

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501628-76.2019.8.05.0004

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: Ministério Público do Estado da Bahia

Advogado (s):

APELADO: Arlen Santana Moura e outros

Advogado (s): GERALDO CRUZ MOREIRA JUNIOR, CARLOS ANTONIO AZEVEDO DE QUEIROZ

F

ACORDÃO

DOSIMETRIA DA PENA. PEDIDO DE EXASPERAÇÃO DA SANÇÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE, NA PRIMEIRA FASE, PELA NATUREZA ESPECIALMENTE DELETÉRIA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. IMPROVIMENTO. NÃO OBSTANTE A NATUREZA DELETÉRIA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE APREENDIDA – COCAÍNA –, A QUANTIDADE DE 06 BUCHAS DE COCAÍNA, COM PESO TOTAL DE 46,19G (QUARENTA E SEIS GRAMAS E DEZENOVE CENTIGRAMAS), NÃO SE MOSTRA RELEVANTE A EXASPERAR A PENA BÁSICA ALÉM DO MÍNIMO LEGAL PREVISTO NO PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/06. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CAUSA REDUTORA DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/06. IMPROVIMENTO. REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREENCHIDOS. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS QUE APONTEM A DEDICAÇÃO DO RÉU À ATIVIDADES DELITUOSAS OU A SUA INSERÇÃO EM GRUPO CRIMINOSO DE MAIOR RISCO SOCIAL. NATUREZA DANOSA DA DROGA QUE, ISOLADAMENTE, NÃO AUTORIZA O AFASTAMENTO DA APLICAÇÃO DO REDUTOR PRIVILEGIADO DO TRÁFICO. CIRCUNSTÂNCIA DE O ACUSADO RESPONDER A AÇÃO PENAL

DIVERSA EM CURSO QUE NÃO PODE SER UTILIZADA COMO ELEMENTO IDÔNEO A AFASTAR A MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º DA LEI 11343/06, SOB PENA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Apelação n.º 0501628-76.2019.8.05.0004, oriundos da 1.ª Vara de Criminal da Comarca de Alagoínhas/BA, em que figura como Apelante o Ministério Público do Estado da Bahia, e como Apelado o Acusado ARLEN SANTANA MOURA.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER e NEGAR PROVIMENTO à Apelação, mantendo-se a Sentença em todos os seus fundamentos, nos termos do voto da Relatora.

IVONE BESSA RAMOS

Desembargadora

Relatora

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

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

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501628-76.2019.8.05.0004

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: Ministério Público do Estado da Bahia

Advogado (s):

APELADO: Arlen Santana Moura e outros

Advogado (s): GERALDO CRUZ MOREIRA JUNIOR, CARLOS ANTONIO AZEVEDO DE QUEIROZ

F

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL em irresignação aos termos da Sentença condenatória proferida pelo Juízo da 1.ª Vara de Criminal da Comarca de Alagoinhas/BA, que, julgando procedente a Denúncia contra ele oferecida, condenou o Acusado ARLEN SANTANA MOURA pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, ao cumprimento da pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, posteriormente substituída por uma pena restritiva de direitos, além do pagamento de 178 (cento e setenta e oito) dias-multa. Narra a Peça Acusatória, em síntese, que, no dia 15 de novembro de 2019, por volta das 16h20min, na Rua Santa Bárbara, Bairro – Jardim Petrolar, em Alagoinhas, o denunciado foi flagrado guardando drogas destinadas à comercialização, sem autorização e em desacordo com determinação legal/regulamentar.

Prossegue a Denúncia informando que, no dia do fato, prepostos da Polícia Militar realizavam ronda de rotina quando se depararam com um indivíduo em atitude suspeita e resolveram abordá-lo. Após procederem à revista pessoal, verificaram que o denunciado trazia consigo um triturador de maconha, a quantia de R\$27,00 (vinte e sete reais) em cédulas variadas, aparelho celular e relógio de pulso. Durante a abordagem, o denunciado informou que tinha drogas em seu imóvel residencial. Ato contínuo, os policiais foram até o referido imóvel e encontraram no quarto ocupado pelo denunciado 06 (seis) volumes de cocaína, outros 03 (três) trituradores de maconha, pinos plásticos vazios, balança de precisão, a quantia de R\$123,00 (cento e vinte e três reais) e 04 (quatro) cédulas falsas de R\$2,00 (dois reais).

