

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0569220-20.2017.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: Robson Jorge Santos Ornelas

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros

RELATOR: DES. PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA

ACORDÃO

EMENTA: APELAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA POR CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, “CAPUT”, DA LEI Nº 11.343/06)– RECURSO POSTULANDO A DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA PREVISTA NO ART. 28 DO MESMO DIPLOMA (PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL), APLICAÇÃO DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4º, DA LEI DE TÓXICOS), REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA, E ALTERAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA – COMPROVADAS MATERIALIDADE E AUTORIA – VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS – DESCLASSIFICAÇÃO INVIÁVEL – CONDENAÇÃO DE RIGOR – “TRÁFICO PRIVILEGIADO” NÃO APLICÁVEL NO CASO CONCRETO – DOSIMETRIA CORRETAMENTE EFETUADA – REGIME DE INICIAL CUMPRIMENTO DA PENA REVISADO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO

PARCIALMENTE PARA ALTERAR DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA.

I – Sentença que julgou procedente a pretensão punitiva para condenar ROBSON JORGE SANTOS ORNELAS nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 fixando-lhe pena definitiva de 05 (CINCO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO, a serem cumpridos em regime inicial fechado, além de 583 (quinhentos) dias-multa, negado o direito de recorrer em liberdade.

II – Recurso da defesa postulando a desclassificação do delito de tráfico de entorpecentes para o art. 28 da Lei nº 11.343/2006; subsidiariamente, pugna pela reforma do acréscimo advindo da primeira fase do dosar da pena; e a aplicação da minorante expressa no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006; bem como a fixação do regime inicial semiaberto para cumprimento da pena imposta em razão da detração.

III – A materialidade e autoria do crime foram comprovadas, de forma indubitosa, como atestam o Auto de Prisão em Flagrante de ID 167835203; Auto de Exibição e Apreensão ID. 167835203 (fl.6); Laudo de Constatação de ID 167835204 (fl.3), e Laudo Pericial de ID. 167835915; bem assim pelos depoimentos testemunhais colhidos tanto na fase de Inquérito quanto ao longo da instrução, especialmente os policiais que flagraram o Acusado na posse dos entorpecentes, confirmando judicialmente seus depoimentos prestados em sede policial.

IV – Conforme entendimento do STJ, são válidos e revestidos de eficácia probatória o testemunho prestado por policiais envolvidos com a ação investigativa, mormente quando, como no caso, em absoluta harmonia com as demais provas e confirmados em Juízo, sob a garantia do contraditório.

V – Quanto ao pleito no sentido de obter a desclassificação do crime de tráfico (art. 33) para porte de droga para consumo pessoal (art. 28), não merece agasalho, posto como as circunstâncias do caso sub judice não guardam sintonia com o disposto no § 2º, do art. 28, da Lei Antidrogas. Na espécie, apesar de não se tratar de vasta quantidade de droga (treze gramas e vinte e seis centigramas), a forma de acondicionamento em 28 (vinte e oito) trouxinhas e 06 (seis) pinos, embalados individualmente para facilitar a comercialização unitária de entorpecente, e o contexto da apreensão realizada em festa com amplo número de pessoas afastam a alegação posse para uso próprio.

VI – Não é demais lembrar, outrossim, que, nos crimes de tráfico, não se há de esperar a concretização do ato de venda para a consumação do ilícito. A todas as luzes, o núcleo do tipo do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, abarca ações múltiplas, tais como “transportar”, “trazer consigo”, “guardar” e “manter em depósito”, não exigindo, para sua configuração, o efetivo ato de mercancia, de modo que a só realização de uma delas já é suficiente para comportar a condenação. Deveras, a Lei Antidrogas não reclama, para a caracterização do delito de tráfico, cujo dolo exigível é o dolo genérico, que o agente seja surpreendido comercializando a droga, sendo, pois, dispensável a flagrância do ato de fornecimento, desde que outras condutas típicas estejam evidentes no acervo probatório. Condenação de rigor. Análise dosimétrica.

