

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0510438-15.2020.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: ALEX SANTOS DE JESUS

Advogado (s): CARLA IZABELE ALMEIDA LIMA

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

Advogado (s):

02

ACORDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS POLICIAIS PRESTADOS SOB O MANTO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACERTADAMENTE EXASPERADA EM RAZÃO DA GRANDE QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APRENDIDA. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE REDUÇÃO DA PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA NO MÍNIMO LEGALMENTE ESTABELECIDO. OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. TESE N. 712 DO STF. REPERCUSSÃO GERAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA JÁ VALORADAS NA PRIMEIRA FASE DO PROCEDIMENTO DOSIMÉTRICO. REFORMA DA SENTENÇA PARA APLICAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA DE 2/3. MANTIDO O REGIME SEMIABERTO, PARA INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA, EM RAZÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NA PRIMEIRA FASE DO PROCEDIMENTO DOSIMÉTRICO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME QUE INDICAM A INSUFICIÊNCIA DESSA SUBSTITUIÇÃO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INFERIOR A QUATRO ANOS, PRIMARIEDADE E BONS ANTECEDENTES. CONCESSÃO. RECURSO CONHECIDO E

PARCIALMENTE PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL nº 0510438-15.2020.8.05.0001, em que figura como apelante ALEX SANTOS DE JESUS, por intermédio da patrona constituída, bela. CARLA IZABELE ALMEIDA LIMA, OAB/BA nº 45.182, e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

Acordam os Desembargadores componentes da 1ª Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, conhecer do recurso e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, nos termos do voto do Relator.

Salvador, data registrada no sistema.

JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO
SUBSTITUTO DE SEGUNDO GRAU – RELATOR

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

DECISÃO PROCLAMADA

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

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0510438-15.2020.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: ALEX SANTOS DE JESUS

Advogado (s): CARLA IZABELE ALMEIDA LIMA

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

Advogado (s):

02

RELATÓRIO

Vistos.

Narra a denúncia (fls. 01-04) que:

“[...] Consta do incluso inquérito policial que, em 24 de setembro de 2020, por volta das 16h00, o denunciado foi preso, na Avenida Dorival Caymmi, bairro Itapuã, nesta capital, uma vez que Policiais Militares constataram que transportava, em um veículo, modelo Toyota/Etios HD XS 15, cor cinza, substâncias entorpecentes, com fito de comercialização.

Segundo se logrou apurar, no dia e horário, acima especificados, os Agentes Públicos realizavam blitz, na rotatória da EBDA, Sentido Aeroporto, próximo ao Parque de Exposições, na Avenida Dorival Caymmi, quando abordaram um veículo, modelo Toyota/Etios HB Xs 15, cor cinza, placa policial OUW9C86, e, na oportunidade, verificaram que estava sendo ocupado, tão somente, pelo seu condutor que, por sua vez, se identificou como ALEX SANTOS DE JESUS, ora denunciado e, durante a busca, que foi realizada no automóvel, foi encontrada, atrás do banco do carona, uma caixa contendo 02 (dois) tabletes cocaína e 01 (um) tablete de crack.

O inculcado, em seu interrogatório extrajudicial, assumiu a posse da droga apreendida, alegando que uma pessoa, que disse não saber declinar o nome, lhe solicitou que promovesse o seu transporte, até perto de Cruz das Almas.

O material ilícito apreendido foi submetido a testes, conforme laudo pericial, acostado à fl. 27, sendo a droga apreendida identificada da seguinte forma: A) 1.969,05g (um mil novecentos e sessenta e nove gramas e cinco centigramas) de cocaína, sob a forma de pó, distribuída em 02 (duas) porções, envoltas por plástico e fita adesiva transparente, sob a forma de tablete; B) 1.035,70g (um mil trinta e cinco gramas e setenta centigramas) de cocaína, sob a forma de pedra amarelada, apresentada como 01 (uma) porção envolta em plástico e fita adesiva transparente e contida em bexiga de borracha na cor rosa, sob a forma de tablete.[...]”.

Por economia processual e em atenção ao princípio da duração razoável do processo, adoto, como próprio, o relatório da sentença de fls. 182-188, prolatada pelo Juízo de Direito da 3ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA.

Ademais, acrescenta-se que finalizada a instrução processual, o Juízo a quo julgou procedente a denúncia e condenou o réu, ALEX SANTOS DE JESUS, como incurso nas penas do art. 33, caput, da Lei 11.343/06.

Na dosimetria da pena, o juízo primevo fixou a pena-base em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, "em razão da quantidade de droga apreendida, a saber: 3.004,75g (três quilos, quatro gramas e setenta e cinco centigramas) de cocaína".

