

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Apelação n.º 0000689-72.2012.8.05.0078 – Comarca de Euclides da Cunha/BA

Apelante: Alexvaldo da Silva Carvalho

Advogado: Dr. Antônio Paulo de Moura (OAB/BA: 4.377)

Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia

Promotor de Justiça: Dr. Matheus Polli Azevedo

Origem: Vara Criminal da Comarca de Euclides da Cunha

Procuradora de Justiça: Dra. Maria de Fátima Campos da Cunha

Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006). PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE USO PRÓPRIO (ART. 28, DA LEI N.º 11.343/2006). INACOLHIMENTO. ELEMENTOS DE PROVA SUFICIENTES PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO PELO DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DO REDUTOR COM BASE NA EXISTÊNCIA DE OUTRAS AÇÕES PENAIIS EM CURSO. FUNDAMENTO INIDÔNEO, CONFORME RECENTE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. JULGAMENTO DE PROCESSO AFETADO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS QUE EVIDENCIEM A DEDICAÇÃO DO RÉU A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL PARA O ABERTO. CABIMENTO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE REDIMENSIONADA PARA QUANTUM INFERIOR A 04 (QUATRO) ANOS. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. ACOLHIMENTO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DEFINITIVA REDIMENSIONADA PARA 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. TRANSCURSO DO LAPSO PRESCRICIONAL ENTRE A DATA DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA E A DATA DA PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA. ARTS. 107, INCISO IV, 109, INCISO V, E 110, § 1º, TODOS DO CÓDIGO PENAL. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, para redimensionar as penas definitivas impostas ao Apelante para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, e reconhecer a prescrição da pretensão punitiva estatal, com a consequente declaração de extinção da punibilidade de Alexvaldo da Silva Carvalho, servindo o presente Acórdão como ALVARÁ DE SOLTURA, que deverá ser cumprido, se por outro motivo não estiver preso o Recorrente.

I – Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Alexvaldo da Silva Carvalho, insurgindo-se contra a sentença que o condenou às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade. A Juíza a quo declarou extinta a punibilidade do Réu com relação ao crime previsto no art. 29, § 1º, inciso III, da Lei n.º 9.605/98, em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.

II – Extraí-se da exordial acusatória, in verbis: “Em data de 26 de janeiro de 2012, policiais civis em ronda de rotina, abordaram um indivíduo de nome José Antônio das Neves, encontrando em seu poder uma

trouxinha de maconha. Ao ser indagado sobre a procedência da droga, José Antônio disse que tem adquirido do denunciado Alexvaldo da Silva Carvalho. Os policiais deslocaram-se até a residência do denunciado, e após revista na casa, encontraram sete trouxinhas de maconha escondidas em um curral de porcos, bem como, oito pássaros silvestres e a quantia de 120 reais em cédulas de vinte, dez, cinco e dois reais. Procedendo desta forma, o denunciado Alexvaldo da Silva Carvalho, com vontade livre e consciente, mantinha em depósito, para fins de comercialização, 35,54 g (trinta e cinco gramas e cinquenta e quatro centigramas) de substância entorpecente vulgarmente conhecida por maconha, conforme laudo de constatação de fl. 22, bem como mantinha sob sua guarda, pássaros silvestres sem a devida permissão, licença ou autorização.”

III – Em suas razões de inconformismo, em apertada síntese, postula o Apelante a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito tipificado no art. 28, da Lei n.º 11.343/2006 (uso); caso mantida a condenação, a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços), a modificação do regime prisional para o aberto e o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.

