

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8012083-41.2023.8.05.0146

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: ANTONIO MARCOS DE SOUZA e outros

Advogado(s): ACACIO DE OLIVEIRA CAMPOS

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado(s):

ACORDÃO

DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL. APELANTES CONDENADOS PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. REPRIMENDAS DE 07 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO COM REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA FECHADO E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA E 01 (UM) ANO E 09 (NOVE) MESES DE RECLUSÃO COM REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA ABERTO E 120 (CENTO E VINTE) DIAS-MULTA.

PEDIDO ABSOLUTÓRIO. INVIABILIDADE. JUSTA CAUSA COMPROVADA. BUSCA PESSOAL. PROVA ILÍCITA. INEXISTÊNCIA. FUNDADAS RAZÕES A AMPARAR A BUSCA PESSOAL NOS SUSPEITOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CRIME PERMANENTE.

PLEITO PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA PARA O CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. REJEIÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS REVELANDO QUE OS ENTORPECENTES DESTINAVAM AO COMÉRCIO.

PLEITO DE CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NÃO ACOLHIDO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HÁ NA SENTENÇA FUNDAMEN-TAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA, COM A INDICAÇÃO DE ELEMENTOS E FATOS EXTRAÍDOS DOS

AUTOS, DEMONSTRANDO A REAL NECESSIDADE DE IMPOSIÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR ORA COMBATIDA, DIANTE DA PERICULOSIDADE CONCRETA DO ACUSADO, FLAGRADA COM ENTORPECENTE DE ALTO TEOR LESIVO, FORMA DE ACONDICIONAMENTO E OBJETOS QUE INDICAM A MERCANCIA HABITUAL (BALANÇA DE PRECISÃO), PREENCHENDO OS REQUISITOS DO ART. 312 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL.

PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES APREENDIDOS. RECHAÇADO. DINHEIRO APREENDIDO RELACIONADO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO.

PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA E ISENÇÃO DE CUSTAS. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. NÃO CONHECIMENTO.

PARECER MINISTERIAL PELO CONHECIMENTO PARCIAL E IMPROVIMENTO DAS INSURGÊNCIAS.

RECURSOS CONHECIDOS EM PARTE, NESTA EXTENSÃO, NÃO PROVIDOS.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação nº 8012083-41.2023.8.05.0146, em que são partes como apelantes, ANTÔNIO MARCOS DE SOUZA e KETHELEY DOS SANTOS SOUSA, e como apelado, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, em conhecer parcialmente e NEGAR PROVIMENTO aos apelos, nos termos do voto do relator.

PODER JUDICIÁRIO

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

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e não provido Por Unanimidade
Salvador, 1 de Agosto de 2024.

PODER JUDICIÁRIO

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8012083-41.2023.8.05.0146

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: ANTONIO MARCOS DE SOUZA e outros

Advogado(s): ACACIO DE OLIVEIRA CAMPOS

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado(s):

RELATÓRIO

Trata-se de Apelações interpostas por KETHELEY DOS SANTOS SOUSA e ANTÔNIO MARCOS DE SOUZA, contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Juazeiro/BA, que julgou parcialmente procedente a ação penal, para fins de condenar Antônio Marcos pelo delito do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 e Ketheley dos Santos Sousa pelo delito do art. 33 § 4º, da Lei 11.343/2006, as penas, respectivas, de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa e de 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa; absolvendo Ketheley quanto ao delito do art. 180, caput, do Código penal, por ausência de materialidade delitiva.

Isto sucede porque, segundo narrado na denúncia, que, 21/10/2023, por volta das 09h00min, nas imediações da Rua Senhor do Bonfim, no Bairro Novo Encontro, em Juazeiro, Antônio Marcos de Souza e Ketheley dos Santos Sousa foram presos em flagrante por “trazer consigo” substância do tipo drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

De acordo com a inicial acusatória, policiais militares estavam em ronda de rotina quando passaram a observar um veículo de aplicativo parado na frente da residência de um conhecido traficante da cidade. Ato contínuo, o Uber saiu, e os policiais perceberam que algo fora dispensado pela janela do fundo do carro, o que motivou fundada suspeita a proceder com a abordagem.