VII – No que concerne ao pleito recursal, de revisão da pena-base,

verifica-se que não assiste razão ao Apelante. Em detida análise do comando sentencial, conclui-se que o Juízo de origem considerou as circunstâncias do crime como vetor desfavorável em relação ao Apelante. No caso em comento, a Sentença, em análise dos fatos, exacerbou a sanção basilar em 10 (dez) meses de forma fundamentada. O aumento se coaduna com a situação fática dos fólhos, estando, ainda, em fração não desproporcional, haja vista que existem oito critérios expostos no art. 59 do Código Penal para fins de fixação da penal inicial. Dessa forma, mantenho a pena-base fixada pelo Juízo a quo.

VIII – Na derradeira etapa da dosimetria da pena, com relação ao pleito recursal de aplicação da causa de diminuição de pena constante no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, mantenho a sua inaplicabilidade no presente caso em face da certidão carreada ao ID 167835914 dos autos em análise, que demonstra que o Recorrente responde à ação penal n. 0579565–16.2015.8.05.0001 em trâmite na 3ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA pelo crime de roubo majorado, sendo a Denúncia recebida, bem como à ação penal n. 0501975–59.2019.8.05.0150 em trâmite na 2ª Vara Criminal da Comarca de Lauro De Freitas, por suposto crime de latrocínio. Mantida, assim, a pena fixada em Primeiro Grau.

IX – O pedido de alteração do regime inicial de cumprimento de pena merece acolhimento. com efeito, o estabelecimento de regime inicial de cumprimento de pena se subsume a variados fatores: quantum da pena, critérios do art. 59 do Código Penal, em observância do que dispõe o art. 33, §3º, do mesmo Diploma Legal, e reincidência. Na presente situação dos autos, não foi verificada reincidência, a pena definitiva foi abaixo de oito anos (art. 33, §2º, b, CP) e a pena-base foi majorada em face do critério das circunstâncias do delito. No crime de tráfico não vigora o regime inicial fechado obrigatório, conforme decisões exaradas pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal. Reformado o regime inicial para SEMIABERTO, competindo ao Juízo das Execuções Penais efetivar a detração ou possível progressão de regime, nos termos do entendimento desta Turma Criminal. Mantida a negativa de recorrer em liberdade, eis que devidamente fundamentada pelo Juízo a quo na situação concreta dos autos.

X – Parecer da Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do Apelo.

XI – RECURSO A QUE SE DÁ PROVIMENTO PARCIAL tão somente para alterar o regime para o SEMIABERTO, mantendo hígida a Sentença em seus demais termos.

## A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0569220–20.2017.8.05.0001, provenientes da Comarca de Salvador/BA, figurando como Apelante ROBSON JORGE SANTOS ORNELAS e, Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da colenda 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade,

DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO, tão somente para alterar o regime inicial de cumprimento de pena para o SEMIABERTO, mantendo hígida a Sentença em seus demais termos.

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

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e não provido Por Unanimidade  
Salvador, 19 de Abril de 2022.

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0569220-20.2017.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: Robson Jorge Santos Ornelas

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros

RELATOR: DES. PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA

RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO ofereceu Denúncia contra ROBSON JORGE SANTOS ORNELAS, sob acusação da prática de crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico de entorpecentes) – ID 167835201.

Segundo a Denúncia, no dia 24 de setembro de 2017, por volta das 21:00h, Policiais Civis, na cidade de Salvador/BA, na Arena Funk, Parque de Exposição, foram informados que estava ocorrendo venda de drogas no local, onde visualizaram o Denunciado, sendo este abordado e encontrado consigo 29 (vinte e nove) trouxinhas e 06 (seis) pinos contendo pó branco, conhecido como cocaína.

Acrescenta que em sede policial o Réu informou que as substâncias proscritas eram destinadas ao comércio ilícito e foram adquiridas no bairro da Engomadeira.

Prossegue narrando o MP que a natureza da substância entorpecente foi devidamente confirmada por Laudo de Constatação.

Acusado notificado (ID 167835917), apresentou Defesa Prévia (ID 167835925). A Denúncia foi recebida em 28 de fevereiro de 2019 (ID 167835928).

