

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0503120-79.2018.8.05.0088

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE:

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRELIMINAR DE NULIDADE DA OPERAÇÃO POLICIAL QUE ADENTROU NA RESIDÊNCIA EM QUE OCORREU O FLAGRANTE. JUSTO MOTIVO PARA A ENTRADA DOS POLICIAIS. PRELIMINAR AFASTADA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DELITIVA. PROVA PERICIAL E CREDIBILIDADE DA INCRIMINAÇÃO DOS POLICIAIS. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA. REFORMA DA FUNDAMENTAÇÃO, SEM MODIFICAÇÃO DO QUANTUM DA PENA. RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO.

Da preliminar. Em relação à operação policial, suscitada como ilegal e eivada de irregularidades em face da ausência do mandado de busca e apreensão no qual constasse o endereço em que o acusado foi flagrantado, percebe-se que não houve, efetivamente, qualquer ilegalidade. Colhe-se dos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante, páginas 07 e 09, que havia justa causa para a entrada dos agentes na residência,

considerando a notícia prévia de que naquele local havia a mercancia de entorpecentes. E, de fato, lá encontraram o recorrente e um menor, além de 37 (trinta e sete) pedras de crack e um simulacro de arma de fogo. Inexistente a ilegalidade apontada, portanto.

Não prospera o pleito de absolvição. O fato de a droga estar acondicionada em várias porções, bem como o fato de o réu já ter prévio envolvimento com a prática do mesmo ilícito, tráfico de drogas, sendo conhecido no meio policial, transparecem a prática do crime de tráfico de substâncias ilícitas.

Em relação ao pedido de reforma da dosimetria, nota-se ser necessária a modificação da primeira fase da dosagem da pena, com exclusão da circunstância judicial relacionada às circunstâncias do crime, pois genéricas, mantendo-se a pena fixada, contudo, face à observância da Súmula nº 231 do STJ.

Não se faz possível aplicar a causa especial de diminuição da pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, eis demonstrado na instrução que o acusado possui envolvimento em atividades criminosas, dada a existência de processos de apuração de atos infracionais equivalentes ao delito de tráfico de drogas, valendo ressaltar que o acusado possuía, à época dos fatos, 18 anos de idade, o que revela a continuidade/permanência deste na prática de atividades ilícitas.

Recurso parcialmente provido.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0503120-79.2018.8.05.0088, de Guanambi/BA, em que figura como apelante , e como apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, pelas razões dispostas no voto.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade
Salvador, 2 de Junho de 2022.

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0503120-79.2018.8.05.0088

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE:

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

RELATÓRIO

O ilustre Representante do Ministério Público ofertou denúncia de fl. 01 contra , conhecido como “Queixinho”, pela prática do crime tipificado no art. 33 c/c o art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06, no processo nº 0503120-79.2018.8.05.0088.

Narra a peça acusatória que o denunciado foi preso em flagrante pela polícia militar, no dia 08 de dezembro de 2018, às 20h, por guardar 37 (trinta e sete) pedras de crack, fato ocorrido na residência situada na Rua Prudente de Moraes, nº 92, Monte Pascoal, Guanambi/BA.

Esclarece que a substância apreendida é proscrita pela Portaria SVS/ MS nº 344/98 e, sobretudo pela quantidade e prévio envolvimento do increpado com facção criminosa de traficantes, concluiu que o entorpecente destinava-se ao comércio.

Transcorrida a instrução, a d. Juíza, fls. 160/184, julgou procedente o pedido contido na exordial acusatória para condenar o acusado como incurso nas penas do art. 33 c/c o art. 40, VI, todos da Lei nº 11.343/06. A reprimenda foi fixada em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 525 (quinhentos e vinte e cinco) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato.

Inconformado com a r. sentença, o réu interpôs apelação (fl. 197). Alegou, nas razões dispostas de fls. 203/218, como preliminar, a nulidade do auto de prisão em flagrante, ao argumento de ser a operação policial ilegal, por terem os agentes invadido sua residência sem autorização judicial.

No mérito, requer a absolvição, por entender ausentes provas relacionadas a autoria. Subsidiariamente, requer a desclassificação do crime que lhe foi imputado para o art. 28, da Lei nº 11.343/2006.

Subsidiariamente, também, pleiteia a reforma da dosimetria da pena, com a redução da pena-base e a aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), com alteração do regime inicial de cumprimento da pena e substituição da pena privativa de liberdade ou concessão de sursis. Pleiteia, também, a concessão do direito de recorrer em liberdade e o deferimento dos benefícios da assistência judiciária gratuita.

