

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0001685-35.2018.8.05.0248

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: ROSÉLIA OLIVEIRA DA SILVA e outros

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

ACORDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO NO INTERIOR DE PRESÍDIO. ART. 33, CAPUT, C/C ART 40, III, DA LEI Nº 11.343/2006. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A DEMONSTRAR A MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. COAÇÃO MORAL IRRESISTÍVEL E ERRO DE TIPO NÃO COMPROVADOS. IMPUGNAÇÃO DA DOSIMETRIA. ACOLHIMENTO PARCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 231, DO STJ. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA APLICAÇÃO DA ACUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III, DO CP EM FRAÇÃO SUPERIOR A 1/6 (UM SEXTO). OCORRÊNCIA. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA COM BASE NA FRAÇÃO MÍNIMA. PRECEDENTES. REGIME ABERTO MANTIDO EM RELAÇÃO A RÉ ROSÉLIA. REGIME FECHADO PRESERVADO EM RELAÇÃO AO RÉU ELIOMAR. ISENÇÃO DA PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. REDUÇÃO. CABIMENTO. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. PLEITO DE RECORRER EM LIBERDADE PREJUDICADO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Os elementos probatórios coligidos aos autos são fortes e suficientes para produzir a certeza necessária para dar respaldo ao decreto condenatório,

não pairando dúvidas sobre a materialidade e autoria do delito de tráfico de drogas previsto no artigo 33, da Lei nº 11.343/2006.

A conduta da ré Rosélia de ingressar em estabelecimento prisional com substância entorpecente (maconha) na cavidade vaginal, visando entregar a droga para marido detento, constitui meio idôneo à consumação do tráfico de drogas, na modalidade "trazer consigo", mesmo antevendo que ela seria ou não submetida a eventual revista no presídio, inaplicável a tese de erro de tipo.

A coação moral irresistível, somente deve ser aceita como excludente de culpabilidade caso seja substancialmente comprovada por elementos concretos do processo, não bastando a simples alegação daquele que se diz vítima de coação, como na espécie.

Esta Corte de Justiça, acompanhando o ideal de uniformização e integridade da jurisprudência, tem reconhecido que a interpretação averbada no enunciado sumular 231, do STJ, se encontra de acordo com o princípio da individualização das penas e com as balizas traçadas pelos artigos 59, II, 67 e 68, do Código Penal.

Por outro lado, inexistente previsão legal para isenção da pena de multa. Desta forma, não pode o Estado abrir mão de sua execução, porque renunciaria ao título condenatório por ele próprio criado, o que é inadmissível.

Na hipótese, impõe-se aplicar a fração mínima (1/6) pela causa de aumento prevista no inciso III, do artigo 40, da Lei nº 11.343/2006, em razão da ausência de fundamentação concreta para exasperação da pena na fração de 2/3 (dois terços). Tal medida impõe a redução da pena de multa em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001685-35.2018.805.0248, em que figura como apelantes ROSÉLIA OLIVEIRA DA SILVA E ELIOMAR MENDES DE LIMA FILHO e, como apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em conhecer do recurso para, no mérito, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, nos termos do voto do relator.

Salvador, data registrada no sistema.

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

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade
Salvador, 20 de Março de 2023.

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0001685-35.2018.8.05.0248

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: ROSÉLIA OLIVEIRA DA SILVA e outros

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

RELATÓRIO

O ilustre Representante do Ministério Público ofertou denúncia ID 37925275 – págs. 2/4, contra ROSÉLIA OLIVEIRA DA SILVA E ELIOMAR MENDES DE LIMA FILHO, como incursos nas penas do art. 33, caput, art. 35 e art. 40, III da Lei nº 11.343/06.

A acusatória narra que, “no dia 01 de março de 2018, por volta das 09h20, no Conjunto Penal de Serrinha, neste município, a DENUNCIADA ROSÉLIA foi flagrada quando trazia consigo drogas do tipo “maconha”, com o fim entregá-las ao DENUNCIADO ELIOMAR, seu companheiro, que se encontra preso na unidade.” (sic)

Acrescenta a exordial, que a pedido de Eliomar, Rosélia pegou a droga de

uma mulher desconhecida na Rodoviária de Feira de Santana, transportando-a para o presídio. Contudo, no momento da revista, a denunciada foi flagrada pelos agentes portando em suas partes íntimas a substância ilícita, quantia de fumo, papéis de seda, 40 (quarenta) palitos de fósforo e pedaços da caixa.