Na segunda etapa, não foram verificadas agravantes e/ou atenuantes.

Na terceira fase, não foram constatadas causas de aumento, mas aplicada a minorante do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, na fração de 1/6, considerando a grande quantidade de cocaína apreendida.

Por isso, o d. Juízo estabeleceu a reprimenda definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, em regime inicial semiaberto. Foi negado o direito de recorrer em liberdade.

Inconformada com o r. decismum, a defesa interpôs recurso de apelação (fls. 207-213). Na oportunidade, requer a absolvição do acusado e, subsidiariamente, a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, bem como conversão em penas restritivas de direitos.

Requer, ainda, a concessão do direito de recorrer em liberdade.

Em manifestação constante às fls. 218/227, o Ministério Público apresentou contrarrazões, nas quais pugnou pelo conhecimento e improvimento do recurso.

A Procuradoria de Justiça – ID nº 23422810 –, opinou pelo conhecimento e não provimento do apelo, a fim de que seja mantida inalterada a sentença vergastada.

É o relatório.

Salvador, 11 de fevereiro de 2022.

JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO
SUBSTITUTO DE SEGUNDO GRAU – RELATOR

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0510438-15.2020.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: ALEX SANTOS DE JESUS

Advogado (s): CARLA IZABELE ALMEIDA LIMA

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

Advogado (s):

02

VOTO

Vistos.

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, passo ao enfrentamento das teses suscitadas pelo apelante.

I. DA AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS.

Em análise dos fólios, percebe-se que a defesa pugna pela absolvição do apelante. Para tanto, sustenta que “nos autos não há nenhuma prova capaz de incriminar o apelante de forma concreta e inequívoca ao delito em que foi condenado, pelo contrário, existem apenas presunções de que a droga encontrada seria para a comercialização..” (fl. 211).

Inicialmente, importa registrar que o crime de tráfico pode ser evidenciado de várias formas. Sendo um crime de atividade essencialmente clandestina, a prova flagrantial do comércio ilícito não se torna indispensável, desde que apontada sua ocorrência por outros meios de prova.

Nas palavras de Flávio Gomes:

“(...) A Lei estabeleceu uma série (enorme) de critérios para se descobrir se a droga destina-se (ou não) a consumo pessoal. São eles: natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente. (...) A quantidade de droga, por si só, não constitui, em regra, critério determinante. [...] Daí a necessidade de se valorar não apenas um critério (o quantitativo), senão todos os fixados na Lei. [...]” (Nova Lei de Drogas Comentada. São Paulo, RT, 2006, p. 132-133.)

A respeito das alegações recursais, é forçoso esclarecer, inicialmente, que a materialidade delitiva está demonstrada pelo auto de exibição e apreensão constante à fl. 22, laudo preliminar de constatação das drogas apreendidas, fl. 31, e laudo de exame pericial definitivo da droga apreendida constante à fl. 115.

Acerca da autoria, a prova testemunhal autoriza o édito condenatório

proferido.

A este respeito, a testemunha RAIMUNDO FERREIRA DE SANTANA, declarou:

"[...] que participou da diligência que culminou com a prisão do acusado presente na audiência; que no dia citado na denúncia, o depoente estava em serviço extra na operação "Apolo", juntamente com outros soldados; que tinha como objetivo a realização de Blitz na região da Avenida Dorival Caymmi, sentido Aeroporto, em torno da rotatória do "EBDA"; que o depoente era comandante da guarnição; que o depoente selecionava carros suspeitos durante a diligência, e que no dia do fato narrado, o carro do acusado foi parado e feito abordagem, onde foi encontrado em posse do mesmo as drogas; que a diligência ocorreu pela tarde; que o depoente não sabe especificamente os objetos apreendidos, mas que tinham tabletes fechados de algum tipo de substância; que o material apreendido estava fracionado em três unidades; que o depoente e os outros policiais conduziram o acusado até a Delegacia; que não se recorda de qual justificativa o acusado deu para a guarnição; que não sabe informar em qual local do carro estavam os tabletes, pois o mesmo era segurança externo no dia da diligência; que os outros policiais que fizeram a busca dentro do carro e não o depoente."

