

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0566883-24.2018.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: ALEXSANDRO ARAÚJO SOARES

Advogado (s): ALBERICO SILVA DE CARVALHO registrado (a) civilmente como
ALBERICO SILVA DE CARVALHO

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

ACORDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DO CRIME COMPROVADAS. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO. REDUÇÃO DA PENA-BASE. IMPERTINENTE. MAUS ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR. TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR. CARACTERIZAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO APLICAÇÃO. DEDICAÇÃO EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. MODIFICAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPRATICABILIDADE. QUANTIDADE DE PENA E CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. DIREITO A RECORRER EM LIBERDADE. INVIABILIDADE. RÉU JÁ CONDENADO EM OUTRO PROCESSO POR TRÁFICO DE DROGAS E SUPOSTO ENVOLVIMENTO EM FACÇÃO CRIMINOSA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. NÃO CONHECIMENTO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO.

Demonstradas de forma inequívoca a autoria e a materialidade do crime de tráfico de drogas, resta inviável a absolvição. Réu preso em flagrante trazendo consigo 04 (quatro) trouxas grandes de maconha, 15 (quinze) trouxinhas da mesma erva, 17 (dezessete) pinos contendo cocaína e 23

(vinte e três) pedras pequenas de cocaína em forma de crack.

A fundamentação da análise das circunstâncias previstas no art. 59 do CP conduz a manutenção da pena-base. Vetor dos Antecedentes devidamente fundamentado.

Impossibilidade do reconhecimento do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, haja vista que restou demonstrado nos autos que o Acusado é habitual na prática delitiva.

Em respeito ao art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o regime de pena estabelecido para o Apelante deve permanecer no fechado, considerando o quantum da pena fixada e os maus antecedentes.

A prisão preventiva foi decretada em decisão plenamente fundamentada, tendo a Magistrada, na ocasião da Sentença, ressaltado a necessidade de resguardar a ordem pública, haja vista o risco de reiteração delitiva, daí porque imperiosa manutenção da custódia preventiva, mostrando-se descabida a liberdade provisória ou substituição da segregação por medidas cautelares diversas da prisão visto que não se trata de Réu primário (Condenação Transitada em julgado – proc. nº.0549274-62.2017.8.05.0001 – Tráfico de Drogas), havendo informações nos autos de que tem envolvimento com a facção criminosa "BDM", muito embora tenha sido absolvido no processo criminal nº 0510747-36.2020.8.05.0001 (Crime de Porte de Arma).

Cabe ao Juízo das Execuções Penais a análise da matéria atinente à gratuidade da justiça.

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0566883-24.2018.8.05.0001 da Comarca de SALVADOR, sendo Apelante ALEXSANDRO ARAÚJO SOARES, e Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER PARCIALMENTE o Recurso de Apelação interposto e, nessa extensão, NEGAR PROVIMENTO, na forma do Relatório e do Voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Salvador, .

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

DECISÃO PROCLAMADA

Improvido. Unânime.
Salvador, 5 de Maio de 2022.

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0566883-24.2018.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: ALEXSANDRO ARAÚJO SOARES

Advogado (s): ALBERICO SILVA DE CARVALHO registrado (a) civilmente como
ALBERICO SILVA DE CARVALHO

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Acusado ALEXSANDRO ARAÚJO SOARES, tendo em vista sua irresignação com o conteúdo da sentença condenatória, proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da comarca de Salvador, que julgou procedente a denúncia ofertada pelo Ministério Público, para o fim de condená-lo ao cumprimento das sanções do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, fixando a pena definitiva em 05 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente fechado, associada à prestação pecuniária de 540 (quinhentos e quarenta)

dias-multa.

Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação. Em sua razões, pugnou pela absolvição fundamentada no princípio do in dubio pro reo diante da insuficiência de provas capazes de amparar uma condenação. Eventualmente, requereu: fixação da pena-base no mínimo legal; reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06; modificação do regime prisional; substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; realização da detração; além do direito de recorrer em liberdade (ID. 25687893).

Em contrarrazões, o Parquet aduziu que o acervo probatório coligido nos autos é seguro ao apontar a prática do crime de tráfico de drogas. Ao final, requereu a manutenção in totum da decisão condenatória (ID. 25687906).

Abriu-se vista à Procuradoria de Justiça que opinou pelo conhecimento e desprovimento do recurso de apelação (ID 25860238).

Salvador/BA, 18 de abril de 2022.