Segundo a denúncia, Eliomar confessou que solicitou a Rosélia que levasse a droga para o presídio e a quantidade da droga demonstra que se destinava a distribuição na unidade prisional.

A denúncia foi recebida em decisão ID 37925284.

Após regular trâmite, sobreveio a sentença ID 37925502 que julgou parcialmente procedente a ação penal, para condenar os réus ROSÉLIA OLIVEIRA DA SILVA e ELIOMAR MENDES DE LIMA FILHO, como incurso nas penas do artigo 33 c/c art. 40, III, da Lei n.º 11.343/2006.

Quanto à reprimenda de Eliomar Mendes de Lima Filho, na primeira fase, ante a ausência de circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, aplicou-se a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de multa. Na segunda fase, com o reconhecimento da agravante da reincidência, a pena foi aumentada na razão de 1/6, estabelecendo-se em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de multa.

Na terceira fase, a pena foi aumentada na fração de 2/3 em razão da aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, III, da Lei de Drogas, restando definitiva em 9 (nove) anos, 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 696 (seiscentos e noventa e seis) dias-multa, sendo o valor unitário da multa fixado no mínimo legal, a ser cumprido inicialmente no regime fechado.

Quanto à reprimenda de Rosélia Oliveira da Silva, na primeira fase, ante a ausência de circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, aplicou-se a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de multa. Na segunda fase, apesar do reconhecimento da atenuante da confissão, a pena de 5 (cinco) anos restou mantida em razão da incidência da Súmula 231, do STJ.

Na terceira fase, a pena foi aumentada na fração de 2/3 em face da aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas, restando definitiva em 2 (dois) anos e 9 (nove) meses de reclusão e ao pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, no regime aberto.

A sanção corpórea da denunciada foi substituída por duas restritivas, na forma do art. 44, do CP.

Inconformados, ROSÉLIA OLIVEIRA DA SILVA e ELIOMAR MENDES DE LIMA FILHO interpuseram recurso de Apelação (ID 37925503).

Nas razões recursais, a Defesa pugna pela absolvição de Rosélia Oliveira da Silva por erro de tipo, sustentando que a sentenciada não tinha conhecimento exato do conteúdo que estava transportando, imaginando se tratar a mercadoria "fumo de corda" (pacaia).

Quanto à Eliomar Mendes de Lima Filho, a absolvição também é almejada ante

a suposta existência de excludente de ilicitude, tendo o apelante agido sob coação irresistível ao sofrer ameaças de morte de um interno conhecido como “Lucas”, em razão de “dívida de jogo”.

Subsidiariamente, requer que seja não só reconhecida, como efetivamente aplicada a atenuante da confissão espontânea à favor de Rosélia Oliveira da Silva, reduzindo a pena-base fixada na primeira fase da dosimetria penal para abaixo do mínimo legal.

Manifesta-se, ainda, contra a majoração da pena na fração de 2/3 (dois terços) para ambos os apelantes, na terceira fase da dosimetria penal, ao argumento de ausência de motivação concreta para aplicação da causa de aumento da pena do art. 40, III, da Lei 11.343/2006 na fração máxima, ao passo que requer seja essa reduzida ao mínimo legal.

Por fim, pede o afastamento ou redução da multa imposta, assim como que seja reconhecido à Eliomar Mendes de Lima Filho o direito de recorrer em liberdade.

Nas contrarrazões ID 37925530, o Ministério Público Estadual pugna pelo provimento parcial do recurso.

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer ID 38974770, pronuncia-se pelo conhecimento e provimento parcial da apelação.

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

Salvador, data registrada no sistema.

CARLOS ROBERTO SANTOS ARAUJO
DESEMBARGADOR RELATOR

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0001685-35.2018.8.05.0248

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: ROSÉLIA OLIVEIRA DA SILVA e outros

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

VOTO

Cuida-se de Apelação Criminal interposta por ROSÉLIA OLIVEIRA DA SILVA e ELIOMAR MENDES DE LIMA FILHO contra sentença ID 37925502, que julgou parcialmente procedente a ação penal, para condenar os réus, como incursos nas penas do artigo 33 c/c art. 40, III, da Lei n.º 11.343/2006.