IV – Não merece acolhimento o pedido de desclassificação para o delito capitulado no art. 28, da Lei n.º 11.343/2006, eis que o conjunto probatório é suficiente para a condenação do Apelante pelo crime de tráfico de entorpecentes. Na espécie, a materialidade e autoria do delito previsto no art. 33, caput, da Lei de Drogas, restaram suficientemente demonstradas pelas provas colhidas nos autos, merecendo destaque o auto de exibição e apreensão (fl. 21 – 07 trouxinhas de maconha, pesando 35,54 g, acondicionadas em pedaços de plástico na cor amarelada, além de 35 sacolas plásticas, um rolo de fita adesiva e R\$ 126,00 em espécie), laudo de exame pericial (fl. 27) e depoimentos judiciais das testemunhas Antônio Assunção de Souza e Rosivaldo Alves de Sá. Oportuno registrar que a função de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos prestados, mormente quando se apresentam coerentes e harmônicos com os demais elementos e circunstâncias colhidos dos autos, e quando oferecidos em juízo, sendo oportunizado o contraditório.

V – Na acareação realizada na fase inquisitorial entre o Denunciado Alexvaldo da Silva Carvalho e José Antônio das Neves Nascimento (conhecido como “Negão”), este último afirmou que Alex lhe vendeu a droga; que não tem amizade com Alex, apenas comparecia na casa dele e efetuava a compra das drogas; que comprou apenas duas vezes (termo de acareação de fls. 30/31 – SAJ 1º grau). Embora José Antônio não tenha sido ouvido em juízo (por não ter sido encontrado), os depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação – prestados na fase judicial – corroboram o seu relato perante a Autoridade Policial. Destaca-se que o art. 155, caput, do Código de Processo Penal, estabelece que: “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”. Como visto, o Juiz não poderá proferir sentença condenatória baseada tão somente em elementos de convicção colhidos durante a fase inquisitiva. De outro lado, o decisio condenatório pode considerar os elementos produzidos nos autos do inquérito policial, desde que sua veracidade tenha sido confirmada pelas provas amealhadas em juízo, sob o crivo do contraditório.

VI – Cumpre destacar que, para a configuração do crime de tráfico não se

exige a efetiva prática de atos de comercialização da substância entorpecente. Pratica o delito de tráfico não apenas aquele que comercializa a droga, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção e da circulação de substância entorpecente. O tipo penal contido no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, é crime permanente, de ação múltipla e de mera conduta. São várias ações identificadas pelos diversos verbos e o delito se consuma com a prática de qualquer das hipóteses previstas, dentre estas, ter em depósito substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Nos termos do § 2º do art. 28, da Lei de Drogas, para “determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o Juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”. In casu, as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção que concluem pelo acerto da condenação do Apelante pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, não havendo, portanto, que se falar em desclassificação para o crime de uso próprio. Acrescenta-se que – não basta a simples alegação de que a droga apreendida seria destinada ao consumo próprio do Apelante – para que reste afastada, de plano, a imputação quanto ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, eis que não é incomum a figura do usuário-trafficante – aquele que se envolve na traficância para sustentar seu vício.

VII – Passa-se, a seguir, à apreciação da dosimetria das penas. Na primeira fase, a Juíza singular, após a análise das circunstâncias judiciais, fixou as penas-base no mínimo legal: 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, tornando-as definitivas em razão da ausência de agravantes ou atenuantes, bem como de causas de aumento ou de diminuição de pena. O regime prisional inicial estipulado foi o semiaberto. A Magistrada a quo deixou de aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender demonstrada a dedicação do Réu a atividades criminosas. Confira-se excerto da sentença: “Verifico que o denunciado não faz jus à atenuante da confissão espontânea, tampouco à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, uma vez que o réu é processado criminalmente como incurso nas sanções de outros delitos, inclusive também por tráfico de drogas, dentre outros, demonstrando que o réu é pessoa envolvida em atividade criminosa”. Na sentença, consta que, em 03/04/2018, fora decretada a prisão preventiva do Réu, ante a notícia do cometimento de novos delitos em 20/09/2016 (crime do sistema nacional de armas, tráfico de drogas e crimes ambientais, conforme autos n.º 0501174-39.2017.805.0078).

