

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

APELAÇÃO CRIMINAL n. 0001160-95.2017.8.05.0213

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE:

Advogado(s): ,

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

ACORDÃO

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. APELANTE CONDENADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº. 11.343/2006 E ART. 2º, §§ 2º E 4º, I, DA LEI Nº. 12.850/2013, A UMA REPRIMENDA, EM CÚMULO MATERIAL, DE 12 (DOZE) ANOS DE RECLUSÃO E PAGAMENTO DE 660 (SEISCENTOS E SESSENTA) DIAS-MULTA, NO VALOR DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS.

PRETENSÕES RECURSAIS:

1) DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PREVISTO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº. 11.343/2006 PARA A CONDUTA INSERTA NO ART. 28 DA MESMA NORMA LEGAL. AFASTADA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. SUPOSTA CONDIÇÃO DE USUÁRIO QUE, POR SI SÓ, NÃO AFASTA A PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. AS CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO – SENTENCIADO PRESO EM FLAGRANTE DELITO NA POSSE DE 264g (DUZENTOS E SESSENTA E QUATRO GRAMAS) DO ENTORPECENTE CONHECIDO COMO MACONHA –, ALIADOS AOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS, PRODUZIDOS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA, E DEMAIS PROVAS DOS AUTOS, QUE CONVERGEM A CONDENAÇÃO DO RECORRENTE NO ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006 E AFASTA A PRETENSÃO DESCLASSIFICATÓRIA. 2) ABSOLVIÇÃO DO CRIME PREVISTO

NO ART. 2º, §§ 2º E 4º, I, DA LEI Nº. 12.850/2013 OU, ALTERNATIVAMENTE, A EXCLUSÃO DAS MAJORANTES. INACOLHIMENTO. VÍNCULO ASSOCIATIVO CRIMINOSO ORGANIZADO, ESTÁVEL E PERMANENTE, COM A UTILIZAÇÃO DE ADOLESCENTES NA SUA ESTRUTURA E EMPREGO DE ARMAS DE FOGO PARA PRÁTICA DE DELITOS DEMONSTRADO – FACÇÃO CRIMINOSA AUTODENOMINADA CAVEIRA, ATUALMENTE BDM. APELANTE COM ATUAÇÃO NA CONSECUÇÃO DO COMÉRCIO PROSCRITO. MAJORANTES COMPROVADAS. RECORRENTE QUE JÁ INTEGRAVA A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA QUANDO APREENDIDO POR ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO TRÁFICO DE DROGAS NO ANO DE 2013. PRESCINDIBILIDADE DA APREENSÃO DE ARMAS DE FOGO PARA CONFIGURAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO § 2º, DO ART. 2º DA LEI Nº. 12.850/2013. FACÇÃO CRIMINOSA DE ALTA PERICULOSIDADE. FRAÇÕES RELATIVAS ÀS CAUSAS DE AUMENTO AMPARADAS EM MOTIVAÇÃO ADEQUADA. CONDENAÇÃO INTEGRALMENTE MANTIDA. 3) APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º, DO ART. 33 DA LEI 11.346/2006. DESCABIMENTO. HABITUALIDADE DEMONSTRADA. RECORRENTE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. APREENSÃO E CONDENAÇÃO ANTERIOR PELA PRÁTICA DE CRIME ANÁLOGO AO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES, QUE DEMONSTRA QUE MESMO ATINGINDO A MAIORIDADE, CONTINUOU SE DEDICADO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. 4) REDUÇÃO DAS PENAS-BASES DOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA PARA O MÍNIMO LEGAL. ACOLHIMENTO. AS VALORAÇÕES NEGATIVAS IMPLEMENTADAS NA PRIMEIRA ETAPA DO MÉTODO TRIFÁSICO ENCONTRAM-SE DESPIDAS DE FUNDAMENTAÇÃO LEGÍTIMA E CONCRETA. REDIMENSIONAMENTO DA SANÇÃO-BASE DO TIPO PENAL PREVISTO NO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006 PARA 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO E PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA. BASILAR DO CRIME DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA ESTABELECIDO EM 03 (TRÊS) ANOS DE RECLUSÃO, MANTENDO-SE AS FRAÇÕES APLICADAS PELO JUÍZO DE PRIMEIRO GRAU NO TOCANTE AS MAJORANTES PREVISTAS NOS §§ 2º (1/4) E 4º, I, (1/5), DO ART. 2º DA LEI Nº. 12/850/2013, RESTANDO UMA PENA DEFINITIVA DE 04 (QUATRO) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO. EM ATENÇÃO AO PRINCÍPIO DO NON REFORMATIO IN PEJUS, MANTÉM-SE A PENA DE MULTA FIXADA EM 60 (SESENTA) DIAS-MULTA. OBSERVADO O CONCURSO MATERIAL, PENA DEFINITIVA FIXADA EM 09 (NOVE) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E PAGAMENTO DE 560 (QUINHENTOS E SESENTA) DIAS-MULTA, NO VALOR DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS, A SER CUMPRIDA NO REGIME INICIAL FECHADO. 5) DETRAÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. EXAME QUE DEVE SER SUBMETIDO AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL, DETENTOR DE ELEMENTOS MAIS EFETIVOS PARA A DEVIDA AFERIÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO PARA REDIMENSIONAR AS PENAS-BASES DOS DELITOS PARA O MÍNIMO LEGAL PREVISTO ÀS ESPÉCIES, MANTENDO-SE A SENTENÇA HOSTILIZADA EM SEUS DEMAIS TERMOS CONDENATÓRIOS.

