

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

Apelação n.º 0700509-22.2021.8.05.0103 – Comarca de Ilhéus/BA
Apelante: Uesclei Silva Cunha
Defensora Pública: Dra. Paula Verena Carneiro Cordeiro
Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia
Promotor de Justiça: Dr. José Botelho Almeida Neto
Origem: 1ª Vara Criminal da Comarca de Ilhéus/BA
Procuradora de Justiça: Dra. Luiza Pamponet Sampaio Ramos
Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006 E art. 14 DA LEI Nº 10.826/2003). ÉDITO CONDENATÓRIO. PLEITO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. NÃO CONHECIMENTO. CARÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. BENESSE CONCEDIDA NA SENTENÇA OBJURGADA, COM A SUSPENSÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. INACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DE AMBOS OS DELITOS comprovadas DE FORMA INEQUÍVOCA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. DOSIMETRIA DAS PENAS. DE OFÍCIO, AFASTADA, NA PRIMEIRA FASE, A VALORAÇÃO NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE REFERENTE AO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. VARIEDADE DE PSICOTRÓPICOS E MAIOR NOCIVIDADE DE DUAS SUBSTÂNCIAS QUE NÃO JUSTIFICAM A EXASPERAÇÃO DAS BASILARES, DIANTE DA PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. PENAS-BASE REDIMENSIONADAS PARA O MÍNIMO LEGAL. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. EXISTÊNCIA DE UMA AÇÃO PENAL POR FATO ANTERIOR, TAMBÉM POR TRÁFICO DE DROGAS QUE, EM VERDADE, TRANSITOU EM JULGADO NO CURSO DO FEITO EM EXAME. MAUS ANTECEDENTES CONFIGURADOS. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA BENESSE POR EXPRESSA DISPOSIÇÃO LEGAL. MANTIDAS AS REPRIMENDAS PARA O DELITO DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. PENAS DEFINITIVAS RETIFICADAS. REGIME PRISIONAL MODIFICADO, DE OFÍCIO, PARA O SEMIABERTO, EM RAZÃO DO DECOTE DE VETOR, DA APLICAÇÃO DAS BASILARES NO MÍNIMO E DO MONTANTE FINAL DE PENA IMPOSTO. PEDIDO DE ISENÇÃO DA PENA DE MULTA aplicada. INALBERGAMENTO. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. REQUERIMENTO DE REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. QUANTUM FIXADO DE FORMA ADEQUADA, EM SIMETRIA COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APLICADA AO RÉU. APELO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO, afastando-se, DE OFÍCIO, a valoração negativa atribuída à circunstância preponderante do delito de tráfico de drogas, e, conseqüentemente, em razão do concurso material com o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, redimensionar as penas definitivas do Recorrente para 07 (sete) anos de reclusão e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, além de modificar o regime prisional para o semiaberto. I – Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Uesclei Silva Cunha, assistido pela Defensoria Pública do Estado da Bahia, insurgindo-se contra a sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ilhéus/BA, que o condenou às penas de 08 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 610 (seiscentos e dez) dias-multa,

no valor unitário mínimo, pela prática dos delitos tipificados no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 e art. 14 da Lei nº 10.826/2003, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade.

II – Narra a exordial acusatória (ID. 35542224), in verbis, que “[...] no dia 10 de junho de 2021, por volta das 07:30h, no Alto do Coqueiro, Tapera, Ilhéus/BA, o denunciado trazia consigo, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 04 (quatro) “petecas”, na forma pulverizada, e pequenas pedras, na forma aglutinada, da substância cocaína com peso bruto total de 7,28g (sete gramas e vinte e oito centigramas), bem como 12 (doze) “parangas” da substância Cannabis sativa, com peso bruto total de 22,90g (vinte e dois gramas e noventa centigramas), conforme Auto de Exibição e Apreensão (fl. 06), Laudo de Exame Pericial nº 2021 07 PC 002267-01 (fl. 08) e Laudo de Exame Pericial nº 2021 07 PC 002267-02 (fl. 09). Depreende-se, ainda, dos autos, que o denunciado ainda estava portando, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 01 (um) revólver, marca Rossi, calibre nominal .38 SPL, número de série OC43748 e 05 (cinco) cartuchos de munição para arma de fogo de calibre nominal .38 SPL, marca CBC, de acordo com o Auto de Exibição e Apreensão (fl. 06) e Laudo de Exame Pericial nº 2021 PC 002266-01 (fls. 34/35). Apurou-se que policiais militares foram informados via CICOM acerca da existência de um indivíduo no Alto da Tapera portando arma de fogo e realizando o tráfico de entorpecentes. Imediatamente, os agentes de segurança pública se dirigiram ao local e visualizaram o Denunciado portando o revólver na cintura e levando consigo uma sacola com drogas. O denunciado, ao visualizar a guarnição, adentrou numa residência e dispensou pela janela a referida arma de fogo e a sacola com os entorpecentes. Entretanto, os milicianos lograram apreender as substâncias entorpecentes e o armamento dispensados pelo denunciado, que foi preso em flagrante delito. [...]”.

III – Irresignado, o Sentenciado interpôs Recurso de Apelação (ID. 29199444), postulando a Defesa, nas razões recursais (ID. 29199462), a absolvição por insuficiência probatória em atenção ao princípio in dubio pro reo, alegando que a condenação se lastreou unicamente nos depoimentos dos policiais que participaram da prisão do acusado e apresentam divergências entre si, não sendo corroborados pelas demais testemunhas ouvidas em Juízo, além de aduzir que o Apelante negou a prática delitiva em sede preliminar e que as testemunhas do rol da defesa declararam na instrução processual que a fechadura da residência do réu estava quebrada, bem assim que ele possuía lesão no rosto, tendo uma delas narrado que a casa estava revirada e danificada pela atuação dos agentes estatais. Sustenta, ainda, que a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 foi indevidamente afastada com base na existência de outras duas ações penais em curso, em afronta ao princípio da presunção de inocência. Por fim, requer a isenção ou redução do pagamento da pena de multa e a concessão do benefício da justiça gratuita.

IV – Não merece conhecimento o pedido de concessão do benefício da Justiça Gratuita ao Apelante, diante da afirmação do seu estado de hipossuficiência, haja vista que a aludida benesse foi deferida ao Réu em sentença, oportunidade na qual a Juíza a quo suspendeu o pagamento das custas processuais decorrentes da condenação (ID. 29199438, pág. 08). Sendo assim, resta configurada a ausência de interesse/necessidade na análise da referida pretensão. Acerca dos pleitos remanescentes, preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, conhece-se do Apelo.

