

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000211-49.2021.8.05.0259

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: FABIO SILVA DE JESUS JUNIOR

Advogado (s): EDUARDO ESTEVÃO CERQUEIRA BITTENCOURT FILHO, MARIA GIANE MACIEL PONTES

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

APELAÇÃO CRIMINAL. DEFESA. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DELITIVA PREVISTA NO ART. 33 DA LEI 11.343/06 PARA A INSCULPIDA NO ART. 28 DA MESMA LEI FEDERAL. IMPOSSIBILIDADE. PROVA ROBUSTA DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO ESTATUÍDO NO § 4º DA LEI DE ENTORPECENTES. TEMA 1.139. STJ. CONCEDIDO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO, DETERMINANDO DE IMEDIATO A RESPECTIVA EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA.

1. A materialidade do crime resta certificada no Laudo Pericial Definitivo (Id 29900402), de onde se extrai que a substância apreendida trata-se de Tetrahydrocannabinol (THC) e Benzoilmetilecgonina (cocaína), as quais são de uso proscrito no Brasil, nos termos da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde.

2. De igual modo, não prosperam dúvidas acerca da autoria delitiva, uma vez que se encontram presentes nos autos elementos suficientes a ensejar a condenação lançada, mormente dos depoimentos harmoniosos prestados pelos policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante do Apelante e da confissão deste na fase extrajudicial.

3. Certo é que, no caso em epígrafe, a força do conjunto probatório carreado não se resume apenas nos testemunhos dos policiais, mas, em especial, na diversidade e na forma de acondicionamento das drogas apreendidas, como 17 (dezessete) porções de erva seca prensada de cor verde (maconha) e 09 (nove) eppendorffs amarelos translúcidos (cocaína), além da confissão extrajudicial detalhando a prática do crime de tráfico

de drogas e o nome da pessoa para quem o Apelante comercializava, com minúcias acerca do atores responsáveis pela liderança e disputa do tráfico na região.

4. Consequentemente, restada provada a autoria do delito, levando-se em conta que não aflorou da instrução criminal qualquer fato novo que pudesse infirmar o conteúdo da denúncia, tem-se que o aventado pedido de desclassificação do delito previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06 para o tipo penal do artigo 28 da mesma lei não encontra adinículo de apoio no acervo probatório reunido.

5. Com efeito, analisado o caso concreto, revela-se estar preenchidos os requisitos cumulativos para reconhecimento do tráfico privilegiado, por se tratar de réu primário, portador de bons antecedentes e por não haver nos autos provas de que o Apelante se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa.

6. Os argumentos apresentados pela Procuradoria de Justiça de que o réu não faz jus a benesse pelo fato de responder a outra ação penal (nº 0000884-19.2017.8.05.0228), não é fundamento idôneo para negar tal pleito à luz do mais recente posicionamento da Corte Cidadã. Esse entendimento restou solidificado por meio de decisão da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o rito dos recursos especiais repetitivos (Tema 1.139), o qual estabeleceu a tese de que é vedada a utilização de inquéritos ou ações penais em curso para impedir a aplicação da redução de pena pela configuração do chamado tráfico privilegiado (artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006).

7. Assim, a ausência de sentenças definitivas, bem como a inexistência nos autos de elementos idôneos capazes de demonstrar a dedicação às atividades criminosas, destacados exemplificadamente pela própria Corte Superior (Resp nº 1979027/PR), como; escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime, denota que a concessão da benesse na hipótese vertente é medida que se impõe.

8. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE, para redimensionar a reprimenda do delito inserto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, a razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente na data do fato, bem como para modificar o regime para aberto, substituindo, ao final, a pena privativas de liberdade por duas restritiva de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO nº 8000211-49.2021.8.05.0259, em que figura, como Apelante, FÁBIO SILVA DE JESUS JÚNIOR e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os Senhores Desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO, nos termos do voto do Relator.

ABELARDO PAULO DA MATTA NETO
PRESIDENTE/RELATOR

PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade
Salvador, 8 de Novembro de 2022.