Concluída a instrução, o MM Juízo da Vara Criminal da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, pelo Decisum ID. 167836020, julgou procedente a pretensão punitiva para condenar ROBSON JORGE SANTOS ORNELAS nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 fixando-lhe pena definitiva de 05 (CINCO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO, a serem cumpridos em regime inicial fechado, além de 583 (quinhentos) dias-multa, negado o direito de recorrer em liberdade.

Intimado pessoalmente (ID. 167836208), ROBSON JORGE SANTOS ORNELAS interpôs o presente Recurso de Apelação (ID. 167836058), através da Defensoria Pública, pleiteando a desclassificação do delito de tráfico de entorpecentes para o delito expresso no art. 28 da Lei nº 11.343/2006; subsidiariamente, pugnou pela reforma do acréscimo advindo da primeira fase do dosar da pena e a aplicação da minorante expressa no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006; bem como a fixação do regime inicial semiaberto para cumprimento da pena imposta em razão do requerimento de detração.

Em Contrarrazões, o MINISTÉRIO PÚBLICO requer seja negado provimento ao recurso, mantida a Sentença em sua integralidade (ID. 167836162), havendo a Procuradoria de Justiça se manifestado em igual sentido (ID. 24671795).

Após o devido exame dos autos, lancei este Relatório, que submeto à apreciação da eminente Desembargadora Revisora, nos termos do art. 166, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça do Estado da Bahia.

Salvador/BA, 6 de abril de 2022.

Des. Pedro Augusto Costa Guerra – 1ª Câmara Criminal – 2ª Turma  
Relator

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0569220-20.2017.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: Robson Jorge Santos Ornelas

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros

RELATOR: DES. PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA

VOTO

Não se conformando com o Decisum ID. 167836020, que julgou procedente a pretensão punitiva para condenar ROBSON JORGE SANTOS ORNELAS nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 fixando-lhe pena definitiva de 05 (CINCO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO, a serem cumpridos em regime inicial fechado, além de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, negado o direito de recorrer em liberdade, a Defesa interpôs Apelação.

Em suas razões, a Defesa pleiteia a desclassificação do delito de tráfico de entorpecentes para o delito expresso no art. 28 da Lei nº 11.343/2006; subsidiariamente, pugna pela reforma do acréscimo advindo da primeira fase do dosar da pena e a aplicação da minorante expressa no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006; bem como a fixação do regime inicial semiaberto para

cumprimento da pena imposta, em razão do requerimento de detração.

Conheço do recurso, pois presentes seus pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade.

Destaco, de logo, que a materialidade e autoria do crime foram comprovadas, de forma indubitosa, como atestam o Auto de Prisão em Flagrante de ID 167835203; Auto de Exibição e Apreensão ID. 167835203 (fl.6); Laudo de Constatação de ID 167835204 (fl.3), e Laudo Pericial de ID. 167835915; bem assim pelos depoimentos testemunhais colhidos, tanto na fase de Inquérito quanto ao longo da instrução, especialmente os policiais que flagraram o Acusado na posse dos entorpecentes, confirmando judicialmente seus depoimentos prestados em sede policial.

Por outro lado, não deve passar despercebido que o Acusado negou em Juízo sua participação nos delitos (Interrogatório disponível em Mídia), afirmando que:

“Que não são verdadeiros os fatos da denúncia em relação ao tráfico porque minha droga era pra consumo; a quantidade exata de drogas não sei afirmar e o horário que eu fui detido foi mais cedo; que confirma que esta cocaína era pra seu uso e de uns colegas; que tava no camarote e desceu para parte da pista no momento em que eles me pegaram como não queriam que suas namoradas soubesse, ficou tudo na sua mão; que o declarante e mais quatro amigos juntaram o dinheiro e compraram a droga na Engomadeira; (...) que já foi preso outras vezes por roubo; que já foi detido umas duas vezes como usuário de drogas; que no momento está respondendo por dois roubos; que conhece os policiais porque já foi detido por usuário; que não tem nada contra os policiais; que foi abordado com outras pessoas que tinham sido denunciado por tráfico quando desceu pra pista; que foram abordados e levados umas 08 a 10 pessoas que os policiais já conheciam lá da comunidade; (...) que não leu o seu depoimento na delegacia antes de assinar porque não foi permitido e também mandaram assinar senão alguma coisa iria acontecer; que não esperou pra vê foi e assinou”. Interrogatório disponível em mídia. Grifei.