Vistos, relatados e discutidos estes Autos de APELAÇÃO CRIMINAL sob nº 0001160-95.2017.8.05.0213, em que figura como Apelante e Apelado o Ministério Público do Estado da Bahia.

Acordam, à unanimidade de votos, os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em JULGAR PARCIALMENTE PROVIDO O RECURSO, nos termos do voto do Relator.

Cuidam os autos de Apelação Criminal interposta por em face de sentença condenatória proferida pelo Juízo de Direito da Vara Crime da Comarca de Ribeira do Pombal, nos autos da ação penal em epígrafe.

Relata a inicial in verbis:

“Consta dos autos que, no dia 18 de outubro de 2017, nesta cidade, os denunciados, acima qualificados, estavam transportando drogas, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, com o intuito de amealhar lucros pela traficância.

Ademais, na mesma data, desobedeceram à ordem legal de funcionário público no exercício do seu múnus, e estavam integrando a organização criminosa de nome “Caveira”, em cuja estrutura há a presença de crianças, adolescentes e armas de fogo.

Na encimada data, agentes policiais foram surpreendidos com a passagem do veículo automotor VW Gol, de cor azul, em alta velocidade, dando-lhe imediata ordem de parada, de logo desobedecida, passando a perseguir o veículo em fuga pelas ruas da cidade.

A perseguição somente cessou quando, na Rua José Ramiro, na casa de nº. 312, o veículo parou e, dele, saiu o denunciado, com uma sacola plástica na mão contendo aproximadamente 264g de maconha.

Kaio foi preso em flagrante tentando se evadir e descartar a referida droga, e foi preso ainda junto à direção do veículo, eis que não teve tempo para tentar a fuga.

Segundo as investigações policiais, os denunciados são integrantes da organização criminosa cognominada de “Caveira”, em cuja estrutura há adolescentes e armas de fogo, responsável pelo vultoso número de delitos ocorrentes nessa cidade, especialmente tráfico de drogas, roubos e homicídios – tendo as drogas destinação à organização de que fazem parte. (...)” (sic) 01/04).

Por tais fatos, restou o Apelante denunciado nos termos dos artigos 33 e 35, ambos da Lei nº. 11.343/06 e art. 2º, §§ 2º e 4º, I, da Lei nº. 12.850/13, tendo o juízo primevo recebido a Denúncia em 14 de novembro de 2017 (Evento nº. 17972122, fl. 01).

Ultimada a instrução criminal, o Apelante foi condenado pela prática dos crimes previstos no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 e art. 2º, §§ 2º e 4º, I, da Lei nº. 12.850/13. Sua pena, observado o concurso material (06 (seis) anos de reclusão para cada delito), foi fixada em 12 (doze) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e pagamento de 660 (seiscentos e sessenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. (Evento nº. 17972120, fls. 23/26).

A sentença foi publicada em 10/05/2018 (Evento nº. 17972119, fl. 05).

Inconformada, a Defesa interpôs Apelação (Evento nº. 17972119, fl.06). Em suas razões (Evento nº. 17972118, fls. 02/10), pugnou pela desclassificação da conduta inserta no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006 para o tipo penal descrito no art. 28 da mesma norma legal e a absolvição do crime previsto no art. 2º da Lei 12.850/13,

Subsidiariamente, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº. 11.343/2006; a exclusão das majorantes insertas nos §§ 2º e 4º, I, da Lei de Organização Criminosa; a redução das penas-bases dos delitos e a detração penal competente.

Em contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo desprovemento do recurso (fls. 10/16, evento nº. nº. 17972118).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e improvemento do recurso de Apelação (Id nº. 21059759, fls. 08/14).

Observando que o conteúdo indexado no Portal Pje Mídias, relativos às alegações finais e a sentença encontravam-se corrompidos, foi requisitado junto ao juízo de primeiro o encaminhamento a esta instância ad quem de todos os áudios relativos a audiência de instrução e julgamento e a correção do problema relatado no Portal, a fim de que fossem novamente sincronizados os arquivos de mídia correspondentes, diligência cumprida no evento nº. 23467733.

Instada a se manifestar, a douda Procuradoria de Justiça reiterou o Parecer Ministerial inserto no Id nº. 21059759.

É o relatório. Passa-se ao voto.

Des.
Relator

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

APELAÇÃO CRIMINAL n. 0001160-95.2017.8.05.0213

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE:

Advogado(s): ,

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

VOTO

Presentes os pressupostos de sua admissibilidade, a Apelação deverá ser conhecida.

1 – Desclassificação do delito capitulado no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006 para o crime capitulado no art. 28 do mesmo diploma legal.

A Defesa se restringe a discutir a capitulação jurídica do delito ora em testilha, objetivando a desclassificação do crime de tráfico ilícito de entorpecentes para aquele descrito no art. 28 da Lei de Drogas, não sendo aventada tese absolutória.

Com efeito, a prova de que a substância encontrada na posse do Recorrente (Auto de Exibição e Apreensão, fl. 10, evento nº. 17972125) trata-se, de fato, de entorpecente de uso proibido neste país resta devidamente evidenciada pelo Laudo Pericial acostado aos autos às fls. 24 (evento nº. 17972122), consoante se percebe da transcrição de sua conclusão a seguir:

“RESULTADO: – Detectada a substância tetrahydrocannabinol (THC) no material analisado um dos princípios ativos do vegetal “Cannabis sativa”, L. o qual se encontra relacionado na Lista F – 2 da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, ora em vigor”.

