIS DO ARTIGO 28 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO DE PROVAS. MERCANCIA. PRESCINDIBILIDADE. TIPO MISTO ALTERNATIVO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que tratando-se de crimes de natureza permanente, como é o caso do tráfico ilícito de entorpecentes, prescindível o mandado de busca e apreensão, bem como a autorização do respectivo morador, para que policiais adentrem a residência do acusado, não havendo falar em eventuais ilegalidades relativas ao cumprimento da medida (HC 345.424/SC, Rel. Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, j. 18/8/2016, DJe 16/9/2016). 3. Inviável a reversão do julgado quanto à condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas, pois, para tanto, seria necessário o revolvimento das provas dos autos, providência não admitida na via estreita do mandamus. 4. O crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento. 5. Habeas Corpus não conhecido.” (STJ, HC 382.306/RS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2017, DJe 10/02/2017).

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 4. As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amalhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do acusado pelo crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Por essas razões, mostra-se inviável a desclassificação da conduta imputada ao réu, sobretudo em se considerando que, no processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir pela condenação do agente, desde que o faça fundamentadamente, exatamente como verificado nos autos. 5. Nos termos do art. 28, § 2º, da Lei n. 11.343/2006, não é apenas a quantidade de drogas que constitui fator determinante para a conclusão de que a substância se destinava a consumo pessoal, mas também o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente. 6.

Para a configuração do delito de tráfico de drogas, não é necessária prova da mercancia, tampouco que o agente seja surpreendido no ato da venda do entorpecente – até porque o próprio tipo penal aduz "ainda que gratuitamente", bastando, portanto, que as circunstâncias em que se desenvolveu a ação criminosa denotem a traficância, tal como ocorreu no caso. (...) 8. Agravo regimental não provido. (Ag Rg no AREsp 1580132/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2020, DJe 28/05/2020) (grifos nossos)

No caso, as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção que concluem pelo acerto da condenação do Apelante pelo crime de tráfico de drogas, consoante alhures mencionado, não havendo, portanto, que se falar em absolvição, eis que suficientemente demonstradas a sua materialidade e autoria.

4. DA DOSIMETRIA DA PENA

O crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/06) é apenado com reclusão de 05 (quinze) a 15 (dez) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Na primeira fase da dosimetria a pena base foi mantida no mínimo legal e fixada em 05 anos de reclusão e 500 dias multa.

A individualização da pena é atividade discricionária do julgador, submetida, portanto, aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo revisão apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros da legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

Nesse diapasão, cumpre destacar a lição do ilustre doutrinador Guilherme de Souza Nucci:

“Mensurar a pena-base, de maneira particularizada a cada acusado, de modo a individualizá-lo, conforme o que fez e de acordo com seus atributos próprios, é a meta fundamental do magistrado, na sentença condenatória. São necessários critérios para a eleição do quantum inicial (pena-base), que deve variar entre o mínimo e o máximo cominados, em abstrato, pelo legislador, constantes dos tipos penais incriminadores. Tal mecanismo deve erguer-se em bases sólidas e lógicas, buscando harmonia ao sistema, mas sem implicar em singelos cálculos matemáticos. Não se trata de soma de pontos ou frações como se cada elemento fosse rígido e inflexível.”. (Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.)

Neste ponto, é necessário esclarecer que a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não induz a uma operação aritmética em que se atribuiria pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas por meio de cálculo matemático levando-se em conta as penas mínima e máxima cominadas abstratamente ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada.

Ademais, o que se impõe ao magistrado é apontar, motivadamente, os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado, exatamente como procedido na espécie. Da doutrina,

nesse sentido, pode-se citar:

"Nesta etapa, incumbe ao juiz valorar todas as circunstâncias e causas que envolvem o fato criminoso e que norteiam a pessoa do acusado, tornando-o um ser único no decorrer do processo de aplicação da sanção penal. Individualizar a pena é fazê-la específica do fato-crime e do homem-autor, sempre em busca dos fins retributivo e preventivo da sanção penal. [...] A fixação da pena não pode resultar de uma simples operação matemática, pois estamos diante de algo que não se relaciona com a ciência exata. Sem dúvida, depois da vida, estamos avaliando o maior de todos os bens, qual seja, a liberdade, e, para tanto, precisamos fazer aflorar todo o senso de justiça para dosar a pena necessária e suficiente à reprovação de determinada conduta (princípio da proporcionalidade)."(SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória. 13. ed. rev. e atual. Editora JusPodivm, 2019, p. 108-109)

Dessa forma mantenho a pena base no montante fixado.

Na segunda etapa não concorrem circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Na terceira fase, ausentes as causas de aumento e diminuição.