Ressalte-se, entretanto, que tais alegações não encontram ressonância nos demais elementos dos autos, em especial os depoimentos dos policiais que realizaram o flagrante:

“Que me recordo do acusado; que me recordo do dia da prisão; que estávamos trabalhando numa festa no Parque de Exposições; que chegou informação de que havia comércio de drogas no interior da festa; que foi deslocada guarnição para a Arena Funk e chegando lá alguns indivíduos foram saindo; que foram identificadas algumas com passagens pela Delegacia; que o acusado estava com outros acusados com quantidades menores de droga; que durante a revista no acusado foi identificado na parte interna da bermuda do acusado uma porção de drogas; que foi dada voz de prisão em flagrante; que o policial fez a busca no acusado; que eu não o conhecia de vista; que a equipe já o conhecia de outras passagens pela Delegacia; que ele não parecia estar sob efeito de drogas”. Depoimento da Testemunha Allan Francisco Rios. Grifei.

“Que numa festa no parque de exposições próximo a um poste existiam de 20

a 30 pessoas no qual foi feito um cerco e tinha denuncia de tráfico de drogas no local e foi feita a averiguação destas pessoas; a denúncia falava em um grupo de pessoas usando entorpecentes; (...) que nesse mesmo local foi feito algumas revistas e algumas pessoas que já conhecíamos da área de trabalho e levamos para a unidade e lá foram feitas revistas mais minuciosas e foi encontrado drogas com o acusado; que foi encontrado cocaína com o acusado e estava fracionada; que já conhecia de vista o acusado de Itapuã; que via o acusado em locais de drogas, em locais suspeitos; que foi o colega quem fez a revista pessoal; (...) que foram conduzidas diversas pessoas mas não tem como dizer quem eram usuários e quem eram vendedores.". Testemunha Paulo Marcelo Balthazar Dias. Grifei.

"(...) que se recorda da prisão do acusado; que estava de serviço extra numa festa no parque de exposição e chegaram algumas informações de venda e uso de entorpecentes; que foram até o local, observaram e identificaram algumas pessoas; que essas pessoas foram convidadas para irem para o posto da polícia da festa; que lá foi feita uma triagem pessoal onde foram retiradas as camisas e bermudas para vê se encontrariam drogas; que quando o acusado baixou as vestes a embalagem com drogas que estavam com ele caiu; que a droga era cocaína, pinos de cocaína; que ele estava com uma quantidade expressiva de drogas; que visualizou o momento em que a droga caiu das vestes do acusado; que nunca tinha visto o acusado; (...) que o acusado não reagiu à prisão; (...) que foi o depoente quem fez a busca na delegacia; (...) que não se recorda de ter encontrado drogas com as outras pessoas conduzidas (...)". Testemunha Marcos Venicios Seixas Santos. Grifei.

Como se vê, os testemunhos se revelam firmes, consistentes e harmônicos, pelo que absolutamente aptos a serem considerados na formação do juízo de condenação e tipicidade. Acerca do tema, assim tem se posicionado, reiteradamente, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, como demonstra recente aresto daquela Corte:

"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. LATROCÍNIO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE PROBATÓRIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INCABÍVEL. PROVAS CONFIRMADAS EM JUÍZO. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N.º 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO DESPROVIDO.1. Conforme entendimento desta Corte, são válidos e revestidos de eficácia probatória o testemunho prestado por policiais envolvidos com a ação investigativa, mormente quando em harmonia com as demais provas e confirmados em juízo, sob a garantia do contraditório.2. Infirmar os fundamentos do acórdão recorrido, que confirmou o édito condenatório firmado em provas válidas, de modo a pretender a absolvição do Acusado sob a pecha de insuficiência probatória, é inviável no âmbito desta Corte Superior de Justiça, pois implicaria o reexame fático-probatório, o que atrai o óbice da Súmula n.º 07 desta Corte.3. Agravo regimental desprovido."(AgRg no AREsp 366.258/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 27/03/2014)". Grifei.