Afirma a peça incoativa, que verificado o conteúdo do objeto dispensado pela janela encontraram uma trouxinha com fragmentos de substância entorpecentes do tipo crack.

Diz ainda que durante a revista, inclusive com a participação de uma PM/Fem, foi encontrado 07 (sete) trouxinhas com fragmentos de crack em uma fralda infantil; uma sacola plástica com R\$ 62,00 (sessenta e dois reais);

01 balança de precisão; uma tesoura e um celular marca Motorola.

Ultimada a instrução criminal, o Decisor de primeiro grau, após analisar o contexto probatório, acolheu parcialmente a pretensão punitiva ministerial para condenar os apelantes nos termos acima descrito (I. 61772965).

Irresignada, a Defesa interpôs o presente recurso (Ids. 61772993 e 61772994) pleiteando, em suma, a absolvição dos acusados do delito do artigo 33 da lei de drogas, na forma do artigo 386, V, do CPP, pela nulidade das provas; a desclassificação do crime de tráfico para o delito de posse de drogas para consumo pessoal, tipificado no art. 28 da Lei 11.343/06; o reconhecimento da ilegalidade do flagrante em virtude da suspeita infundada, relaxando a prisão; o reconhecimento da ilegalidade do flagrante, em virtude da abordagem ilegal por falta de policial feminina na abordagem da acusada Ketheley, tornando ilícita todas as provas decorrentes dela, com base na teoria do fruto da árvore envenenada. Outrossim, pleiteia restituição dos valores apreendidos.

O Ministério Público juntou contrarrazões (Id. 61773013), onde advogou que sejam conhecidos os recursos defensivos e, no mérito, sejam-lhes negado provimento, mantendo-se a r. sentença do Juiz a quo nos exatos termos em que foi proferida.

Em segunda instância foi acostado parecer da Procuradoria de Justiça (Id. 63086887) opinando pelo “pelo conhecimento parcial, e na extensão conhecida, pelo não provimento dos apelos defensivos”.

Vieram-me os presentes autos conclusos e, na condição de Relator, após a análise processual, elaborei o presente relatório e o submeti à censura da Nobre Desembargador Revisor, que solicitou sua inclusão em pauta de julgamento.

É o relatório.

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8012083-41.2023.8.05.0146

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: ANTONIO MARCOS DE SOUZA e outros

Advogado(s): ACACIO DE OLIVEIRA CAMPOS

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado(s):

VOTO

Trata-se de Apelações interpostas por KETHELEY DOS SANTOS SOUSA e ANTÔNIO MARCOS DE SOUZA, contra sentença proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Juazeiro/BA, que julgou parcialmente procedente a ação penal, para fins de condenar Antônio Marcos pelo delito do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 e Ketheley dos Santos Sousa pelo delito do art. 33 § 4º, da Lei 11.343/2006, as penas, respectivas, de 07 (sete) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa e de 01 (um) ano e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e ao pagamento de 120 (cento e vinte) dias-multa; absolvendo Ketheley quanto ao delito do art. 180, caput, do Código penal, por ausência de materialidade delitiva.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do recurso.

Requer a Defesa, preliminarmente, o reconhecimento da ilicitude da prova em face da ausência de motivos para a busca pessoal.

Ocorre que ausente qualquer nulidade da prova produzida em razão, primeiramente, da busca pessoal – os recorrentes se encontravam em local conhecido de tráfico de substâncias entorpecentes na comarca de Juazeiro, tendo saído da residência de um conhecido traficante (William) e adentrado em um veículo de aplicativo (Uber), descartando um papelote de crack ao avistar a viatura policial, razão pela qual foram abordados e presos em flagrante na via pública na posse de 07 trouxinhas com fragmentos de crack, uma sacola plástica nos pés de KETHELEY contendo R\$ 62,00 (sessenta e dois reais), 01 balança de precisão, uma tesoura e um celular marca Motorola.