A testemunha ROGERIO KRUPPE DE PONTES, declarou que:

"[...] que reconhece o acusado e participou da diligência que culminou com sua prisão; que o depoente estava participando de uma operação e Blitz e que o carro do acusado foi parado e com ele na busca foi encontrado três tabletes de droga dentro de uma caixa; que as substâncias apreendidas eram cocaína e crack especificamente; que conduziu o acusado até a Delegacia para tomar as medidas necessárias; que a diligência ocorreu no final da tarde, em torno das 17:00 horas; que o produto encontrado estava em volumes grandes; que o acusado afirmou que estava fazendo a entrega do produto para outras pessoas; que o acusado foi colaborativo em relação à prisão e busca pessoal; que os produtos apreendidos com o acusado estavam no chão do carro, dentro de uma caixa. [...]". (grifamos)

Por fim, LUIZ OTÁVIO SANTOS DE QUEIROZ declarou que:

"[...] que reconhece o acusado presente nesta audiência; que o depoente fez parte da diligência que foi lida na denúncia; que o depoente estava com sua guarnição fazendo abordagens de trânsito, onde foi parado o carro do acusado e encontrado uma embalagem atrás do banco do carona, onde continha tabletes de material ilícito; que as substâncias aparentavam ser cocaína e/ ou crack, que não tem certeza; que não sabe informar qual a quantidade do produto apreendido na delegacia; que o depoente apenas sabe que a substância era cocaína; que estavam acondicionados em três tabletes distintos; que o acusado afirmou aos policiais que ele funcionava apenas como um meio de transporte do produto; que o acusado não esboçou nenhum tipo de reação à prisão; que o depoente afirma que a caixa encontrada dentro do carro com as substâncias estava fechada. [...]". (grifamos).

Em juízo, sob o manto do contraditório e da ampla defesa, o réu ALEX SANTOS DE JESUS negou a prática do delito e afirmou que:

"[...] Que o fato lido na denúncia é verdade; que foi solicitado por uma

pessoa que conhecia de vista para pegar a encomenda no Shopping Salvador e levar até o Shopping Litoral Norte e entregar a uma pessoa; que não sabia o que continha dentro da caixa; que a pessoa que deu essa encomenda, deu a caixa lacrada e o acusado não sabia o que tinha dentro; que não sabe o nome da pessoa que lhe solicitou para fazer essa entrega; que seria pago para o acusado a quantia de R\$100,00; que o acusado nunca foi preso anteriormente; que nunca teve passagem anterior em Delegacia. [...]”.

Percebe-se, porém, do arcabouço probatório, que o apelante, efetivamente, transportava substâncias entorpecentes sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conduta que se amolda ao tipo misto alternativo do art. 33, da Lei 11.343/2006.

Outrossim, o depoimento policial é firme, congruente e harmônico, sendo idôneo ao apontar com clareza que o apelante foi detido na posse da substância conhecida popularmente como “cocaína”.

Com efeito, as declarações emanadas pelos agentes públicos, no exercício da função, são dotadas de presunção relativa de veracidade, e, por isso, não havendo elementos concretos em sentido contrário nos autos.

Verifica-se, no caso em análise, que os depoimentos dos policiais são válidos para fundamentar o decreto condenatório, já que inexistente prova ou indício de que teriam sido prestados com o fim de perseguir o acusado, ou de alcançar finalidade diversa daquela prevista no rol de suas atribuições funcionais. Nesta linha, leciona Julio Fabbrini Mirabete:

“[...] não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha. Realmente, o depoimento de policial só não tem valor quando se demonstra ter interesse na investigação e não encontra sustentação alguma em outros elementos probatórios.” (Processo Penal. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 306). (g.n.)

Vale destacar, neste sentido, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é assente no sentido de que:

“[...] é válida a prova constante em depoimento policial, pois a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. (...) “os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante constituem prova idônea, como a de qualquer outra testemunha que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestados em juízo, sob o crivo do contraditório, aliado ao fato de estarem em consonância com o conjunto probatório dos autos.” (RTJ 68/64) (g.n.)

Com efeito, a jurisprudência da Corte de Cidadania também é clara ao admitir o depoimento de policiais para subsidiar a condenação, se não existirem razões que maculem as respectivas inquirições, submetidas ao crivo do contraditório e da ampla defesa, vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. DEPOIMENTO DE AGENTE POLICIAL COLHIDO NA FASE JUDICIAL. CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS. VALIDADE. RECURSO 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 ora agravante pelo crime de associação para o tráfico, de modo que, para se concluir pela insuficiência de provas para a condenação, seria necessário o revolvimento do suporte fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado em recurso especial, a teor do Enunciado Sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. 2. São válidas como elemento probatório, desde que em consonância com as demais provas dos autos, as declarações dos agentes policiais ou de qualquer outra testemunha. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no AREsp: 875769 ES 2016/0074029-9, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 07/03/2017, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/03/2017) (g.n.)