VIII – A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 10/08/2022, alinhando-se ao entendimento mais recente sufragado no Supremo Tribunal Federal, fixou tese em recursos repetitivos, no sentido de que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (REsp 1.977.027 e REsp 1.977.180). Desse modo, em consonância com o recente entendimento jurisprudencial firmado nos Tribunais Superiores, forçoso reconhecer, no presente caso, a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. Quanto à modulação da fração de redução, cumpre observar que a quantidade de droga apreendida não foi elevada (35,54 g – trinta e cinco gramas e cinquenta e quatro centigramas de maconha), o que justifica a aplicação do redutor em seu

grau máximo (2/3). Isto posto, as reprimendas restam, definitivamente, fixadas em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, readequando-se o regime prisional inicial para o aberto.

IX – Em razão do redimensionamento da pena privativa de liberdade para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, reconhece-se a prescrição da pretensão punitiva estatal. Nos termos do art. 109, inciso V, c/c art. 110, § 1º, ambos do Código Penal, a punibilidade do agente se extingue em 04 (quatro) anos pela ocorrência da prescrição, quando a sentença aplicar ao condenado pena privativa de liberdade igual a 01 (um) ano ou, sendo superior, não excedente a 02 (dois). Transcorridos mais de 04 (quatro) anos entre a data do recebimento da denúncia (04/10/2012, fl. 40, SAJ 1º grau) e a data da publicação da sentença em cartório (19/08/2020, liberação nos autos digitais, fls. 249/256, SAJ 1º grau), verifica-se a prescrição da pretensão punitiva estatal, em sua modalidade retroativa, com espeque nos arts. 107, inciso IV, 109, inciso V, e 110, § 1º, todos do Código Penal. A pena de multa encontra-se, também, prescrita, pois o prazo é o mesmo estabelecido para a pena privativa de liberdade (art. 114, inciso II, do Estatuto Repressivo).

X – Parecer da Procuradoria de Justiça, pelo conhecimento e improvimento do Apelo.

XI – APELO conhecido e PARCIALMENTE PROVIDO, para redimensionar as penas definitivas impostas ao Apelante para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, e reconhecer a prescrição da pretensão punitiva estatal, com a consequente declaração de extinção da punibilidade de Alexvaldo da Silva Carvalho, servindo o presente Acórdão como ALVARÁ DE SOLTURA, que deverá ser cumprido, se por outro motivo não estiver preso o Recorrente.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 0000689-72.2012.8.05.0078, provenientes da Comarca de Euclides da Cunha/BA, em que figuram, como Apelante, Alexvaldo da Silva Carvalho, e, como Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Colenda Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em conhecer e DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO, para redimensionar as penas definitivas impostas ao Apelante para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, e reconhecer a prescrição da pretensão punitiva estatal, com a consequente declaração de extinção da punibilidade de Alexvaldo da Silva Carvalho, servindo o presente Acórdão como ALVARÁ DE SOLTURA, que deverá ser cumprido, se por outro motivo não estiver preso o Recorrente, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto da Desembargadora Relatora.

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade
Salvador, 6 de Setembro de 2022.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Apelação n.º 0000689-72.2012.8.05.0078 – Comarca de Euclides da Cunha/BA

Apelante: Alexvaldo da Silva Carvalho

Advogado: Dr. Antônio Paulo de Moura (OAB/BA: 4.377)

Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia

Promotor de Justiça: Dr. Matheus Polli Azevedo

Origem: Vara Criminal da Comarca de Euclides da Cunha

Procuradora de Justiça: Dra. Maria de Fátima Campos da Cunha

Relatora: Des. Rita de Cássia Machado Magalhães

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Alexvaldo da Silva Carvalho, insurgindo-se contra a sentença que o condenou às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade. A Juíza a quo declarou extinta a punibilidade do Réu com relação ao crime previsto no art. 29, § 1º, inciso III, da Lei n.º 9.605/98, em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Em observância aos princípios da celeridade, da efetividade e da economia processual, e considerando ali se consignar, no que relevante, a realidade processual até então desenvolvida, adota-se, como próprio, o relatório da sentença (fls. 249/256 da ação penal de origem – SAJ 1º grau), a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto.