V – O pleito absolutório não merece acolhimento. In casu, ao ser ouvido perante a Autoridade Policial na presença do seu advogado, o Apelante negou o cometimento dos crimes que lhe foram imputados, relatando que estava em via pública fumando maconha, por ser usuário, quando foi abordado pelos policiais militares, que o levaram até a sua residência, arrombaram a porta, revistaram a casa, agrediram-no fisicamente, e, como o proprietário da arma e das drogas localizadas em um quintal vizinho conseguiu evadir-se, apontaram o Recorrente como o responsável pelos materiais ilícitos, asseverando, ademais, que o dinheiro encontrado pertencia à sua esposa, a qual dormia no interior do imóvel no momento do ocorrido (ID. 29199066, págs. 11/12). Narrativa similar foi veiculada pelo acusado na oportunidade da audiência de custódia (pág. 55 dos autos n. 0500527-27.2021.8.05.0103, SAJ 1º Grau). Já em Juízo, conquanto também tenha negado as práticas delitivas e alegado que sofreu agressões por parte dos agentes estatais, apresentou versão diversa da anteriormente relatada, asseverando não ser usuário de drogas e que estava dormindo com sua mulher quando teve a casa arrombada pelos policiais, os quais queriam que ele assumisse as drogas e a arma pertencentes aos quatro rapazes que se encontravam na frente da sua residência e dispensaram os materiais no barranco, informando não conhecer os militares que o prenderam (ID. 29199429 e PJe Mídias).

VI – Contudo, a negativa do Réu não encontra amparo no caderno processual, sendo certo que a materialidade e a autoria dos delitos de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido restaram suficientemente comprovadas no conjunto probatório, merecendo destaque o Auto de Exibição e Apreensão (ID. 29199066, pág. 06); os Laudos de Constatação e Pericial Toxicológico Definitivo (ID. 29199066, págs. 08/09 e ID. 29199407), nos quais se verifica que os entorpecentes apreendidos se tratavam de 7,28g (sete gramas e vinte e oito centigramas) de benzoilmetilecgonina (cocaína em pó e na forma de “crack”), e 22,90g (vinte e dois gramas e noventa centigramas) de tetrahydrocannabinol (THC), conhecida como “maconha”, substâncias de uso proscrito no Brasil; o Laudo Pericial da arma de fogo e munições apreendidas (ID. 29199066, págs. 36/37), atestando que o artefato se encontrava apto para a realização de disparos; além dos depoimentos judiciais das testemunhas do rol de acusação, SD/PM Márcio Alan Souza Sales e CB/PM Jairo Silva do Nascimento (IDs. 29199408, 29199430 e PJe Mídias), responsáveis pela prisão em flagrante do Recorrente.

VII – Apesar das razões ventiladas pela Defesa, verifica-se que os policiais militares, ao relatarem a abordagem realizada, apresentaram em Juízo depoimentos congruentes a respeito dos fatos, que corroboram o quanto por eles narrado em sede preliminar, dos quais se depreende que receberam informações da CICOM sobre uma pessoa que estava armada e traficando entorpecentes no Alto da Tapera, motivo pelo qual para lá se dirigiram e, chegando ao local, o CB/PM Jairo, que estava à frente da guarnição, visualizou o Apelante com a arma de fogo e uma sacola na mão. O Réu, ao perceber a presença dos agentes públicos, entrou em uma casa, sendo acompanhado pelos policiais e, ao notar que seria preso, arremessou o artefato e o material pela janela, os quais caíram no fundo da residência, no quintal, e foram localizados pelos agentes estatais, contendo drogas no interior da sacola. Em razão dos materiais ilícitos encontrados, foi feita revista no interior da casa, a qual os agentes estatais souberam no momento da diligência pertencer ao Recorrente e sua esposa, onde acharam uma quantia em dinheiro.

VIII – Oportuno registrar que a simples qualidade de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos por eles veiculados, mormente quando se apresentam coesos e consonantes com os demais elementos e circunstâncias colhidos dos autos, e quando oferecidos em Juízo, sendo oportunizado o contraditório, como se deu no presente caso. Ademais, não se vislumbra, na espécie, nenhum indício de que os agentes estatais tenham prestado depoimentos falsos a respeito dos fatos, com intenção de prejudicar o Sentenciado, não havendo elementos que apontem para a ocorrência de rixa anterior com o Recorrente ou de flagrante forjado, notadamente por não conhecê-lo de abordagens anteriores, como inclusive informado pelo Réu em Juízo, sendo certo que eventuais discrepâncias porventura existentes entre os relatos prestados pelos policiais, mas que não gravitam sobre a essência do ato delituoso, não têm o condão de infirmar a credibilidade de suas palavras e a higidez do conjunto probante, já que decorrentes do desgaste da memória com o passar do tempo ou do atendimento diário de situações das mais diversas naturezas.

IX – Nesse contexto, como bem ponderado pela Magistrada de origem, “se o réu estava dormindo, dentro de casa, com a casa trancada, como ele poderia saber que havia exatamente quatro rapazes na porta de sua casa e que eles estavam com a arma e as drogas? E se a casa estava fechada, como esses rapazes fugiram passando por sua casa? Não bastasse as ínsitas contradições existentes no depoimento prestado em juízo, na fase policial, asseverou que estava na rua fumando maconha e que os objetos ilícitos eram de apenas um rapaz, que conseguiu fugir. Diante de tantas inconsistências, depreende-se que sua versão não é digna de fé”.

X – Lado outro, as testemunhas do rol da Defesa ouvidas na instrução criminal não puderam colaborar para o esclarecimento dos fatos, tampouco seus relatos corroboraram qualquer das versões apresentadas pelo Recorrente, uma vez que, quando chegou ao local, o Sr. Dionísio Zeferino dos Santos já encontrou o Réu detido pelos policiais, não presenciando o momento da abordagem em si até a efetiva prisão do Apelante; enquanto a Sra. Andréa Andrade dos Santos, embora tenha asseverado que, ao se deslocar para o trabalho, viu quando os policiais tentavam entrar na casa do acusado, cuja grade estava fechada, não fez menção alguma ao Réu estar na rua naquela oportunidade, como por ele alegado em delegacia, ou de haver outros rapazes que correram com a chegada dos agentes públicos, consoante relato pelo Apelante em Juízo.