Nesta última fase da aplicação da reprimenda, insurge-se o Recorrente contra decisão da Sentenciante que, não reconheceu a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06.

Na hipótese, o Magistrado rejeitou a possibilidade de enquadramento da conduta do Réu nas prescrições do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, pelo fato de o acusado responder a outro processo.

Ademais, a incidência do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006 requer o preenchimento dos requisitos legais: a) que o agente seja primário; b) tenha bons antecedentes; c) não se dedique a atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

Ora, "dedicar-se à atividade criminosa" significa o caráter habitual com que o agente procede no exercício de uma específica e ilegal atividade: a criminalidade.

O Pleno do STF, ao julgar o RE nº 591.054/SC entendeu que ações penais em curso e inquéritos policiais não são fundamentos idôneos para afastar o tráfico privilegiado.

No mesmo sentido, é o entendimento da Quinta e da Sexta Turmas do STJ, conforme se depreende dos seguintes acórdãos a seguir:

"PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTO INVÁLIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO ENTRE AS TURMAS. WRITNÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. (...).

2. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que "A causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020). Posicionamento adotado também pela Sexta Turma deste Tribunal Superior.

3. Habeas corpus não conhecido. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução.” (STJ, HC 664.284/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe: 27/09/2021, grifos aditados).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33. § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PATAMAR MÁXIMO (2/3). POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NÃO PREPONDERANTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Para aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, o condenado deve preencher, cumulativamente, os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a pena ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto.

2. Conforme firmado pela Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.887.511/SP, a utilização supletiva dos vetores natureza e quantidade de droga para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando estiverem conjugados com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa (DJe 01/07/2021). De toda sorte, no caso, essa questão específica está preclusa para o Parquet, que não impugnou o acórdão prolatado no julgamento das apelações.

3. O mais recente posicionamento de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, em regra, inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem fundamentação idônea apta a respaldar a não aplicação do redutor especial de redução de pena relativa ao reconhecimento da figura privilegiada do crime de tráfico de drogas.

4. (...).

5. (...)

6. (...)

7. (...)

8. Agravo regimental desprovido.” (STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1936058/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 14/09/2021, grifos nossos).

A fim de guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade, fixo a pena de multa em 166 (cento e sessenta e seis) dias, ao valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Assim, resta provido o pleito de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, fazendo, pois, jus ao aludido benefício, no patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), fixando a pena em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a qual a torno definitiva.

A fim de guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade, fixo a pena de multa em 166 (cento e sessenta e seis) dias, ao valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

Por conseguinte, estabeleço o regime aberto, para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, substituindo-se a pena corporal por duas restritivas de

direitos, a serem determinadas pelo juízo de execução, eis que preenchidos os requisitos legais previstos no art. 44 do CP.

Sobre o tema, confira-se o seguinte precedente deste Tribunal:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE AUTORIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO CONDENATÓRIA RESPALDADA NO ACERVO PROBATÓRIO. DESCLASSIFICAÇÃO. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, ART. 33 DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. DE OFÍCIO, ALTERADO O VALOR DO DIA-MULTA. Provada a autoria delitiva pela convergência do inquérito policial com as provas produzidas em juízo, impõe-se a condenação. Preenchidos os requisitos do § 4º, art. 33, da Lei 11343/2006, aplica-se a causa de especial em seu grau máximo. A fixação do valor do dia-multa obedece ao previsto no art. 49, § 1º, do CP, a fim de que seja considerado o salário mínimo vigente à data do crime. (TJ-BA – APL: 05699612620188050001, Relator: INEZ MARIA BRITO SANTOS MIRANDA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 04/03/2022)

5. DO PREQUESTIONAMENTO

Por fim, quanto ao pedido de prequestionamento, destaco que ao julgador não é imposta a apreciação de todas as normas, artigos e princípios suscitados pelas partes, mas apenas dos motivos que levaram à conclusão fundamentada e objetiva da controvérsia, sobretudo quando a abordagem das matérias propostas trouxeram manifestações implícitas e explícitas sobre as pretensas violações.

6. CONCLUSÃO

Ante o exposto, conheço parcialmente e nessa extensão, dou provimento parcial ao recurso, para aplicar a causa especial de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, no seu grau máximo, estabelecendo a pena definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, cumulada com o pagamento 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário do dia-multa, ao valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato. Substituo a pena corporal por duas restritivas de direitos, a serem determinadas pelo juízo de execução. Mantendo a sentença recorrida em seus demais termos. É como voto.

Sala de Sessões, 2022.

(data constante na certidão eletrônica de julgamento)

Des. Antonio Cunha Cavalcanti

Relator

(assinado eletronicamente)

AC04