

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000770-96.2022.8.05.0153

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: SAMUEL DOS SANTOS DANTAS

Advogado (s): ALAN ANDERSON NASCIMENTO PITOMBO

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006). RECURSO DA DEFESA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS APTAS A AMPARAR A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ANÁLISE DO ART. 42 DA LEI DE DROGAS QUE PREPONDERA SOBRE O ART. 59 DO CP. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JULGADOR. PRECEDENTES DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. EVIDÊNCIA DE DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O ABERTO. INVIABILIDADE. CONDENADO À PENA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO (ART. 33, § 2º, 'b', DO CP). SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DESCRITOS NO ART. 44 DO CP. CONCESSÃO AO ACUSADO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. SUBSISTÊNCIA DOS MOTIVOS QUE ENSEJARAM A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. A jurisprudência é firme no sentido de que a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado, e desde que respeitados os elementos constantes dos autos e as peculiaridades do caso concreto.

2. Neste caso, atento às diretrizes do art. 59 do CP e do art. 42 da Lei de Drogas, o Magistrado sentenciante, considerando a natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos (250g de substância popularmente conhecida

por maconha e 150g de cocaína), exasperou a pena-base em 1/6 (aplicado sobre a pena mínima em abstrato), não havendo qualquer ilegalidade no referido fundamento, uma vez que proporcional e adequado ao caso. Precedentes do STJ.

3. Descabida a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 quando presente nos autos circunstância que denota a dedicação do Acusado à atividade criminosa.

4. Nos termos do art. 33, § 2º, 'b', do CP, fixa-se o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, ao condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 08 (oito), como é o caso dos autos, em que a pena definitiva restou fixada em 05 (cinco) anos de reclusão, associada à pena pecuniária de 500 (quinhentos) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

5. Não preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do CP, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

6. Não se concede o direito de recorrer em liberdade a réu que permaneceu preso durante toda a instrução do processo, quando ainda subsistem os motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva, constituindo a manutenção da prisão, neste caso, um dos efeitos da respectiva condenação.

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8000770-96.2022.8.05.0153, da Comarca de Livramento de Nossa Senhora, sendo Apelante SAMUEL DOS SANTOS DANTAS e Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Apelação interposto pela Defesa, na forma do Relatório e do Voto constantes dos autos, que integram este julgado.

Salvador, data registrada pelo sistema.

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

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e não provido Por Unanimidade
Salvador, 3 de Novembro de 2022.

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000770-96.2022.8.05.0153

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: SAMUEL DOS SANTOS DANTAS

Advogado (s): ALAN ANDERSON NASCIMENTO PITOMBO

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

RELATÓRIO

Trata-se de ação penal movida pelo Ministério Público do Estado da Bahia, contra SAMUEL DOS SANTOS DANTAS, imputando-lhe a prática da conduta tipificada no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico de drogas) (id 34695716).

Narra a denúncia que no dia 04 de maio de 2022, por volta das 22h30min, na Av. Gil Ferreira, popular Matinha de Baixo Pessoal, sentido Paramirim, zona rural do Município de Livramento de Nossa Senhora, o Denunciado foi flagrado, por policiais militares, trazendo consigo, no interior de uma mochila camuflada preta e cinza, 250g de substância popularmente conhecida por maconha, distribuídos em 11 (onze) embalagens, 01 (uma) embalagem contendo 150g de cocaína, uma balança de precisão e diversos saquinhos plásticos comumente utilizados para embalar droga, sem que tivesse autorização legal para tanto, além de um recibo de depósito no valor de R\$

1.350,00 (mil trezentos e cinquenta reais).

Consta da inicial que os policiais militares faziam rondas no povoado Matinha, naquele Município, quando perceberam um odor característico de maconha e avistaram o denunciado abaixado, nas margens da estrada, ocasião em que o abordaram, identificando-o como Samuel dos Santos Dantas e com ele encontraram, no interior da mochila, as substâncias entorpecentes e os objetos antes descritos. Ao ser indagado pelos prepostos militares, o denunciado informou que o depósito demonstrado pelo comprovante de R\$ 1.350,00 (um mil, trezentos e cinquenta reais) foi realizado para pagar a droga anteriormente adquirida.

Informa que o denunciado vendia drogas para um rapaz chamado Tiago, o qual fora preso, e depois passou a vender para outro fornecedor e que, dois dias antes de sua autuação em flagrante, foi até Várzea de Dentro, onde pegou 350g de maconha e 150g de cocaína, tendo vendido pouco mais de 100g até o momento de sua prisão.