XI – No que concerne às alegações defensivas de que o Recorrente foi agredido pelos policiais e teve a casa por eles danificada no momento da revista, conquanto não conste dos autos laudos periciais referentes a tais questões, verifica-se que os agentes estatais ouvidos em audiência instrutória foram concordes ao afirmar que o Réu ficou com a sobancelha machucada ao resistir à prisão e tentar se desvencilhar, além de aduzirem que nenhum móvel foi danificado durante as buscas empreendidas no interior da residência, asseverando o CB/PM Jairo que as fotos apresentadas pela Defesa não condizem com a realidade dos fatos, até porque, logo após a prisão do Réu, a mãe, irmã e esposa dele chegaram ao local, não tendo relatado qualquer intercorrência ao agente público.

XII – Outrossim, embora as testemunhas do rol da defesa tenham informado que o Réu estava com o rosto machucado, em nenhum momento afirmaram ter presenciado o Apelante ser agredido pelos policiais, tampouco ter visto a porta da casa ser arrombada, sendo certo que o Sr. Dionísio alegou que, apesar de a casa estar revirada, não havia nada quebrado, enquanto a Sra. Andréa relatou que não visualizou os agentes estatais com marreta ou

outros instrumentos para arrombar a porta, não sabendo dizer se foi forçada ou aberta por alguém. A respeito das aludidas alegativas, o Parquet, em sede de contrarrazões recursais, destacou que “as fotografias colacionadas às fls. 61/65 são insuficientes para provar de forma segura e inequívoca que houve excesso praticado pelos policiais militares (ante a ausência de liame com a ação policial), já que não há como demonstrar que as fotos são, de fato, do imóvel residencial do réu ou, até mesmo, que os eventuais danos na casa ou lesões físicas no réu ocorreram no momento da referida diligência policial”.

XIII – De maneira que, não havendo prova cabal acerca da responsabilidade dos policiais militares em relação às supostas agressões físicas perpetradas em face do Recorrente, tampouco quanto aos danos em tese efetivados no imóvel daquele, ônus que competia à Defesa, na esteira do art. 156, caput, do Código de Processo Penal, e do qual não se desincumbiu, inviável descredibilizar os relatos dos agentes públicos com lastro tão somente nas versões do Apelante, eivadas de contradições, sendo certo, ademais, que eventuais excessos nas diligências engendradas devem ser apurados em procedimento próprio de controle externo da atividade policial. Até porque, mesmo que as alegadas agressões tivessem ocorrido, o que, repita-se, não restou comprovado, as provas produzidas em Juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, apontam para a prática pelo Apelante dos delitos aos quais fora condenado.

XIV – Vale lembrar que, para a configuração do crime de tráfico de drogas, não se exige a efetiva prática de atos de comercialização da substância entorpecente. Pratica o delito de tráfico não apenas aquele que comercializa a droga, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção e da circulação dos psicotrópicos. O tipo penal contido no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 é crime permanente, de ação múltipla e de mera conduta, sendo irrelevante a prova da traficância. São várias ações identificadas pelos diversos verbos e o delito se consuma com a prática de qualquer das hipóteses previstas. Nos termos do § 2º do art. 28, da Lei de Drogas, 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”.

XV – In casu, embora a quantidade de entorpecentes apreendidos não tenha sido expressiva, a variedade das drogas, quais sejam 7,28g (sete gramas e vinte e oito centigramas) de cocaína, sendo 4 (quatro) gramas desse total em forma de “crack”, e 22,90g (vinte e dois gramas e noventa centigramas) de “maconha”; a forma em que estavam fracionadas e acondicionadas, a primeira em 04 (quatro) “petecas” e várias pedrinhas embaladas em sacos plásticos transparentes e a segunda em 12 (doze) “parangas”, sendo onze embaladas em saco plástico transparente e uma em saco preto; o fato de o Apelante ter sido abordado em razão de informação no sentido de que ele estava comercializando drogas na porta da residência; além de ter sido apreendida no mesmo contexto fático uma arma de fogo e haver notícia de ele já ter passagens por crime da mesma natureza, não deixam dúvidas da destinação comercial dos psicotrópicos.

XVI – Do mesmo modo, restou demonstrado que o Recorrente portava, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, arma de fogo de uso permitido, tipo revólver, marca Rossi, calibre .38, com 05 (cinco) munições de mesmo calibre, sendo quatro intactas e uma picotada. Por conseguinte, na hipótese vertente, as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção que concluem pelo acerto da

condenação do Denunciado pelos crimes previstos no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 e art. 14 da Lei nº 10.826/2003, não havendo, portanto, que se falar em absolvição pela incidência do princípio in dubio pro reo.

XVII – Na sequência, passa-se ao exame da dosimetria das penas. Acerca do delito de tráfico de drogas, na primeira fase, após análise das circunstâncias judiciais e preponderantes (art. 59 do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/06), a Magistrada a quo reputou como desfavorável tão somente a variedade e natureza dos entorpecentes apreendidos, fixando as penas-base em 06 anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário mínimo. Com efeito, apesar de terem sido apreendidas drogas de naturezas diversas, quais sejam, maconha, “crack” e cocaína, bem assim não se desconhecer a maior nocividade das duas últimas substâncias, a quantidade encontrada não justifica a exasperação das reprimendas basilares, razão pela qual fica afastada, de ofício, a valoração negativa atribuída ao referido vetor, e, conseqüentemente, redimensionadas as penas-base para o mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

XVIII – Na segunda fase, não havendo agravantes ou atenuantes a serem sopesadas, aplicam-se como intermediárias as reprimendas estabelecidas na etapa antecedente. Avançando à terceira fase, a Sentenciante afastou a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, sob o argumento de que “o réu já foi condenado em primeira instância por dois processos em que foi acusado pelo crime de tráfico de drogas (autos nº 0503251-43.2017.8.05.0103 e 0500049-24.2018.8.05.0103)”, reputando, assim, que “as ações penais em andamento têm a aptidão de expressar a dedicação do réu a atividades criminosas para o fim de impedir a aplicação da pretendida causa de diminuição da pena”.

XIX – No que concerne à aplicação da aludida minorante, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 10/08/2022, alinhando-se ao entendimento mais recente sufragado no Supremo Tribunal Federal, fixou tese em recursos repetitivos, no sentido de que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (REsp 1.977.027 e REsp 1.977.180). Nada obstante, é sabido que a incidência da causa especial de diminuição de pena disciplinada no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. Tal dispositivo tem como destinatário apenas pequenos e eventuais traficantes e não os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida.