Consta, por fim, que, ao ser questionado, o denunciado confessou a propriedade das drogas e dos demais materiais apreendidos, bem como o exercício da traficância, versão que foi ratificada perante a autoridade policial

A Denúncia foi recebida em 14.12.2018 (fl. 150).
Finalizada a instrução criminal, foi proferido o Édito condenatório acima mencionado, em desfavor do Réu ARLEN SANTANA MOURA (fls. 146/154).
Irresignado, o Parquet interpôs Recurso de Apelação (fl. 163/168) postulando, em síntese, em suas razões pela reforma da Sentença, a fim de que a reprimenda básica seja exasperada, notadamente, em face da natureza da droga apreendida. Ademais, requer o afastamento da figura do tráfico privilegiado, prevista no parágrafo 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06. Devidamente intimado, o Denunciado apresentou contrarrazões às fls. 174/180, requerendo o improvimento do Apelo manejado, com a consequente manutenção in totum da Sentença condenatória.
Oportunizada sua manifestação, a Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e parcial provimento do Recurso interposto (ID. 24538217). É, em síntese, o Relatório, que submeto à apreciação da Eminente Desembargadora Revisora, com as homenagens de estilo.
Salvador/BA, 19 de julho de 2022.
IVONE BESSA RAMOS
Desembargadora
Relatora

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501628-76.2019.8.05.0004

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: Ministério Público do Estado da Bahia

Advogado (s):

APELADO: Arlen Santana Moura e outros

Advogado (s): GERALDO CRUZ MOREIRA JUNIOR, CARLOS ANTONIO AZEVEDO DE QUEIROZ

VOTO

Constata-se, ab initio, que o presente Recurso de Apelação foi interposto tempestivamente, nos moldes do art. 593, caput, do CPPB. Assim é que, também ante o preenchimento dos demais pressupostos recursais intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, exigidos no caso sob exame, impõe-se o CONHECIMENTO DO RECURSO.

Frise-se que a responsabilidade de ARLEN SANTANA MOURA pelo cometimento do delito de Tráfico de Drogas (art. 33 da Lei n.º 11.343/06) não é objeto de irresignação pelo presente Recurso de Apelação. Todavia, da análise dos autos, a materialidade delitiva restou plenamente comprovada pelo Auto de Exibição e Apreensão (fl. 23 do ID. 178011578), bem como através dos laudos de constatação provisório nº 019 02 PC 004500-01 (fl. 04 do ID. 178011579) e definitivo nº 2019 01 PC0110055-01 (ID. 178011671) das drogas apreendidas, que atestaram tratar-se de substâncias entorpecentes de uso proscrito no Brasil, conforme Portaria n34444/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde.

Por sua vez, a autoria do crime, atribuída à Apelante, ficou inconteste diante das provas amealhadas no curso da instrução processual, na qual se inclui a sua confissão extrajudicial, assim como os depoimentos dos policiais que realizaram a diligência que culminou com a custódia flagrancial da Sentenciada.

O Ministério Público Estadual traz ao acerto jurisdicional, em síntese, no bojo da sua irresignação recursal, o pedido de reforma da Sentença, a fim de que a reprimenda básica seja exasperada acima do mínimo legal previsto no tipo em comento, em razão da natureza da substância entorpecente apreendida, a saber, cocaína. Pleiteia, ainda, o afastamento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas.

Quanto à dosimetria da pena, assim consignou o Magistrado Sentenciante: [...] Fase 1. Pena-base. Elementos contidos no art. 59, do CP. Réu primário, sem antecedentes, com ocupação lícita declarada, com endereço certo e conhecido, sem vinculação a organização criminosa e sem envolvimento conhecido com atividades delituosas. A culpabilidade está restrita ao tipo penal, nada que seja exacerbado. Circunstâncias e consequências não mensuradas. Personalidade idem. Pena-base que se fixa no mínimo legal, ou seja, 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Fase 2. Pena intermediária. Circunstâncias dos art. 61 e 65 do CP. Não incidem quaisquer das circunstâncias legais, quer agravantes, quer atenuantes. O réu chegou a confessar a autoria delitiva na fase pré-processual, mas tentou uma retratação em Juízo que lhe retira o direito de usufruir a atenuante prevista no art. 65, III, letra d, do CP. Pena mantida em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Fase 3. Pena definitiva. Causas de aumento e de diminuição de pena. Não concorre qualquer causa de aumento de pena. Milita em favor do réu o disposto no parágrafo 4º do art. 33, da Lei 11.343/2006. Pena reduzida ao máximo – dois terços – devido às condições subjetivas serem, em sua imensa maioria, favoráveis ao réu. Pena definitiva que se estabelece em 1 (um) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 178 (cento e setenta e oito) dias-multa. [...]

