

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA
INEZ MARIA B. S. MIRANDA

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA

APELAÇÃO CRIMINAL (417) 0506692-42.2020.8.05.0001

COMARCA DE ORIGEM: SALVADOR

PROCESSO DE 1.º GRAU: 0506692-42.2020.8.05.0001

APELANTE: JONAS ROBERT LIMA SOUZA

ADVOGADAS: GLEIDE CRISTINA DE OLIVEIRA MACEDO; CRISTIANE NOVAIS
FONSECA SAMPAIO

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

PROMOTORA: JULIANA VARELA RODRIGUES DE BARROS

RELATORA: INEZ MARIA B. S. MIRANDA

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA
PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS
COMPROVADAS. DEPOIMENTOS POLICIAIS CONSISTENTES E VÁLIDOS.
DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 28, DA LEI 11.343/2006. INCABÍVEL. CONDIÇÃO DE
USUÁRIO NÃO DEMONSTRADA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INCIDÊNCIA. AÇÃO PENAL EM
CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. DOSIMETRIA REDIMENSIONADA. APLICADO O
REGIME ABERTO. SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE
DIREITOS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. DEFERIDO ASSISTÊNCIA
JUDICIÁRIA GRATUITA. MATÉRIA AFEITA AO JUÍZO DE EXECUÇÃO. RECURSO
CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

Comprovada a materialidade e autoria delitivas, pelos elementos probatórios apresentados em juízo, sob o crivo do contraditório e ampla defesa, impõe-se a condenação.

É válido o testemunho prestado pelos policiais militares, desde que coerentes e harmônicos com as demais provas dos autos.

Não cabe falar em desclassificação do delito de tráfico de entorpecentes para uso próprio, quando as peculiaridades do caso demonstram a perpetração da traficância pelo agente.

É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06. Precedentes STJ.

Redimensionada a pena para patamar inferior a 4 (quatro) anos de reclusão e, ausentes circunstâncias judiciais desfavoráveis, impõe-se a fixação do regime aberto, e consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Estabelecido o regime aberto para cumprimento inicial da reprimenda, é imperiosa a revogação da prisão preventiva do agente, tendo em vista a desproporcionalidade entre o regime dosado e o cárcere cautelar.

As custas processuais são devidas pelo condenado, ex vi art. 804 do CPP, devendo o juízo de execução aferir a possibilidade ou não do seu pagamento, após a análise da eventual condição de miserabilidade do agente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 0506692-42.2020.8.05.0001, da comarca de Salvador, em que figura como apelante Jonas Robert Lima Souza e apelado o Ministério Público.

Acordam os Desembargadores componentes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do estado da Bahia, conforme resultado expresso na certidão de julgamento, em conhecer e dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

Salvador, data e assinatura registradas no sistema

INEZ MARIA B. S. MIRANDA
RELATORA

(12 APELAÇÃO CRIMINAL (417) 0506692-42.2020.8.05.0001)

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

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade
Salvador, 19 de Setembro de 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA
INEZ MARIA B. S. MIRANDA

RELATÓRIO

Adoto, como próprio, o relatório da sentença prolatada pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da comarca de Salvador (id. 30184553 – PJe 2º grau), acrescentando que, findada a instrução processual, a Magistrada sentenciante julgou procedente o pedido formulado na denúncia, para condenar o Réu como incurso nas sanções previstas no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, aplicando-lhe a pena de 05 (cinco) anos de reclusão, cumulada com o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente na data do fato, em regime inicial semiaberto para cumprimento de pena.

Inconformado com o decisio, a defesa interpôs recurso de Apelação, com razões, no id. 30184559, por meio das quais requereu a absolvição, em razão da insuficiência de provas. Subsidiariamente, pugnou pela desclassificação para a conduta prevista no art. 28, da Lei n.º 11.343/2006; sucessivamente, caso mantida a condenação, pleiteou pelo reconhecimento do tráfico privilegiado, com a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos e imediata soltura. Por fim, na hipótese de ser rechaçada qualquer das teses suscitadas, requereu “seja reconhecida a progressão de regime em 16%” e, ainda, a isenção das custas processuais.