XX – Ocorre que, na verdade, em consulta à movimentação processual dos autos n. 0503251-43.2017.8.05.0103, por meio do sistema SAJ 2º Grau, verifica-se que o Apelante foi condenado na mencionada ação penal por fato praticado no ano de 2017 e, portanto, anterior à prática delitiva ora em exame, tendo ocorrido o respectivo trânsito em julgado na data de 06/08/2021, ou seja, no curso do presente feito, cuja sentença foi prolatada em 03/11/2021, circunstância hábil, nesse viés, a configurar Maus Antecedente, na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (HC n. 337.068/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 28/6/2016). Assim, não há que se falar em afronta ao princípio da presunção de inocência, como pretende a Defesa, pois o Réu possui Maus Antecedentes, fato que, por si só, torna incabível a aplicação da minorante do tráfico privilegiado por expressa disposição legal.

XXI – Registre-se, nesse aspecto, o posicionamento uníssono do STJ no

sentido de que “[...] pode a Corte estadual, sem piorar a situação do recorrente, em recurso exclusivo da defesa, de fundamentação livre e efeito devolutivo amplo, observados os limites horizontais do tema suscitado, manifestar sua própria e cuidadosa fundamentação sobre as matérias debatidas na origem. [...]”. (AgRg no HC 562.074/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 13/12/2021). Destarte, ausentes causas de aumento ou diminuição, restam aplicadas como definitivas para o crime de tráfico de drogas as penas de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo. Quanto ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, verifica-se que as reprimendas foram aplicadas no patamar mínimo de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, não havendo reparo a ser realizado nesse quesito.

XXII – Nesse viés, diante do concurso material de crimes, as penas definitivas do Apelante restam estabelecidas em 07 (sete) anos de reclusão e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, no valor unitário mínimo. Ademais, considerando que a valoração negativa de circunstância preponderante referente ao delito de tráfico de drogas foi afastada nessa oportunidade, e tendo sido as penas dos crimes aplicadas no patamar mínimo, fica o regime prisional modificado, de ofício, para o semiaberto, na esteira da previsão contida no art. 33, § 2º, b, do Código Penal, pois o quantum de reprimenda fixado foi superior a 04 (quatro), mas não excedeu a 08 (oito) anos, competindo ao Juízo da Execução proceder à detração penal. Inaplicável, ao caso, a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, diante do montante de pena imposto, consoante exegese do art. 44, inciso I, do Código Penal, tampouco a concessão de suris penal, previsto no art. 77 do Estatuto Repressivo.

XXIII – Relativamente à isenção da pena de multa imposta ao Apelante, inviável o acolhimento do pedido formulado pela Defesa. Conforme entendimento assente na E. Corte de Cidadania, a impossibilidade financeira do Sentenciado não tem o condão de afastar a pena de multa, pois trata-se de sanção de aplicação cogente, integrando o preceito secundário do tipo penal pelo qual foi condenado. De igual modo, não merece guarida o pleito de redução da pena de multa, eis que fixada de forma adequada, em simetria com a pena privativa de liberdade aplicada ao Sentenciado.

XXIV – Finalmente, constata-se que a Magistrada singular, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal, motivou, adequadamente, a negativa ao Sentenciado do direito de recorrer em liberdade, sob o fundamento de que “todos os elementos indicam a necessidade de manutenção do cárcere provisório para fins de resguardar a ordem pública em razão do perigo gerado pela liberdade do réu. [...] consta na certidão de antecedentes criminais que o réu já ostenta outras duas condenações por tráfico de drogas em grau de recurso (0503251-43.2017.805.0103 e 0500049-24.2018.805.0103). Além disso, não se pode desprezar a gravidade concreta da conduta atribuída ao réu nos presentes autos, porque, além das drogas, foi apreendido uma arma de fogo municada, o que indica um plus na lesividade da conduta. O mesmo contexto revela ainda que medidas cautelares impostas são insuficientes para impedir o envolvimento do réu em delitos de mesma natureza”.

XXV – Logo, ratifica-se a custódia cautelar do Recorrente, o qual permaneceu segregado durante toda instrução criminal, cabendo salientar, na esteira da jurisprudência do STJ, não haver incompatibilidade entre a custódia cautelar e o regime semiaberto, o qual deve ser observado na

aplicação da prisão provisória (AgRg no HC n. 761.032/R0, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 21/10/2022.). Ressalte-se que a Sentenciante cuidou de determinar a expedição de Guia de Recolhimento Provisória, o que foi devidamente cumprido (IDs. 29199448/29199451), respondendo o condenado à Execução Penal nº 2000073-06.2022.8.05.0113 – SEEU.

XXVI – Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e improvimento do Apelo.

XXVII – APELO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, IMPROVIDO, afastando-se, DE OFÍCIO, a valoração negativa atribuída à circunstância preponderante do delito de tráfico de drogas, e, conseqüentemente, em razão do concurso material com o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, redimensionar as penas definitivas do Recorrente para 07 (sete) anos de reclusão e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, além de modificar o regime prisional para o semiaberto.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 0700509-22.2021.8.05.0103, provenientes da Comarca de Ilhéus/BA, em que figuram, como Apelante, Ueslei Silva Cunha, e, como Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Colenda Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em conhecer parcialmente e, nessa extensão, NEGAR PROVIMENTO ao Apelo, afastando-se, DE OFÍCIO, a valoração negativa atribuída à circunstância preponderante do delito de tráfico de drogas, e, conseqüentemente, em razão do concurso material com o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, redimensionar as penas definitivas do Recorrente para 07 (sete) anos de reclusão e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, além de modificar o regime prisional para o semiaberto, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto da Desembargadora Relatora.

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

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e não provido Por Unanimidade
Salvador, 31 de Janeiro de 2023.

PODER JUDICIÁRIO

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

Apelação n.º 0700509-22.2021.8.05.0103 – Comarca de Ilhéus/BA
Apelante: Uesclei Silva Cunha
Defensora Pública: Dra. Paula Verena Carneiro Cordeiro
Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia
Promotor de Justiça: Dr. José Botelho Almeida Neto
Origem: 1ª Vara Criminal da Comarca de Ilhéus/BA
Procuradora de Justiça: Dra. Luiza Pamponet Sampaio Ramos
Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães

RELATÓRIO

Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Uesclei Silva Cunha, assistido pela Defensoria Pública do Estado da Bahia, insurgindo-se contra a sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ilhéus/BA, que o condenou às penas de 08 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 610 (seiscentos e dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática dos delitos tipificados no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 e art. 14 da Lei nº 10.826/2003, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Em observância aos princípios da celeridade, da efetividade e da economia processual, e considerando ali se consignar, no que relevante, a realidade do processo até então desenvolvida, adota-se, como próprio, o relatório da sentença (ID. 29199438), a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto.