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000211-49.2021.8.05.0259

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: FABIO SILVA DE JESUS JUNIOR

Advogado (s): EDUARDO ESTEVÃO CERQUEIRA BITTENCOURT FILHO, MARIA GIANE MACIEL PONTES

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

RELATÓRIO

FÁBIO SILVA DE JESUS JÚNIOR, por meio de advogado constituído nos autos, irresignado com a sentença prolatada pelo MM. Juízo da Vara Crime da Comarca de Terra Nova – BA, que o condenou à pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão em regime inicial fechado e 500 (quinhentos) dias-multa, à base de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos delituosos, interpôs o presente recurso de APELAÇÃO objetivando reformar o respeitável decism.

No Id 29900489, a sentença condenatória.

De proêmio, em prestígio aos preceitos da celeridade e da economia processual, e tendo em vista ali se externar suficientemente, no que relevante, a realidade da marcha processual até então desenvolvida, adota-se o relatório da supracitada sentença, a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto.

Em sede de razões (Id 29900499), a Defesa pugnou pela desclassificação da conduta para a prevista no art. 28 da Lei 11.343/06, por se tratar de usuário de drogas, bem como, subsidiariamente, pela redução da reprimenda imposta, com a aplicação da causa de diminuição insculpida no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, no seu patamar máximo; além da mudança do regime prisional aplicado e, ainda, em caso de possibilidade, na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Por fim, pugna seja garantido o direito de apelar em liberdade.

O Ministério Público, por sua vez, apresentou contrarrazões pela integral manutenção do decism (Id 29900508).

A Procuradoria de Justiça ofertou parecer pelo provimento parcial do recurso para que o regime inicial de cumprimento de pena seja alterado para o semiaberto (Id 32786145).

Retornando-me os autos à conclusão, neles lancei a presente sinopse, submetendo-a à Eminente Revisão.

É o suficiente a relatar.

Des. Abelardo Paulo da Matta Neto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma
Relator

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000211-49.2021.8.05.0259

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: FABIO SILVA DE JESUS JUNIOR

Advogado (s): EDUARDO ESTEVAO CERQUEIRA BITTENCOURT FILHO, MARIA GIANE MACIEL PONTES

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

VOTO

Ao exame dos autos, defluiu-se cuidar-se de Apelação Criminal manifestada contra sentença condenatória proferida por Juiz singular, revelando-se, à luz do art. 593, I, do Código de Processo Penal, patente a adequação da modalidade recursal à hipótese em que utilizada. O recurso foi interposto no prazo legal, com observância das formalidades a ele inerentes, tornando, portanto, imperativo seu conhecimento. Exsurge da peça incoativa que:

“(…) Em 25.03.2021, por volta das 10:40 h, na Rua Maria Quitéria, atrás da Secretaria de Educação, centro, Terra Nova/BA, FÁBIO SILVA DE JESUS JÚNIOR, vulgo “BINHO”, mantinha em depósito e expôs a venda drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Segundo o apurado, quando a guarnição da Polícia Militar adentrou na Rua Maria Quitéria, alguns indivíduos empreenderam fuga para o interior de uma casa abandonada, pulando o muro para terem acesso a uma casa vizinha, que também servia de ponto de mercancia. Os policiais tiveram acesso à casa pelos fundos, onde encontraram FÁBIO SILVA DE JESUS JÚNIOR, conhecido por “BINHO”, que relatou que trafica para “BAIANÃO” e que tinha em sua posse certa quantidade de droga escondida no fundo do telhado de forro de PVC, sendo: dezesseis trouxinhas da substância com característica de ser maconha e nove pinos da substância aparentando ser cocaína. Diante das evidências, foi dada voz de prisão em flagrante delito a FÁBIO SILVA DE JESUS JÚNIOR, conhecido por “BINHO”.