Em suas contrarrazões, o representante do Ministério Público, às fls. 221/225, pugnou pelo parcial provimento do apelo interposto, a fim de que seja excluída a circunstância judicial relacionada às circunstâncias do crime, redimensionado-se a pena.

A d. Procuradoria de Justiça, no Parecer do ID nº 24615223, pronunciou-se pelo conhecimento e parcial provimento da apelação, tão somente, para afastar a valoração das circunstâncias do crime, mantendo os demais consectários legais adotados pelo MM. Juízo de 1º grau.

Eis o relatório.

Salvador/BA, 17 de maio de 2022.

Des. – 2ª Câmara Crime 1ª Turma
Relator

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0503120-79.2018.8.05.0088

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE:

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

VOTO

Ante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, conheço do recurso ora interposto.

O recorrente foi condenado como incurso, no art. 33 c/c o art. 40, VI, todos da Lei nº 11.343/06, à sanção definitiva de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 525 (quinhentos e vinte e cinco) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato. Isso porque, 08 de dezembro de 2018, às 20h, na Rua Prudente de Moraes, nº 92, Monte Pascoal, Guanambi/BA, ter sido flagrado com 37 (trinta e sete) pedras de crack.

DA PRELIMINAR DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL EM RAZÃO DA ILEGALIDADE DA OPERAÇÃO POLICIAL

Em relação à operação policial, suscitada como ilegal e eivada de irregularidades em face da ausência do mandado de busca e apreensão no qual constasse o endereço em que o acusado foi flagrantado, percebe-se que não houve, efetivamente, qualquer ilegalidade.

Colhe-se dos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante, páginas 07 e 09, que havia justa causa para a entrada dos agentes na residência, considerando a notícia prévia de que naquele local havia a mercancia de entorpecentes. E, de fato, lá encontraram o recorrente e um menor, além de 37 (trinta e sete) pedras de crack e um

simulacro de arma de fogo.

Com efeito, a Magna Carta brasileira estabelece em seu artigo 5º, XI, que a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial. Ora, considerando a notícia prévia de que no local ocorria o crime de tráfico de drogas e a efetiva constatação do referido ilícito após a entrada dos policiais, não se verifica qualquer ilegalidade no ato.

DA ANÁLISE DE MÉRITO

O pedido de absolvição apresentado no recurso de apelação interposto pelo réu, que tem como fundamento a alegação de que não restou provada a autoria do crime de tráfico de drogas, não merece albergamento.

A materialidade do delito restou plenamente comprovada, conforme se depreende do auto de prisão em flagrante de fls. 07/09, auto de exibição e apreensão de fl. 10 e laudo de constatação provisório, fl. 11 e laudo pericial de fl. 116.

A autoria, por sua vez, revela-se incontestada por meio da prova oral produzida na fase extrajudicial e em Juízo.

Em seu interrogatório extrajudicial, o acusado negou a prática do crime, afirmando ser apenas usuário de entorpecentes:

"(...) QUE, o interrogando na noite de ontem, por volta das 19:30h, foi para a casa de para usar maconha, assim fazendo; QUE, é proprietário do simulacro da pistola e a usava para caçar passarinhos; QUE, policiais militares lá chegaram e encontraram em seu bolso 32 (trinta e duas) pedras de crack e a quantia de R\$ 200,00 e poucos reais; QUE, o dinheiro pediu emprestado para sua mãe pois queria comprar roupas e em relação às pedras não lhe pertencem tendo apenas segurado a pedido de e colocado em seu bolso enquanto preparava o baseado de maconha; QUE, o Leandro vende drogas pois as pedras apreendidas pertencem ao mesmo; QUE, não sabe informar quantas pedras foram encontradas em poder de ; QUE, com foi encontrado a quantia de R\$70,00 e poucos reais; QUE, o interrogando traficava para a facção de e hoje não mais trafica, sendo apenas usuário; QUE, deixou de traficar desde que foi vítima de disparo de arma de fogo, não recordando quanto tempo tem (...) QUE, já foi detido por crimes de roubo, porte de arma e tráfico, quando menor (...)" (Interrogatório extrajudicial de , fl. 14)

O menor mencionado pelo recorrente foi ouvido durante o inquérito e apresentou uma versão diferente à Autoridade Policial:

"(...) QUE, por volta das 21:00h de ontem estava em sua casa acompanhado do amigo, vulgo "Queixinho", quando policiais militares lá chegaram e bateram na porta; QUE, ao adentrarem na casa, os policiais encontraram no chão do quarto do declarante 05 (cinco) pedras de crack, e a quantia de R\$80,00 (oitenta reais), sendo 32 (trinta e duas) pedras encontradas no bolso da bermuda do João Victor, bem como a quantia de R\$200,00 e poucos

reais; QUE, os policiais ainda encontraram um simulacro de pistola dentro da caixa de água; QUE, segundo o declarante o subiu mais cedo em cima da casa para guardar o simulacro; QUE, tal simulacro pertence ao ; QUE, há pouco mais de um ano usa crack e maconha; QUE, é traficante e usuário; QUE, vende crack e trabalha para a facção do traficante" Baú "; QUE, o declarante apenas é usuário, nunca vendeu droga e não faz parte de facção (...) " (Menor L. L. da S., declarações extrajudiciais, fl. 12)

Em juízo, afirmou ser apenas usuário e disse ter ido à casa do menor L. L. da S. para consumirem maconha apenas (mídia disposta no PJe-mídias).

O conjunto probatório constante nos autos, no entanto, é firme no sentido de ser o Recorrente autor do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Os policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante do Apelante, consignaram, em juízo:

"(...) narrou que na data dos fatos a guarnição recebeu a informação de que na rua Prudente de Moraes havia um grupo de jovens fazendo uso e comercializando substâncias entorpecentes; que ao chegar ao local, um dos indivíduos empreendeu fuga, momento em que adentrou na residência, na qual estava "QUEIXINHO" e "LEANDRO"; que foi localizada uma certa quantidade de pedras de crack, sendo que aproximadamente trinta e três porções da substância estavam no bolso do acusado; que no local também foi localizada uma quantia em dinheiro (...) " (Transcrição, conforme sentença, do depoimento judicial do policial militar - fl.108)

"(...) relatou que encontrou o acusado na companhia de três indivíduos em uma residência na rua Prudente de Moraes, tendo um deles empreendido fuga com a chegada da guarnição. Outrossim, afirmou que encontrou uma certa quantia de drogas na residência e no bolso do acusado, bem como um simulacro de arma de fogo no local. Por fim, narrou que o réu é conhecido no meio policial pelo envolvimento com tráfico de drogas (...) " (Transcrição, conforme sentença, do depoimento judicial do policial militar - fl.109)

Como se vê, os policiais foram firmes ao afirmar que, após receberem a notícia de que em uma determinada casa havia o consumo e a venda de drogas, dirigiram-se ao local e lá, após adentrarem na casa, flagraram o acusado com mais de 30 pedras de crack e um simulacro de arma de fogo. A testemunha frisou, também, que o apelante é conhecido no meio policial pelo envolvimento na mercancia de entorpecentes, o que se coaduna com o interrogatório extrajudicial do referido acusado, no qual menciona o prévio envolvimento, quando menor de idade, com o tráfico de drogas.

A prova oral oriunda dos testemunhos dos policiais é válida, sendo dotada de credibilidade e veracidade.

Veja-se que, pela aplicação do princípio da igualdade, haverá, como qualquer outra testemunha, o compromisso de dizer a verdade conforme estipulado no artigo 203 do CPP e, se o policial fizer alguma afirmação falsa, calar ou ocultar a verdade, então o Juiz que estiver tomando o depoimento com força no artigo 211 do CPP determinará a instauração de

inquérito para apurar o crime de falso testemunho.

Com efeito, não é razoável admitir-se que o Estado possa credenciar pessoas para a função repressiva e, sem elementos cabais de prova, negar-lhes crédito quando de sua estrita atividade.

Não se percebe dissonâncias capazes de invalidar os depoimentos dos policiais militares, principalmente considerando a quantidade de ocorrências diárias em que trabalham e o lapso temporal que transcorreu entre os fatos e suas oitivas judiciais. Eles relataram que a droga foi encontrada no bolso do acusado e na casa, tendo sido apreendido, também, um simulacro de arma de fogo, não se percebendo qualquer contradição nestes pontos.

Em verdade, o fato de a droga estar acondicionada em várias porções, bem como o fato de o réu já ter prévio envolvimento com a prática do mesmo ilícito, tráfico de drogas, sendo conhecido no meio policial, transparecem a prática do crime de tráfico de substâncias ilícitas.

O delito de tráfico de entorpecentes, tratando-se de atividade clandestina, prescinde de prova da efetiva comercialização da droga, aperfeiçoando-se com a prática de quaisquer das condutas previstas no art. 33 da Lei nº 11.343/06 ("ter em depósito", "transportar", "trazer consigo", "guardar", etc.), haja vista tratar-se de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, ou seja, que se consuma com a realização de qualquer dos verbos descritos no referido tipo penal.