Irresignado, o Sentenciado interpôs Recurso de Apelação (ID. 29199444), postulando a Defesa, nas razões recursais (ID. 29199462), a absolvição por insuficiência probatória em atenção ao princípio in dubio pro reo, alegando que a condenação se lastreou unicamente nos depoimentos dos policiais que participaram da prisão do acusado e apresentam divergências entre si, não sendo corroborados pelas demais testemunhas ouvidas em Juízo, além de aduzir que o Apelante negou a prática delitiva em sede preliminar e que as testemunhas de defesa declararam na instrução processual que a fechadura da residência do réu estava quebrada, bem assim que ele possuía lesão no rosto, tendo uma delas narrado que a casa estava revirada e danificada pela atuação dos agentes estatais. Sustenta, ainda, que a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 foi indevidamente afastada com base na existência de outras duas ações penais em curso, em afronta ao princípio da presunção de inocência. Por fim, requer a isenção ou redução do pagamento da pena de multa e a concessão do benefício da justiça gratuita.

Nas contrarrazões, pugna o Parquet pelo conhecimento parcial e improvimento do recurso, mantendo-se na íntegra o decisio vergastado (ID. 29199466).

Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e improvimento do Apelo (ID. 30568036).

Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Apelação n.º 0700509-22.2021.8.05.0103 – Comarca de Ilhéus/BA

Apelante: Uesclei Silva Cunha

Defensora Pública: Dra. Paula Verena Carneiro Cordeiro

Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia

Promotor de Justiça: Dr. José Botelho Almeida Neto

Origem: 1ª Vara Criminal da Comarca de Ilhéus/BA

Procuradora de Justiça: Dra. Luiza Pamponet Sampaio Ramos

Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães

VOTO

Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Uesclei Silva Cunha, assistido pela Defensoria Pública do Estado da Bahia, insurgindo-se contra a sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ilhéus/BA, que o condenou às penas de 08 (oito) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e 610 (seiscentos e dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática dos delitos tipificados no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 e art. 14 da Lei nº 10.826/2003, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Narra a exordial acusatória (ID. 35542224), in verbis, que “[...] no dia 10 de junho de 2021, por volta das 07:30h, no Alto do Coqueiro, Tapera, Ilhéus/BA, o denunciado trazia consigo, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 04 (quatro) “petecas”, na forma pulverizada, e pequenas pedras, na forma aglutinada, da substância cocaína com peso bruto total de 7,28g (sete gramas e vinte e oito centigramas), bem como 12 (doze) “parangas” da substância Cannabis sativa, com peso bruto total de 22,90g (vinte e dois gramas e noventa centigramas), conforme Auto de Exibição e Apreensão (fl. 06), Laudo de Exame Pericial nº 2021 07 PC 002267-01 (fl. 08) e Laudo de Exame Pericial nº 2021 07 PC 002267-02 (fl. 09). Depreende-se, ainda, dos autos, que o denunciado ainda estava portando, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 01 (um) revólver, marca Rossi, calibre nominal .38 SPL, número de série 0C43748 e 05 (cinco) cartuchos de munição para arma de fogo de calibre nominal .38 SPL, marca CBC, de acordo com o Auto de Exibição e Apreensão (fl. 06) e Laudo de Exame Pericial nº 2021 PC 002266-01 (fls. 34/35). Apurou-se que policiais militares foram informados via CICOM acerca da existência de um indivíduo no Alto da Tapera portando arma de fogo e realizando o tráfico de entorpecentes. Imediatamente, os agentes de segurança pública se dirigiram ao local e visualizaram o Denunciado portando o revólver na cintura e levando consigo uma sacola com

drogas. O denunciado, ao visualizar a guarnição, adentrou numa residência e dispensou pela janela a referida arma de fogo e a sacola com os entorpecentes. Entretanto, os milicianos lograram apreender as substâncias entorpecentes e o armamento dispensados pelo denunciado, que foi preso em flagrante delito. [...]”.

Irresignado, o Sentenciado interpôs Recurso de Apelação (ID. 29199444), postulando a Defesa, nas razões recursais (ID. 29199462), a absolvição por insuficiência probatória em atenção ao princípio in dubio pro reo, alegando que a condenação se lastreou unicamente nos depoimentos dos policiais que participaram da prisão do acusado e apresentam divergências entre si, não sendo corroborados pelas demais testemunhas ouvidas em Juízo, além de aduzir que o Apelante negou a prática delitiva em sede preliminar e que as testemunhas de defesa declararam na instrução processual que a fechadura da residência do réu estava quebrada, bem assim que ele possuía lesão no rosto, tendo uma delas narrado que a casa estava revirada e danificada pela atuação dos agentes estatais. Sustenta, ainda, que a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 foi indevidamente afastada com base na existência de outras duas ações penais em curso, em afronta ao princípio da presunção de inocência. Por fim, requer a isenção ou redução do pagamento da pena de multa e a concessão do benefício da justiça gratuita.

Não merece conhecimento o pedido de concessão do benefício da Justiça Gratuita ao Apelante, diante da afirmação do seu estado de hipossuficiência, haja vista que a aludida benesse foi deferida ao Réu em sentença, oportunidade na qual a Juíza a quo suspendeu o pagamento das custas processuais decorrentes da condenação (ID. 29199438, pág. 08). Sendo assim, resta configurada a ausência de interesse/necessidade na análise da referida pretensão.

Acerca dos pleitos remanescentes, preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, conhece-se do Apelo.

O pleito absolutório não merece acolhimento. In casu, ao ser ouvido perante a Autoridade Policial na presença do seu advogado, o Apelante negou o cometimento dos crimes que lhe foram imputados, relatando que estava em via pública fumando maconha, por ser usuário, quando foi abordado pelos policiais militares, que o levaram até a sua residência, arrombaram a porta, revistaram a casa, agredirano fisicamente, e, como o proprietário da arma e das drogas localizadas em um quintal vizinho conseguiu evadir-se, apontaram o Recorrente como o responsável pelos materiais ilícitos, asseverando, ademais, que o dinheiro encontrado pertencia à sua esposa, a qual dormia no interior do imóvel no momento do ocorrido (ID. 29199066, págs. 11/12). Narrativa similar foi veiculada pelo acusado na oportunidade da audiência de custódia (pág. 55 dos autos n. 0500527-27.2021.8.05.0103, SAJ 1º Grau).