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A TODOS OS FUNDAMENTOS



DA DECISÃO AGRAVADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. SÚMULA 182 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DA PRÁTICA DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. ELEMENTOS DE PROVA A SUSTENTAR O JUÍZO CONDENATÓRIO. MODIFICAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. CREDIBILIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. VALOR PROBANTE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO. (...) VII – De mais a mais, registre-se que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. A propósito: AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 05/08/2019; REsp n. 1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 17/05/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 17/03/2016. Agravo regimental conhecido parcialmente e, nesta extensão, desprovido. (AgRg no HC 684.145/SP, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 03/11/2021)". Grifei.

Quanto ao pleito de desclassificação do crime de tráfico (art. 33) para porte de droga para consumo pessoal (art. 28), não merece agasalho, posto como as circunstâncias do caso sub judice não guardam sintonia com o disposto no § 2º, do art. 28, da Lei Antidrogas, que reza:

"§ 2º– Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o Juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente".

Na espécie, apesar de não se tratar de vasta quantidade de droga (treze gramas e vinte e seis centigramas), a forma de acondicionamento em 28 (vinte e oito) trouxinhas e 06 (seis) pinos, embalados individualmente para facilitar a comercialização unitária de entorpecente, e o contexto da apreensão realizada em festa com amplo número de pessoas afastam a alegação posse para uso próprio.

Não é demais lembrar, outrossim, que, nos crimes de tráfico, não se há de esperar a concretização do ato de venda para a consumação do ilícito. A todas as luzes, o núcleo do tipo do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, abarca ações múltiplas, tais como "transportar", "trazer consigo", "guardar" e "manter em depósito", não exigindo, para sua configuração, o efetivo ato de mercancia, de modo que a só realização de uma delas já é suficiente para comportar a condenação.

Deveras, a Lei Antidrogas não reclama, para a caracterização do delito de tráfico, cujo dolo exigível é o dolo genérico, que o agente seja surpreendido comercializando a droga, sendo, pois, dispensável a flagrância do ato de fornecimento, desde que outras condutas típicas estejam evidentes no acervo probatório.

Nessa direção:

"Para a configuração do crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06, não se exige qualquer ato de tráfico, bastando, como na espécie, que o agente traga consigo a substância entorpecente. Da mesma forma, é inexigível a

‘tradição’ para a consumação do delito”.(TJ/SP Ap. 1.100.005.3/5, julgado em 28.08.2008, Rel. Des. Wilson Barreira, RT 872/618).

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. REVOLVIMENTO DE CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. FUNDAMENTOS NÃO IMPUGNADOS NAS RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA N. 283/STF. PLEITOS DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES APREENDIDOS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DE LEI FEDERAL SUPOSTAMENTE VIOLADOS. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N. 284/STF. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 2. Ademais, é firme a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido de que o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consuma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, inclusive manter em depósito, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização. Precedentes. (e-STJ fl. 560). 7. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 1872753/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 20/08/2021)”. Grifei.

Reputo presentes, pois, elementos seguros e coesos a garantir a certeza da materialidade e autoria delitivas, razão pela qual inevitável a condenação de ROBSON JORGE SANTOS ORNELAS por desobediência ao tipo descrito no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, sendo, em consequência, de afastar-se a pretendida desclassificação para previsto no art. 28 da Lei de tóxicos. Condenação de rigor. Passo à análise da dosimetria.

A revisão da pena-base requerida pela Defesa não merece agasalho, Com efeito, em detida análise do comando sentencial, conclui-se que o Juízo de origem considerou as circunstâncias do crime como vetor desfavorável em relação ao Apelante.

Como cediço, as circunstâncias do crime são “as condições de tempo e local em que ocorreu o crime, a relação do agente com a vítima, os instrumentos utilizados para a prática delituosa etc” – Rogério Sanches, Manual de Direito Penal. 2022: p.577.