Em sede de contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo conhecimento e no mérito, que seja negado provimento ao recurso (id. 30184584).

A Procuradoria de Justiça, no id. 31243626, opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso interposto.

É o relatório.

Salvador, data e assinatura registradas no sistema

INEZ MARIA B. S. MIRANDA
RELATORA

(12) (APELAÇÃO CRIMINAL (417) 0506692-42.2020.8.05.0001)

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA
INEZ MARIA B. S. MIRANDA

VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença que condenou o réu Jonas Robert Lima Souza como incurso nas penas previstas no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006.

O recurso é tempestivo e estão presentes os pressupostos de admissibilidade.

Consta na denúncia, em síntese, que no dia 02/06/2020, por volta das 18h20min, na localidade conhecida como Padre Elói, Acupe de Brotas, nesta capital, o Apelante e o corréu Gustavo Santos Barros Souza – falecido no curso da ação penal – foram flagrados em situação descrita na lei de Drogas, sendo que o Apelante trazia consigo certa quantidade de entorpecente e o corréu colaborava com o tráfico, na função de informante. Narra que a região é conhecida pela alta incidência de tráfico de drogas e que a guarnição da Polícia Militar realizava ronda de rotina na área, quando “vislumbrou a presença de dois indivíduos, de forma que decidiram por proceder uma abordagem”. Na busca pessoal, os agentes encontraram 32 (trinta e dois) pinos de cocaína, além de R\$ 200,00 (Duzentos Reais) em espécie em poder do Apelante Jonas Robert Lima Souza, nada de ilícito sendo encontrado com o corréu. Consta, ainda, que o corréu informou, após ser questionado pela guarnição, que “estaria dando suporte ao tráfico na citada rua, exercendo a função de ‘contenção’, colaboraria como informante ou segurança do tráfico de drogas na região”.

Processado e julgado, o Réu foi condenado à pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos de reclusão, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente na data do fato, em regime semiaberto como inicial de cumprimento de pena.

A defesa sustenta que não há provas suficientes para a condenação do acusado, posto que baseadas exclusivamente em depoimentos policiais e a quantidade apreendida não se mostrou significativa para indicar a traficância. Sem razão.

A materialidade e a autoria delitivas estão demonstradas pelo conjunto probatório apresentado nos autos, a teor do auto de prisão em flagrante de id, 27919516, fl. 2; auto de exibição e apreensão (id. 30184435, fls. 2, 7), laudo pericial definitivo (id. 30184456) com resultado positivo para benzoilmetilecgonina (cocaína), bem como pelos depoimentos colhidos em sede judicial, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não ensejando dúvida acerca da autoria, em relação ao delito imputado ao Apelante, consoante apontado na denúncia.

As testemunhas ouvidas em juízo, policiais responsáveis pela diligência que culminou com a prisão em flagrante do acusado, detalharam os fatos, afirmando categoricamente que a droga foi encontrada em poder do Apelante, em local conhecido pela alta incidência do tráfico de drogas, consoante se verifica nos depoimentos transcritos na r. sentença (id. 30184553):