Aliando a prova pericial com os depoimentos dos Policiais Militares que efetuaram a prisão em flagrante do sentenciado, não pairam dúvidas de que o Apelante estava de posse do entorpecente apreendido e que, visualizando a viatura policial, tentou se desfazer da sacola que acondicionava a droga na residência de conhecidos, conforme se infere dos trechos abaixo destacados:

“(…) nós vimos um carro que passou suspeito, em alta velocidade; aí o tenente resolveu acompanhá-los; desceu ali na Rua Antônio Rodrigues Pereira e entraram em uma ruinha; pararam em frente de uma casa lá; a gente foi seguindo eles, eles em alta velocidade; quando eles pararam em frente de uma casa; ele entrou rápido, acho que é ; se eu não me engano foi o de preto; e ele tava dirigindo o carro, o outro; aí o Tenente entrou junto; logo quando a gente freou no fundo do carro deles, quando ele entrou o Tenente entrou junto e aí ele jogou uma sacola lá no chão e o Tenente pegou a sacola; foi rápido, mas eles estavam correndo muito na rua; eu não sei se eles presenciaram a viatura que vinha atrás e desconfiaram da viatura que ia abordar eles; não, do jeito que foi desceram; (...) estava na frente da casa, a gente abordou; na Delegacia ele afirmou que estava com ele, com o ; (...) era maconha; enrolada em um saco de plástico, um bolinho assim; (...) com certeza, acredito que ela estava fugindo, pela velocidade que ele entrou, correu para dentro e jogou; tava com um negócio na mão e entrou correndo de vez, quando desceu do carro; ele entrou de vez, não sei se ele empurrou ou estava aberta; (...) o rapaz estava muito nervoso, o senhor que estava lá dentro; parece que era primo de , de um dos dois aí, a mulher que estava lá; (...)” (PJe Mídias, PM).

“(...) nós estávamos fazendo ronda; visualizamos um veículo em alta velocidade; com velocidade alta; prosseguimos com a abordagem quando ele parou em frente a uma residência; quando fomos abordar os mesmos, um dos indivíduos adentrou dentro de uma residência; o rapaz de verde estava dirigindo; o de preto entrou na residência; no momento em que o Tenente visualizou ele largou uma sacola no chão; quando a gente deu uma olhada na sacola aparentemente aparentava ser maconha; fiquei fora; o momento em que ele largou a sacola não visualizei não; só o Tenente que foi o primeiro a chegar; só a sacola mesmo; (...) ele saiu do veículo, estava na porta para entrar; (...) tinha uma moça e um senhor dentro da residência; acho que era namorada dele, se não me engano, não tenho certeza; (...) no momento que a gente chegou ele já estava dentro da casa, foi rápido; aparentemente estava aberta a porta; a presença da polícia foi surpresa, dele não” (PJe Mídias, PM).

“estávamos fazendo ronda; visualizamos um gol azul, quadrado, com os vidro tudo preto, em alta velocidade; nós acompanhamos, chegando em determinado lugar conseguimos abordar; quando nós paramos para abordar, um deles adentrou em uma casa e deixou cair na porta uma sacola preta, contendo o material, a maconha; o outro ficou no carro; o que entrou na casa foi o de camisa preta; (...) próximo ao quarto onde ele adentrou; (...) disseram que não ouviram a ordem de parada; (...) somente só a sacola mesmo; tinha um pessoal almoçando na cozinha; parece que era compadre dele; (...) tinha comentários do envolvimento; (...) ele desceu com a sacola; ele saiu do carro rapidinho e entrou logo na casa para se desfazer da maconha; (...) ele ficou esperando voltar; (...)”(PJe Mídias, PM).

Da leitura dos depoimentos dos agentes de segurança não se verifica, portanto, qualquer dúvida acerca da conduta do Apelante. As testemunhas foram uníssonas na descrição das circunstâncias da prisão – carro em alta velocidade em via pública; tentativa de descarte da droga ao avistar a viatura; apreensão de 264g (duzentos e sessenta e quatro gramas) do entorpecente vulgarmente conhecido como maconha.

Sobreleve-se que merece destaque o fato de que foram apreendidos 264g (duzentos e sessenta e quatro gramas) do entorpecente vulgarmente conhecido como maconha, quantidade de droga que, segundo já decidiu o Superior Tribunal de Justiça é expressiva e evidencia a prática delitiva (RHC 99.930/BA, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 21/08/2018, DJe 31/08/2018).

Desse modo, a alegação de que a droga se destinava ao uso pessoal do sentenciado não encontra amparo no material probatório dos autos, não se desincumbido a Defesa em apresentar qualquer adminículo de prova no sentido de que o Recorrente se trata de fato de um mero usuário de drogas, consistindo, assim, as suas alegações em uma tentativa de convencer a autoridade judiciária da sua suposta dependência, como sói acontecer em casos como o ora em testilha.

Demais disso, frise-se, a alegada condição de usuário, por si só, não afasta o crime capitulado no art. 33 da Lei nº. 11.343/2006, sendo cediço

que comumente usuários se dedicam ao tráfico de drogas justamente para sustentar o seu vício.