A prévia informação de que se tratava de uma zona de tráfico de drogas, o descarte de algo após avistarem a viatura policial, bem como a tentativa de evasão, deu azo à fundada suspeita e justa causa à abordagem, que culminou na apreensão da droga, repita-se, na via pública.

E em se tratando de inicial busca pessoal, destaco o comando do artigo 244, do Código de Processo Penal, assim redigido:

Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

Neste sentido:

APELAÇÃO CRIME. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E CARREGADOR DE MUNIÇÃO. PRELIMINARES. NULIDADE DA BUSCA PESSOAL E VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. REJEIÇÃO. MEDIDAS PERTINENTES FRENTE AO FATO CONCRETO. FUNDADAS SUSPEITAS E RAZÕES. REJEIÇÃO. MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENAS ADEQUADAS. APELO DESPROVIDO"(Apelação Criminal, Nº

50858050220228210001, Quarta Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Brasil de Leão, Julgado em: 13-07-2023).

Ve-se, pois, que a ação policial não decorreu de meras intuições ou impressões subjetivas dos agentes da lei, como sustentado pela defesa. Ao contrário, foi motivada pela conduta exteriorizada de forma clara e objetiva pelos recorrentes, que ao pressentirem que poderiam ser abordados pela polícia descartaram parte da droga e tentaram esconder o restante em uma fralda do filho, mas também pelo local em que desenvolvia a atividade criminosa, dados concretos que somados evidenciam, de modo satisfatório e objetivo, a fundada suspeita de que os apelantes poderiam estar em posse de objetos ilícitos, como de fato estavam.

Deste modo, o procedimento de revista pessoal em análise deu-se de forma legal, fundado na justificada probabilidade de estar o recorrente na posse de objetos ilícitos, aguardando estrita obediência às disposições do art. 244 do CPP, agindo os policiais militares dentro dos limites legais, em obediência às previsões constitucionais do art. 144, § 5º, da Constituição do Brasil.

Não é outro o entendimento consolidado do Supremo Tribunal de Justiça acerca do tema. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS . TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. NÃO CABIMENTO. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. APREENSÃO DE EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. APETRECHOS. ENVOLVIMENTO HABITUAL COM A NARCOTRAFICÂNCIA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. BUSCA PESSOAL. FUNDADAS RAZÕES. INTELIGÊNCIA POLICIAL. ATITUDE SUSPEITA DO AGENTE. DECISÃO FUNDAMENTADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A imprescindibilidade da prisão preventiva justificada no preenchimento dos requisitos dos arts. 312, 313 e 315 do CPP impede a aplicação das medidas cautelares alternativas previstas no art. 319 do CPP.

2. A apreensão de instrumentos geralmente utilizados nas atividades relacionadas ao tráfico de entorpecentes (balança de precisão, embalagens, caderno de anotações), de expressiva quantidade de dinheiro e de elevada quantidade e variedade de drogas evidencia o envolvimento habitual do agente com a narcotraficância.

3. As condições pessoais favoráveis do agente não impedem, por si sós, a manutenção da segregação cautelar devidamente fundamentada.

4. Nos termos do art. 244 do CPP, a busca pessoal independerá de mandado quando houver prisão ou fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou ainda quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar.

5. A busca pessoal é legítima se amparada em fundadas razões, se devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 720.471/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 22/2/2022, DJe de 24/2/2022.)

Alega a Defesa ainda que a abordagem feita na ré Ketheley fora ilegal, aduzindo que não havia uma Policial Feminina no ato para realização da abordagem. Sem razão.

Da simples leitura dos autos, nota-se que os policiais militares que executaram o flagrante foram firmes e unânimes em alegar que foi solicitado uma Pfem, e a abordagem pessoal realizada na Ré, foi feita por ela. Inclusive, a própria recorrente afirmou em juízo que os policiais, de

fato, chamaram uma Pfem para proceder com sua abordagem, vejamos:

"[...] KETHELEY: A gente não estava saindo da casa de William, a gente estava saindo da casa do tio dele, na época a mãe dele morava lá também.