1.RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA DEFESA

Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço do apelo.

1.2 DO PLEITO ABSOLUTÓRIO.

Pretende a Defesa que os sentenciados sejam absolvidos do crime de tráfico de drogas, ao argumento de que a ré Rosélia desconhecia que o material que guardava consigo era substância ilícita, e o réu Eliomar foi, em verdade, vítima de coação moral irresistível.

Contudo, não assiste razão à Defesa.

A materialidade encontra-se positivada pelo Auto de Prisão em Flagrante (ID 96358455 – pag.2), Auto de Exibição e Apreensão da substância proscrita (ID 96358455 – pag. 13), Laudo Exame Pericial (ID 96358455/37925308), o qual constatou que um dos materiais apreendidos com a ré Rosélia se tratava de cannabis sativa L, conhecida popularmente como “maconha”.

Do mesmo modo, a autoria delitiva é incontestável, como se extrai dos depoimentos das testemunhas em juízo e da confissão dos réus na fase indiciária.

A testemunha Raimunda Santos de Jesus, agente de disciplina do presídio, sob o crivo do contraditório disse que: “ [...] que ainda trabalho no Conjunto Penal de Serrinha; que trabalho há 07 anos; que foi em decorrência da droga, que ela trouxe, o que gerou a prisão dela; que no momento que ela passou pelo detector de metais, e ela nunca deu problema para a gente, até porque deve ter sido a primeira vez que ela trouxe, e ao

passar, acionou três estrelinhas vermelhas; que a gente perguntou para ela se tinha alguma coisa, mas ela disse que não tinha nada; que a gente passou para o supervisor e ele conversou com ela; que ela disse que estava trazendo algo e a polícia foi chamada; que no momento que abriu havia essas coisas que foram citadas e tinha duas moedas de 10 centavos; (...) que a ré disse que uma mulher tinha dado na rodoviária na Feira de Santana e que levaria para o companheiro dela; que ela disse que já tinha recebido pronto e só foi colocar nas partes íntimas dela e tentar entrar na unidade; (...) que a ré já era frequentadora assídua; (...) que a droga estava introduzida na vagina; que depois que ela conversou com o supervisor, entrou na sala de revista, em que estava a declarante e a colega RÚBIA CLECIA, e ela tirou na nossa presença; (...) que ela mesmo tirou, a gente em nenhum momento toca na visita; [...]” (Pje Mídias – ID nº 102749722)

A testemunha, Rúbia Clésia da Silva Oliveira, sob o crivo do contraditório, relatou em juízo que: “[...] “que me recordo da situação; que trabalho como agente de disciplina no Conjunto Penal; que no dia de visita normal, a declarante e a colega RAIMUNDA, que somos colegas de sala; que durante o procedimento de revista, chamamos a próxima da fila, que seria ROSÉLIA, companheira de ELIOMAR, e durante o procedimento ela passou no portal, que apitou insinuando que ela estava com alguma coisa; que chamamos o supervisor e passamos a situação pra ele; que o supervisor conversou com ela e conosco e foi aí que ela resolveu entregar o material; que ela mesmo retirou; que estava na sala no momento em que ela retirou; que o material estava enrolado em uma embalagem plástica e dentro tinha ervas, “pacaia”, lixa de fósforo, era só a tarjazinha, papel de seda, palito e duas moedas de 10 centavos; que estava em um embrulho, um só volume; (...) que a ré falou que entregaria o material para ELIOMAR; (...) que no procedimento, a visita entra na sala, fica de calcinha e sutiã e passa no portal; (...) que aparentemente a quantidade era grande, 94g, o volume; (...)” (Pje Mídias – ID nº 96360571)

A ré Rosélia Oliveira da Silva disse à autoridade judicial: [...] que na verdade não sabia que teria droga e que seu marido pediu que pegasse o material com uma mulher na rodoviária em Feira de Santana; que acreditava que seria cigarro e ainda colocaram moedas de 10 centavos para lhe incriminar; que não sabia o jeito de fazer e já recebeu o material pronto; que ela já deu o embrulho pronto; que na verdade não sabe quem estava “armando” para a interrogada; que quando fala “armando” é porque a interrogada foi pegar uma coisa e foi outra; que não sabe se cigarro era proibido no presídio; que visitou ELIOMAR por aproximadamente dois anos; que eles pediram para tirar e então tirou o material (ID nº 107062500 – Pág. 1)