Desa. Nágila Maria Sales Brito
Relatora

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0566883-24.2018.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: ALEXSANDRO ARAÚJO SOARES

Advogado (s): ALBERICO SILVA DE CARVALHO registrado (a) civilmente como ALBERICO SILVA DE CARVALHO

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

VOTO

1. PRESSUPOSTOS RECURSAIS DEVIDAMENTE CONFIGURADOS. CONHECIMENTO DA APELAÇÃO.

Primeiramente, cabe examinar a presença dos pressupostos recursais.

Do exame dos autos, percebe-se que a sentença condenatória foi disponibilizada no DJE em 06.10.2021, tendo o Advogado interposto recurso no dia 10.10.2021.

Levando-se em conta o prazo previsto pelo artigo 593 do Código de Processo Penal resulta evidente a tempestividade da apelação, a qual veio a cumprir os requisitos necessários para a sua regular tramitação, ensejando o correspondente conhecimento.

2. DO MÉRITO DO RECURSO DE APELAÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA.

Nos termos do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, comete o crime de tráfico de drogas quem:

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.

Logo, para que a conduta do Réu seja considerada tráfico de drogas, basta que se encaixe em um dos 18 verbos mencionados no caput do art. 33 da retrocitada Lei e que a finalidade seja o consumo de drogas por terceiros. Vale dizer, é irrelevante que o agente seja surpreendido comercializando efetivamente a droga.

Desse modo, para a configuração do delito de tráfico de drogas, não é necessário que o agente seja detido no exato momento em que esteja praticando atos de mercancia. Basta que haja nos autos provas robustas e outros elementos que denotem a finalidade de uso das drogas por terceiros.

Com efeito, a prova da mercancia não necessita ser direta, mas deve ser firmada quando os indícios e presunções, analisados sem preconceito, formam um todo harmônico e demonstram a distribuição comercial do entorpecente.

O Superior Tribunal de Justiça não deixa margem de dúvida a respeito do tema. Senão veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA ESTREITA DO WRIT. MERCANCIA. PRESCINDIBILIDADE. TIPO MISTO ALTERNATIVO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O habeas corpus não é a via adequada para apreciar o pedido de desclassificação do delito, tendo em vista que, para se desconstituir a conclusão obtida pelas instâncias locais sobre a condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do remédio heróico, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória. 2. O crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo, restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no HC: 618667 SP 2020/0268356-5, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 24/11/2020, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/11/2020)

A douta autoridade sentenciante reconheceu, acertadamente, que o Acusado perpetrou o delito sub judice, incidindo no tipo penal que lhe foi imputado, tráfico de drogas, razão pela qual deve arcar com as consequências do seu comportamento ilícito.

Compulsando detidamente os fólios, constata-se que a autoria e a materialidade do crime revelam-se incontestes, devendo ser afastada a irresignação da Defesa, uma vez que o decisio obliterado encontra respaldo no arcabouço probatório colacionado.

A materialidade do delito está comprovada nos autos digitais por meio do Auto de Exibição e Apreensão (fl. 08 do ID 25687592), Laudo de Constatação (fl. 20 do ID 25687592) e Laudo Definitivo (ID 25687874).

A Perícia constatou que as 19 (dezenove) porções, pesando 46,92g (quarenta e seis gramas e noventa e dois centigramas), resultaram Positivo para Cannabis sativa e que as 17 (dezesete) porções acondicionadas em microtubos plásticos, pesando 5,24g (cinco gramas e vinte e quatro centigramas) e as 23 (vinte e três) porções, pesando 2,58g (dois gramas e cinquenta e oito centigramas), resultaram Positivo para a presença de Benzoilmetilecgonia (cocaína), substâncias entorpecentes de uso proscrito no Brasil, respectivamente inserida nas Listas F2 e F1 da Portaria 344/98 do Ministério da Saúde.

No que toca à autoria atribuída ao Acusado, as provas contidas nos autos demonstram, efetivamente, que ele, de fato, praticava o delito de tráfico de drogas.

Verificou-se que, no dia 20 de dezembro de 2017, por volta das 15:00 horas, nesta capital, policiais militares realizavam ronda de rotina e ao passarem pela na Rua Sérgio de Carvalho, local do Pico da Jaqueira, Vale

da Muriçoca, avistaram 03 (três) indivíduos, dentre eles o Apelante, em atitude suspeita, momento em que empreenderam fuga, porém foram alcançados.