Cumprando registrar, ainda, que o fato de o Recorrente não ter sido flagrado na prática da mercancia ilícita de entorpecentes igualmente não afasta a conduta delitiva, haja vista que o crime tipificado no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006 é de ação múltipla, consumando-se com a simples prática de quaisquer das condutas elencadas no mencionado artigo, bastando, dessa forma, ser surpreendido, por exemplo, portanto, trazendo consigo, guardando, transportando ou, até mesmo, entregando a consumo ou fornecendo, mesmo que gratuitamente, substância entorpecente a outrem.

Abordando o tema, destaca:

“Apesar de a expressão "tráfico de drogas" estar relacionada à ideia de mercancia e lucro, fato é que a tipificação desse crime dispensa a presença de qualquer elemento subjetivo específico, bastando a consciência e a vontade de praticar um dos 18 (dezoito) verbos constantes do art. 33. Portanto, diversamente do crime do art. 28 da Lei de Drogas, que se caracteriza pela presença do especial fim de agir de o agente trazer a droga consigo para consumo pessoal, sendo considerado, pois, tipo incongruente (ou congruente assimétrico), os crimes de tráfico de drogas são espécies de tipos congruentes, vez que há uma perfeita adequação entre os elementos objetivos e subjetivos do tipo penal, isto é, são infrações desprovidas de qualquer outro elemento subjetivo – o chamado dolo específico da doutrina tradicional (ou especial fim de agir).” (Legislação Criminal Especial Comentada. Ed. JusPODIVM, Salvador, fl. 751).

Lado outro, registre-se que o Apelante foi apreendido anteriormente em duas oportunidades (adolescente) e condenado pela prática de ato infracional análogo ao crime ora em testilha, o que por mais uma vertente afasta a tese desclassificatória de que o sentenciado seria um mero usuário de drogas, pois evidencia que a sua dedicação a atividades criminosas não cessou na oportunidade, perpetuando-se após este atingir a maioridade.

Saliente-se que não se pretende condenar o Recorrente pela existência de sentença anterior (ato infracional), pois a formação da convicção do juízo primevo, corroborada neste Acórdão, não se fundamentou em tal informação, mas no conjunto probatório contextualizado nos autos, indelével de dúvida acerca da materialidade e autoria delitivas.

A indicação da aludida referência tem o escopo apenas de deixar assente que, ao contrário do que quer fazer crer a Defesa, o Apelante possui habitualidade na prática de delitos dessa natureza desde infante.

Destarte, as circunstâncias e peculiaridades do caso concreto, a natureza, a quantidade de entorpecentes encontrados com o Recorrente, aliados às demais provas encartadas aos autos, demonstram, exte de dúvida, a prática do delito capitulado no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006, devendo, assim, ser mantida a sua condenação na forma da sentença.

2– Incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Melhor sorte não assiste ao pleito subsidiário de aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

Como cediço a minorante em comento foi criada para beneficiar aquele réu que não possui incursão anterior na criminalidade, merecendo, portanto, a redução da pena, ao que não se subsume o sentenciado, apreendido e condenado anteriormente por ato infracional análogo ao tráfico de drogas e, ainda, nos presentes autos por integrar organização criminosa, restando, portanto, caracterizada a sua dedicação à atividade criminosa no arcabouço probatório.

A parte final do dispositivo previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos veda a incidência desta causa de diminuição de pena quando restem configuradas as circunstâncias fáticas evidenciadas nos presentes autos, ex vi:

"§ 4º 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. (Vide Resolução nº 5, de 2012)" (Grifos acrescidos).

Dessa forma, o benefício não pode ser concedido ao Apelante, uma vez que, como indicado pelo juízo primevo, já foi sentenciado anteriormente naquele juízo por ato infracional análogo ao mesmo crime (Id nº. 17972123, fl. 02; 17972124, fls. 10/11 – apreensão de maconha e crack – e Pje Mídias, intervalo 11:53), integrando, ainda, organização criminosa, o que revela a sua habitualidade delitiva, impeditiva da aplicação da minorante pretendida.

A propósito, decidiu o STJ:

"(...)

3. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 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.

4. As instâncias de origem – dentro do seu livre convencimento motivado – apontaram elementos concretos dos autos a evidenciar que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas.

5. Não há bis in idem na dosimetria da pena, quando, para justificar a impossibilidade de aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, são mencionados, além da quantidade de drogas apreendidas, outros elementos concretos dos autos que permitem a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa.

6. Agravo regimental não provido." (AgRg no HC 707.668/SP, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 22/02/2022, DJe 03/03/2022)

“(…)

2. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 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.

3. Por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.916.596/SP (Rel. Ministro , Rel. p/ acórdão Ministra), a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça pacificou o entendimento de que, embora adolescentes não cometam crime nem recebam pena, não há óbice a que o registro de ato (s) infracional (is) possa ser utilizado como elemento caracterizador de dedicação do agente a atividades criminosas e, por conseguinte, como fundamento idôneo para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

(…)” (REsp 1827202/SP, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 08/03/2022, DJe 16/03/2022).

Nessa linha, o sentenciado não faz jus a concessão da benesse.

3 – Absolvição do delito previsto no art. 2º, §§ 2º e 4º, I, da Lei nº. 12.850/2013. Alternativamente, o afastamento das respectivas majorantes.

Os pleitos não merecem acolhimento.

A materialidade delitiva restou consubstanciada nos fatos elementos probatórios consubstanciados ao feito (Auto de Exibição e Apreensão, depoimentos testemunhais, etc.).