O réu, Eliomar Mendes de Lima Filho, apesar de negar a prática delitiva, afirmou em juízo: “[...] que pediu a sua esposa levar o fumo; que o fumo é “pacaia”, cigarro; que não pediu para ela levar maconha. Arguiu que na delegacia estava com medo, porque sua companheira estava com medo, e confessou a propriedade do material; que o material seria para levar para outra pessoa, que foi o pessoal da dívida; que não tinham ciência da existência da droga; que pediu que ela trouxesse a “pacaia”; que o rapaz falou que deixaria do jeito certo e que a sua companheira nunca havia feito isso; que entregaria no pátio de visita mesmo; que a dívida era de

jogo, no total de R\$ 300,00; que tinham três pessoas lhe ameaçando (ID nº 102749722)

Já extrajudicialmente, não só Eliomar, mais também sua mulher, Rosélia, confessaram a prática do delito e admitiram que uma das substâncias apreendidas pelos agentes penitenciários era droga ilícita. Confira-se:

“[...] que confirma a acusação de nesta data ter tentado adentrar o presídio de Serrinha trazendo consigo no interior da vagina uma quantia de maconha, uma quantia de fumo, tabaco, palitos de fósforos (somente a parte das cabecinhas), pedaços de caixa de fósforo e papéis de seda; que trouxe o material porque o seu companheiro ELIOMAR MENDES DE LIMA FILHO a pediu que trouxesse; que a droga, a interrogada pegou em Feira de Santana, na região da Rodoviária, com uma mulher desconhecida;[...]” (Rosélia Oliveira da Silva – ID nº 96358455 – Pág. 7)

“[...] que confirma que a droga ora apresentada pertence ao interrogado, pois o interrogado que forçou a sua companheira a trazer a droga, pois estava devendo um dinheiro de uma dívida de baralho lá dentro da cadeia, por isso a pediu que trouxesse a droga para entregá-la para o pessoal lá; que o interrogado é interno do presídio [...] ” (Eliomar Mendes de Lima Filho – ID nº 96358455 – Pág. 9)

Frise-se, por oportuno, que as declarações dos réus prestadas na fase indiciária encontram-se respaldadas pelas demais provas dos autos que indicam a posse de substância ilícita pela apelante Rosélia e a sua destinação a terceiro, no caso, seu marido Eliomar, interno do estabelecimento penitenciário.

Cumpra, ainda, consignar que a retratação judicial dos acusados em juízo não têm o condão de infirmar a confissão por eles apresentada à Autoridade Policial, quando ainda crepitantes os fatos, mormente quando em harmonia com outros elementos de prova coligidos para os autos.

Neste sentido:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – CONFISSÃO NA FASE INQUISITIVA – RETRATAÇÃO JUDICIAL – DISCREPÂNCIA EM RELAÇÃO AOS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA – CONDENAÇÃO MANTIDA. 01. Demonstradas a materialidade e a autoria do injusto de tráfico ilícito de drogas, a condenação, à falta de causas excludentes de ilicitude ou de culpabilidade, é medida que se impõe. 02. A retratação judicial do increpado não tem o condão de infirmar a confissão por ele apresentada à autoridade policial, quando esta se encontrar em harmonia com outros elementos de prova coligidos para os autos. (TJ-MG – APR: 10708200011474001 Várzea da Palma, Relator: Fortuna Grion, Data de Julgamento: 22/03/2022, Câmaras Criminais / 3ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 01/04/2022)