“(...) que confirma ter efetuado a prisão do réu; que recorda que, no dia dos fatos, estava a fazer diligências na localidade do “Padre Elói” quando uma guarnição adentrou um caminho e a guarnição do depoente por outro. Os denunciados, fugindo da outra guarnição, desceram uma escada e foram interceptados na parte de baixo; que a comunidade se chama “Padre Elói”; que a polícia havia ido ao local através de diligências de rotina; que a outra guarnição também era da RONDESP; que o local da diligência é conhecido como ponto de tráfico de drogas; que a polícia faz rondas de rotina porque lá é ponto de tráfico de drogas; que os denunciados foram pegos juntos descendo as escadas; que não recorda se havia outras pessoas envolvidas; que não fez a revista pessoal em Jonas. Quem a fez foi o TEN LAURO; que não recorda qual o tipo das drogas apreendidas; que recorda que a droga estava em poder do denunciado; que a droga estava em um saco, que estava na mão do réu; que não recorda se a droga estava fracionada; que não recorda se havia um ou mais tipos de droga; que não recorda de GUSTAVO; que não conhecia JONAS anteriormente; que não havia notícia prévia acerca de JONAS pela guarnição; que não houve resistência à prisão; que JONAS não se machucou na fuga; que não obteve informações acerca de JONAS em delegacia. Dada a palavra à Defesa, o depoente respondeu: que quem fez a revista pessoal no Denunciado foi o TEN LAURO; que era o patrulheiro da viatura no dia dos fatos; que recorda que estava no local da busca; que não recorda se visualizou a busca pessoal no réu ou se só visualizou a droga depois. Não foram formuladas perguntas pela MM Juíza”. (SD/PM Carlos Alan Jesus de Oliveira).

“(...) que confirma ter efetuado a prisão do réu; que se recorda vagamente dos fatos relatados; que estava fazendo incursões pela localidade na função de motorista da viatura quando foram encontrados os réus e então, ao serem abordados, foram encontrados em poder deles os materiais ilícitos apreendidos; que não recorda os ilícitos encontrados em poder de JONAS; que havia substância entorpecente em poder de JONAS, não se recordando do tipo da droga; que presenciou a abordagem aos réus; que estava presente quando os réus foram abordados; que geralmente ficam três viaturas no bairro, mas que na avenida onde ocorreram os fatos, só estava a viatura do depoente; que a guarnição fez incursão no local porque ele é contumaz em tráfico de drogas; que os réus não estavam correndo de outra guarnição; que não sabe precisar em qual parte do bairro os réus foram abordados; que não havia informação prévia acerca do envolvimento de JONAS com o tráfico de drogas; que não conhecia JONAS anteriormente; que não recorda se foi

encontrado algum ilícito em poder de GUSTAVO; que o responsável pela abordagem ao réu foi o TEN LAURO; que viu ser localizada a substância entorpecente em poder do réu; que a substância entorpecente estava no corpo do réu, mas que não sabe dizer se estava no bolso ou dentro das calças. Dada a palavra à Defesa, o depoente respondeu: que a guarnição estava andando pelas ruas da localidade quando foram encontrados os réus na rua. Como a localidade é contumaz em tráfico de drogas, foi feita então a abordagem; que a abordagem foi feita pelo fato de o local ser contumaz em tráfico de drogas; que os réus estavam sozinhos; que geralmente quem fica vendendo a droga fica em um ponto específico esperando usuários que venham comprar droga; que os réus não resistiram à prisão. Não foram formuladas perguntas pela MM Juíza. (SD/PM Uilier Gomes dos Santos).