Irresignado, o Sentenciado interpôs Recurso de Apelação (fl. 268), postulando, em suas razões (fls. 269/273), a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito tipificado no art. 28, da Lei n.º 11.343/2006 (uso); caso mantida a condenação, a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços), a modificação do regime prisional para o aberto e o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Nas contrarrazões, pugna o Parquet pela manutenção do decisio recorrido (fls. 286/293).

Parecer da douta Procuradoria de Justiça, pelo conhecimento e improvimento do Apelo (Id. 23552174 dos presentes autos).

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

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Apelação n.º 0000689-72.2012.8.05.0078 – Comarca de Euclides da Cunha/BA

Apelante: Alexvaldo da Silva Carvalho

Advogado: Dr. Antônio Paulo de Moura (OAB/BA: 4.377)

Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia

Promotor de Justiça: Dr. Matheus Polli Azevedo

Origem: Vara Criminal da Comarca de Euclides da Cunha

Procuradora de Justiça: Dra. Maria de Fátima Campos da Cunha

Relatora: Des. Rita de Cássia Machado Magalhães

VOTO

Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Alexvaldo da Silva Carvalho, insurgindo-se contra a sentença que o condenou às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade. A Juíza a quo declarou extinta a punibilidade do Réu com relação ao crime previsto no art. 29, § 1º, inciso III, da Lei n.º 9.605/98, em razão do reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Extraí-se da exordial acusatória, in verbis: “Em data de 26 de janeiro de 2012, policiais civis em ronda de rotina, abordaram um indivíduo de nome José Antônio das Neves, encontrando em seu poder uma trouxinha de maconha. Ao ser indagado sobre a procedência da droga, José Antônio disse que tem adquirido do denunciado Alexvaldo da Silva Carvalho. Os policiais deslocaram-se até a residência do denunciado, e após revista na casa, encontraram sete trouxinhas de maconha escondidas em um curral de porcos, bem como, oito pássaros silvestres e a quantia de 120 reais em cédulas de vinte, dez, cinco e dois reais. Procedendo desta forma, o denunciado Alexvaldo da Silva Carvalho, com vontade livre e consciente, mantinha em depósito, para fins de comercialização, 35,54 g (trinta e cinco gramas e cinquenta e quatro centigramas) de substância entorpecente vulgarmente conhecida por maconha, conforme laudo de constatação de fl. 22, bem como mantinha sob sua guarda, pássaros silvestres sem a devida permissão, licença ou autorização.”

Em suas razões de inconformismo, em apertada síntese, postula o Apelante a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito tipificado no art. 28, da Lei n.º 11.343/2006 (uso); caso mantida a condenação, a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços), a modificação do regime prisional

para o aberto e o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, conhece-se do Apelo.

Não merece acolhimento o pedido de desclassificação para o delito capitulado no art. 28, da Lei n.º 11.343/2006, eis que o conjunto probatório é suficiente para a condenação do Apelante pelo crime de tráfico de entorpecentes.

Na espécie, a materialidade e autoria do delito previsto no art. 33, caput, da Lei de Drogas, restaram suficientemente demonstradas pelas provas colhidas nos autos, merecendo destaque o auto de exibição e apreensão (fl. 21 – 07 trouxinhas de maconha, pesando 35,54 g, acondicionadas em pedaços de plástico na cor amarelada, além de 35 sacolas plásticas, um rolo de fita adesiva e R\$ 126,00 em espécie), laudo de exame pericial (fl. 27) e depoimentos judiciais das testemunhas Antônio Assunção de Souza e Rosivaldo Alves de Sá.

A testemunha Antônio Assunção de Souza relatou que o Réu já era investigado por tráfico; por conta disso, estava em campana, quando esse indivíduo [usuário] estava se deslocando lá da casa dele; aí houve a abordagem; o usuário foi encontrado com uma certa quantidade de droga; depois de muita conversa, o usuário disse que veio lá do Alex [Réu]; que se recorda o local onde Alex mora; o usuário afirmou que havia adquirido a droga de Alex. (PJe Mídias).