MATERIALIDADE autos de apreensão e laudos toxicológicos que restaram positivo para a presença do elemento ativo comprovação que o material apreendido é droga. AUTORIA confissão extrajudicial em sintonia com as demais provas colhidas depoimento policial que indica a apreensão de droga validade depoimento policial só deve ser visto com reservas quando a

imputação ao réu visa justificar eventual abuso praticado inoportunidade no caso em tela. TRÁFICO destinação a terceiros indícios tais como a quantidade e variedade, incompatível com a figura do usuário; a forma de acondicionamento, em porções e em tijolo próprio para ser dividido e tudo destinado para a venda a varejo; a declaração de que a droga destinava-se ao tráfico; apreensão de embalagens; as duas balanças de precisão; o fato de que o réu não teria condições econômicas para possuir a droga para seu uso pessoal. PENA reconhecida a atenuante da confissão, porém a circunstância atenuante não possui o condão de reduzir a pena aquém do mínimo legal Súmula 231 do STJ ? inaplicado o redutor do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, tendo em vista que o réu se dedicava à prática de atividades criminosas. REGIME réu que se encontrava em poder de elevada quantidade e variedade de drogas natureza de duas das drogas que possuem alto potencial lesivo alta reprovabilidade e periculosidade o regime deve ser o necessário para dissuadir o réu de retornar a delinquir (Beccaria) regime fechado ? necessidade. (TJ-SP – APL: 00030969420128260198 SP 0003096-94.2012.8.26.0198, Relator: Lauro Mens de Mello, Data de Julgamento: 04/09/2014, 8ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 09/09/2014)

De outro modo, não há que se falar em absolvição em face da excludente de culpabilidade por erro de tipo.

Isso porque, caso a ré Rosélia desconhecesse de fato a existência de substâncias entorpecentes que trazia consigo, jamais as guardaria em suas partes íntimas, de forma camuflada, visando burlar a fiscalização carcerária.

De outra forma, inexistente prova de que os apelantes agiram sob coação moral irresistível.

Logo, verifica-se que as versões fornecidas pelos acusados quando ouvidos na fase judicial são absolutamente fantasiosas e isoladas do contexto probatório.

In casu, o que se constata, com a análise do acervo probatório, é que houve uma divisão de tarefas para a prática do crime de tráfico de drogas, tendo o réu Eliomar planejado o delito, fazendo com que a sua companheira, a acusada Rosélia, providenciasse a obtenção das drogas e o seu transporte até o local onde ele estava recolhido, o que caracteriza a comunhão de vontades.

Portanto, resta claro que o acusado Eliomar, mesmo não obtendo êxito em receber as drogas, adquiriu e determinou o transporte dos entorpecentes para o interior da unidade prisional em que se encontrava, ficando demonstrada a prática de, pelo menos, um dos núcleos incriminadores do tráfico de drogas

Posto isso, a meu ver, a materialidade e autoria dos acusados no delito sub judice restaram sobejamente comprovadas, não havendo espaço para a absolvição pleiteada.

2. DOSIMETRIA PENAL

A Defesa defende o afastamento da Súmula 231, com a fixação da pena intermediária da ré Rosélia abaixo do mínimo legal, em razão da atenuante da confissão espontânea, já reconhecida na r. Sentença.

O argumento não procede, pois esta Corte de Justiça, acompanhando o ideal de uniformização e integridade da jurisprudência, tem reconhecido que a interpretação averbada no enunciado sumular, encontra-se de acordo com o princípio da individualização das penas e com as balizas traçadas pelos artigos 59, II, 67 e 68, do Código Penal. Confira-se:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. INCABÍVEL. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. AFASTAMENTO DA SÚMULA N.º 231 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4.º, DA LEI 11.343/2006. INOCORRÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Diante da comprovação da autoria e materialidade delitiva, resta indevido o pugno absolutório. Incabível a redução da pena abaixo do mínimo legal, na segunda fase da aplicação da reprimenda, ex vi Súmula n.º 231 do STJ e entendimento uniforme desta Turma Julgadora. A minorante prevista no § 4.º, art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 deve ser analisada à luz de elementos concretos e singulares que indiquem, ou não, a dedicação do agente ao exercício da criminalidade e/ou envolvimento com práticas fomentadas por organização criminosa, que o distingam do mero traficante eventual. (TJ-BA – APL: 05234544120178050001, Relator: INEZ MARIA BRITO SANTOS MIRANDA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 28/10/2021)