Já em Juízo, conquanto também tenha negado as práticas delitivas e alegado que sofreu agressões por parte dos agentes estatais, apresentou versão diversa da anteriormente relatada, asseverando não ser usuário de drogas e que estava dormindo com sua mulher quando teve a casa arrombada pelos policiais, os quais queriam que ele assumisse as drogas e a arma pertencentes aos quatro rapazes que se encontravam na frente da sua

residência e dispensaram os materiais no barranco, informando não conhecer os militares que o prenderam (ID. 29199429 e PJe Mídias), veja-se:

[...] que não usa drogas, só cigarro; [...] que respondeu a dois processos por tráfico de drogas; [...] que estava dormindo com sua mulher, arrombaram a casa do interrogado, eles acharam que os caras que estavam na porta da sua casa lá correram para a sua residência e já acharam coisa que estavam com os caras lá; que pegaram, desceram lá no barranco, eles pegaram e falaram que acharam a droga; que falou que a droga era dos caras que estavam na porta da sua casa e já acharam que o interrogado conhecia os caras e o pegaram para falar quem eram os caras que tinham corrido, pegaram o interrogado e levaram para a Delegacia, para que assumisse o B0 dos caras que tinham corrido; que espancaram o interrogado, bateram com aquelas armas grandes no seu olho, o espancaram e levaram para a Delegacia; que tinham umas quatro pessoas lá na porta da sua casa; que as conhece; que a arma não era do interrogado, nada ali era seu, era dos meninos que estavam na porta da sua casa, eles pegaram e correram, a polícia chegou lá e achou; que pegaram lá na sua casa, pegaram e espancaram o interrogado dentro de casa, na rua; que nada disso que eles falaram estava com o acusado; que não estava com sacola na mão, que estava dormindo com sua esposa, na hora; que não estava com arma na cintura, que estava dormindo; que não conhecia os policiais que o prenderam. [...]

Contudo, a negativa do Réu não encontra amparo no caderno processual, sendo certo que a materialidade e a autoria dos delitos de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido restaram suficientemente comprovadas no conjunto probatório, merecendo destaque o Auto de Exibição e Apreensão (ID. 29199066, pág. 06); os Laudos de Constatação e Pericial Toxicológico Definitivo (ID. 29199066, págs. 08/09 e ID. 29199407), nos quais se verifica que os entorpecentes apreendidos se tratavam de 7,28g (sete gramas e vinte e oito centigramas) de benzoilmetilecgonina (cocaína em pó e na forma de "crack"), e 22,90g (vinte e dois gramas e noventa centigramas) de tetrahidrocanabiol (THC), conhecida como "maconha", substâncias de uso proscrito no Brasil; o Laudo Pericial da arma de fogo e munições apreendidas (ID. 29199066, págs. 36/37), atestando que o artefato se encontrava apto para a realização de disparos; além dos depoimentos judiciais das testemunhas do rol de acusação, SD/PM Márcio Alan Souza Sales e CB/PM Jairo Silva do Nascimento (IDs. 29199408, 29199430 e PJe Mídias), responsáveis pela prisão em flagrante do Recorrente, transcritos a seguir:

O SD/PM Márcio Alan Souza Sales, em Juízo, disse: [...] que receberam informações da CICOM de que havia uma pessoa no Alto da Tapera que estaria armada e traficando; que de imediato se deslocaram até o local para averiguar a situação e quando chegaram na referida localidade avistaram Uesclei, que correu ao perceber a aproximação da guarnição; que o sargento Jairo que estava mais a frente visualizou que ele estava armado; que o acusado entrou em uma residência, sendo acompanhado pelos policiais; que quando o acusado viu que ia ser preso ele arremessou a arma e o material pela janela; que o sargento deu voz de prisão e ele foi algemado e o soldado Soares desceu até a parte do fundo e recolheu o material que estava no fundo da casa; que não conhecia Uesclei; que o soldado Soares apreendeu o material, não sabendo informar por que ele não foi ouvido em delegacia; que o material apreendido foi um revólver e uma quantidade de

droga; que a droga era maconha e estava embalada; que tinha outra droga mas não se recorda qual era; que depois chegaram três senhoras, entre elas a mãe e a irmã do acusado, as quais são pessoas de boa índole e ficaram chateadas por não coadunarem com a prática de crime, e uma terceira mulher dizendo que era a namorada do acusado e que a casa era dela; que a parte do fundo da casa foi alcançada pela lateral do imóvel, pois a casa é aberta; que depois o sargento entrou na casa para ver se havia largado mais alguma coisa e achou um dinheiro; que o material foi encontrado no quintal, no fundo, só que a área é aberta; que a rua fica cima, na parte da frente, e na lateral tem tipo uma escada que desce e dá acesso ao fundo da casa; que a casa é um pouco mais alta do que nível normal do quintal; que ele resistiu um pouco à prisão, pois o acusado já estava correndo e tentando fugir deles; que ele não queria ser preso, jogou o material fora, tentou resistir um pouco, mas foi algemado e aí cessou; que ele machucou um pouco a sobancelha, salvo engano; que o depoente pertence a mesma guarnição do soldado Soares; que não se recorda se foi encontrada outra droga no interior da casa do acusado; que o material encontrado foi o que ele jogou fora; que o acusado não autorizou a entrada na sua residência, pois estava em estado de flagrância, já que os policiais viram o réu correndo e armado, sendo que no momento que ele entrou no imóvel o depoente e os demais agentes entraram atrás, que foi uma coisa muito rápido, não tinha como parar e pedir para entrar na casa; que o acusado estava correndo na rua e entrou na casa; que para ser feita a prisão do réu não precisou ser danificado nenhum móvel na busca que realizaram na residência [...] (transcrição por aproximação)

O CB/PM Jairo Silva do Nascimento, em Juízo, afirmou: [...] que nos foi passada a informação de que havia um elemento armado e se recorda que presenciaram ele com a sacola na mão; que, quando ele entrou na casa, sendo acompanhado pela guarnição, o depoente presenciou com mais um companheiro ele sacando da cintura e jogando a arma pela janela, sendo dada a voz de prisão; que os companheiros desceram e acharam a arma lá embaixo, onde ele jogou no barranco; que por serem muitas prisões não se recorda quem fez a apreensão da arma e da droga; que salvo engano foi Márcio Alan que achou; que se recorda que o acusado estava com uma sacola de droga na mão; que acha que a arma embaixo foi encontrada por Márcio Alan e Soares, que também estava com o depoente; que foi o depoente quem visualizou o acusado com a arma, pois estava mais à frente; que quando eu fiz o acompanhamento do acusado, ele entrou com a sacola na mão puxou da cintura e arremessou; que a casa era do acusado mesmo, ele mora no mesmo local; que já conhecia o acusado de vista lá do morro, só não o tinha pego em flagrante delito; que sabia do envolvimento dele no crime, mas não havia pego; que nesse dia lograram êxito; que ele tentou fugir na hora e resistiu à prisão, ficou se batendo e gritando muito o nome da mãe dele, da irmã; que logo após a contenção dele apareceram a mãe e a irmã, mas não atrapalharam o serviço, só ficaram dando conselho para o acusado tomar vergonha na cara e sair dessa vida; que salvo engano a esposa dele também apareceu no momento; que na diligência não houve danos nos móveis, a única coisa que teve foi a revista, mas não danificou nada, olharam sofá, cama, pois como ele estava na posse de droga e arma poderiam ter mais material ilícita na residência; que a genitora do acusado olhou e disse que estava tudo tranquilo, sendo que o depoente deixou a casa aos cuidados dela; que a droga estava na mão dele, na sacola; que a arma ele puxou da cintura e aí ele arremessou pela janela, caindo no barranco, no fundo, tendo os