No tocante a autoria, a prova coligida aos autos igualmente demonstra, com clareza, que o sentenciado praticou o crime capitulado no art. 2º, §§ 2º e 4º, I, da Lei nº. 12.580/2013, pois integrava, desde a adolescência, a facção criminosa conhecida como Caveira, atualmente BDM – como informou o juízo de primeiro grau–, voltada ao tráfico de drogas, com a participação de adolescentes e emprego de armas de fogo em sua atuação.

O art. 1º, § 1º, da Lei 12.850/2013 assim define organização criminosa:

“Art. 1º Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado.

§ 1º Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional.

(…)”.

Do mesmo modo é importante trazer à lume a conceituação do crime de organização criminosa realizada por :

“(…) Trata-se de atuação da delinquência estruturada, que visa ao combate de bens jurídicos fundamentais para o Estado Democrático de

Direito. A relevância da conceituação se deve também ao fato de ter sido criado um tipo penal específico para punir os integrantes dessa modalidade de associação. Sob outro prisma, não se pode escapar da etimologia do termo organização, que evidencia uma estrutura ou um conjunto de partes ou elementos, devidamente ordenado e disposto em bases previamente acertadas, funcionando sempre com um ritmo e uma frequência ponderáveis no cenário prático. Em suma, cuida-se de associação de agentes, com caráter estável e duradouro, para o fim de praticar infrações penais, devidamente estruturada em organismo pré-estabelecido, com divisão de tarefas, embora visando ao objetivo comum de alcançar qualquer vantagem ilícita, a ser partilhada entre os seus integrantes. (...) (Leis penais e processuais penais comentadas. Rio de Janeiro: Forense, 2017, p.770-772).

Pois bem.

In casu, para melhor compreensão dos fundamentos esposados pelo nobre Magistrado de primeiro grau, uma vez que proferidos oralmente em audiência, mister se faz reproduzir o seguinte trecho da sentença hostilizada:

“(...)”

Contudo, o denunciado , segundo o depoimento colhido nesta audiência, integra a organização criminosa anteriormente conhecida como Caveira, hoje BDM, conforme relato prestado pelas testemunhas, especialmente aquele da testemunha . Sabe-se que por experiência e por atividade corriqueira, não se tem, neste Município a prática de crime de tráfico, infelizmente, sem que esteja sob a proteção e o manto de uma das organizações criminosas que atuam na região. Destaque-se, ainda, que , ainda quando menor, fora também preso, apreendido e condenado por este juízo pelo ato infracional equivalente ao tráfico e desde aquela época, conforme ele mesmo reconheceu em seu interrogatório, já aderira as práticas efetivadas pelo seu tio, o senhor , tido como chefe da organização na região e não é razoável crer, que agora atingida a maioria ainda continuando a traficar, também não o esteja fazendo em nome e a serviço da organização. Deste modo, entendo perfeitamente comprovada a participação de no crime previsto no art. 2º, §§ 2º e 4º, I, da Lei nº. 12.850.” (sic).

A criminalidade organizada é, sem dúvida, como adverte , “um dos maiores problemas no mundo globalizado de hoje” e o seu crescimento, continua o autor, “representa uma grave ameaça não apenas à sociedade, mas também ao próprio Estado Democrático de Direito, seja pelo grau de lesividade das infrações penais por elas praticadas, seja pelo grau de influência que exercem dentro do próprio Estado”. (Legislação criminal especial comentada: volume único. Salvador: Jus PODIVM, 2020, fl. 767).

Do exame dos autos, verifica-se, como bem destacado pelo juízo de origem, que os elementos probatórios encartados aos autos são suficientes a gerar um juízo seguro da participação do Apelante – integrar – na organização criminosa (altamente estruturada e com emprego de arma de fogo), denominada “Caveira” (sic), ou como informou o nobre Magistrado, agora “BDM” (sic), liderada pelo seu tio, , conhecido como “Didi” (sic).

In casu, a estabilidade e o caráter duradouro da relação do Recorrente com a referida facção (associação de mais de 04 (quatro) ou mais pessoas,

estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas) remonta a sua adolescência, oportunidade em que foi acolhida a Representação pela prática de crime análogo ao tráfico de drogas, como este confessou em seu interrogatório, consoante trecho que ora se destaca:

Juiz: Então você não está ligado a facção? Por que a Polícia disse que você está ligado?

Apelante: Me afastei deles desde esse tempo vossa excelência, de 2013 para cá;

Juiz: Então você era e saiu, é isso que você está dizendo?

Apelante: isso, mas naquele tempo não tinha facção não vossa excelência;

Inobstante o sentenciado, na tentativa de descaracterizar a prática delitiva, afirme que já não fazia mais parte do grupo criminoso desde 2013, a testemunha, Chefe do Setor de Inteligência da Polícia Civil, ouvido em juízo, não deixa dúvida de que o Apelante jamais deixou de ser integrante da organização criminosa liderada por seu tio, conhecido como Didi, “tido” (sic) como chefe da facção criminosa BDM (Bonde do Maluco), com atuação na cidade de Ribeira do Pombal entre outras do interior do estado, com incursões em roubos, tráfico de drogas e homicídios.

Nesse ponto, destaca-se os seguintes trechos do depoimento da citada testemunha:

Ministério Público: Eles também estão sendo acusados de serem integrantes da facção criminosa Caveira. O Senhor tem alguma informação a respeito disso:

Testemunha: BDN. BDN é uma e Caveira é outra. Correm juntas.

Ministério Público: Há informações de que eles realmente são membros da facção?