Juiz: Passaram a noite lá, beberam, consumiram droga?

KETHELEY: Foi, aí quando foi de manhã, a gente pegou uber para ir para casa

Juiz: Consumiram o que?

KETHELEY: Crack, cocaína e bebida alcoólica

Juiz: Faz uso há quanto tempo?

KETHELEY: Pouco tempo, um ano.

Juiz: Vocês estavam no carro, os policiais chegaram?

KETHELEY: Foi, na avenida

Juiz: A senhora confirma que foi uma policial feminina que fez a revista?

KETHELEY: Sim, eles chamaram

Juiz: A droga foi encontrada onde?

KETHELEY: Na fralda

Juiz: Já estava vestindo seu filho?

KETHELEY: Não, estava embolada

Juiz: Vocês tinham adquirido onde essa droga?

KETHELEY: Na avenida

Juiz: Encontraram balança de precisão com vocês?

KETHELEY: Sim [...]" (Id. 61772942)

Destarte, absolutamente desarrazoada a alegação de que a revista na ré, KETHELEY, não fora feita por uma policial feminina, não havendo que se falar em nulidade.

Lado outro, a tese de ausência de provas para decreto de condenação decai frente ao conjunto probatório acostado ao feito, que demonstra materialidade e autoria delitivas, esta recaindo sobre os apelantes.

A materialidade do delito restou devidamente comprovada no Auto de Prisão em Flagrante de id. 421716600; no Auto de Exibição e Apreensão de id. 421716600; no Laudo de Exame Pericial de id. 421716600 e no Laudo de Exame Complementar de id. 428838235.

Nesse sentido, o Laudo de Exame Pericial detectou a presença da substância benzoilmetilecgonina (Cocaína). O alcaloide é de uso proscrito no Brasil e constante na Lista F-1 da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, ora em vigor.

Com relação à autoria, entendo que esta também restou devidamente comprovada.

Ao serem interrogados, em Juízo, os apelantes, ANTÔNIO MARCOS e KETHELEY, negaram os fatos que lhes foram atribuídos.

Contudo, a negativa de autoria sustentada pelos réus, em relação ao tráfico de droga, é inconsistente e vaga, mostrando-se em total contradição frente às demais provas colacionadas aos autos. Vejamos:

"[...] a última pessoa a embarcar, deu para perceber que estava saindo da residência de William, foi preso, várias vezes por tráfico e várias pessoas já disseram que vendiam pra ele, entrou na porta traseira e acompanhamos, quando ligamos a sirene verificamos pessoa dispensando sacolinha, foi mandado parar veículo, com rapaz foi encontrado dinheiro e a mulher a gente pediu central mandar viatura com Pfem porque ele estava muito inquieta, na busca onde ele estava sentada foi encontrada uma fralda com pedras de crack, ele estava sentada em cima da fralda das crianças com Kethley no banco, o que foi jogado para fora do carro foi recuperado, era crack, tinha balança, celular dela com restrição de furto, ela disse onde

comprou esse celular, mas não recordo, acho que ela tinha dinheiro junto com a balança, ficaram naquela confusão, ela querendo assumir e ele querendo assumir, ambos diziam ser dono, eles assumiram ter adquirido com William, novo encontro é a Cracolândia, na rua que esse William mora, qualquer horário tem usuários e várias pessoas já foram conduzidas, droga foi jogada para fora do carro do mesmo lado que Antônio Marcos estava sentado, era um Uber que estava dirigindo, não aparentavam estar sob efeito de drogas, avistei pelo menos uma pessoa saindo da casa de William e fechando a porta, uma porção foi lançada, a Pefem não foi ouvida na DEPOL, ela só deu apoio na busca pessoal, é de outra companhia, não sei dizer se nessa época William estava preso ou solto, a mãe ou vó dele foi presa saindo da casa de William, trazendo em uma bolsinha pedras de crack [...]". (Cabo PM Marcos Robério de Souza Castro)