Em ato contínuo, os Acusados jogaram no chão as drogas que traziam consigo, contudo tais entorpecentes foram recuperados, constatando tratar-se de 04 (quatro) trouxas grandes de maconha, 15 (quinze) trouxinhas da mesma erva, 17 (dezesete) pinos contendo cocaína e 23 (vinte e três) pedras pequenas de cocaína em forma de crack, além da quantia de R\$ 142,00 (cento e quarenta e dois reais) em espécie.

Com efeito, a tese de fragilidade probatória destoa por completo do material probatório carreado aos autos. A prova testemunhal produzida apresenta-se como importante elemento de convicção.

Nesse sentido, os policiais ROSEVALDO SANTOS COSTA, CARLOS AUGUSTO DA SILVA CRUZ e ADAILTON DE SOUZA LIMA, responsáveis pela diligência que culminou na prisão em flagrante do Recorrente, ratificaram em juízo os depoimentos prestados em sede Policial, narrando o modus operandi da prisão, tornando inequívoca a prática delitiva pelo sentenciado Veja-se:

(...) que se recorda dos fatos narrados na denúncia e se recorda do réu presente na audiência de nome Alexandro; que na localidade descrita na denúncia o réu é chamado de "Tomate"; Que afirma que o acusado presente é conhecido como "Tomate" na localidade conhecida como Vale da Muriçoca e esse tinha um irmão chamado de "Tiago Capenga" que foi morto no dia 04/04/2021; que os fatos narrados na denúncia ocorreram na localidade da Jaqueira; Que a facção que comanda o local descrito na denúncia é a facção BDM e o acusado aqui presente integra essa facção; que os policiais estavam em ronda de rotina na localidade mencionada acima, quando se depararam com Alexandro, Filipe e Luis Claudio que é conhecido como "Nino"; que esses três rapazes estavam parados em um ponto de tráfico de drogas; que o réu Alexandro, o depoente conheceu na diligência; o réu Filipe, vulgo Cérebro, veio a falecer posteriormente no ano de 2020; que o abordado Luís Carlos Evangelista atualmente está em outra facção denominada "Bonde da Gamboa", e essa atua nas imediações do bairro 2 de julho, e também na região da Contorno, nesta capital; que os três abordados dispensaram materiais no chão quando viram a polícia; que o depoente viu os três indivíduos dispensando os "materiais", mas não sabe informar quais materiais cada indivíduo dispensou; que os materiais jogados no chão são as substâncias ilícitas apreendidas na diligência; que salvo engano, o material ilícito estava no bolso do réu presente na chamada de vídeo, antes deste descartar o material ao chão; Que os flagranteados negaram a posse das drogas; Que os materiais apreendidos foram encontrados perto dos indivíduos abordados, no local onde os três indivíduos estavam em pé; que não houve fuga e nem reação durante a abordagem e condução; que os policiais entenderam que os três flagranteados estavam reunidos, em comunhão de desígnios para vender drogas, porque o local onde estavam já é conhecido para tal atividade; que o depoente mencionou que o acusado Alexandro fazia parte do BDM, pois se não fizesse, não poderia está vendendo naquele local; que o depoente soube posteriormente, por informações de campo, que o réu Alexandro tinha alcunha de Tomate; Que após esse fato, o réu Alexandro voltou a ser preso pela Rondesp por porte de arma de fogo; que populares mencionam que Tomate é associados ao BDM para a prática de tráfico de drogas; que soube que o

ré foi preso novamente com uma pistola 380 no dia 14.10.2020; que os policiais arrolados na denúncia também participaram da diligência no dia dos fatos narrados na inicial. que na hora da abordagem o depoente teve certeza que o r   Alessandro descartou drogas. que os objetos dispensados pelos indivíduos, recuperados pela polícia e apresentados, foram: maconha, pinos de cocaína, crack e R\$142, em espécie, tudo recolhido próximo aos indivíduos.". (ROSEVALDO SANTOS COSTA, em juízo, ID 25687867).