Ressalte-se que para caracterização da figura típica prevista no caput do art. 28 da Lei nº 11.343/2006, não basta a mera afirmação de que a droga apreendida se destina ao consumo próprio, sendo necessário observar, também, nos termos do § 2º do mesmo dispositivo, a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais do agente, além de sua conduta e de seus antecedentes.

Além disso, a alegação de ser o agente usuário de drogas não tem o condão de descaracterizar a imputação de traficante, eis que uma conduta não exclui a outra, sendo bastante comum o agente ostentar as duas condições, até porque o tráfico alimenta o próprio vício.

Nesse sentido, a jurisprudência pátria:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS –FLAGRANTE – APREENSÃO DE 1.153,83g DE MACONHA – CONFISSÃO – DEPOIMENTOS DE POLICIAIS – PROVAS SUFICIENTES – DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO – INCABÍVEL – DOSIMETRIA – REDUÇÃO PELO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – INVIÁVEL. (...) II. A condição de usuário não afasta o crime de tráfico. Não é incomum que traficantes também façam uso de entorpecentes. O dolo do recorrente de difundir a droga foi suficientemente demonstrado. (...). (TJDFT, Acórdão n.932198, 20150110337343APR, Relator: , Revisor: , 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 31/03/2016, Publicado no DJE: 07/04/2016. Pág.: 109/119) (Grifos adotados)

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. RECEPÇÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO APENAS ACERCA DO CRIME DE TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTOS SEGUROS E COERENTES DOS POLICIAIS QUE REALIZARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE. CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS COLIGIDAS NOS AUTOS. AUTORIA E MATERIALIDADE CABALMENTE DEMONSTRADAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUE RÉU FOSSE APENAS USUÁRIO. SENTENÇA MANTIDA. REGIME INICIAL. ALTERAÇÃO DE OFÍCIO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º DA LEI N. 8072/1990. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM A MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA, DE OFÍCIO. "Não há como operar a desclassificação do delito de tráfico de entorpecente para o de uso próprio (trata-o a Lei como para consumo pessoal – art. 28), tão-somente levando-se em conta a pequena quantidade da droga apreendida em poder do agente, pois, quando não, o usuário também trafica, até mesmo, muitas vezes, para poder alimentar o vício. As duas condições – traficante e viciado – são situações que não se excluem." (TJPR – AC n.º 721.083-3 – 4ª C.C. – Rel.Des. – DJ de 18.05.2011, mencionado no julgado TJPR – 4ª C.Criminal – AC – 1117827-5 – Dois Vizinhos – Rel.: – Unânime – J. 23.04.2015) (Original sem grifos)

Desse modo, a materialidade e a autoria, bem como a destinação mercantil da droga apreendida, restaram devidamente comprovadas pelo conjunto probatório formado nos autos, demonstrando de forma satisfatória o envolvimento do acusado com o tráfico de entorpecentes, razão pela qual inviável acolher o pleito absolutório ou desclassificatório, devendo ser mantida sua condenação pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006.

No que tange à reprimenda aplicada, percebe-se que a MM. Juíza estabeleceu a pena do acusado em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e 525 (quinhentos e vinte e cinco) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato, em razão da condição econômica do réu.

Na primeira fase, sopesou de forma desfavorável a circunstância judicial relacionada às circunstâncias do crime, sob o fundamento de serem “desfavoráveis em face da repressão ao tráfico de entorpecentes como mazela social geradora de diversos outros crimes”, o que não guarda relação concreta com os fatos sob exame, mas genericamente com o crime de tráfico de drogas em geral. Desse modo, necessário excluir-se a circunstância citada, fixando-se a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão.

Na segunda fase, presente a atenuante da menoridade relativa (art. 65, inciso I, do Código Penal), sendo inviável a redução da pena, contudo, em observância à Súmula nº 231 do STJ. Mantém-se a sanção pecuniária nesta fase em 450 (quatrocentos e cinquenta) dias-multa tal como fixado em sentença, pois, apesar de o valor ser inferior ao mínimo previsto na legislação, o aumento nesta Segunda Instância implicaria em indevida violação ao princípio do non reformatio in pejus.