No caso em comento, a Sentença, em análise dos fatos, exacerbou a sanção basilar em 10 (dez) meses de forma fundamentada, expressando que:

“As circunstâncias relatadas nos autos são manifestamente desfavoráveis eis que estava traficando em local de grande aglomeração de jovens (Salvador Fest) e foram encontradas sob o poder maconha e cocaína, revelando que o acusado dedica-se ao tráfico de drogas de alto poder viciante e destrutivo e que provoca elevado dano à saúde e segurança públicas”. ID 167836020. Grifei.

O aumento, portanto, se coaduna com a situação fática dos fólios, estando, ainda, em fração não desproporcional, haja vista que existem oito critérios expostos no art. 59 do Código Penal para fins de fixação da penal inicial. Dessa forma, mantenho a pena base fixada pelo Juízo a quo.

Inexistem circunstâncias agravantes e atenuantes no presente caso.

Na derradeira etapa da dosimetria da pena, e com relação ao pleito recursal de aplicação da causa de diminuição de pena constante no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, mantenho a sua inaplicabilidade, em face da certidão carreada ao ID 167835914 dos autos em análise, que demonstra que o Recorrente responde à ação penal n. 0579565-16.2015.8.05.0001 em trâmite na 3ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA pelo crime de roubo majorado, sendo a Denúncia recebida, bem como à ação penal n. 0501975-59.2019.8.05.0150 em trâmite na 2ª Vara Criminal da Comarca de Lauro De Freitas, configurando reiteração delitiva

O art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 estipula causa de diminuição de pena condicionada aos requisitos de que o agente “seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

Ainda que se considere as recentes Decisões do STJ e do STF sobre a possibilidade de se aplicar o redutor do tráfico privilegiado, há de se examinar caso a caso, até porque a “dedicação à atividade criminosa” é uma avaliação subjetiva que compete ao julgador fazer à luz do caso concreto, não podendo se aplicar o tráfico privilegiado indistintamente.

Frise-se, por oportuno, que o próprio Recorrente afirma em seu interrogatório em Juízo que “que já foi preso outras vezes por roubo; que já foi detido umas duas vezes como usuário de drogas; que no momento está respondendo por dois roubos”. Grifei.

A causa de diminuição de pena estabelecida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 possui raízes em política criminal visando entender o caráter do pequeno traficante ainda não inserido no engendrar criminoso de larga escala.

No mesmo entender, Renato Brasileiro de Lima expressa:

“A criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a lhe propiciar uma oportunidade mais rápida de ressocialização.” (Legislação Criminal Especial Comentada. Ed. JusPodivm. Salvador, 2020: p.1072). Grifei.

Posto isto, denota-se que o Apelante não se enquadra nos requisitos legais que permitem na aplicação da causa de diminuição de pena exposta no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, haja vista a existência de ação penal em curso e outros procedimentos reconhecidos em sede de interrogatório.

Dessa forma, mantenho a pena de 05 (CINCO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO, além de 583 (quinhentos) dias-multa, nos termos da Sentença ora combatida.

O pedido de alteração do regime inicial de cumprimento de pena merece acolhimento e revisão.

Isto porque o estabelecimento de regime inicial de cumprimento de pena se subsume a variados fatores, tais como: quantum da pena; critérios do art. 59 do Código Penal, em observância do que dispõe o art. 33, § 3º, do referido Diploma Legal; e reincidência.

Do exame dos autos, entendo que não se verifica reincidência. A pena definitiva foi abaixo de oito anos (art. 33, § 2º, b, CP), e a pena-base foi majorada em face do critério das circunstâncias do delito.