Narra, ainda, a exordial, que na data dos fatos, o denunciado, por ficar preocupado em manter as drogas na residência de sua mãe, saiu para enterrá-las em algum terreno, oportunidade em que fora autuado por policiais militares.

A denúncia foi recebida em 20/06/2022 (id 34695779).

Transcorrida a instrução processual, o Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Livramento de Nossa Senhora, julgou procedente a denúncia e CONDENOU SAMUEL DOS SANTOS DANTAS como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, fixando-lhe a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, associada à pena pecuniária de 500 (quinhentos) dias-multa, cada dia no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos (id 34695885).

Irresignada, recorreu a Defesa (id 34695891), com razões apresentadas no id 34695895, requerendo a fixação da pena-base no mínimo legal, o reconhecimento da benesse legal descrita no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, em seu patamar máximo, bem como a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a concessão, ao Apelante, do direito de recorrer em liberdade.

Em contrarrazões apresentadas no id 34695899, o Ministério Público pugna pelo conhecimento e desprovimento do Recurso interposto.

Abriu-se vista à Procuradoria de Justiça que, em parecer da lavra do Procurador de Justiça Nivaldo dos Santos Aquino, opinou pelo conhecimento e desprovimento da Apelação interposta pela Defesa (id 35051904).

É o Relatório.

Salvador/BA, 18 de outubro de 2022.

Desa. Nágila Maria Sales Brito
Relatora

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000770-96.2022.8.05.0153

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: SAMUEL DOS SANTOS DANTAS

Advogado (s): ALAN ANDERSON NASCIMENTO PITOMBO

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

VOTO

1. PRESSUPOSTOS RECURSAIS DEVIDAMENTE CONFIGURADOS. CONHECIMENTO DA APELAÇÃO.

Do exame dos autos, percebe-se que o Acusado foi intimado pessoalmente do inteiro teor da sentença condenatória, por meio de carta precatória, no dia 01/09/2022 (id 34695898, fls. 07/08), não havendo nos autos certidão que ateste a intimação do seu Advogado. O Recurso de Apelação foi interposto no dia 23/08/2022 (id 34695891), com apresentação das razões no dia 01/09/2022 (id 34695895), suprindo, assim, a ausência de intimação do Patrono do Acusado, restando assentada a tempestividade do Recurso.

Ante o preenchimento dos demais pressupostos recursais exigidos na hipótese vertente, impõe-se o conhecimento do Recurso interposto.

2. DA ANÁLISE DO MÉRITO

Trata-se do cometimento do delito de tráfico de drogas, previsto no art.

33, caput, da Lei nº 11.343/2006, pelo Apelante. Tanto a autoria quanto a materialidade delitivas resultaram corroboradas por meio da prova testemunhal e documentação colacionada ao feito, não tendo a Defesa se insurgido nesse aspecto.

Com relação à dosimetria da pena, entretanto, insurgiu-se a Defesa, requerendo a fixação da pena-base no mínimo legal, o reconhecimento da benesse legal descrita no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, em seu patamar máximo, bem como a fixação do regime aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e, por fim, a concessão, ao Apelante, do direito de recorrer em liberdade.

Passemos, então, à análise do quanto pugnado pela Defesa.

2.1. DA DOSIMETRIA

1ª Fase: O Magistrado a quo, após apreciar de modo cuidadoso as circunstâncias judiciais do artigo 59, fixou a pena-base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, acima, portanto, do mínimo legal, por considerar como desfavorável ao Acusado a natureza e quantidade das substâncias apreendidas, fundamentando nos seguintes termos:

“A natureza e a quantidade das substâncias fogem da normalidade à espécie criminal, primeiro, porque se constata a variedade da droga, já que o tráfico ocorreu tanto em relação a droga conhecida como maconha, como cocaína.

Ademais, a quantidade de cocaína apreendida, no importe de 150 gramas, corresponde a quantidade razoavelmente elevada, já que pode ser representativa de valores no comércio ilegal de drogas na região que variam entre 7 mil a 15 mil reais, levando-se em conta a variação de preço da grama.

O agrupamento das duas circunstâncias, portanto, deve elevar a pena base em 1/6.

[...]

Desta feita, por existir apenas uma circunstância judicial desfavorável, a pena-base será fixada em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.”

A jurisprudência é firme no sentido de que a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado, e desde que respeitados os elementos constantes dos autos e as peculiaridades do caso concreto.