Ao revés dos argumentos trazidos no bojo do presente Apelo, não há como proceder à exasperação da pena-base acima do mínimo legal, eis que, no caso dos autos, não obstante a alta nocividade e a natureza da droga apreendida com o paciente (cocaína), a pequena quantidade – seis pedras de cocaína, com peso total de 46,19 g (quarenta e seis gramas e dezenove centigramas) – não justifica a majoração da pena-base, por não extrapolar o tipo penal, restando acertada a apreciação das circunstâncias judiciais realizadas pelo Magistrado Sentenciante, na forma do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ORDEM CONCEDIDA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. AGRAVOS REGIMENTAIS DESPROVIDOS. 1. Nos crimes de tráfico de drogas, é consabido que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. No caso em apreço, não obstante a alta nocividade da droga apreendida com a paciente (cocaína), a pequena quantidade 37 g não justifica a majoração da pena-base, por não extrapolar o tipo penal. Precedentes. 2. No que diz respeito ao pedido de aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, razão não assiste à defesa, visto que, poucos meses antes dos fatos em análise, a ora agravante havia sido presa em flagrante pela prática de delito da mesma espécie (Ação Penal n. 0212277-88.2014.8.04.0001), cuja condenação em primeiro grau ocorreu em 24/4/2019, com trânsito em julgado em 20/5/2020, conforme informações do site do Tribunal a quo. Nesse contexto, para se afastar a conclusão das instâncias ordinárias de que a agravante dedica-se ao tráfico de drogas, é necessário o exame minucioso de matéria fática, inviável em habeas corpus. [...] (AgRg no HC n. 583.332/AM, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 10/8/2021, DJe de 16/8/2021.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. ORDEM CONCEDIDA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. CABIMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTOS CONCRETOS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. AGRAVO PROVIDO. 1. Nos crimes de tráfico de drogas, é consabido que o Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. No caso, a natureza e a quantidade das drogas apreendidas com os pacientes (250,9g maconha e 27,13g de cocaína) não constituem uma quantia expressiva, a afastar a elevação da pena-base, por não extrapolarem o tipo penal. [...] (AgRg no HC n. 656.477/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/10/2021, DJe de 3/11/2021.)

Sob esse viés, ainda não se afigura desarrazoada a favorabilidade das demais circunstâncias judiciais, eis que fundamentada, proporcional e adequada ao caso concreto.

Passando-se à terceira fase da dosimetria, não merece acolhimento a irresignação ministerial no sentido de afastar a incidência da causa

especial de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006.

O benefício previsto no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 exige a ausência de dedicação a atividades criminosas por parte do agente, de modo que aqueles que se ocupam do tráfico como meio de subsistência, ainda que de forma não habitual, não fazem jus à aplicação da aludida minorante.

Não obstante a natureza danosa da maioria dos estupefacientes, a quantidade não expressiva da droga apreendida, isoladamente considerada, e a ausência de circunstâncias adicionais que indiquem a habitualidade delitiva do Acusado ou a sua inserção em grupo criminoso de maior risco social, desautorizam o afastamento do redutor privilegiado do tráfico.

Nesse sentido, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o RESP 1887511, da Relatoria do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA consolidou o entendimento de que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas não são circunstâncias que permitem aferir, por si só, o grau de envolvimento do Acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação às atividades delituosas, ou, ainda, justificar a modulação da fração desse benefício. Nesses termos, a ementa do aludido julgado: PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL. DOSIMETRIA DE PENA. PECULIARIDADES DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006.

NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE A SER OBSERVADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO OU MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO TOLERÂNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL. [...] 5. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise desses elementos para etapas posteriores, já que erigidos ao status de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual. 6. O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual. 7. A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712). 8. A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa. 9. Na modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, podem ser utilizadas circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas de maneira expressa na fixação da pena-base. [...] (Resp n. 1.887.511/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1/7/2021.)

Igualmente não merece acolhimento a alegação da Procuradoria de Justiça, no bojo no Parecer de ID. 24538217, pelo afastamento da causa de diminuição inscrita no art. 33, § 4.º, n.º 11.343/06 em razão de o Acusado responder à ação penal diversa ainda em curso, eis que o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE nº 591.054/SC, com repercussão geral, de

relatoria do Ministro Marco Aurélio, firmou orientação no sentido de que a existência de ações penais sem trânsito em julgado não pode justificar, por si só, a negativa de minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006.

No mesmo sentido, é o atual entendimento da Quinta e da Sexta Turmas da Corte da Cidadania, conforme se depreende dos seguintes acórdãos a seguir:

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO.

INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTO INVÁLIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO ENTRE AS TURMAS. [...] 2. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que "A 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 (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020).

Posicionamento adotado também pela Sexta Turma deste Tribunal Superior. [...] (STJ, HC 664.284/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe: 27/09/2021).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33. § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PATAMAR MÁXIMO (2/3). POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NÃO PREPONDERANTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Para aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, o condenado deve preencher, cumulativamente, os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a pena ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. 2. Conforme firmado pela Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.887.511/SP, a utilização supletiva dos vetores natureza e quantidade de droga para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando estiverem conjugados com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa (DJe 01/07/2021). De toda sorte, no caso, essa questão específica está preclusa para o Parquet, que não impugnou o acórdão prolatado no julgamento das apelações.

3. O mais recente posicionamento de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, em regra, inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem fundamentação idônea apta a respaldar a não aplicação do redutor especial de redução de pena relativa ao reconhecimento da figura privilegiada do crime de tráfico de drogas. [...] (STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1936058/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 14/09/2021).

A Sentença condenatória, portanto, perfaz-se impassível de corrigenda no tocante à condenação da Apelante ARLEN SANTANA MOURA pela prática do delito do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, em todos os seus aspectos.

Ante todo o exposto, na esteira do Opinativo Ministerial, CONHECE-SE e NEGA-SE PROVIMENTO ao Apelo ministerial, mantendo-se a Sentença recorrida

em todos os seus termos.

IVONE BESSA RAMOS

Desembargadora

Relatora