"[...] realizando rondas em rua bem conhecida, pelo consumo e comercialização de drogas, verificamos que em frente a essa residência estaria carro e portas abertas, verificamos pessoas adentrar, acompanhamos e verificamos que o passageiro dispensou algum objeto, isso foi determinante para realizar a abordagem, sendo realizada a abordagem, verificou quantia, fiquei na segurança externa e não verifiquei quem pegou, mas era pedras análogas a crack, a senhora Kethelen estava no veículo bem nervosa, como se quisesse esconder algo, chamada policial feminina e nessa fralda encontraram pedrinhas de crack, fiz consulta no aparelho dela e constava restrição de furto ou roubo, o casal e duas crianças estavam no banco traseiro, o que foi jogado do veículo foi embalagem com pedrinhas, na delegacia houve atrito, mulher disse que assumiria tudo, ele rebateu que seria dele e ficou discussão entre ambos, não conhecia qualquer um dos dois, não houve denúncia de algum dos acusados estar traficando no local, não sei dizer se estavam usando drogas, na época da prisão não sei dizer se William estava preso, em relação a acusada foi uma Pefem que fez a abordagem, não sei informar se ela foi a delegacia [...]". (Soldado PM Glemerson Murilo Mota Barros)

"[...] participei dessa abordagem, o que motivou foi movimentação desse veículo e saindo pessoas da casa de William, conhecido ponto de venda de drogas, vimos que dispensaram algo do veículo e motivou abordagem, tinha mulher com duas crianças e chamamos outra viatura com Pefem, em uma fralda foi encontrado crack, o pacote lançado foi encontrada a mesma substância, tinha balança de precisão, dinheiro e celular com restrição, celular estava com mulher, ambos estavam assumindo, um dizia que era dele e outra dizia que era dela, havia tesoura sim, recordo de duas crianças, não conhecia esse casal, não recordo se William estava preso, eles estavam em frente a residência de William [...]". (Soldado PM Alan Custódio Pesqueira)

Registra-se que os depoimentos de policiais devem ser considerados aptos para embasar o decreto condenatório quando, além de coerentes, não apresentam nenhum indício que possa afastar a credibilidade de seus testemunhos, notadamente se confirmados em juízo, sob a garantia do contraditório.

Em outras palavras, as declarações dos policiais só perdem" a sua credibilidade se vier comprovado nos autos que têm algum interesse no deslinde da causa "(AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.390.841 – MG), o que não se verifica na hipótese em questão.

Destarte, os depoimentos dos Policiais, assim como as condições em que se desenvolveu a ação, perfazem um conjunto amplo e harmonioso do delito de tráfico de drogas, notadamente pelo fato de que foi localizada na posse

dos Réus, ANTÔNIO MARCOS e KETHELEY, substância ilícita conhecida como crack, forma de acondicionamento e uma balança de precisão.

Nota-se que a versão dada pelos recorrentes contraria todo conjunto probatório produzido nos autos, em especial os depoimentos dados em juízo pelos militares que os capturaram.

Importante salientar que para a configuração do delito previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 não é necessário que se presencie atos de mercância, por se tratar de crime permanente, de modo que a simples conduta de trazer consigo ou transportar as drogas destinadas à comercialização é suficiente para configurar o tipo penal.

A situação em que os recorrentes foram encontrados indica a prática das condutas dispostas no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, tendo sido flagrados na posse de entorpecentes (crack), a forma de acondicionamento das substâncias, além de balança de precisão, o que indica a comercialização.

De bom tom registrar que o fato do réu utilizar substâncias entorpecentes não anula a condição de praticar o delito de tráfico de drogas, inclusive é bem comum que usuários de substâncias ilícitas pratiquem o crime de tráfico para manter o uso.

Assim, tenho que o contexto probatório dos autos é suficiente para alicerçar a condenação do acusado como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, não havendo o que se falar em insuficiência de provas, ou desclassificação para o delito do art. 28 da Lei 11.343/06, como alega a Defesa dos réus, ANTÔNIO MARCOS e KETHELEY.