Testemunha: Sim senhora.

Ministério Público: O senhor já os conhecia?

Testemunha: não, sim. quando era menor já cumpriu medida educativa. (...)

Do mesmo modo resta evidenciado nos autos a incidência das majorantes previstas no art. 2º, §§ 2º e 4º, I, da Lei nº. 12.850/2013 – atuação da organização criminosa com emprego de arma de fogo e participação de criança ou adolescente.

In casu, a prova da existência de adolescentes na estrutura da organização criminosa revela-se não só das transcrições do interrogatório do Apelante em juízo, no sentido de que ainda infante já integrava o grupo criminoso, mas também do depoimento testemunhal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, conforme destacado alhures.

No tocante ao emprego de arma de fogo, é de conhecimento solar que a organização criminosa ora em testilha – amplamente conhecida no Estado da Bahia – é de alta periculosidade e, ainda, que utiliza armas de fogo em suas ações (tráfico, roubos e homicídios), sendo prescindível a sua apreensão para caracterização da causa de aumento em voga, uma vez que se trata de circunstância objetiva que se comunica a todos os seus integrantes.

A propósito, já decidiu o Tribunal da Cidadania:

“(...)”

5. O acórdão recorrido fundamentou adequadamente todas as elementares típicas do delito de organização criminosa, em análise minuciosa do vasto conjunto probatório da causa.

6. Na dosimetria da pena, à exceção do comportamento da vítima, as circunstâncias que não são consideradas desfavoráveis pelo magistrado são apenas neutras, não gerando direito do réu à compensação com outra vetorial negatizada.

7. A quantidade e natureza das armas de fogo serve como parâmetro para modular a majorante do art. 2º, § 2º, da Lei n. 12.850/2013, que é de natureza objetiva e se comunica entre os réus, nos termos do art. 30 do CP.

(...)” (AgRg nos EDcl no REsp 1957639/PR, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2022, DJe 18/03/2022) (grifos acrescentados).

“(...)”

7. Não há ilegalidade na aplicação da causa de aumento prevista no § 2º do art. 2º da Lei 12.850/2013 em $\frac{1}{2}$ (metade), em decorrência do notório potencial bélico da organização criminosa.

(...)”

9. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AREsp 1619918/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 15/06/2020) (grifos acrescentados).

Nesse contexto, é importante registrar, inclusive, o que Apelante referiu em juízo, com conhecimento do que lhe é próprio, acerca daquele que integra organização criminosa:

“Quem é de facção, vossa excelência, anda matando o povo aí na rua (...); quem é de facção tem bens materiais, tem carro, tem terreno, tem casa, tem moto boa (...).” Me afastei deles de 2013 para cá (...)” (Pje Mídias).

O conjunto probatório vertido nos autos, portanto, não deixa qualquer adinículo de dúvida de que ao praticar a conduta descrita no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006, o Recorrente o fez em adesão aos fins colimados pela facção autodenominada “Caveira” ou “BDM” – conjugação de vontades destinadas a um fim comum –, bem como que associou-se de forma organizada estável e duradoura aos seus integrantes para a práticas de crimes.

As frações relativas as causas de aumento por seu turno (1/4 e 1/5), estão devidamente amparadas em fundamentação idônea a embasar os importes aplicados pelo juízo de primeiro grau.

4 – Dosimetria. Redução da pena-base.

4.1 – Tráfico Ilícito de Entorpecentes.

Neste ponto, merece acolhimento a pretensão deduzida na Defesa.

Como cediço, em crimes sujeitos à disciplina da Lei nº 11.343/2006, cabe ao Magistrado, no momento de fixação da reprimenda, primeiramente, o exame

das circunstâncias judiciais trazidas pelo art. 59 do CPB, juntamente àquelas elencadas no art. 42 da Lei de Drogas, cotejando-as com o caso concreto, de modo a fixar a reprimenda-base. Na sequência, analisa as agravantes e atenuantes previstas respectivamente nos artigos 61 e 65 do mesmo diploma normativo, estabelecendo a sanção intermediária, e, por fim, verifica a presença de causas gerais e específicas de aumento e diminuição de pena, impondo, então, a reprimenda definitiva.

In casu, a douto Julgador assim deliberou:

“1.1 Em relação ao tipo do art. 33 da Lei nº. 11.343/06: Como visto, revela-se bastante elevada a culpabilidade do acusado, possuindo este, sem sombra de dúvida, plena consciência do caráter ilícito de suas ações, sendo-lhe exigível conduta diversa, pois sabia estar comercializando substância entorpecente, daí porque possuía discernimento suficiente a agir por outro modo. Mostram os autos, ainda, que o acusado, é detentor de bons antecedentes e possui conduta social presumivelmente recomendável, posto não demonstrada, nos autos, outros fatos desabonadores. A personalidade revelou-se um tanto quanto fora do normal, visto que o acusado não se mostra arrependido do que fez, tendo realizado conduta de exacerbada gravidade, pondo em risco a sociedade pombalense, especialmente por envolver adolescentes. São notórios todos os danos sociais que daí resultam, principalmente por afastar da possibilidade de um futuro mais digno pessoas em idade de desenvolvimento pessoal, emocional, educacional e afetivo. São graves os motivos, consistentes na obtenção de vantagem pecuniária fácil. As consequências do delito traduzem-se, principalmente, nos nefastos efeitos causados pelas drogas, fato de conhecimento público. Como já dito antes, o crime em questão repercute principalmente para as futuras gerações, posto que abrange menores em desenvolvimento, afastando-os do estudo, da convivência familiar e social, resultando no aumento da criminalidade social em razão do vício, que as leva a praticar delitos contra o patrimônio, a fim de fomentá-lo. São devastadoras e aterrorizantes suas perspectivas de vida. É necessário que o Estado intervenha de forma mais firme, visando impedir ou minorar a amplitude do tráfico na sociedade. Cidades anteriormente tranquilas, especialmente aquelas do interior, hoje vivem em constante temor e uma espécie de clima de terror, face ao elevado número de pessoas viciadas que buscam, por meio de outros crimes, obterem condições de financiar o consumo de drogas. Quanto ao disposto no art. 42 da lei nº. 11.343/06, que estabelece preponderância da quantidade e natureza da droga, personalidade e conduta social do agente sobre as circunstâncias previstas no art. 59, atenho que a exposição já feita justifica um maior sancionamento ao réu. À vista do exposto, fixo a pena base do delito em 06 (seis) anos de reclusão, a qual torno definitiva, ante a inexistência de outras circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas.” (grifos originais)