Por outro lado, a negativa de autoria do acusado consiste em versão dissociada do contexto fático-probatório, não podendo ser valorada acima da prova documental e testemunhal produzida nos autos.

Portanto, diante dos depoimentos acima mencionados e da prova da materialidade, entendo que inexiste dúvida razoável a ser interpretada em favor do réu.

Assim, a absolvição do apelante, como pretende a defesa, não merece acolhimento, de sorte que, em nosso entender, agiu com acerto o juízo primevo.

II. DOSIMETRIA DA PENA.

Na primeira fase do procedimento dosimétrico, o juízo primevo fixou a pena-base em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, valorando negativamente a natureza e a quantidade da substância entorpecente apreendida (fls. 182-188):

“[...] Culpabilidade – O réu agiu com culpabilidade normal à espécie. Antecedentes – O réu não possui sentença penal condenatória, nem outras ocorrências criminais. Conduta Social – Não foi apresentada testemunha de defesa. Personalidade – Não possui este Juízo elementos para proceder a tal valoração. Motivo revelado nos autos. Circunstâncias – Se submetem ao próprio fato delituoso. Consequências do Crime – As comuns inerentes ao tipo. Do comportamento da vítima – Entende-se como vítima, neste caso, a sociedade como um todo. Natureza da substância ou produto apreendido – A substância apreendida em poder do acusado trata-se de cocaína (pó e pedra-crack). Quantidade da substância ou produto apreendido – A quantidade apreendida foi expressiva”.

Diante a fundamentação acima transcrita, entendo acertada a exasperação da pena-base, que resta mantida em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.

Na segunda etapa, não foram verificadas agravantes e/ou atenuantes.

Na terceira fase, não foram constatadas causas de aumento, mas aplicada a minorante do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, na fração de 1/6, considerando a grande quantidade de cocaína apreendida.

Por isso, o d. Juízo estabeleceu a reprimenda definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, em regime inicial semiaberto.

Sabe-se que o § 4º do art. 33, da Lei 11.343/2006, prevê a figura do “traficante privilegiado”, também denominada de “traficância eventual” e possui a natureza jurídica de causa de diminuição de pena a ser aplicada na terceira fase da dosimetria da pena.

Tal benesse serve, portanto, “como fator de distinção entre os neófitos e os criminosos contumazes, que representam maior periculosidade social” (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III – 11. ed, Niterói, RJ: Impetus, 2014, pág. 275). Assim estabelece o texto legal:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (g.n.)

Da leitura do texto normativo, infere-se que para ter direito à aludida minorante é necessário o preenchimento de quatro requisitos: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) não dedicação a atividades criminosas; e d) não integração à organização criminosa. A jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça é majoritária quanto à necessidade de preenchimento de todos dos requisitos, de forma cumulativa, pelo réu, para que este faça jus à benesse. É o que dispõe a seguinte Tese:

“A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas só pode ser aplicada se todos os requisitos, cumulativamente, estiverem presentes”. (g.n.)

(Vide HC 320278/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, Julgado em 01/09/2015, DJE 15/09/2015; HC 326462/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Julgado em 25/08/2015, DJE 11/09/2015; HC 328775/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgado em 25/08/2015, DJE 11/09/2015; HC 320701/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, Julgado em 01/09/2015, DJE 11/09/2015; AgRg no AREsp 685490/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Julgado em 20/08/2015, DJE 28/08/2015; AgRg no AREsp 469304/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Julgado em 04/08/2015, DJE 20/08/2015).

Em análise da sentença, nesse mister, a d. juízo asseverou:

“[...] De fato, não restou evidente a participação do acusado em associações voltadas ao tráfico ou mesmo em associações criminosas diversas, bem como o réu não registra outras ocorrências criminais, sendo primário, sem antecedentes, fazendo jus ao redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Contudo, as circunstâncias que envolveram o cometimento da infração penal em julgamento, com a apreensão de quantidade significativa de cocaína, justificam a não aplicação do redutor em seu patamar máximo, de sorte que, reduziu na fração de 1/6. Não consta causa de aumento, a qual possa interferir na dosimetria ora aplicada.[...]” (ID 12520556, grifamos).

Vê-se, portanto, que, a natureza e a quantidade das drogas apreendidas, foram utilizadas na primeira e na terceira fases da dosimetria. Não andou bem o a quo neste ponto.

É que no julgamento do RE n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral (Tese n. 712), o STF fixou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes não podem ser utilizadas em duas

fases da dosimetria da pena.