"[...] que reconhece o r   presente na chamada de vídeo; que se recorda dos fatos narrados na denúncia; que os indivíduos abordados na inicial estavam em uma área que era investigada pelo departamento de inteligência da polícia; que os três conduzidos deste processo eram "velhos conhecidos" da policiais, pelo envolvimento com crimes de homicídio e tráfico de drogas, inclusive o r   presente na chamada de vídeo; (...) que no dia descrito na denúncia os policiais flagraram quatro indivíduos; que o quarto indivíduo era de menoridade, filho de um mulher prenome de Carla; que o r   Alexandre tentou fugir, mas foi impedido pelos policiais pois esses fizeram um cerco; que pelo o depoente sabe Alexandre foi conduzido porque com ele foram encontradas drogas e dinheiro; (...) que não se recorda onde foram encontradas drogas com o r   presente na chamada de vídeo, mas tem certeza que o acusado PEC, Felipe e o r   estavam portando drogas, porém não se recorda onde estavam as drogas que cada um dos indivíduos abordados portava; (...) que quando o depoente se aproximou dos abordados, esses já estavam detidos pelos outros policiais e as drogas recolhidas, de forma que o depoente não viu toda a abordagem aos conduzidos [...]." (Depoimento do policial CARLOS AUGUSTO DA SILVA CRUZ, em juízo, ID 25687868).

"[...] que se recorda "vagamente" dos fatos narrados na denúncia porque o depoente já está na reserva; que o depoente reconhece o r   presente na chamada de vídeo; que o local onde ocorreu a prisão, já era conhecido pela 41   CIPM como ponto de vendas de drogas e os policiais incursionaram na área descrita na denúncia; que nessa diligência os policiais se depararam, salvo engano, com quatro indivíduos, inclusive com o r   aqui presente; que os indivíduos estavam juntos; que esses indivíduos foram surpreendidos pelos policiais; que os policiais viram quando os indivíduos dispensaram os objetos que foram apreendidos e identificados como maconha, cocaína e aparelhos celulares; que todos os indivíduos foram vistos dispensando os materiais ilícitos; que esses materiais estavam nas vestes e nas mãos dos r  s, inclusive do acusado aqui presente; que os quatro indivíduos já eram "velhos conhecidos" dos policiais como traficantes de drogas daquela   rea [...]." (Depoimento do policial ADAILTON DE SOUZA LIMA, em juízo, ID 25687869).

Importa consignar que o conjunto probatório coligido contribui para formular Juízo de convic  o suficiente para embasar o decreto condenatório prolatado, em especial os depoimentos prestados pelas testemunhas, que são relevantes e harm  nicos, encontrando consonância com todas as demais provas produzidas ao longo da instru  o processual, corroborando os argumentos acerca da prática do delito de tráfico de drogas.

Saliente-se que, embora os depoimentos tenham sido prestados por policiais, estes, como qualquer outra testemunha, assumem o compromisso de dizer a verdade (artigo 203 do CPP). Segundo a Jurisprudência, é válido o testemunho prestado por agente policial, não contraditado nem

desqualificado, na medida em que provém de agente público no exercício de suas funções e não destoa do conjunto probatório.

Corroborando tal entendimento, segue a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

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 da substância apreendida (75 g de cocaína), 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 não provido. (AgRg no AREsp 1840915/SE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 21/05/2021). (Grifo nosso).

De maneira mais objetiva, o convencimento pela autoria do crime de tráfico pode ser facilmente alcançado quando são levados em consideração os seguintes fatores: a circunstância em que se deu a prisão em flagrante, a quantidade de droga apreendida, a natureza da droga e a forma em que a droga foi encontrada.

Ex positis, o pleito de absolvição deve ser rechaçado, mantendo-se a decisão recorrida, ante a robusta prova da autoria e materialidade delitivas.

3. DA PENA-BASE.

Analisando as diretrizes traçadas pelo artigo 59 do Código Penal, o Magistrado a quo deve fixar a pena-base no mínimo legal quando todas as circunstâncias judiciais forem favoráveis ao Réu ou não existirem elementos de aferição.

No caso em tela, a MM. Juíza considerou como circunstância judicial desfavorável o vetor dos Antecedentes, visto que existe uma condenação criminal pelo crime de Tráfico de Drogas (processo n. 0549274-62.2017.8.05.0001) transitada em julgado em data posterior ao

delito em tela. Assim, apesar de não servir para caracterizar a reincidência, pode ser utilizado, contudo, como maus antecedentes.

Nesse sentido a jurisprudência.