A testemunha Rosivaldo Alves de Sá, em sua oitiva, na fase judicial, também afirmou que o Acusado já era investigado pela suposta prática de tráfico de drogas; durante as investigações, a guarnição policial da qual fazia parte, surpreendeu um indivíduo vindo, possivelmente, da residência do Acusado; esse indivíduo era um conhecido usuário de droga ilícita, vulgo “Negão”; foi encontrada com “Negão” uma trouxinha de maconha; a guarnição, então, se dirigiu para a casa do Acusado; efetuada a busca no referido local, foi encontrada, no chiqueiro das cabras, uma quantidade de maconha já pronta para a venda em trouxinhas; no mesmo local, foram encontradas, ainda, embalagens de sacolés. (fl. 130 – SAJ 1º grau).

Oportuno registrar que a função de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos prestados, mormente quando se apresentam coerentes e harmônicos com os demais elementos e circunstâncias colhidos dos autos, e quando oferecidos em juízo, sendo oportunizado o contraditório. Nessa esteira:

“PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. No que tange ao pleito de absolvição ou desclassificação da conduta para o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, o acórdão combatido, ao manter a condenação pelo tráfico de drogas, consignou que o conjunto probatório aponta para a prática do crime, não somente em razão das substâncias apreendidas (56,59 gramas de “crack”), mas também diante da prova testemunhal. 2. Assim, para

desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela absolvição ou desclassificação do crime de tráfico de drogas para o do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 3. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg no AREsp 1877158/T0, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021). (grifo acrescido).

Na acareação realizada na fase inquisitorial entre o Denunciado Alexvaldo da Silva Carvalho e José Antônio das Neves Nascimento (conhecido como “Negão”), este último afirmou que Alex lhe vendeu a droga; que não tem amizade com Alex, apenas comparecia na casa dele e efetuava a compra das drogas; que comprou apenas duas vezes (termo de acareação de fls. 30/31 – SAJ 1º grau). Embora José Antônio não tenha sido ouvido em juízo (por não ter sido encontrado), os depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação – prestados na fase judicial – corroboram o seu relato perante a Autoridade Policial.

Destaca-se que o art. 155, caput, do Código de Processo Penal, estabelece que: “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas”.

Como visto, o Juiz não poderá proferir sentença condenatória baseada tão somente em elementos de convicção colhidos durante a fase inquisitiva. De outro lado, o decisio condenatório pode considerar os elementos produzidos nos autos do inquérito policial, desde que sua veracidade tenha sido confirmada pelas provas amealhadas em juízo, sob o crivo do contraditório.

Nesse sentido, a orientação do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO NO ARESTO RECORRIDO. INEXISTÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA EM ELEMENTOS COLHIDOS NA FASE INQUISITORIAL E JUDICIAL. ABSOLVIÇÃO E OFENSA AO ART. 180, § 1º, DO CP. SÚMULA 7/STJ. PROVA PERICIAL. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O julgado do Tribunal Estadual não padece de qualquer omissão ou nulidade na sua fundamentação, porquanto apreciou as teses relevantes para o deslinde da controvérsia, não estando o magistrado obrigado a se manifestar de acordo com os argumentos suscitados pelas partes quando já houver encontrado fundamento suficiente para por termo à demanda. 2. Consoante entendimento pacificado nesta Corte Superior, é inadmissível a condenação baseada exclusivamente em elementos colhidos na fase inquisitorial, sem a submissão ao crivo do contraditório. Todavia, no caso em tela, não obstante o acórdão tenha mencionado as provas produzidas durante a fase do inquérito policial, a condenação amparou-se em provas colhidas na etapa judicial, notadamente a testemunhal, com observância dos princípios da ampla defesa e do

contraditório. [...] 6. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ, AgRg no AREsp 857.546/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/08/2019, DJe 23/08/2019). (grifos acrescidos).