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONDIÇÃO DE USUÁRIO NÃO DEMONSTRADA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS RESPALDADAS NO ACERVO PROBATÓRIO. DEPOIMENTOS DE AGENTES DE POLÍCIA. VALIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CONFISSÃO ESPONTANEA. REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. AFASTAMENTO DA SÚMULA Nº 231 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE ESPECIAL PREVISTA NO § 4º, ART. 33, DA LEI 11.343/06. NÃO CABIMENTO. AGENTE QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Provadas a materialidade e a autoria delitivas pela convergência do inquérito policial com as provas produzidas em juízo, impõe-se a condenação. O fato do agente declarar-se usuário de drogas não o impede de ser, simultaneamente, traficante. Na segunda fase da dosimetria, ainda que reconhecida a atenuante da confissão espontânea, não é possível a redução da reprimenda em patamar inferior ao mínimo previsto legalmente, diante do óbice da Súmula 231 do STJ. A existência de outras ações penais, mesmo pendentes de definitividade, constitui fundamentação idônea a afastar o benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. (TJ-BA – APL: 05450201220188050001, Relator: INEZ MARIA BRITO SANTOS MIRANDA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 13/12/2019)

Desta forma, fixada a pena-base no mínimo legal, inaplicável o decréscimo da pena aquém do já ajustado, não cabendo o afastamento da Súmula nº 231 do STJ, a qual está em consonância com a jurisprudência desta Corte de Justiça.

Quanto à alegação de falta de motivação concreta para aplicação da causa de aumento da pena do art. 40, III, da Lei 11.343/2006 na fração máxima de

2/3 (dois terços), procede a irresignação manifestada.

É cediço que a causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei de Drogas exige fundamentação concreta para ser estabelecida acima da fração mínima de 1/6 (um sexto). Essa é a orientação do STJ: "Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a aplicação das majorantes previstas no art. 40 da Lei de Drogas exige motivação concreta, quando estabelecida acima da fração mínima [...]"(HC nº 489.833/RJ – Rel. Ministro FELIX FISCHER – 1º.4.2019).

No caso, conforme se extrai do trecho transcrito da sentença, o Juízo a quo elevou a reprimenda em 2/3 (dois terços) sem apresentar qualquer fundamento para tanto, sendo certo que a ausência de fundamentação autoriza a fixação da fração mínima legal.

Sobre o tema, os julgados in verbis:

DIREITO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO. PLEITO DE REANÁLISE DA DOSIMETRIA. CONSTATAÇÃO DE DESACERTO NA 3ª FASE 00 CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, INC. III, DA LEI DE DROGAS 00 DESPROPORCIONALIDADE, EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO RELATIVA A FRAÇÃO DE AUMENTO INCIDIDA EM 1/3 (UM TERÇO). REDIMENSIONAMENTO APLICANDO O MÍNIMO LEGAL DE 1/6 (UM SEXTO). RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Em sendo constatado desacerto na dosimetria da pena, especificamente, na 3ª fase, em razão da ausência de fundamentação relativa a quantum superior ao mínimo legal previsto no art. 40, Inc. III, da Lei nº 11.343/2006, o redimensionamento da pena, em benefício do réu, é medida que se impõe. 2. Recurso conhecido e PARCIALMENTE PROVIDO, no sentido de redimensionar a pena aplicada para 8 (oito) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 260 (duzentos e sessenta) dias-multa, cada dia na proporção de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato, em regime inicial fechado, por força do art. 32, § 2º, alínea a, do CP. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos, acorda a 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, em CONHECER do recurso interposto, para julgar-lhe PARCIALMENTE PROVIDO, nos exatos termos do voto do Relator. Fortaleza, 11 de março de 2019. Desa. Francisca Adelineide Viana Presidente do Órgão Julgador Des. Sérgio Luiz Arruda Parente Relator (TJ-CE – APR: 00047625920128060143 CE 0004762-59.2012.8.06.0143, Relator: SERGIO LUIZ ARRUDA PARENTE, Data de Julgamento: 11/03/2020, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 11/03/2020)