Na terceira fase, entendeu a Magistrada sentenciante encontrar-se presente a causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06, por entender comprovado que a conduta do acusado visou atingir adolescente. De fato, comprovado nos autos o crime de tráfico, a participação de menor na ação delituosa é suficiente para a aplicação da causa de aumento de pena

do inciso VI do art. 40 da Lei Antidrogas, pois a majorante em questão equivale ao delito de corrupção de menor, que é de natureza formal, não se exigindo a respectiva prova da efetiva corrupção do menor, uma vez, que a intenção do Legislador, ao elaborar o tipo penal, foi evitar que o adolescente ingressasse ou permanecesse no mundo do crime.

Em razão da majorante, aumenta-se a pena em 1/6 (um sexto), totalizando 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 525 (quinhentos e vinte e cinco) dias-multa.

Na terceira fase, ainda, a digna Magistrada a quo não aplicou a causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 (tráfico privilegiado), como se vê na transcrição abaixo, in verbis:

“(...) Seguindo as orientações acima apresentadas, verifica-se que o acusado não preenche os pressupostos para aplicação da causa especial de redução de pena disposta no § 4º do artigo 33 da Lei nº. 11.343/06, uma vez que restou demonstrado nos autos que ele se dedica às atividades criminosas, visto que responde a diversos procedimentos de apuração de atos infracionais perante este Juízo, inclusive equiparados ao crime de tráfico de drogas (REP: 0501328-61.2016.805.0088 e 0501920-08.2016.805.0088), bem assim informou em Juízo ter integrado facção criminosa atuante no tráfico de drogas na região (...)”

De fato, não se faz possível a aplicação da referida causa de diminuição, eis que o acusado demonstra dedicação à atividade criminosa, já que possuía apenas 18 (dezoito) anos de idade à época do fato ora em exame, tendo envolvido-se, pouco antes, com atos infracionais equiparados ao crime de tráfico de drogas.

O benefício em questão, “tráfico privilegiado”, não deve ser aplicado de forma desmedida, devendo incidir somente em casos singulares, quando preenchidos os requisitos dispostos na legislação, os quais merecem interpretação restritiva, de modo a prestigiar quem efetivamente mereça redução de pena.

Justamente por isso, a referida causa de diminuição não foi criada pensando em beneficiar réus com envolvimento efetivo no tráfico de drogas, em facções criminosas, ou que possuam contra si inquéritos policiais, ações penais em andamento, ou transitadas em julgado.

Conceder o benefício do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 para o réu que se envolve com atividades criminosas ou responda a outras ações penais, é equipará-lo com aquele que numa única ocasião na vida se envolveu com o crime, situação que ofende o princípio previsto na Constituição Federal de individualização da pena.

Assim, diante da ausência de comprovação de que este exercia atividades lícitas como meio de vida, da existência de atos infracionais pelo mesmo tipo de conduta, resta impossibilitada a diminuição da reprimenda pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

(...) 1. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que “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”.

2. In casu, a minorante especial a que se refere o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi corretamente afastada ante a comprovação, por certidão cartorária, de que o paciente está indiciado em vários inquéritos e responde a diversas ações penais, entendimento que se coaduna com a jurisprudência desta Corte: RHC 94.802, 1ª Turma, Rel. Min. , DJe de 20/03/2009; e HC 109.168, 1ª Turma, Rel. Min. , DJe de 14/02/2012, entre outros. (...) (STF. 1ª Turma. HC 108135, Rel. Min. , julgado em 05/06/2012) (Grifos aditados)

É possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. (STJ. 3ª Seção. EREsp 1.431.091-SP, Rel. Min. , julgado em 14/12/2016 – Info 596) (Grifo nosso)

Saliente-se que nenhum princípio constitucional é absoluto. Ainda assim, não se cogita violação ao princípio da presunção de inocência na hipótese em análise, eis que a existência de ações penais em curso é aqui considerada não para condenar o acusado, mas sim para afastar a concessão de um benefício legal, considerando-se, para tanto, o princípio, também constitucional, da individualização das penas.

Dessa forma, fica mantida a pena definitiva do apelante em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 525 (quinhentos e vinte e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo (1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos).

Mantém-se o regime prisional no semiaberto, em observância aos ditames do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.

Frise-se que a pena privativa de liberdade aplicada ao apelante foi superior a 04 (quatro) anos, impossibilitando-se, assim, a substituição por penas restritivas de direitos, em consonância com o preceito contido no inciso I, do art. 44, do Código Penal.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto, a fim de excluir uma circunstância judicial na primeira fase da dosimetria, mantendo-se incólume a pena, contudo, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime semiaberto, e 525 (quinhentos e vinte e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo.

DES.
RELATOR