Interrogado pela Autoridade Policial, o flagranteado afirma que no momento da prisão em flagrante estava “dormindo na residência de D. Edinha, genitora de Pio Pio”, conhecido do interrogado, quando por volta das 10:40 h chegaram duas viaturas da polícia militar e, após investida no local encontrou no forro do telhado desta casa, as drogas: dezessete trouxinhas da droga conhecida como maconha e nove pinos da substância conhecida como cocaína; que o interrogado comercializa as referidas drogas para seu tio, o traficante conhecido como “Baianão”. Disse, ainda, que Baianão” comanda a facção CV com “Tonho Galego” que vivem em “pé de guerra” com a facção do BDM para o controle do tráfico de droga na região; que o CV tem braços em alguns Distritos de Terra Nova, como o Distrito do Rio Fundo e quem trabalha para a facção CV é “Carral”; que, pela disputa do tráfico de droga na região é que estão ocorrendo vários homicídios neste Município, uns matando outros entre as facções rivais; que o interrogado já tem uma passagem por tráfico de drogas na delegacia de Terra Nova e outra na Delegacia de Santo Amaro, por roubo, onde assaltou uma pessoa a mão armada, subtraindo o seu aparelho celular. Conforme laudo preliminar de constatação anexo, foram apreendidas com o denunciado 9 g de maconha e 31 g de cocaína. (...) (sic)”

Após a regular instrução do feito, o Apelante foi condenado à pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão em regime inicial fechado e 500 (quinhentos) dias-multa, à base de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos delituosos pela prática delitiva inculpada no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006.

Diante do contexto fático, o Apelante interpôs o presente recurso pugnando, inicialmente, pela desclassificação da conduta para a prevista no art. 28 da Lei 11.343/06, por se tratar de usuário de drogas, bem como, subsidiariamente, pela redução da reprimenda imposta com a aplicação da causa de diminuição inculpada no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, no seu patamar máximo, além da mudança do regime prisional aplicado e, ainda, em caso de possibilidade, na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Por fim, pugna seja garantido o direito de apelar em liberdade.

Com parcial razão à Defesa.

1. DA COMPROVADA MATERIALIDADE E AUTORIA

A materialidade do crime resta certificada no Laudo Pericial Definitivo (Id 29900402), de onde se extrai que a substância apreendida trata-se de Tetrahydrocannabinol (THC) e Benzoilmetilecgonina (cocaína), as quais são de uso proscrito no Brasil, nos termos da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde.

De igual modo, não prosperam dúvidas acerca da autoria delitiva, uma vez que se encontram presentes nos autos elementos suficientes a ensejar a condenação lançada, mormente dos depoimentos harmoniosos prestados pelos Policiais Militares que efetuaram a prisão em flagrante do Apelante e da sua confissão na fase extrajudicial.

Com efeito, os Policiais Militares, confirmando o que relataram na fase policial, em Juízo, de maneira coerente e harmônica, esclareceram todo o contexto fático envolvendo a prisão em flagrante do Apelante. Vejamos:

“que se recorda dos fatos; que o depoente já tinha conhecimento da existência de tráfico de drogas na região e outros crimes ligados a

facções que estão em guerra; que ao chegar no local, alguns elementos correram e pularam o muro, adentrando em uma residência; que um dos elementos encontrado foi o de nome FABIO; que ao ser abordado foi encontrado certa quantidade de drogas; que ao ser questionado, ele informou que estava no local vendendo drogas para um indivíduo conhecido como BAIANÃO; que não se recorda há quanto tempo o acusado disse que traficava, mas o depoente já tinha ouvido falar dele, através de denúncias anônimas apontando o acusado, conhecido como BINHO, como uma das pessoas diretamente ligadas ao elemento identificado como BAIANÃO; que não conhecia o acusado pessoalmente, só através de fotos que informantes mandavam; que nunca o abordou; que as drogas foram encontradas no mesmo local da abordagem, dentro de uma casa indicada por ele, onde o mesmo se encontrava; que a droga estava dentro de um forro pvc; que foram encontradas uma pequena quantidade de maconha, cocaína e apreendido um celular; que no momento da abordagem outras pessoas correram, e, salvo engano, na casa tinha uma mulher grávida que era companheira do acusado (...)" (depoimento da testemunha de acusação CB PM Cristiano Ribeiro Bonfim, realizada por meio de gravação audiovisual, extraído do link <https://playback.lifesize.com/#/publicvideo/31756d6a-4548-4d56-aeef-3c998a21d728?vcpubtoken=c8a17768-51b7-4266-bf1e-d7fbfad413d9>)

“(...) se recorda que no dia do fato foi pedido apoio para averiguar uma denúncia de tráfico onde encontrou um casa abandona como ponto de drogas; que ao chegar no local, alguns indivíduos correram; que essa casa abandonada dava acesso a outra casa do lado, momento em que encontrou o acusado e esposa; que, salvo engano, foi o próprio acusado que falou onde estavam as drogas, pois foi uma outra guarnição que realizou a revista (...)” (depoimento da testemunha de acusação SD PM Dayan Darle Santos Souza, realizada por meio de gravação audiovisual, extraído do link <https://playback.lifesize.com/#/publicvideo/31756d6a-4548-4d56-aeef-3c998a21d728?vcpubtoken=c8a17768-51b7-4266-bf1e-d7fbfad413d9>).