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL (ANPP) – APLICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – ENTRADA EM ESTABELECIMENTO PRISIONAL PORTANDO DROGAS – CRIME IMPOSSÍVEL – INOCORRÊNCIA – CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DO ART. 40, III DA LEI 11.343/06 – REDUÇÃO DA FRAÇÃO – NECESSIDADE – APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA PELO PRIVILÉGIO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 – VIABILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – CABIMENTO. De acordo com entendimento jurisprudencial, o acordo de não persecução penal (ANPP), previsto no art. 28-A do CPP, inserido pela Lei n. 13.964/2019, somente é possível aos processos em curso até o recebimento da denúncia. Não há que se falar em crime impossível no tráfico de drogas, pela prática de ingresso em estabelecimento prisional portando droga, visto que a existência de sistema de vigilância nos complexos penitenciários não tem o

condão, por si só, de impedir a prática de delitos, mas simplesmente tentar evitá-los e a revista pessoal não se traduz na impossibilidade de prática de crimes naqueles locais. Verificado a ausência de fundamentação idônea para adoção da fração de aumento além do mínimo, em razão do reconhecimento da causa especial de aumento do art. 40, III da lei 11.343/06, necessário a aplicação do "quantum" de 1/6 (um sexto). Sendo a ré primária, sem antecedentes criminais, que não se dedica às atividades criminosas nem integre organização criminosa e ausente argumentos objetivos e materialmente palpáveis, a aplicação do tráfico privilegiado é medida que se impõe. Diante das circunstâncias judiciais que são favoráveis a ré, e a pequena quantidade de droga, justifica-se a redução da pena na sua fração máxima de 2/3 (dois terços) em razão do privilégio do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06. Preenchidos os requisitos elencados no art. 44 do Código Penal, não há empecilho legal à concessão da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos à condenada pelo crime de tráfico de entorpecentes. (TJ-MG – APR: 10481190057598001 Patrocínio, Relator: Valéria Rodrigues Queiroz, Data de Julgamento: 16/03/2022, Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 23/03/2022)

Destarte, forçoso acolher parcialmente o pedido veiculado nas razões, motivo pelo qual passo ao redimensionamento das sanções impostas.

2.1 Rosélia Oliveira da Silva

Na primeira fase, a pena-base foi, acertadamente, fixada no mínimo legal, ou seja, em 5 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Na segunda fase, reconhecida a atenuante da confissão espontânea, a pena restou mantida em 5 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa ante a incidência da Súmula 231, do STJ.

Na terceira fase, presente a causa de diminuição do tráfico privilegiado e a causa de aumento do art. 40, inciso III, da Lei de Drogas, a primeira na razão de 2/3 (dois terços), e a segunda na razão mínima de 1/6 (um sexto), fica a pena final da ré Rosélia Oliveira da Silva em 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e ao pagamento da multa de 166 dias-multa, calculados cada um deles o mínimo legal com a correção permitida por lei, quando da execução.

Assevera-se que inexistente previsão legal para isenção da pena de multa. Desta forma, não pode o Estado abrir mão de sua execução, porque renunciaria ao título condenatório por ele próprio criado, o que é inadmissível.

Resta mantida a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito e o regime inicial aberto como determinado na sentença impugnada.

2.2 Eliomar Mendes Lima Filho

Na primeira fase, a pena-base foi, acertadamente, fixada no mínimo legal, ou seja, em 5 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos)

dias-multa.

Na segunda fase da dosimetria, ausentes as causas atenuantes e reconhecida a agravante da reincidência referente aos autos 0000293-22.2015.8.05.0230 da Comarca de Santo Estevão/BA, apresenta-se razoável o aumento no patamar de 1/6, ficando a pena intermediária em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa.

Na terceira fase, presente a causa de aumento do art. 40, inciso III, da Lei de Drogas na razão mínima de 1/6 (um sexto), fica a pena final do réu Eliomar Mendes Lima Filho em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (dias) de reclusão e ao pagamento da multa de 591 (quinhentos e noventa e um) dias-multa, calculados cada um deles o mínimo legal com a correção permitida por lei, quando da execução.

Como já mencionado, inexistente previsão legal para isenção da pena de multa.

Na hipótese, o abrandamento do regime prisional para o semiaberto é incabível, considerando os maus antecedentes do réu, que é tecnicamente reincidente; bem como, em face das circunstâncias do delito, praticado em estabelecimento prisional.

O pedido de recorrer em liberdade encontra-se prejudicado pelo julgamento do presente recurso. Ademais, o réu cumpre pena em regime fechado pela prática de outro delito na mesma Comarca.

3. CONCLUSÃO.

Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, conheço do recurso para JULGÁ-LO PARCIALMENTE PROVIDO, nos termos acima alinhados.

É como voto.

Salvador, data registrada no sistema.

CARLOS ROBERTO SANTOS ARAÚJO
DESEMBARGADOR RELATOR