companheiros realizado a apreensão, enquanto o depoente ficou na casa com o acusado, na contenção; que se recorda que o acusado machucou a sobancelha, porque ele estava resistindo à prisão, querendo se desvencilhar, fazendo um 'enxame', querendo nos jogar contra a mãe e a população; que se recorda que a droga estava acondicionada para venda, mas a quantidade não recorda, lembrando que havia dois tipos de ilícito, similar à maconha e ao crack; que a arma estava municada e tinha numeração; que toda área onde existe o tráfico, eles tem por obrigação de se filiar a uma facção, ele automaticamente participa dessa facção; que salvo engano é a facção Tudo 2; que esclarecendo as fotos apresentadas, referentes a uma porta com fechadura e um sofá, estando ambos supostamente danificados, alega que elas não condizem com a realidade, pois a genitora e a filha adentraram na residência e se tivesse quebrado ou danificado alguma coisa ela falaria na hora ao depoente; que em relação ao hematoma, também não condiz com a realidade, pois ele foi encaminhado para a delegacia e, quando acontece um hematoma bastante visível assim, nenhum agente faz a ocorrência, delegado nenhum aceita se o acusado não for encaminhado ao instituto médico legal ou uma UPA para fazer os exames e curativos devidos, para eles também se respaldarem, a fim de não haver alegação de agressão na delegacia; que no dia a lesão não era tão grave, por isso foi feita a ocorrência e não pediram; que teve um pequeno machucado na testa do acusado por conta de ele ficar se batendo, resistindo à prisão; que a genitora dele presenciou ele se batendo, agressivo, gritando muito por ela e ela pedindo calma, mas a prisão que fizeram não condiz com isso aí; que no dia não teve arrombamento, aí tem que ter uma apuração maior, pois ele entrou e nós entramos em acompanhamento; que não teve isso aí, foi cedo, não tinha pessoal na rua; que no morro, quando a gente faz a prisão, as pessoas se fecham, com medo de represália; que a mãe do acusado conhece o depoente e sabe do seu trabalho; que o saco da droga estava com ele; que ele arremessou a arma que estava na cintura dele. [...] (transcrição por aproximação)

Apesar das razões ventiladas pela Defesa, verifica-se que os policiais militares, ao relatarem a abordagem realizada, apresentaram em Juízo depoimentos congruentes a respeito dos fatos, que corroboram o quanto por eles narrado em sede preliminar, dos quais se depreende que receberam informações da CICOM sobre uma pessoa que estava armada e traficando entorpecentes no Alto da Tapera, motivo pelo qual para lá se dirigiram e, chegando ao local, o CB/PM Jairo, que estava à frente da guarnição, visualizou o Apelante com a arma de fogo e uma sacola na mão. O Réu, ao perceber a presença dos agentes públicos, entrou em uma casa, sendo acompanhado pelos policiais e, ao notar que seria preso, arremessou o artefato e o material pela janela, os quais caíram no fundo da residência, no quintal, e foram localizados pelos agentes estatais, contendo drogas no interior da sacola. Em razão dos materiais ilícitos encontrados, foi feita revista no interior da casa, a qual os agentes estatais souberam no momento da diligência pertencer ao Recorrente e sua esposa, onde acharam uma quantia em dinheiro.

Oportuno registrar que a simples qualidade de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos por eles veiculados, mormente quando se apresentam coesos e consonantes com os demais elementos e circunstâncias colhidos dos autos, e quando oferecidos em Juízo, sendo oportunizado o contraditório, como se deu no presente caso.

Nessa esteira:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR EFETUADA POR POLICIAIS MILITARES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INFORMAÇÕES PRÉVIAS DE OCORRÊNCIA DE TRÁFICO DE DROGAS NA RESIDÊNCIA. PERMISSÃO DO PACIENTE PARA ENTRADA DOS POLICIAIS NA RESIDÊNCIA. SUBSEQUENTE CONFISSÃO INFORMAL DO RÉU DE QUE OS ENTORPECENTES HAVIAM SIDO ARMAZENADOS EM LOCAL DISTANTE DA RESIDÊNCIA. VALIDADE. CREDIBILIDADE DO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS EM JUÍZO. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE, ANTE A EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO, CONJUGADA COM A QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

[...] 7. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de 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. Precedentes: AgRg no HC 606.384/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 29/09/2020; 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 de 17/03/2016. [...] (STJ, HC 608.558/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 07/12/2020) (grifos acrescentados)

[...] O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firme de que os depoimentos dos policiais, que acompanharam as investigações prévias ou que realizaram a 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. [...]. 10. Agravo regimental não provido.” (STJ, AgRg no AREsp 918.323/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019) (grifos acrescentados)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. PALAVRA DE POLICIAIS. PROVA PARA A CONDENAÇÃO. VALIDADE. INSUFICIÊNCIA DO ACERVO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. WRIT NÃO CONHECIDO. I – A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II – O depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes. III – Ademais, no caso dos autos, constou do v. acórdão vergastado que os depoimentos dos policiais são corroboradas por outros elementos probatórios, notadamente a apreensão de considerável quantidade de crack, de forma a demonstrar que a droga tinha por destinação o tráfico ilícito. IV – Afastar a condenação, in casu, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de

desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 404.507/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 18/04/2018) (grifos acrescidos).

Ademais, não se vislumbra, na espécie, nenhum indício de que os agentes estatais tenham prestado depoimentos falsos a respeito dos fatos, com intenção de prejudicar o Sentenciado, não havendo elementos que apontem para a ocorrência de rixa anterior com o Recorrente ou de flagrante forjado, notadamente por não conhecê-lo de abordagens anteriores, como inclusive informado pelo Réu em Juízo, sendo certo que eventuais discrepâncias porventura existentes entre os relatos prestados pelos policiais, mas que não gravitam sobre a essência do ato delituoso, não têm o condão de infirmar a credibilidade de suas palavras e a higidez do conjunto probante, já que decorrentes do desgaste da memória com o passar do tempo ou do atendimento diário de situações das mais diversas naturezas.