Requer-se, ainda, a reforma da sentença para reconhecer a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em seu patamar máximo em relação ao recorrente ANTÔNIO MARCOS.

Para o agente possuir o direito subjetivo à causa de diminuição de pena, é imperioso que todos os quatro requisitos elencados no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, estejam presentes cumulativamente, quais sejam: agente primário; bons antecedentes; não dedicação a atividades criminosas; e não integração de organização criminosa.

Da análise dos autos, constata-se que o Apelante, ANTÔNIO MARCOS, se dedica a atividade criminosa, visto que foi condenado, com sentença transitada em julgado em outras ações penais, a saber: 0506306-67.2017.8.05.0146 e 0501853-29.2017.8.05.0146, conforme Ids. 61772959 e seguintes.

Nesse mesmo sentido, segue aresto do Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser dessa causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante.

2. No caso, a instância de origem – dentro do seu livre convencimento motivado – apontou elementos concretos dos autos a evidenciar que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas.

3. A escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em

consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto.

4. O regime fechado foi fixado com base nas peculiaridades do caso concreto, notadamente em razão de a condenação ser superior a 4 anos e de a pena-base haver sido fixada acima do mínimo legal.

5. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 797.062/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 27/3/2023, DJe de 3/4/2023.)

Portanto, mister destacar que diante dos fundamentos expostos o réu, ANTÔNIO MARCOS, não faz jus a benesse de tráfico privilegiado, ao contrário da ré. Digno de nota que o réu anteriormente já fora agraciado com tal benefício.

O Apelante Antônio também pugna pelo direito de recorrer em liberdade.

Nos termos do artigo 387, § 1º, do Código de Processo Penal, ao proferir a sentença condenatória: “O juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta.”.

Em se tratando de manutenção da prisão preventiva do réu que permaneceu preso durante a instrução criminal, o magistrado poderá fundamentar a decisão na permanência dos motivos legais que ensejaram a sua decretação, não sendo necessária a motivação exauriente.

Nesse sentido, segue aresto do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 2.º, § 3.º, E § 4.º, INCISO II DA LEI N. 12.850/2013. ART. 333, PARÁGRAFO ÚNICO DO CÓDIGO PENAL. CONCURSO MATERIAL. PRISÃO PREVENTIVA. RISCO PARA A GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. NECESSIDADE DA SEGREGAÇÃO PARA IMPEDIR A CONTINUIDADE DOS CRIMES. PERICULOSIDADE DO ACUSADO EVIDENCIADA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INDEFERIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RÉU FORAGIDO. AMEAÇA PARA A APLICAÇÃO DA LEI PENAL. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. INSUFICIÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 5. Estabelece a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a manutenção da custódia cautelar no momento da sentença condenatória, em hipóteses em que o acusado permaneceu preso durante toda a instrução criminal, não requer fundamentação exaustiva. Entende-se suficiente, para a satisfação do art. 387, § 1.º, do Código de Processo Penal, declinar que permanecem inalterados os motivos que levaram à decretação da medida extrema em um primeiro momento, desde que estejam, de fato, preenchidos os requisitos legais do art. 312 do mesmo diploma (AgRg no HC 723.082/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2022, DJe 22/03/2022). 6. Considerando a indicação dos motivos que evidenciam a periculosidade do Acusado e o consequente risco para a manutenção da ordem pública, além da exposição de elementos a demonstrar a ameaça para a garantia de aplicação da lei penal, tendo em vista a sua condição de foragido, há fundamentação adequada para justificar a manutenção da prisão cautelar. (AgRg no HC n. 680.841/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022.)

Por sua vez, o artigo 312 do Código de Processo Penal dispõe que:

“A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria e de perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado.”.