Nesse ponto, vale transcrever trecho da sentença objurgada:

“Quanto à autoria do crime, a prova testemunhal carreada aos autos é igualmente suficiente para demonstrá-la em desfavor do denunciado. É bem verdade que a defesa tenta convencer o Juízo de que o denunciado era um mero usuário e que as drogas encontradas em sua residência eram exclusivamente para consumo pessoal, desconsiderando que o flagrante efetuado fora deflagrado justamente porque a autoridade policial abordou um dos clientes do réu após ter adquirido drogas no local. Cumpre destacar que a abordagem de José Antônio das Neves, conhecido pelos agentes como ‘Negão’, se deu a apenas 800 metros da residência do acusado e que foi o próprio consumidor que afirmou que adquiriu a maconha do réu, o que ratificou a suspeita que já existia de que o acusado comercializava drogas.

Extraí-se claramente do conjunto probatório coligido aos autos que o réu foi flagrantado guardando drogas em sua residência, que, pela forma que estava acondicionada e pela quantidade encontrada, não deixam dúvidas ao Juízo de que eram destinadas para a traficância.

Em que pese o acusado, em sede inquisitorial, tenha negado a prática do delito imputado na denúncia, afirmando nunca ter vendido drogas ou mesmo reconhecer a propriedade dos entorpecentes encontrados em um chiqueiro no quintal de sua própria casa, a sua versão não encontra lógica ou ressonância nas demais provas dos autos. [...]

Ademais, as declarações prestadas em sede de procedimento administrativo devem ser levadas em consideração sem nenhum preconceito como prova hábil a embasar um decreto condenatório, máxime se em harmonia com os demais elementos de convicção, principalmente aliadas ao conjunto das provas produzidas na instrução criminal, conforme autoriza em interpretação do art. 155 do Código de Processo Penal. O que é o caso dos autos. [...]”

Cumpre destacar que, para a configuração do crime de tráfico não se exige a efetiva prática de atos de comercialização da substância entorpecente. Pratica o delito de tráfico não apenas aquele que comercializa a droga, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção e da circulação de substância entorpecente.

O tipo penal contido no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, é crime permanente, de ação múltipla e de mera conduta. São várias ações identificadas pelos diversos verbos e o delito se consuma com a prática de qualquer das hipóteses previstas, dentre estas, ter em depósito substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

“Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias–multa.”

Sobre o tema, colaciona-se o seguinte julgado:

“RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DOLO ESPECÍFICO. INEXISTÊNCIA. 1. Para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente. 2. O tipo penal descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006 não faz nenhuma exigência no sentido de que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, seja necessária a demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de comercialização do entorpecente. 3. Recurso especial provido, para cassar o acórdão recorrido e, consequentemente, restabelecer a sentença condenatória.” (STJ, REsp 1361484/MG, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 10/06/2014, DJe 13/06/2014). (grifo acrescido).

Nos termos do § 2º do art. 28, da Lei de Drogas, para “determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o Juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”.

In casu, as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção que concluem pelo acerto da condenação do Apelante pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, não havendo, portanto, que se falar em desclassificação para o crime de uso próprio.

Acrescenta-se que – não basta a simples alegação de que a droga apreendida seria destinada ao consumo próprio do Apelante – para que reste afastada, de plano, a imputação quanto ao crime de tráfico ilícito de entorpecentes, eis que não é incomum a figura do usuário-trafficante – aquele que se envolve na traficância para sustentar seu vício. Acerca da matéria, a jurisprudência:

“PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APREENSÃO DE DUAS PORÇÕES FRACIONADAS DE CRACK. CONDENAÇÃO. APELAÇÃO. CONHECIMENTO PARCIAL. NEGATIVA DE AUTORIA. PROVAS DOCUMENTAL, PERICIAL E TESTEMUNHAL SUFICIENTES PARA CONDENAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. INVIABILIDADE. PLEITO DE MUDANÇA DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA SEMIABERTO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU REINCIDENTE E CIRCUNSTÂNCIAS DO ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL DESFAVORÁVEIS. REGIME FECHADO MANTIDO. [...] 2. Apesar de o réu negar a autoria do delito de tráfico, toda a prova é em sentido contrário, especialmente, os depoimentos prestados pelas testemunhas policiais militares que conduziram o flagrante. 3. Em se tratando de tráfico de entorpecentes, o depoimento da testemunha policial merece especial credibilidade, mormente quando corroborado por outros elementos de provas e inexistente qualquer fato que o desabone. 4. Para determinar se a droga é destinada ao consumo pessoal ou ao tráfico, consoante o disposto no artigo 28, § 2º da Lei n.º 11.343/2006, o Juiz atentará para a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e

pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente. 5. Eventual condição de usuário de drogas não é motivo suficiente para excluir a prática do crime de tráfico, uma vez que não é incomum que usuários também realizem a mercancia ilícita. 6. Na espécie, aplicada a pena de 7 (sete) anos de reclusão ao réu reincidente específico, conclui-se que o regime adequado é o inicialmente fechado, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea 'a' e 'b' do Código Penal. 7. Recurso parcialmente conhecido e desprovido.” (TJDFT, Acórdão n. 1119813, 20130110115614 APR, Relatora: Desa. Maria Ivatônia, 2ª Turma Criminal, Data de Julgamento: 23/08/2018, Publicado no DJE: 29/08/2018).

“RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – ABSOLVIÇÃO – DESCLASSIFICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 – AUMENTO DA FRAÇÃO DE DECRÉSCIMO – NATUREZA DA DROGA – INVIABILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS – NÃO ACOLHIMENTO – CONDIÇÕES DO REGIME ABERTO – CORREÇÃO DE OFÍCIO – RECURSO NÃO PROVIDO. O tipo penal contido no artigo 33, da Lei 11.343/06 é crime permanente, de ação múltipla e de mera conduta, sendo irrelevante a prova da destinação do entorpecente. Inviável a desclassificação para a figura do artigo 28, da Lei n.º 11.343/06, porque inexiste a mínima prova, nem mesmo simples indícios, de que a droga apreendida efetivamente se destinava ao exclusivo consumo pessoal do apelante. Outrossim, nada impede que o usuário, ou dependente, seja também traficante. A natureza da substância tóxica apreendida deve ser sopesada na escolha da fração de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Inaplicável a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos quando presentes circunstâncias fáticas que demonstrem a maior reprovabilidade da conduta porque não se mostra socialmente recomendável e suficiente para a prevenção e repressão do crime 'É inadmissível a fixação de pena substitutiva (art. 44 do CP) como condição especial ao regime aberto' (Súmula n.º. 493 do STJ). Apelação conhecida e não provida, com adequação, de ofício, das condições do regime aberto.” (TJPR, 5ª Câmara Criminal, 0000564-93.2016.8.16.0196, Curitiba, Rel.: Des. Jorge Wagih Massad, J. 21.03.2019).

Passa-se, a seguir, à apreciação da dosimetria das penas.

Na primeira fase, a Juíza singular, após a análise das circunstâncias judiciais, fixou as penas-base no mínimo legal: 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, tornando-as definitivas em razão da ausência de agravantes ou atenuantes, bem como de causas de aumento ou de diminuição de pena. O regime prisional inicial estipulado foi o semiaberto.

A Magistrada a quo deixou de aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender demonstrada a dedicação do Réu a atividades criminosas. Confira-se excerto da sentença: “Verifico que o denunciado não faz jus à atenuante da confissão espontânea, tampouco à causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, uma vez que o réu é processado criminalmente como incurso nas sanções de outros delitos, inclusive também por tráfico de drogas, dentre outros, demonstrando que o réu é pessoa envolvida em atividade criminosa”. Na sentença, consta que, em 03/04/2018, fora decretada a prisão preventiva do Réu, ante a notícia do cometimento de novos delitos em 20/09/2016 (crime

do sistema nacional de armas, tráfico de drogas e crimes ambientais, conforme autos n.º 0501174-39.2017.805.0078).