Neste caso, atento às diretrizes do art. 59 do CP e do art. 42 da Lei de Drogas, o Magistrado sentenciante, considerando a natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos (250g de substância popularmente conhecida por maconha e 150g de cocaína), exasperou a pena-base em 1/6 (fração aplicada sobre a pena mínima em abstrato), não havendo qualquer ilegalidade no referido fundamento, dado que proporcional e adequado ao caso, em virtude de o art. 42 da Lei nº 11.343/2006 estabelecer que a natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas são critérios preponderantes para a fixação da pena-base. Precedentes do STJ.

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS. QUANTUM DE AUMENTO. DISCRICIONARIEDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado e é regulada pelos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade, de maneira que, havendo as instâncias ordinárias fundamentado o aumento da reprimenda-base à luz, justamente, das peculiaridades do caso concreto – notadamente na elevada quantidade de substâncias apreendidas e na acentuada potencialidade lesiva das drogas –, não há como ser reduzida a pena-base imposta ao réu. 2. Agravo regimental não provido.”

(STJ – AgRg no REsp: 1819027 SP 2019/0167566-0, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 09/02/2021, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/02/2021).

“PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE FATOS. VIA INADEQUADA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME PRISIONAL. RÉU REINCIDENTE. MODO FECHADO. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. [...]

5. Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade e a natureza das drogas apreendidas – 10 pedras de crack (2,993g) – para fixar a pena-base em 3 meses acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional.

6. Estabelecido o quantum da pena em patamar superior a 4 e não excedente a 8 anos, e verificada a reincidência do paciente, permanece inalterado o regime inicial fechado, nos exatos termos dos arts. 33, § 2º, b, do Código Penal.

7. Habeas corpus não conhecido.”

(HC 472.731/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 13/11/2018). (Sem grifos no original).

“HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. INVASÃO DOMICILIAR. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. NÃO OCORRÊNCIA. DROGAS ENCONTRADAS FORA DO DOMICÍLIO. AUMENTO DESPROPORCIONAL DA PENA BASE. QUANTIDADE DE MACONHA (100g) E DE COCAÍNA (40g). REDUÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DA PENA BASE PARA 1/6. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E CONCEDIDA A ORDEM DE OFÍCIO. [...]

5. No caso, o aumento da pena base está desproporcional, considerando a quantidade de maconha (100g) e de cocaína (40g) apreendidos, em que pese ao alto grau de nocividade deste último entorpecente, fazendo-se jus a diminuição da fração de aumento da pena base para 1/6 (um sexto).

6. Habeas Corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para reduzir a fração de aumento da pena base para 1/6, fixando a pena final em 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, em regime fechado, bem como o pagamento de 642 dias-multa.”

(HC 469.362/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 10/12/2018). (Grifos acrescidos).

Assim, mantenho a pena-base aplicada.

2ª Fase. Não concorrem circunstâncias agravantes. Presente a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do Código Penal), a pena foi reduzida ao mínimo legal, em atendimento à Súmula 231 do STJ.

Comungando do mesmo entendimento, mantenho a pena intermediária em 05 anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

3ª Fase. Ausentes quaisquer das causas de aumento de pena, cabe analisar o pedido de aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, in verbis:

"Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa."

A primariedade do réu, bem como a não dedicação às atividades criminosas e a não participação em organização criminosa são requisitos essenciais e cumulativos para a concessão do benefício.

In casu, na terceira fase da dosimetria, o Juiz a quo não aplicou a causa especial de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06, em razão da existência de evidência de dedicação do Apelante em atividade criminosa, fundamentando nos seguintes termos:

"Destarte, não deve ser reconhecida a tese de tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da lei 11.343/06).

Em que pese o réu não ser reincidente e não deter maus antecedentes, a prova dos autos demonstra que SAMUEL se dedica a atividades criminosas, utilizando estas como meio de vida.

Ao que se depreende dos autos, o réu participa de um forte esquema criminoso para venda de entorpecentes que envolve diversas frentes, já que afirma que vendia drogas para um terceiro e que, após este ser preso, passou a vender para outros fornecedores, processo de venda que envolve diversos outros vendedores, conforme se depreende de sua explicação acerca do destino dos valores constantes no recibo apreendido.

Ademais, o réu afirma que não possui outras fontes de renda, dedicando-se ao tráfico como forma de sobrevivência, o que afasta o reconhecimento da eventualidade do comportamento criminoso.

Por fim, a variedade e natureza da droga, especialmente a quantidade da substância cocaína, que pode ser avaliada na região entre 7 mil a 15 mil reais, recai desfavoravelmente ao alegado privilégio."

Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser dessa causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante. A propósito, confira-se o seguinte trecho de voto do Superior Tribunal de Justiça: "Como é cediço, o legislador, ao instituir o referido benefício legal, teve como objetivo conferir tratamento diferenciado aos pequenos e eventuais traficantes, não alcançando, assim, aqueles que fazem

do tráfico de entorpecentes um meio de vida." (HC n. 437.178/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 11/6/2019).

Os elementos concretos existentes nos autos evidenciam que as circunstâncias em que foi perpetrado o delito não se compatibilizariam com a posição de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas.

No caso dos autos, além da quantidade e natureza dos entorpecentes encontrados em poder do sentenciado, existe a informação de que ele já possuía experiência na comercialização de drogas, tendo confessado, ante a autoridade policial e também em juízo, quando da realização da audiência de custódia, que vendia drogas para o traficante de prenome Tiago, mas, com a prisão deste, passou a pegar as drogas com outro fornecedor.

INTERROGATÓRIO DO ACUSADO ANTE A AUTORIDADE POLICIAL (ID 34695713): "[...] Que trabalhava como lavrador e o ônibus de transporte da zona rural tinha quebrado e o interrogado estava precisando de dinheiro; que o interrogado conhecia TIAGO que está preso por tráfico de drogas e o interrogado começou a vender para TIAGO; que o interrogado descobriu um número de telefone de fornecer de droga, cujo número não se recorda; que o interrogado foi até Várzea de Dentro e pegou 350g de maconha e 150g de cocaína anteontem, que vendeu um pouco mais de 100g e na data de hoje ficou preocupado de deixar a droga dentro da casa de sua mãe e resolver sair para enterrar em algum terreno; que por volta das 21h estava com a droga na mochila, uma balança de precisão que conseguiu com o mesmo pessoal que forneceu a droga, embalagens de plástico de geladinho que pediram para o interrogado redistribuir a droga em quantidades menores; que o recibo de R\$ 1.350,00 foi dinheiro depositado pelo interrogado, uma parte a mando dos indivíduos que traficam com ele e outra de droga que o interrogado havia vendido; que o interrogado começou neste negócio a pouco tempo por necessidade; [...]."

Tal versão foi confirmada perante o Juízo de 1º grau, durante a audiência de custódia, em que, espontaneamente, o Acusado confessou novamente o crime, mesmo que esclarecido que este não era o objetivo da audiência e que teria o direito constitucional de permanecer em silêncio (Auto de Prisão em Flagrante 8000602-94.2022.8.05.0153, com link disponível no id 197851169 daqueles autos).

Quando interrogado na fase do contraditório, entretanto, o Acusado modificou a versão dos fatos, que destoa não somente do quanto afirmado por ele na fase do inquérito e quando ouvido na audiência de custódia, como de todas as provas produzidas no curso da instrução processual.

Importante destacar que a Defesa, em suas alegações finais, reconhece que a materialidade está devidamente demonstrada nos autos, bem como que não houve contradição nos depoimentos prestados pelas testemunhas de acusação. Aduz, ainda, que as versões anteriores (fase do inquérito e audiência de custódia), em que o Acusado confessa a autoria delitiva, devem ser acatadas pelo Juízo, pois o Acusado somente teria alterado sua narrativa em audiência por estar sendo ameaçado por outros traficantes.

Em suas razões recursais aduz que [a] materialidade e autoria encontram-se devidamente comprovadas após a instrução da ação. Com efeito foram encontradas substâncias ilícitas em posse do apelante que confessou em duas oportunidades as ter comercializado, sendo tal confissão inclusive sopesada acertadamente pelo juízo a quo como atenuante da pena previsto no art. 65, III, d do CP, portanto tais matérias encontram-se superadas e não é objetivo deste apelo o retorno a tal debate.

Ademais, como destacado pelo Magistrado, a quantidade e diversidade de drogas encontradas em poder do Acusado, especialmente a quantidade da substancia entorpecente conhecida como cocaína, pode ser avaliada na região entre 7 mil a 15 mil reais.

Assim, muito embora tecnicamente primário, os elementos concretos carreados aos autos demonstram a dedicação do Acusado a atividades criminosas, em especial ao tráfico de drogas, revelando que este não é um traficante ocasional, o que torna inviável a aplicação da mencionada benesse.