Examinando o decisum guerreado, observa-se que o Magistrado primevo valorou como negativas a culpabilidade, personalidade, motivo e as consequências do crime.

Imperioso, porém, o afastamento das vetoriais.

Com efeito, quanto à culpabilidade, a sentença hostilizada restringiu-se a

indicá-la como elevada, ao fundamento de que o Recorrente tinha “plena consciência do caráter ilícito de suas ações, sendo-lhe exigível conduta diversa, pois sabia estar comercializando substância entorpecente” (sic). Todavia, como já decidiu o Tribunal da Cidadania, tal fundamentação não se revela adequada para afastamento da basilar do mínimo legal, uma vez que a aludida vetorial não se relaciona com a culpabilidade, terceiro substrato do crime.

Nestes lindes:

“(...)”

2. Na espécie, o Magistrado sentenciante afirmou ser acentuada a culpabilidade do paciente, pois conhecia a ilicitude do comportamento e os malefícios causados pela disseminação dos entorpecentes na sociedade. Entretanto, tal fundamentação não se mostra adequada para a exasperação da pena-base, pois a circunstância judicial em análise em nada se relaciona com a culpabilidade, terceiro substrato do crime. O art. 59 do Código Penal, ao anunciar a culpabilidade como circunstância judicial, objetiva avaliar o maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta do acusado ou menosprezo especial ao bem jurídico violado. Desse modo, carente de fundamentação, no pormenor, o aumento da pena-base. (...)” (STJ. HC 698.362/R0, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 08/02/2022, DJe 15/02/2022).

Outrossim, examinando os fólios, não se vislumbrou nenhum elemento que amparasse a conclusão acima, no sentido de que a culpabilidade extrapolaria os limites do tipo penal em questão. Trata-se de hipótese de tráfico de drogas sem nenhuma peculiaridade específica, revelando-se a conduta norma à espécie delitiva.

Assim, deve ser considerada neutra a culpabilidade.

Igualmente descabido o sopesamento da personalidade, tida por negativa sob o fundamento de que “revelou-se um tanto quanto fora do normal, visto que o acusado não se mostra arrependido do que fez, tendo realizado conduta de exacerbada gravidade, pondo em risco a sociedade pombalense, especialmente por envolver adolescentes. São notórios todos os danos sociais que daí resultam, principalmente por afastar da possibilidade de um futuro mais digno pessoas em idade de desenvolvimento pessoal, emocional, educacional e afetivo” (sic).

Acerca da aludida moduladora, este Relator acompanha o entendimento doutrinário de que sua valoração está condicionada à existência de um laudo pericial elaborado por profissional da psiquiatria ou psicologia, o qual não fora produzido na ação penal de origem.

A lição doutrinária assim aduz:

“(...) Diante disso, torna-se evidente a difícil missão do juiz, pessoa inabilitada para tal mister, tendo que avaliar a personalidade do réu em alguns minutos.

Ora, tal situação é facilmente detectada, pois como poderá o magistrado, a partir da inexistência de qualquer exame médico específico, em poucos minutos concluir que o agente é uma pessoa pacífica, violenta, calma,

nervosa, sensível ou desprovida de sentimento humanitário?

Não restam dúvidas que se torna uma tarefa impossível, ou melhor, tecnicamente inviável e perigosa. Diante disso, a análise dessa circunstância atualmente se revela como sendo de alta complexidade, ao tempo em que defendemos inclusive a impossibilidade de ser atribuída tal tarefa tão-somente ao julgador, por não estar afeta à sua seara de atuação, por não estar habilitado tecnicamente a proceder com a melhor análise e valoração.

Dúvidas não nos restam de que tal circunstância somente poderá ser analisada e valorada a partir de um laudo psicossocial firmado por pessoa habilitada, o que não existe na grande maioria dos casos postos sub judice." (grifos aditados) (Schmitt, . Sentença Penal Condenatória, Teoria e Prática. 6ª edição, 2012. pág. 94)

De fato, é por demais razoável entender que o Juiz de Direito não possui condições técnicas e qualificação suficiente para aferir os traços da personalidade de qualquer indivíduo. Seria difícil, inclusive, para o próprio profissional especializado em classificar comportamentos, realizar seu munus em tão curto espaço de tempo, tomando por referência o contato que órgão jurisdicional possui com o agente, na fase instrutória e em seu interrogatório.