“(...) que confirma ter efetuado a prisão do réu JONAS; que a abordagem se deu a partir de uma diligência de rotina; que estava presente apenas a guarnição do depoente na incursão; que geralmente três viaturas ficam na região, mas que apenas a viatura do depoente fez a incursão; que o depoente foi o responsável pela abordagem aos réus; que a área da abordagem é contumaz em tráfico de drogas; que o local onde os réus estavam não tem acesso a veículos, apenas a pé, sendo uma favela. Os réus foram pegos em um beco; que os réus estavam juntos; que foi o depoente que fez a busca pessoal; que com JONAS foram encontrados pinos de cocaína; que GUSTAVO tinha um celular, sendo o “visão” do tráfico de drogas; que a droga foi encontrada junto ao corpo de JONAS; que a droga estava em pinos; que a droga era cocaína; que não havia informações prévias acerca do envolvimento de JONAS com o tráfico de drogas; que GUSTAVO era olheiro do tráfico; que GUSTAVO e JONAS confessaram a autoria delitiva; que não foi perguntado nada acerca do envolvimento dos réus com o tráfico, mas que a polícia tem conhecimento de que aquele território pertence à “Tropa do Ar”; que GUSTAVO confessou que era “visão” e JONAS confessou que estava vendendo drogas; que não recorda se foi relatado algo acerca dos antecedentes dos réus; que não sabe dizer se os réus moravam nas proximidades; que não recorda se foi feita alguma diligência em alguma residência dos réus ou indicada por eles; que os réus não resistiram à abordagem; que acredita que não foi necessário encaminhar os réus a alguma unidade de saúde. Dada a palavra à Defesa, o depoente respondeu: que o local da abordagem era uma favela com vários becos onde não passam veículos; que os réus estavam parados no momento da abordagem; que a guarnição já estava a pé quando os réus foram localizados; que os réus foram surpreendidos, não tendo dado tempo de correrem; que não recorda em qual parte do corpo do denunciado estavam as drogas, mas que as mesmas estavam em posse dele. Não foram formuladas perguntas pela MM Juíza. (TEN/PM Lauro Vieira Nascimento)

Não há dificuldade em verificar que os testemunhos colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa descrevem a dinâmica do flagrante com considerável segurança, estando harmônicos em pontos essenciais, e divergências podem ocorrer sem desnaturar o valor probante dos depoimentos – em especial, ao se considerar as inúmeras ocorrências em que as guarnições diariamente atuam e o lapso de mais de um ano e oito meses entre a data do fato e a data da audiência de instrução e julgamento.

Também não há razão plausível para colocar sob suspeita o relato de agentes públicos legitimados para o combate ao crime apenas em razão de

sua condição, em especial quando a prova oral é cotejada com outros elementos probatórios que integram o processo. Se não há indicação de vício no relato apresentado, é possível a sua utilização para fundamentar a sentença condenatória. Nesse sentido, consoante restou evidenciado, as testemunhas relataram não conhecerem o Apelante de outros fatos anteriores, e este, quando do seu interrogatório, afirmou não conhecer os policiais que os abordaram, e não há qualquer demonstração de que os agentes ouvidos teriam interesse em prejudicar o Apelante. É o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

“(...) – A conclusão obtida pelas instâncias de origem sobre a condenação do paciente foi lastreada em contundente acervo probatório, consubstanciado nas circunstâncias em que ocorreram sua prisão em flagrante – após denúncia anônima informando a polícia que dois indivíduos faziam o comércio de entorpecentes na Cohab João Cristante e em uma residência, que já era um local conhecido pela polícia como ponto de venda de drogas, razão pela qual diligenciaram até o local e lá conseguiram apreender o paciente e os entorpecentes já prontos para venda, além de numerário – (e-STJ, fls. 31/32); tudo isso a indicar que ele tinha por finalidade a prática da mercancia ilícita.

– Ademais, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso.

Precedentes. (...)” (AgRg no HC 759876/MT, da Quinta Turma. Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 16/08/2022, DJe 22/08/2022);

“(...) 1. Entende esta Corte que "os depoimentos prestados por policiais têm valor probante, na medida em que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com os demais elementos de prova dos autos, e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação injustificada do investigado, como na espécie" (AgRg no AREsp 1997048/ES, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/02/2022, DJe 21/02/2022). (...). 3. Agravo regimental improvido.” (AgRg no AREsp 2014982/MG, da Sexta Turma. Rel. Ministro Olindo Menezes – Desembargador Convocado do TRF 1ª Região –, j. 03/05/2022, DJe 06/05/2022).