A 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 10/08/2022, alinhando-se ao entendimento mais recente sufragado no Supremo Tribunal Federal, fixou tese em recursos repetitivos, no sentido de que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (REsp 1.977.027 e REsp 1.977.180). Confirmam-se:

Proclamação Final de Julgamento no RECURSO ESPECIAL n.º 1.977.027/PR, do Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra Laurita Vaz (data do julgamento: 10/08/2022): A Terceira Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções, nos termos desta decisão, e fixou a seguinte 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”, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora (STJ, processo afetado ao rito dos recursos repetitivos).

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIMINAL. INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE. RE 591.054-RG/SC. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. Precedente. II – A aplicação da causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal. III – Agravo regimental a que se nega provimento.” (STF, RE 1283996 AgR, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020, publicado em 03/12/2020).

Ainda acerca da matéria, colaciona-se o seguinte julgado:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. UTILIZAÇÃO PARA MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA E DA SEGUNDA TURMAS DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, no exercício de discricionariedade vinculada, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao quantum ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador. 2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão pelo STJ somente em situações excepcionais de notória ilegalidade ou de abuso de poder que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação probatória. 3. Os requisitos específicos para reconhecimento do tráfico

privilegiado estão expressamente previstos no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a saber, que o beneficiário seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. 4. Inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar ou modular a fração de diminuição de pena do tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral). 5. Configura constrangimento ilegal a presunção de que o agente se dedica a atividades criminosas pela simples existência de inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação criminal definitiva; da mesma maneira, configura constrangimento ilegal a modulação da fração de redução de pena do tráfico privilegiado com considerações exclusivamente acerca desses fundamentos. 6. Agravo regimental desprovido.” (STJ, AgRg no HC 694.827/RS, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe 24/02/2022). (grifos acrescidos).

Desse modo, em consonância com o recente entendimento jurisprudencial firmado nos Tribunais Superiores, forçoso reconhecer, no presente caso, a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.

Quanto à modulação da fração de redução, cumpre observar que a quantidade de droga apreendida não foi elevada (35,54 g – trinta e cinco gramas e cinquenta e quatro centigramas de maconha), o que justifica a aplicação do redutor em seu grau máximo (2/3).

Isto posto, as reprimendas restam, definitivamente, fixadas em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias–multa, no valor unitário mínimo, readequando-se o regime prisional inicial para o aberto.

Em razão do redimensionamento da pena privativa de liberdade para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, reconhece-se a prescrição da pretensão punitiva estatal.

Nos termos do art. 109, inciso V, c/c art. 110, § 1º, ambos do Código Penal, a punibilidade do agente se extingue em 04 (quatro) anos pela ocorrência da prescrição, quando a sentença aplicar ao condenado pena privativa de liberdade igual a 01 (um) ano ou, sendo superior, não excedente a 02 (dois). Transcorridos mais de 04 (quatro) anos entre a data do recebimento da denúncia (04/10/2012, fl. 40, SAJ 1º grau) e a data da publicação da sentença em cartório (19/08/2020, liberação nos autos digitais, fls. 249/256, SAJ 1º grau), verifica-se a prescrição da pretensão punitiva estatal, em sua modalidade retroativa, com espeque nos arts. 107, inciso IV, 109, inciso V, e 110, § 1º, todos do Código Penal.

A pena de multa encontra-se, também, prescrita, pois o prazo é o mesmo estabelecido para a pena privativa de liberdade (art. 114, inciso II, do Estatuto Repressivo).

Isto posto, voto no sentido de conhecer e DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO, para redimensionar as penas definitivas impostas ao Apelante para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias–

multa, no valor unitário mínimo, e reconhecer a prescrição da pretensão punitiva estatal, com a consequente declaração de extinção da punibilidade de Alexvaldo da Silva Carvalho, servindo o presente Acórdão como ALVARÁ DE SOLTURA, que deverá ser cumprido, se por outro motivo não estiver preso o Recorrente.

Sala das Sessões, ____ de _____ de 2022.

Presidente

Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães
Relatora

Procurador (a) de Justiça