A Defesa não apresentou testemunha.

Na fase policial, o acusado confessou a autoria delitiva, narrando, detalhadamente, o seguinte:

“(...) DISSE QUE: se encontrava na manhã de hoje, dormindo na residência de D. Edinha, genitora de "Pio Pio" conhecido do interrogado, quando por volta das 10:40h chegaram duas viaturas da policia militar e, após investida no local encontrou no forro do telhado desta casa, as drogas: dezessete frouxinhas da droga conhecida como maconha e nove pinos da substância conhecida como cocaína; que o interrogado comercializa as referidas drogas para o traficante "Baianão" tio do interrogado; que "Baianão" comanda a facção CV juntamente com "Tonho Galego" que vivem em "pé de guerra" com a facção do BDM para o controle do tráfico de droga na região; que o CV tem braços em alguns Distritos de Terra Nova, como o Distrito do Rio Fundo e quem trabalha para a facção CV é "Canal"; que, pela disputa do tráfico de droga na região é que está ocorrendo vários homicídios neste Município, uns matando outros entre as facções rivais; que o interrogado já tem uma passagem por tráfico de droga nesta delegacia e na delegacia de Santo Amaro por roubo, onde assaltou uma pessoa a mão armada, subtraindo o seu aparelho celular. PERG. SE O INTERROGADO JÁ FOI PRESO OU PROCESSADO ALGUMA VEZ? RESP. que, já foi preso duas vezes, conforme acima dito. PERG. SE O INTERROGADO FAZ USO DE SUBSTÂNCIA TÓXICA

OU ENTORPECENTE. RESP. que faz uso de maconha (...)"

Entretanto, em Juízo, quando interrogado, o acusado confessou ser o proprietário das drogas, mas informou que a finalidade era para uso próprio. Negou que tenha dito na delegacia que integrava facção criminosa e que a finalidade dos entorpecentes era para o comércio. Informou ainda que comprou as drogas para uso no valor de R\$ 200,00 (duzentos) de cocaína e R\$ 170,00 (cento e setenta) de maconha.

Com efeito, os elementos nos autos mostram-se assaz suficiente para evidenciar a materialidade delitiva e a autoria do acusado, devendo-se, inclusive, extirpar qualquer questionamento quanto à validade dos depoimentos dos policiais que participaram da diligência do flagrante, pois, conforme assentado no Superior Tribunal de Justiça, inexistente óbice à sua valoração como elemento de convicção do julgador, especialmente quando robustamente colhidos na fase inquisitorial e ratificados na instrução. Confirmam-se os seguintes precedentes (com destaques acrescidos):

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. PROVA IDÔNEA. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE ABSOLVEU O AGRAVADO. PLEITO PELA CONDENAÇÃO. CASO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO, E NÃO DE VALORAÇÃO DA PROVA. 1. Segundo entendimento desta Corte, o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal (HC n. 236.105/SC, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 12/6/2014). 2. O Tribunal de origem, diante de duas versões, decidiu pela absolvição em razão da máxima in dubio pro reo, já que o acusado, a todo momento, negou a posse da droga. Rever tal entendimento demandaria a incursão no acervo fático-probatório dos autos, o que é incabível em recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 3. Valorar juridicamente a prova é aferir se, diante da legislação pertinente, um determinado meio probatório é apto para provar algum fato, ato, negócio ou relação jurídica. 4. No caso concreto, não se debate se determinado tipo de prova pode ser juridicamente utilizado como meio probatório para dar suporte a uma condenação criminal. O que se pretende é que esta Corte verifique se o conteúdo do conjunto probatório autorizaria a condenação do réu. 5. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1505023/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 22/09/2015)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PROCESSUAL PENAL. ARTS. 157, § 3.º, SEGUNDA PARTE, C.C. O ART. 14, INCISO II, E ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, C.C. OS ARTS. 14, INCISO II E 29, NA FORMA DO ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS ARROLADAS EM DEFESA PRÉVIA OFERECIDA INTEMPESTIVAMENTE. TESE DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE PARCIALIDADE DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. INEXISTÊNCIA. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista

taxativamente na Constituição da República. (...) 5. Os depoimentos dos agentes policiais merecem credibilidade como elemento de convicção, máxime quando corroborados com outras provas produzidas nos autos, constituindo-se, assim, elemento apto a respaldar a condenação. 6. A desconstituição dos éditos condenatórios respaldados pelos depoimentos produzidos na fase judicial, implica reexame do conjunto fático-probatório, providência incompatível com a via estreita do writ. 7. Ordem de habeas corpus não conhecida." (HC 254.373/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 26/02/2014).

Certo é que, no caso em epígrafe, a força do conjunto probatório carreado não se resume apenas nos testemunhos dos policiais, mas, em especial, na diversidade e na forma de acondicionamento das drogas apreendidas, como 17 porções de erva seca prensada de cor verde (maconha) e 09 (nove) eppendorffs amarelos translúcidos (cocaína), além da confissão extrajudicial detalhando a prática do crime de tráfico de drogas e o nome da pessoa para quem o Apelante comercializava, com minúcias acerca dos atores responsáveis pela liderança e disputa do tráfico na região. Não se pode olvidar, por sua vez, a desnecessidade para a caracterização do tráfico ilícito de entorpecentes que o agente seja flagrado no exato momento da mercancia, uma vez se tratar de crime de condutas múltiplas. Sobre o assunto, bastante elucidativo o seguinte julgado:

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. MATÉRIA QUE JÁ FOI OBJETO DE DISCUSSÃO NESTA CORTE EM HC ANTERIOR. PRISÃO PREVENTIVA. INDEVIDA INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. 1. As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do acusado pelo crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Por essas razões, mostra-se inviável a absolvição do agravante, sobretudo em se considerando que, no processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir o mérito da pretensão punitiva, para condenar ou absolver, desde que o faça fundamentadamente, tal como ocorreu no caso. 2. 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. 3. Para entender-se pela absolvição do réu, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência, conforme cediço, incabível em recurso especial, a teor do que estabelecido na Súmula n. 7 do STJ. 4. A pretendida incidência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas já foi objeto de discussão nesta Corte Superior de Justiça, por ocasião da impetração do HC n. 621.535, já julgado. 5. Configura indevida inovação recursal a apresentação de tese jurídica somente por ocasião do agravo regimental. 6. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido. (AgRg nos EDcl no AREsp 1917794/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 14/12/2021). (Grifos aditados)."

Consequentemente, restada provada a autoria do delito, levando-se em conta

que não aflorou da instrução criminal qualquer fato novo que pudesse infirmar o conteúdo da denúncia, tem-se que o aventado pedido de desclassificação do delito previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06 para o tipo penal do artigo 28 da mesma lei não encontra adminículo de apoio no acervo probatório reunido.

Sem maiores digressões, infere-se que a pretensão acusatória demonstra-se devidamente robustecida pelo arsenal probatório erigido aos autos, de forma que o pleito de desclassificação suscitado pela Defesa carece de alicerce sólido.

2. DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

Noutro giro, no que tange à dosimetria, com razão a Defesa.

Em que pese o cuidadoso acerto quando da fixação da sanção basilar no quantum mínimo, o juízo a quo não concedeu o privilégio pleiteado.

Ocorre que o § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06 disciplina que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3 “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. A margem de discricionariedade a cargo do magistrado tem por objetivo melhor se adequar à individualização da pena, permitindo que as sanções em concreto estejam proporcionais ao dano efetivamente causado.

Acerca da matéria em análise, cumpre destacar que o motivo de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/2006 é justamente o de punir com menor rigor o pequeno traficante.

Simplificando, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida e que, ao cometer um fato isolado, incide na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada Lei Federal.