0 Apelante negou as imputações narradas na denúncia:

“(...) que não são verdadeiras as acusações imputadas a si; que não foi pego com nada; que estava subindo a escada para ir comprar maconha na “boca”, pois o réu é usuário; que tem seis anos que não sabe o que é paz em sua vida e que usa maconha para conseguir dormir; que se encontrou com GUSTAVO enquanto ia comprar drogas e que o mesmo avisou que a área não estava “boa” para comprar drogas. Quando o réu estava voltando da rua, o réu foi abordado e não foi encontrado consigo nada; que os policiais estão querendo prejudicar o réu; que estava na companhia de GUSTAVO quando os policiais chegaram; que se estivesse em casa, nada disso teria acontecido; que é usuário de maconha somente; que os policiais só pegaram o réu com o isqueiro e a seda, pois estava indo comprar a maconha naquele momento. Em momento pouco anterior à sua captura, GUSTAVO vinha descendo e avisando que a área não estava “boa” para comprar drogas; que só conhecia GUSTAVO

de vista; que é trabalhador; que GUSTAVO era envolvido no tráfico de drogas, tendo a função de olheiro; que não é envolvido com facção; que a facção do Acupe de Brotas é “A Tropa”; que não foi encontrada droga com GUSTAVO. Apenas um aparelho celular pequena; que não sabe dizer a marca do celular; que o celular do réu era um A10; que o dinheiro apreendido em poder do réu era de sua propriedade e que na verdade foram apreendidos R\$ 250,00, mas que só foram apresentados R\$ 200,00; que não chegou a correr da polícia; que foi a outra guarnição que encontrou os pinos de cocaína, em outro lugar; que os policiais que prenderam o réu apresentaram apenas os aparelhos celulares. As droga só apareceram na delegacia quando a outra guarnição chegou; que os policiais que depuseram neste processo foram os mesmos que o revistaram; que foram os policiais que vieram por cima que apresentaram a droga; que não conhecia os policiais da guarnição que o prendeu e nem os da outra guarnição que veio por cima; que os policiais entram no bairro de gandola; que nunca havia sido preso ou revistado pelos policiais que apareceram na delegacia; que não sabe o porquê de os policiais terem conduzido o réu para a delegacia; que pelo fato de ter sido encontrado com GUSTAVO e por ter uma passagem quando menor (o réu alega ter sido o flagrante forjado nessa época) foi que foi conduzido até a delegacia; que não sabe dizer se eram os mesmos policiais que prenderam o réu quando menor; que os policiais conduziram o réu e GUSTAVO para a Central de Flagrantes; que do Acupe de Brotas, a guarnição se dirigiu diretamente para a Central de Flagrantes; que sofreu agressões quando da abordagem (murros); que GUSTAVO foi agredido porque estava “na linha” (em ligação); que os policiais deram dois murros na costela do réu; que foi preso novamente pela mesma acusação de tráfico, em Pernambués; que os policiais viram que o réu tinha passagem e então lhe forjaram outro flagrante em Pernambués; que a guarnição que o prendeu em Pernambués não era a mesma deste processo. Dada a palavra ao Ministério Público, o réu respondeu: que há uma escadaria na localidade em que foi preso; que, enquanto ia comprar drogas, encontrou com GUSTAVO, que vinha na direção oposta correndo; que GUSTAVO lhe informou que o local não estava bom para comprar drogas porque a polícia estava lá; que desceu andando, enquanto GUSTAVO desceu correndo; que GUSTAVO foi abordado mais à frente, enquanto o réu foi abordado enquanto descia a escada; que o local da abordagem tem uma escada e alguns becos. Na parte de cima fica a rua principal; que não há matagal no local. Há apenas casas; que ficou sabendo da morte de GUSTAVO quando a mãe do réu lho visitou; que mora há vinte anos no Acupe; que não sabe a razão da morte de GUSTAVO; que não tinha contato com GUSTAVO, pois nunca andou com ele. Dada a palavra à Defesa, o réu respondeu: que mora no Acupe de Brotas; que o local da abordagem era perto de onde morava”.

A versão apresentada pelo Apelante não encontra amparo nos demais elementos probatórios, restando isolada em cotejo com as provas colhidas na instrução criminal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Até mesmo as agressões supostamente sofridas restaram infirmadas pelos laudos periciais de ids. 30184458/30184459 e 30184461/30184462.