Da detida análise dos autos, verifica-se que o capítulo da sentença vergastado se encontra devidamente fundamentado, demonstrando estarem presentes os requisitos legais, ressaltando a gravidade em concreto da conduta, a possibilidade de reiteração delitiva, bem como a necessidade de garantir a ordem pública. Vale o registro do trecho da sentença, conciso e fundamentado:

"[...] Não Concedo ao condenado Antônio Marcos o Direito de Apelar em liberdade, vez que presente o requisito da prisão cautelar para garantia da ordem pública (art. 312 do CPP). Com efeito, quando preso, o imputado se encontrava em cumprimento de dupla pena nesta comarca, dando indicação concreta de que provavelmente tornará a delinquir se posto em liberdade [...]."

Desse modo, indefiro o pedido de concessão do direito de recorrer em liberdade aduzido pelo réu ANTÔNIO MARCOS.

Quanto a devolução de valores, (R\$ 205,00 (duzentos e cinco reais) e R\$ 62,00 (sessenta e dois reais), no caso, o numerário apreendido com os réus, ANTÔNIO MARCOS e KETHELEY, no momento do flagrante não tinha origem comprovada, tendo sido, inclusive, um dos fundamentos para a condenação, configurando, pois, ser produto do tráfico de drogas, razão pela qual deve ser destinado à União.

Oportuno dizer também que o STJ firmou tese de que o perdimento de bens é efeito automático da sentença penal condenatória, pois se trata de decorrência lógica do art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal, segundo o qual "Todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e da exploração de trabalho escravo será confiscado e reverterá a fundo especial com destinação específica, na forma da lei":

A expropriação de bens em favor da União pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes tem previsão em foro constitucional, nos termos do art. 243, parágrafo único, da Constituição da República e decorre da sentença penal condenatória, conforme regulamentado, primeiramente e de forma geral, no art. 91, II, do Código Penal, e posteriormente, de forma específica no art. 63 da Lei n. 11.343/2006. (AgRg no AREsp 1.333.058/MS, j. 11/12/2018)

Não procede o requerimento formulado pelo recorrente, uma vez que foi condenado pelo crime de tráfico de drogas e a perda dos bens e valores relacionados ao tráfico decorrem automaticamente da sentença condenatória.

Por fim, quanto ao pedido de que sejam deferidos os benefícios da gratuidade judiciária também não pode ser acolhido, visto que, conforme pacífico entendimento jurisprudencial, "o momento adequado de verificação da miserabilidade do condenado, para tal finalidade, é na fase de execução, diante da possibilidade de alteração financeira do apenado entre a data da condenação e a execução do decreto condenatório." (STJ. AgRg no RESp 1699679/SC Julgado em 06/08/2019). Precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. HIPOSSUFICIÊNCIA. JUSTIÇA GRATUITA. DESPESAS PROCESSUAIS. SUSPENSÃO. EXIGIBILIDADE. JUÍZO DA EXECUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. É devida a condenação do réu, ainda que beneficiário da justiça gratuita, ao pagamento das custas processuais, cuja exigibilidade poderá ficar suspensa diante de sua hipossuficiência, nos termos do art. 98, § 3º, do CPC. 2. Não é possível em recurso especial analisar o pedido de justiça gratuita que visa suspender, desde já, a exigibilidade do pagamento das despesas processuais, uma vez que o momento adequado de verificação da

miserabilidade do condenado, para tal finalidade, é na fase de execução, diante da possibilidade de alteração financeira do apenado entre a data da condenação e a execução do decreto condenatório. 3. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no REsp 1699679/SC. Relator (a): Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ. Órgão Julgador: T6 – SEXTA TURMA. Data do Julgamento: 06/08/2019)

Portanto, o pedido de gratuidade da justiça não deve ser conhecido.

Sendo assim, por tudo o quanto versado, ante a existência de incerteza sobre a sucessão dos fatos, voto pelo CONHECIMENTO PARCIAL e DESPROVIMENTO DOS APELOS interpostos, mantendo-se incólume a sentença a quo.

Salvador/BA, de de 2024.

Des. Jefferson Alves de Assis –
Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal
Relator