Não há que se olvidar que no crime de tráfico não vigora o regime inicial fechado obrigatório, conforme decisões exaradas pelo Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal:

“EMENTA Habeas corpus. Penal. Tráfico de entorpecentes. Crime praticado durante a vigência da Lei nº 11.464/07. Pena inferior a 8 anos de reclusão. Obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado. Declaração incidental de inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90. Ofensa à garantia constitucional da individualização da pena (inciso XLVI do art. 5º da CF/88). Fundamentação necessária (CP, art. 33, § 3º, c/c o art. 59). Possibilidade de fixação, no caso em exame, do regime semiaberto para o início de cumprimento da pena privativa de liberdade. Ordem concedida. 1. Verifica-se que o delito foi praticado em 10/10/09, já na vigência da Lei nº 11.464/07, a qual instituiu a obrigatoriedade da imposição do regime inicialmente fechado aos crimes hediondos e assemelhados. 2. Se a Constituição Federal menciona que a lei regulará a individualização da pena, é natural que ela exista. Do mesmo modo, os critérios para a fixação do regime prisional inicial devem-se harmonizar com as garantias constitucionais, sendo necessário exigir-se sempre a fundamentação do regime imposto, ainda que se trate de crime hediondo ou equiparado. 3. Na situação em análise, em que o paciente, condenado a cumprir pena de seis (6) anos de reclusão, ostenta circunstâncias subjetivas favoráveis, o regime prisional, à luz do art. 33, § 2º, alínea b, deve ser o semiaberto. 4. Tais circunstâncias não elidem a possibilidade de o magistrado, em eventual apreciação das condições subjetivas desfavoráveis, vir a estabelecer regime prisional mais severo, desde que o faça em razão de elementos concretos e individualizados, aptos a demonstrar a necessidade de maior rigor da medida privativa de liberdade do indivíduo, nos termos do § 3º do art. 33, c/c o art. 59, do Código Penal. 5. Ordem concedida tão somente para remover o óbice constante do § 1º do art. 2º da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, o qual determina que “[a] pena por crime previsto neste artigo será cumprida inicialmente em regime fechado”. Declaração incidental de inconstitucionalidade, com efeito ex nunc, da obrigatoriedade de fixação do regime fechado para início do cumprimento de pena decorrente da condenação por crime hediondo ou equiparado. (HC 111840, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 27/06/2012, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-249 DIVULG 16-12-2013 PUBLIC 17-12-2013). Grifei.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. DELITO COMETIDO NA VIGÊNCIA DA LEI N. 11.464/2007. FIXAÇÃO DE REGIME DIVERSO DO INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. PARECER ACOLHIDO. 1. O Superior Tribunal de Justiça, seguindo orientação do Supremo Tribunal Federal, considera possível, em tese, a fixação de regime inicial diverso

do fechado aos condenados pelo delito de tráfico de drogas – a despeito da hediondez da conduta típica –, sem perder de vista as particularidades do caso concreto. 2. Embargos de divergência acolhidos, a fim de determinar o retorno dos autos à Quinta Turma para reapreciação do recurso especial no ponto. (EResp 1285631/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 24/10/2012, DJe 19/11/2012). Grifei.

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. CONSTITUCIONAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REGIME INICIAL. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, da LEI 8.072/1990. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. 1. É inconstitucional a fixação ex lege, com base no art. 2º, § 1º, da Lei 8.072/1990, do regime inicial fechado, devendo o julgador, quando da condenação, ater-se aos parâmetros previstos no artigo 33 do Código Penal. 2. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido. (ARE 1052700 RG, Relator (a): Min. EDSON FACHIN, julgado em 02/11/2017, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-018 DIVULG 31-01-2018 PUBLIC 01-02-2018). Grifei.

Tanto posto, reformo o regime inicial para o SEMIABERTO, competindo ao Juízo das Execuções Penais efetivar a detração ou possível progressão de regime, nos termos do entendimento desta Turma Criminal.

Mantida a negativa de recorrer em liberdade, eis que devidamente fundamentada pelo Juízo a quo na situação concreta dos autos, consubstanciada na reiteração delitiva.

Com essas considerações, voto no sentido de DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO tão somente para alterar o regime para o SEMIABERTO, mantendo hígida a Sentença em seus demais termos.

É como voto.

Salvador/BA,

Presidente

Des. Pedro Augusto Costa Guerra  
Relator

Procurador (a) de Justiça