Quanto ao pedido de desclassificação para a conduta descrita no art. 28, da Lei 11.343/2006, não há lastro probatório para o seu acolhimento.

O Apelante foi flagrado com 32 (trinta e dois) pinos de cocaína, além de dinheiro, em local conhecido por ser ponto de tráfico. Ademais, embora

tenha afirmado ser usuário de maconha, com ele foi apreendida certa quantidade de cocaína. Cumpre registrar, assim, que o fato de o acusado declarar-se usuário de drogas não o impede de ser, simultaneamente, traficante, especialmente se com o fim de manter o vício, pois a forma de acondicionamento, isto é, individualizada em pequenas porções, demonstrou a finalidade mercantil das substâncias ilícitas, consoante disposição do § 2º do art. 28 da Lei nº 11.343/06.

Frise-se, por oportuno, que a caracterização do delito de tráfico de drogas prescinde da comprovação da efetiva comercialização do material, até porque o respectivo tipo penal contempla diversas condutas, dentre as quais a de “trazer consigo” substância de uso proscrito, nas quais claramente incorria o Apelante no momento do flagrante.

Assim, estando a sentença recorrida em sintonia com o conjunto probatório e, não sendo o caso de desclassificação da conduta para o art. 28 – posse para uso próprio, mantenho a condenação nas sanções previstas no caput, do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Em relação ao pleito de reconhecimento do tráfico privilegiado, assiste razão à Defesa.

O Juízo sentenciante afastou a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006, sob o fundamento de que o Apelante “responde a outra ação criminal por crime de mesma espécie (processo de nº 0507323-83.2020.8.05.0001), indicativos de que se dedica à prática de atividades criminosas” (id. 30184553, fl. 10).

Na situação em exame, não há indicativo de que a ação penal mencionada pelo Juízo primevo – para afastar a benesse do § 4º, do art. 33 da Lei nº. 11.343/2006 –, já tenha transitado em julgado. Além disso, necessário observar que na referida ação, o ora Apelante foi absolvido da imputação prevista no art. 33, caput da Lei nº. 11.343, sendo a conduta desclassificada para o tipo previsto no art. 28 do mesmo diploma legal, razão pela qual não há falar em fundamentação idônea a afastar o tráfico privilegiado, in casu.

Em situação análoga, já se posicionou o Superior Tribunal de Justiça:

“(...) 2. A Quinta Turma deste Tribunal passou a adotar o entendimento de que, com maior razão, por ser o antecedente um instituto penal subsidiário ao da agravante da reincidência, é incabível, também, a utilização de condenação anterior pelo delito de posse de drogas a título de maus antecedentes, para aumentar a pena-base, ou para justificar o afastamento do tráfico privilegiado. (...) 4. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no REsp 1916629 / MG, da Quinta Turma. Rel. Ministro Ribeiro Dantas, j. 04/05/2021, DJe 10/05/2021);

“Não obstante a natureza danosa da maioria dos estupefacientes, entende esta Corte Superior que a quantidade não expressiva da droga apreendida e a ausência de circunstâncias adicionais não impedem a aplicação do redutor privilegiado do tráfico. (...) A existência de ações penais em curso, por si só, não constitui fundamento idôneo para afastar a causa de diminuição do tráfico, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, tendo ressaltado

o Juízo de origem a primariedade e bons antecedentes do réu. (...)" (AgRg no AREsp n. 2.087.272/BA, da Sexta Turma. Rel. Ministro Olindo Menezes – Desembargador Convocado do TRF 1ª Região –, j. 21/06/2022, DJe de 24/6/2022 – grifei)

Ressalte-se, ainda, o posicionamento recentemente sedimentado na Terceira Seção do STJ que fixou tese, em recursos especiais repetitivos (Tema 1.139), vedando a utilização de inquéritos ou ações penais em andamento para impedir a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006:

“RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA.

(...) 2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso.

3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza.

4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena.

5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles.

6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante. (...)