Assim, não vislumbrando outras circunstâncias para justificar a aplicação da minorante, na fração de 1/6, conforme utilizado pelo douto Juízo primevo, aplico a fração de 2/3 em razão da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006.

Estabeleço, portanto, a reprimenda definitiva em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa, no valor mínimo legal de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato.

Entretanto, ainda que efetivado o redimensionamento da pena, em benefício do réu, consoante tratado alhures, entendo ser necessária a manutenção do regime semiaberto.

Isso porque, mesmo que a reprimenda tenha sido minorada para patamar inferior a quatro anos de reclusão, o acusado teve valorada circunstância judicial desfavorável contra si, quando da primeira fase da dosimetria, fato este que autoriza o estabelecimento de regime inicial mais gravoso. No mesmo sentido, é firme o Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO TENTADO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 3. Os fundamentos utilizados no decreto condenatório constituem motivação suficiente para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso do que o indicado pela quantidade de pena imposta ao agente (art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da Súmula 440 desta Corte. Tratando-se de réu tecnicamente primário, cujas circunstâncias judiciais foram desfavoravelmente valoradas, condenado à pena de 2 anos e 8 meses de reclusão, deve a reprimenda ser cumprida em regime semiaberto. 4. Habeas corpus não conhecido.

(STJ – HC: 429972 MS 2017/0329430-0, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 12/06/2018, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/06/2018)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. REGIME INICIAL IMEDIATAMENTE MAIS GRAVOSO. SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE E CONSEQUÊNCIAS. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Tendo sido fixado o regime inicial imediatamente mais gravoso, o semiaberto, com a indicação de fundamentação concreta, evidenciada na expressa referência à circunstâncias valoradas negativamente na primeira fase de dosimetria, com base na culpabilidade e nas consequências do delito, não há ilegalidade. [...] 3. Agravo regimental improvido.

(STJ – AgRg no AREsp: 1783354 SC 2020/0289223-9, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 09/03/2021, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/03/2021)

Dessa forma, em consonância com o posicionamento atual do STJ, entendo que o acusado deve cumprir a pena privativa de liberdade em regime inicial semiaberto, não importando em ajuste na sentença, neste quesito.

IV. DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

Conforme o art. 44, do CP, as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

“I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente."

Registre-se, por oportuno, que tal substituição se encontra inserida num juízo de discricionariedade do julgador, que está atrelado às peculiaridades do caso concreto, além das condições subjetivas do agente. Ora, o apelante foi preso na posse de 1.969,05g (um mil novecentos e sessenta e nove gramas e cinco centigramas) de cocaína, sob a forma de pó, e 1.035,70g (um mil trinta e cinco gramas e setenta centigramas) de cocaína, sob a forma de pedra amarelada, circunstâncias que fundamentaram a exasperação da pena-base aplicada.

Assim, entendo ser inviável a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos, nos termos do art. 44, III, do CP, considerando que seria ela insuficiente, em face das circunstâncias do crime.

IV. DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE.

É sabido que, diante do direito fundamental da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, insculpido no art. 5º, inciso LVII, da CF/88, tem-se como regra geral que o réu/indiciado aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória.

De outro lado, porém, a ordem jurídica pátria, conforme leciona autorizada doutrina, permite que a liberdade do réu ou indiciado seja constricta, por razões de necessidade, desde que sejam respeitados os requisitos previstos em lei (NUCCI, 2020).

A prisão preventiva encontra-se inserida nesse contexto e se constitui como espécie de medida cautelar de segregação da liberdade, que deve ser decretada sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (art. 313, do CPP), ocorrerem os motivos autorizadores constantes no art. 312, do CPP, e desde que se revelem insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão.

No caso sub judice, não obstante a ocorrência de circunstância judicial desfavorável, considerando que o apelante fora condenado a pena inferior a 4 (quatro) anos e que a conduta não envolve violência ou grave ameaça ou crime hediondo, se mostra admissível a concessão do direito de recorrer em liberdade.

Sendo assim, concedo o direito de recorrer em liberdade e determino a expedição de alvará de soltura em favor do apelante, colocando-o em liberdade, salvo se por outro motivo estiver preso.

V. CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto pelo CONHECIMENTO e PROVIMENTO PARCIAL do recurso de apelação interposto, para aplicar à minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, à fração de 2/3, tornando a reprimenda definitiva do réu em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e 195 (cento e noventa e cinco) dias-multa, no valor unitário legalmente estabelecido, fixando-se o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena.

Ademais, concedo ao apelante o direito de recorrer em liberdade.

Salvador, data registrada no sistema.

JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO
SUBSTITUTO DE SEGUNDO GRAU – RELATOR