A propósito, sobre o tema, cumpre trazer à luz precedente do Superior Tribunal de Justiça: "A mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06." (AgRg no REsp n. 1.389.632/RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, 5ª T, DJe 14/04/2014).

No caso em tela, o Juízo de primeiro grau sequer justificou o motivo que o levou a indeferir a causa da diminuição pleiteada.

Com efeito, analisado o caso concreto, revela-se estar preenchidos os requisitos cumulativos para reconhecimento do tráfico privilegiado, por se tratar de réu primário, portador de bons antecedentes e por não haver nos autos provas de que o Apelante se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa.

Os argumentos apresentados pela Procuradoria de Justiça de que o réu não faz jus a benesse pelo fato de responder a outra ação penal em andamento (nº 0000884-19.2017.8.05.0228), não é fundamento idôneo para negar tal pleito à luz do mais recente posicionamento da Corte Cidadã.

Esse entendimento restou solidificado por meio de decisão da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o rito dos recursos especiais repetitivos (Tema 1.139), o qual estabeleceu a tese de que é vedada a utilização de inquéritos ou ações penais em curso para impedir a aplicação da redução de pena pela configuração do chamado tráfico privilegiado (artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006).

Calha acentuar ainda que, também não assiste razão a alegação da

Procuradoria de Justiça de que um dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do Apelante tinha conhecimento de denúncias anônimas acerca da vida pregressa do Apelante, visto que tal argumento é diminuto para demonstrar sua dedicação às atividades criminosas e/ou que integre organização criminosa, notadamente porque o único policial que já tinha ouvido falar no Apelante, CB PM Cristiano Ribeiro Bonfim, afirmou em juízo que nunca o abordou ou encontrou o mesmo cometendo ilícitos, pois sequer o conhecia pessoalmente, apenas por foto.

Assim, a ausência de sentenças definitivas, bem como a inexistência nos autos de elementos idôneos capazes de demonstrar a dedicação à atividades criminosas, destacados exemplificadamente pela própria Corte Superior (Resp nº 1979027/PR), como; escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime, revela que a concessão da benesse na hipótese vertente é medida que se impõe.

3. DOSIMETRIA/FIXAÇÃO DE REGIME

O exame da sentença evidencia que, na primeira fase do cálculo dosimétrico pelo delito de tráfico, o Julgador de primeiro grau não valorou negativamente as circunstâncias judiciais, fixando a pena-base, no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

No tocante à segunda fase da dosimetria, não foram reconhecidas agravantes. Apesar de serem reconhecidas as atenuantes etária e da confissão espontânea, o juízo a quo, adequadamente, deixou de aplicá-las seguido orientação do Superior Tribunal de Justiça sedimentada na Súmula 231.

Na terceira e última fase, ausentes causas de aumento. Contudo, como explicitado acima, merece acolhimento o pleito para ser reconhecida a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, na fração de 2/3 (considerando a quantidade dos entorpecentes, no total de 40 g), tornando a reprimenda definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, na razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato.

Totalizada a pena em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em consonância com o discurso legislativo do art. 33, § 3º c/c art. 33, § 2º, c, todos do Código Penal, fixo o cumprimento da pena no regime aberto.

A derradeiro, diante da quantidade de pena cominada e dos critérios do art. 44 do CPB, mostra-se adequada a substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução.

4. CONCLUSÃO

À vista desses fundamentos, sopesados em cotejo com a realidade dos autos, e em alinhamento à compreensão externada pelos arestos aqui transcritos, igualmente adotados como fundamentação decisória, evidencia-se o parcial acerto meritório da decisão vergastada.

Ex positis, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, para redimensionar a reprimenda do delito inserto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, a razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente na data do fato, bem como para modificar o regime para

aberto, substituindo, ao final, a pena privativas de liberdade por duas restritiva de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução.

Por derradeiro, concedo ao presente Acórdão força de Alvará de Soltura em favor de FÁBIO SILVA DE JESUS JÚNIOR, para que seja posta, in continenti, em liberdade, salvo se estiver custodiada por outro motivo.

Cadastre-se o Alvará de Soltura no BNMP.

Comunique-se, com urgência, ao Juízo de primevo.

Des. Abelardo Paulo da Matta Neto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma
Relator