EMENTA: PENAL – CRIME DE FURTO QUALIFICADO – APLICAÇÃO DA PENA – MAUS ANTECEDENTES – CONCEITUALIZAÇÃO – CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR – TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR – CARACTERIZAÇÃO – BENEFÍCIOS DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA E DO SURSIS – INCOMPATIBILIDADE – REITERAÇÃO NA PRÁTICA DE MESMO DELITO – SENTENÇA MANTIDA. – "Não há que confundir as noções de maus antecedentes com reincidência. Os maus antecedentes representam os fatos anteriores ao crime, relacionados ao estilo de vida do acusado e, para tanto, não é pressuposto a existência de condenação definitiva por tais fatos anteriores. A data da condenação é, pois, irrelevante para a configuração dos maus antecedentes criminais, diversamente do que se verifica em matéria de reincidência (CP, art. 63)". (Precedente do STF) – Condições subjetivas, inerentes à conduta do agente, traduzida por sucessivos envolvimento em infrações penais de mesma natureza, impedem a substituição da pena corporal por restritiva de direitos ou a concessão do sursis, por insuficiência da medida para a reprovação e prevenção do delito. (TJ-MG – APR: 10569140017769001 Sacramento, Relator: Júlio Cezar Gutierrez, Data de Julgamento: 23/09/2020, Câmaras Criminais / 4ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 29/09/2020)

Portanto, a pena-base deve permanecer em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

4. DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06.

Na terceira fase, a Defesa requereu a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06.

Com efeito, dispõe o § 4º do art. 33 da mencionada lei federal, verbis:

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

Importa mencionar que o conteúdo do § 4º do artigo 33 garante a possibilidade de aplicação do privilégio apenas para o chamado 'marinheiro de primeira viagem', como verbera Guilherme de Souza Nucci1.

In casu, a MM. Juíza a quo, de forma correta, não aplicou ao Apelante a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, em razão de ele dedicar-se à atividade criminosa.

Assim, não merece prosperar o pedido de reconhecimento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, uma vez que o Acusado não atende aos requisitos necessários para a benesse, visto que não é primário, já que consta uma sentença condenatória transitada em julgado também pelo delito de tráfico de drogas.

Logo, os elementos concretos carreados aos autos revelam não ser o Apelante um traficante ocasional, restando, ao contrário, evidenciada sua dedicação a atividades criminosas, o que torna inviável a aplicação da minorante inserta no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006.

5. DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA

Em respeito ao art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o regime de pena estabelecido para o Apelante deve permanecer no fechado tendo em vista ser o regime mais adequado para o caso concreto, considerando o quantum da pena fixada e os maus antecedentes.

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

Do exame da pena aplicada, percebe-se a inviabilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Vale examinar os requisitos apontados pela doutrina para que seja autorizada a conversão, consoante leciona Guilherme de Souza Nucci²:

São três requisitos objetivos e um subjetivo, decomposto em vários itens (art. 44, CP): objetivos: a) aplicação de pena privativa de liberdade não superior a quatro anos, quando se tratar de crime doloso; b) crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa; c) réu não reincidente em crime doloso; subjetivo: condições pessoais favoráveis: d1) culpabilidade; d2) antecedentes; d3) conduta social; d4) personalidade; d5) motivos; d6) circunstâncias (...).

Não merece amparo o requerimento da substituição da pena privativa de liberdade pela pena restritiva de direitos na hipótese em tela. O Apelante não preenche as condições previstas no artigo 44 do Código Penal, por força da aplicação, em concreto, de pena privativa de liberdade superior a quatro anos de reclusão.

7. DETRAÇÃO.

Ex positis, em atenção ao quanto disposto pela Lei nº 12.736/12, que antecipa o momento de aferição da detração penal para a prolação da sentença condenatória, deixo de efetivá-la ante a ausência de dados fidedignos nos autos a propósito do quantum de cumprimento de pena provisória pelo Acusado.

Vale ressaltar que a Lei nº 12.736/12 não suprimiu a função do Juízo da Execução no que diz respeito à detração penal, sendo imperiosa, para a respectiva concessão, a aferição dos elementos objetivos previstos em lei. Ademais, a modificação do regime de cumprimento da pena demanda a comprovação de requisitos subjetivos relacionados ao agir do Apelante, o que não pode ser examinado com o devido apreço por esta Corte nesta fase processual.

Dessa forma, tendo em vista o seu grau mais elevado de consolidação das informações, determino ao Juízo da Execução que, de imediato, afira a eventual detração penal do Acusado, modificando, se for o caso, o regime inicial de cumprimento da pena, em prestígio aos princípios da celeridade e segurança jurídicas.

8. DA IMPOSSIBILIDADE DA CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE.

Pleiteou a Defesa a concessão do direito de recorrer em liberdade, afirmando inexistir qualquer fundamento apto à manutenção da custódia cautelar do Apelante, à luz do que dispõe o art. 312 do CPP.