No mesmo sentido, o STF:

EMENTA Agravo regimental em habeas corpus. Direito Penal e Processual Penal. Tráfico de drogas. Inaplicabilidade do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Ausência de requisitos. Inviabilidade da via eleita. Dedicação a atividades criminosas. Paciente que ostenta registros infracionais e sentença condenatória não definitiva pelo mesmo crime. Regime inicial. Abrandamento. Questão não apreciada pelo STJ. Supressão de instância. Agravo regimental não provido. 1. Segundo a firme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, “[s]e as circunstâncias concretas do delito ou outros elementos probatórios revelam a dedicação do paciente a atividades criminosas, não tem lugar o redutor do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006” (HC nº 123.042/MG, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 31/10/14). 2. Para se chegar a conclusão diversa, necessário seria o reexame de fatos e provas, providência que o habeas corpus não comporta. 3. O fundamento lançado para afastar o tráfico privilegiado foi a comprovação de que a paciente se dedicava a atividades criminosas, ante a existência de registros infracionais quando da adolescência e de sentença condenatória não definitiva pelo mesmo crime. 4. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal, em exame per saltum, analisar questões não analisadas nas instâncias antecedentes, pois, do contrário, incorrer-se-ia em grave violação das regras de competência constitucionalmente previstas. 5. Agravo regimental não provido. (STF – HC: 211323 SP 0113058–23.2022.1.00.0000, Relator: DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 11/04/2022, Primeira Turma, Data de Publicação: 26/05/2022). (Grifamos).

Correta, portanto, a não aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, razão por que mantenho a pena definitiva fixada na sentença primeva, em 05 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, associada à pena pecuniária de 500 (quinhentos) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

2.2. DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA

Levando-se em conta a pena privativa de liberdade aplicada – 05 (cinco) anos de reclusão –, é de rigor, respeitando-se o princípio constitucional da individualização da pena e, também, da proporcionalidade, que a reprimenda corporal seja inicialmente cumprida no regime semiaberto, em conformidade com o previsto no art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

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

Não preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, deixo de conceder a substituição da pena privativa de liberdade imposta ao Apelante, por restritivas de direitos.

2.4. DO PEDIDO DE CONCESSÃO AO ACUSADO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE

Pleiteia a Defesa a concessão ao Acusado do direito de recorrer em liberdade. Razão, entretanto, não lhe assiste. Consoante evidenciado nos autos, o Apelante permaneceu preso durante toda a instrução criminal, não havendo fatos novos capazes de autorizar a devolução do seu status libertatis, mantendo-se, portanto, os mesmos motivos que embasaram a decretação da custódia cautelar, autorizando, assim, a negativa do direito de o Acusado aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, como bem fundamentado pelo Magistrado a quo na sentença condenatória, in verbis:

“Em análise ao disposto no art. 387, § 1º, do CPP, mesmo quando da sentença condenatória, a prisão preventiva deve ser mantida apenas quando se mostrarem, concretamente, contemporâneos os requisitos de sua concessão (arts. 315 e 316 do CPP).

Conforme bem observado pelo órgão ministerial, inexistem fatos novos a justificar a revogação da prisão preventiva ou sua substituição por medidas cautelares diversas da prisão.

Em realidade, agora de forma exauriente, ainda se mostram contemporâneos os motivos que ensejaram a segregação cautelar, notadamente a gravidade em concreto do delito, considerando a variedade e a quantidade da droga apreendida, o arrojado esquema de tráfico em que se encontra inserido, ao menos para os moldes da região, bem como por não justificar outras fontes de renda, senão àquela advinda do próprio tráfico, o que já admitiu ao menos duas vezes durante a persecução penal, o que faz concluir que, caso posto em liberdade, voltará a delinquir.

Em vista da necessidade de se manter garantida a ordem pública, a prisão preventiva deve ser mantida até o trânsito em julgado da sentença.

A prisão deverá ser amoldada ao regime de pena inicial fixado, ou seja, ao regime semiaberto.”

Deve ser destacado, nesse passo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para o qual a prisão preventiva deve ser mantida, nos casos em que subsistem os motivos que ensejaram a sua decretação:

“Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a manutenção da custódia cautelar no momento da sentença condenatória, em hipóteses em que o acusado permaneceu preso durante toda a instrução criminal, não requer fundamentação exaustiva, sendo suficiente, para a satisfação do art. 387, § 1.º, do Código de Processo Penal, declinar que permanecem inalterados os motivos que levaram à decretação da medida extrema em um primeiro momento, desde que estejam, de fato, preenchidos os requisitos legais do art. 312 do mesmo diploma.”

(STJ – HC: 605306 SP 2020/0203822-1, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Publicação: DJ 20/08/2020).

Assim, neste caso, não há constrangimento ilegal, devendo o Apelante ser mantido recolhido enquanto aguarda o julgamento do recurso.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, CONHEÇO e NEG0 PROVIMENTO ao Recurso de Apelação interposto pela Defesa.

Salvador/BA, 18 de outubro de 2022.

Desa. Nágila Maria Sales Brito
Relatora