Não merece melhor sorte a valoração negativa dos motivos do crime, pois pautada em fundamentação demasiadamente abstrata, utilizável para qualquer delito de tráfico de drogas e que terminam por reprimir, novamente, a conduta penalmente tipificada em si.

Portanto, também deve ser tida por neutra.

Do mesmo modo a valoração negativa das consequências do crime, pois restringiu-se a apontar a nocividade social da mercancia ilícita, o que, obviamente, é desdobramento sempre inerente ao cometimento do crime em questão, não justificando, genericamente, a elevação da reprimenda, pois, se assim fosse, todos os crimes de tráfico estariam necessariamente acompanhados pelo sopesamento negativo em questão na primeira etapa de aplicação da reprimenda, como se efeito automático do tipo penal fosse.

A propósito:

"(...)

4. Também se revela insuficiente a motivar a exasperação das penas-bases, a título de consequências do crime, a menção à "disseminação das drogas na sociedade" (e-STJ fl. 88), porquanto tal elemento é genérico e se confunde com os efeitos negativos naturais e inerentes aos tipos penais em análise. Precedentes.

(...) (HC 698.362/R0, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 08/02/2022, DJe 15/02/2022).

Portanto, também deve ser tida por neutra.

Em consequência, afastados os únicos sopesamentos negativos implementados, impõe-se a fixação da sanção-base no seu mínimo legal, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem reconhecidas, permanece inalterada a pena intermediária.

Por fim, ingressando na terceira etapa de aplicação da reprimenda, como já examinado anteriormente, o Apelante não faz jus a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº. 11.343/2006, sendo imperioso novamente registrar, para que não haja dúvidas, que o sentenciado, além de integrar organização criminosa de alta periculosidade, foi sentenciado anteriormente pela prática de ato infracional análogo à espécie delitiva (Id nº. 17972123, fl. 02; Id nº. 17982124, fls. 10/12), revelando não ser o fato objeto deste feito situação isolada em sua vida. Precedentes: STJ. AgRg no HC 724.046/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2022, DJe 25/03/2022.

A pena definitiva resta, portanto, estabelecida no montante final de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, em razão da ausência de causas gerais e específicas de aumento e diminuição de pena.

4.2 – Delito capitulado no art. 2º, §§ 2º e 4º, I, da Lei nº. 12.850/2013.

O douto Magistrado de primeiro grau aplicou a dosimetria do delito de Organização Criminosa nos seguintes termos:

“1.2 – Em relação ao tipo do art. 2º, §§ 2º e 4º, inciso I, da Lei nº. 12.850/2013: Para fixação da pena inicial, valem aqui as mesmas considerações tecidas anteriormente, razão pela qual fixo a pena-base do delito em 04 (quatro) anos de reclusão. Inexistem outras circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem consideradas. Presente a causa de aumento no § 2º do art. 2º da Lei nº. 12.850/2013, aumento a pena em $\frac{1}{4}$, passando-a para 05 (cinco) anos de reclusão. Presente, ainda, a causa de aumento especial prevista no art. 2º, § 4º, I, da Lei nº. 12.850/2013, majoro a pena em 1/5, passando para 06 (seis) anos de reclusão, a qual torno definitiva, ante a existência de qualquer outra causa modificadora. (...)” (grifos originais).

Como visto, o douto sentenciante utilizou-se dos mesmos fundamentos esposados na aplicação da pena-base do crime de tráfico ilícito de entorpecentes para fixar a basilar do delito ora em testilha.

Logo, imperioso o afastamento das vetoriais culpabilidade, personalidade, motivo e consequências do crime, para fixar a sanção-base do crime de organização criminosa no mínimo legal previsto à espécie, qual seja, 03 (três) anos de reclusão, pelas razões já esposadas quando do exame das moduladoras no tópico relativo ao tráfico ilícito de entorpecentes, deixando-se de trazer novamente à colação para evitar desnecessária tautologia.

Ausentes circunstâncias agravantes ou atenuantes e, considerando a incidência das majorantes previstas nos §§ 2º e 4º, I, do art. 2º da Lei de Organização Criminosa, mantém-se os mesmos patamares indicados na sentença hostilizada (1/4 e 1/5, respectivamente), para fixar uma pena definitiva de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Quanto à pena de multa, mantém-se o quantum aplicado na sentença hostilizada, qual seja, 60 (sessenta) dias-multa, sob pena de reformatio in pejus, haja vista que, considerando-se os mesmos parâmetros fixados para delimitação da sanção corporal, o Apelante restaria condenado ao pagamento de 115 (cento e quinze) dias-multa.

4.3 – Concurso material.

Considerando a existência de concurso material entre os crimes, a pena definitiva do Apelante deve ser fixada em 09 (nove) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, nos termos do art. 33, § 2º, a, do Código Penal Brasileiro, e ao pagamento de 560 (quinhentos e sessenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

4.4 – Detração Penal.

Por fim, no tocante a detração penal, não se vislumbra nos fólios elementos concretos suficientes que possibilitem, com segurança, a adoção de tal procedimento nesta oportunidade, razão pela qual deixa-se tal análise para o Juízo das Execuções Penais, que possui meios efetivos para avaliar com exatidão o período de prisão cautelar a que ficou submetido o Apelante.

Ante todo o exposto, vota-se pelo PROVIMENTO PARCIAL do recurso, nos termos expendidos ao longo deste Acórdão.

O presente Acórdão serve como ofício.

Des.
Relator