Razão, entretanto, não lhe assiste. Da leitura da Sentença recorrida, verifica-se que foi negado o direito de recorrer em liberdade sob os seguintes fundamentos, in verbis:

"(...) Nego ao réu ALEXSANDRO o benefício de apelar em liberdade, uma vez que o acusado, quando em liberdade provisória, voltou a ser preso, passando a responder a este processo, bem assim, responde preso, a processo criminal perante a 10ª Vara Criminal, nesta Capital, indicando, assim, contumácia na prática de crimes, sobretudo tráfico de drogas. Ressalte-se, ainda, que, segundo consta dos relatos dos policiais, o acusado, de alcunha "Tomate", tem envolvimento com a facção criminosa "BDM", bem como já era conhecido por seu envolvimento com a prática de tráfico de drogas na localidade apontada na denúncia. Por tais razões oferece risco à ordem pública, quando solto. Ademais, conforme consta da fundamentação desta peça, há incontestes prova de autoria e materialidade de crime de tráfico de drogas. . (...)"

Compulsando os autos, muito embora tenha sido absolvido no processo 0510747-36.2020.8.05.0001, observa-se que a prisão preventiva foi decretada em decisão plenamente fundamentada, tendo a Magistrada, na ocasião da Sentença, ressaltado a necessidade de resguardar a ordem pública, haja vista o risco de reiteração delitiva.

Dessa forma, imperiosa manutenção da custódia preventiva, mostrando-se descabida liberdade provisória ou a substituição da segregação por medidas cautelares diversas da prisão visto que não se trata de Réu primário (Condenação Transitada em julgado – proc. nº.0549274-62.2017.8.05.0001 – Tráfico de Drogas), havendo informações nos autos de que tem envolvimento com a facção criminosa "BDM", muito embora tenha sido absolvido no processo criminal nº 0510747-36.2020.8.05.0001 (Crime de Porte de Arma).

Assim, não é razoável que o Apelante tenha venha a aguardar o julgamento do recurso em liberdade.

9. DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA

A Defesa pugnou pela concessão dos benefícios da assistência judiciária gratuita, afirmando não poder o Acusado arcar com as custas do processo e honorários advocatícios, sem prejuízo do seu sustento.

Quanto ao referido pedido, este não deve ser conhecido, uma vez que a matéria atinente à isenção de custas e gratuidade da justiça, disposta na Lei nº 1.060/50 e nos artigos 804 do CPP e 98 e seguintes do Código de Processo Civil, é da competência do Juiz da Vara das Execuções Penais. Tal entendimento faz-se notar no seguinte julgado:

TRÁFICO DE DROGAS. [...] JUSTIÇA GRATUITA. HIPOSSUFICIÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [...] 6. A ausência de comprovação da hipossuficiência do recorrente obsta a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita. Ademais, como é cediço, a jurisprudência desta Corte Superior é firme no sentido de que o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução, por tal razão, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais (AgRg no AREsp 206.581/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 19/10/2016)"(AgInt no REsp. 1.569.916/PE, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, julgado em 22/3/2018, DJe 3/4/2018). 7. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1803332/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 02/09/2019)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISENÇÃO DE CUSTAS. JUÍZO DA EXECUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A concessão do benefício da justiça gratuita não exclui a condenação do acusado em custas processuais, as quais terão a exigibilidade suspensa pelo prazo de cinco anos. A capacidade financeira do condenado será avaliada pelo juízo da execução. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1375459/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 19/12/2018)

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. COMANDO NORMATIVO INAPTO PARA REFORMA DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULAS 282, 356 E 284/STF. REVISÃO DO VALOR. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte, o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução e, por tal razão, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais (AgRg no AREsp 206.581/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 19/10/2016). [...] 5. Agravo regimental improvido. (AgInt no REsp 1569916/PE, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 22/03/2018, DJe 03/04/2018) Ante o exposto, com fundamento no art. 932, inciso VIII, do CPC, c/c o art. 253, parágrafo único, inciso II, alínea b, do RISTJ e da Súmula n. 568/STJ, conheço do agravo para negar provimento ao recurso especial.

Dessa forma, a análise da hipossuficiência do Apelante deverá ser feita

pelo Juiz da Execução Penal e não por esta Relatora, sob pena de configurar-se supressão de instância, razão pela qual não conheço do pedido.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE do Recurso de Apelação interposto pela Defesa e, nessa extensão, NEGÓ-LHE PROVIMENTO.

Sala das Sessões, de de 2022.

1NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 372.

2NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 410.

Salvador/BA, 18 de abril de 2022.

Desa. Nágila Maria Sales Brito
Relatora