8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a

atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais 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. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto. (...).

12. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06". A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017).

13. Recurso especial provido". (REsp 1977027 / PR, da Terceira Seção. Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 10/08/2022, DJe 18/08/2022).

Assim, merece reforma o r. decisio, a fim de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006, pelo que passo à análise da dosimetria da pena imposta ao Apelante.

Na primeira fase do cálculo dosimétrico, o Juízo a quo, à míngua de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixou a pena-base no mínimo legal, 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no valor equivalente a 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, que ratifico.

Na segunda fase da dosimetria, a Magistrada sentenciante reconheceu a circunstância atenuante da menoridade relativa, prevista no art. 65, I, do CP, contudo deixou de aplicá-la ante o óbice do Enunciado nº 231 da Súmula do STJ, que resta ratificada nesta oportunidade. Ausentes circunstâncias agravantes.

Na terceira fase da dosimetria, consoante já fundamentado, aplico a causa especial de diminuição de pena, ante a ausência de provas robustas acerca da dedicação do Apelante às atividades criminosas, estabelecendo a fração máxima de diminuição (2/3 – dois terços), em razão da diminuta quantidade da droga apreendida (17,91 g de cocaína), razão pela qual fixo a reprimenda corporal em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, além do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, na razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, tornando-a definitiva, ante a ausência de causas de aumento.

Tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, sendo o Apelante tecnicamente primário e considerando o quantum de pena aplicado, que não ultrapassa 4 (quatro) anos de reclusão, fixo o regime inicial aberto para cumprimento de pena, em consonância com o art. 33, § 2º, alínea c e § 3º, do Código Penal.

No que concerne à pena privativa de liberdade, em observância ao comando do art. 44, do CP, ante a ausência de circunstâncias judiciais

desfavoráveis e considerando a pequena quantidade do entorpecente apreendido, entendendo ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito. Nestes termos, substituo a pena corporal por duas restritivas de direitos, por igual período, a ser estabelecida pelo Juízo das Execuções Penais.

Ademais, em face da fixação do regime aberto para cumprimento inicial da reprimenda, revogo a prisão preventiva do Apelante (id. 30184491), tendo em vista a desproporcionalidade entre o regime dosado e o cárcere cautelar, devendo aguardar o trânsito em julgado da condenação em liberdade.

Por fim, quanto ao pleito de isenção de custas processuais, consoante dispõe o art. 804 do Código de Processo Penal: "A sentença ou acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido.". Registre-se que cabe ao juízo de execução a análise da condição de miserabilidade do condenado, para fins de isenção das custas processuais, ante a possibilidade de alteração da situação financeira daquele entre a data da condenação e a execução da sentença condenatória. É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: STJ, AgRg no AREsp 394.701/MG, da Sexta Turma. Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, DJe 4/9/2014; AgRg no REsp 1903125/MG, da Quinta Turma. Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 03/08/2021, DJe 06/08/2021.

Ante o exposto, conheço e dou parcial provimento ao recurso para, reconhecendo a incidência do tráfico privilegiado, redimensionar a pena aplicada, e, por consequência, alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, devendo o Apelante aguardar o trânsito em julgado da condenação em liberdade.

É como voto.

Dê-se imediata ciência deste Acórdão ao Juízo de origem.

Serve o presente como ofício e alvará de soltura em favor Jonas Robert Lima Souza brasileiro, solteiro, natural de Salvador – Bahia, nascido em 01/03/2002, portador da cédula de identidade de n.º 20.414.201-62 SSP/BA, filho de Marinalva Souza Lima e João José Silva Souza, residente e domiciliado na Rua Padre Elói, nº 35, beco Coronel Francisco Bahia, Acupe de Brotas, nesta Capital, ora recolhido na Cadeia Pública de Salvador, ou onde estiver custodiado, devendo ser imediatamente posto em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.

Sala de Sessões, data e assinatura registradas no sistema.

INEZ MARIA B. S. MIRANDA
RELATORA