Nesse contexto, como bem ponderado pela Magistrada de origem, “se o réu estava dormindo, dentro de casa, com a casa trancada, como ele poderia saber que havia exatamente quatro rapazes na porta de sua casa e que eles estavam com a arma e as drogas? E se a casa estava fechada, como esses rapazes fugiram passando por sua casa? Não bastasse as ínsitas contradições existentes no depoimento prestado em juízo, na fase policial, asseverou que estava na rua fumando maconha e que os objetos ilícitos eram de apenas um rapaz, que conseguiu fugir. Diante de tantas inconsistências, depreende-se que sua versão não é digna de fé”.

Lado outro, as testemunhas do rol da Defesa ouvidas na instrução criminal não puderam colaborar para o esclarecimento dos fatos, tampouco seus relatos corroboraram qualquer das versões apresentadas pelo Recorrente, uma vez que, quando chegou ao local, o Sr. Dionísio Zeferino dos Santos já encontrou o Réu detido pelos policiais, não presenciando o momento da abordagem em si até a efetiva prisão do Apelante; enquanto a Sra. Andréa Andrade dos Santos, embora tenha asseverado que, ao se deslocar para o trabalho, viu quando os policiais tentavam entrar na casa do acusado, cuja grade estava fechada, não fez menção alguma ao Réu estar na rua naquela oportunidade, como por ele alegado em delegacia, ou de haver outros rapazes que correram com a chegada dos agentes públicos, consoante relato pelo Apelante em Juízo, a saber:

Em Juízo, a testemunha Dionísio Zeferino dos Santos disse: [...] que conhece o acusado há muito tempo, dez anos ou mais; que no dia da prisão o depoente estava nas proximidades; que trabalha de pedreiro e o acusado trabalha com ele; que nesse dia, por coincidência, a obra estava sendo aqui no bairro mesmo e na hora que deu o problema lá embaixo vieram me chamar; que foi na casa do acusado o problema; que o que presenciou quando chegou lá foi o acusado já nas mãos dos policiais; que o acusado não foi trabalhar no dia, pois estava sem o material, mas como o pessoal sabia que o réu estava trabalhando com o depoente, o chamou e foi até o local; que lá estavam os policiais e pelo que viu ali um modo assim, ignorância, que nem o depoente pôde chegar perto para explicar que o acusado trabalhava

com ele; que o réu estava em casa, que foi de manhã cedo isso; que tava uma pressão “desgramada” em cima do acusado, nem o depoente os policiais deixaram chegar perto; que a esposa dele estava dentro de casa, quando chegaram a esposa estavam dormindo com ele dentro de casa, “pocaram” o cadeado da casa, a Defensora tem até essas fotos que a esposa do acusado mandou do jeito que ficou o portão, “pocaram”, invadiram a casa e pegaram ele; que na hora que chegou lá, não pôde visualizar o acusado; que ele estava dentro de casa, onde também se encontravam os policiais e a esposa dele; que quando tiraram ele para o lado da viatura viu que tinha lesão no rosto dele, não podendo precisar se foi na boca ou no olho, sendo que no dia anterior que ele trabalhou com o depoente não havia lesão nenhuma; que entrou na casa dele, depois que o acusado foi levado para conversar com a esposa dele; que nessa situação foi dar um apoio; [...] que a casa estava toda revirada, toda bagunçada, não podendo dizer que tinha nada quebrado, não podendo dizer se quebrou televisão, geladeira; que o acusado trabalhava com o depoente há uns seis meses; que o acusado já tinha tido um problema com a justiça sobre droga, mas ele disse que queria sair, aí o depoente arranhou trabalho para ele, mas se descobrir quando ele sair daí que ele está envolvido com droga, o depoente será o primeiro a não ficar com ele; que se suspeitar que ele está, se afasta do acusado; que tem medo disso, pois veem no bairro como a Polícia chega. [...] (ID. 29199430 e PJe Mídias – transcrição por aproximação)

Em Juízo, a testemunha Andréa Andrade dos Santos disse: [...] que é vizinha do acusado; que estava na trajetória do trabalho, no caminho descendo para o ponto de ônibus, quando viu os policiais tentando entrar na casa dele; que diminuiu os passos para chegar até a casa do acusado e ficou assustada com os policiais na porta da casa dele; que desceu observando tudo e a grade da residência estava fechada; que não foi o acusado que abriu o portão, ele não chegou até o portão, não, foi o pessoal; que na trajetória que passou na frente viu que a porta estava fechada; que tinha uma aparência de que o rosto dele estava machucado sim; que mora lá desde os seis anos de idade; que há muito tempo atrás ele já foi preso, que logo após a saída dele, ele estava trabalhando com um vizinho como ajudante de pedreiro; que depois que a polícia levou o acusado, a depoente seguiu seu caminho, pois tem horário para entrar no trabalho; que não sabe dizer há quantos metros estava da casa do acusado; que descendo a ladeira, tem avisão total da casa; que estava no caminho da casa, de frente para a casa, pois para pegar o ônibus tem que passar na frente da casa; que não sabe calcular a distância, mas a visão é totalmente ampla; que não sabe dizer nem contou quantos policiais havia lá; que não viu os policiais com marreta ou outros instrumentos para arrombar a porta da casa; que só os viu com os armamentos na mão, mas marreta eu não vi não; que a porta do acusado estava fechada, mas não tinha como ver quem estava dentro da casa, se alguém abriu a porta ou foi arrombada. [...] (ID. 29199430 e PJe Mídias – transcrição por aproximação)

No que concerne às alegações defensivas de que o Recorrente foi agredido pelos policiais e teve a casa por eles danificada no momento da revista, conquanto não conste dos autos laudos periciais referentes a tais questões, verifica-se que os agentes estatais ouvidos em audiência instrutória foram concordes ao afirmar que o Réu ficou com a sobrelha machucada ao resistir à prisão e tentar se desvencilhar, além de aduzirem

que nenhum móvel foi danificado durante as buscas empreendidas no interior da residência, asseverando o CB/PM Jairo que as fotos apresentadas pela Defesa não condizem com a realidade dos fatos, até porque, logo após a prisão do Réu, a mãe, irmã e esposa dele chegaram ao local, não tendo relatado qualquer intercorrência ao agente público.

Outrossim, embora as testemunhas do rol da defesa tenham informado que o Réu estava com o rosto machucado, em nenhum momento afirmaram ter presenciado o Apelante ser agredido pelos policiais, tampouco ter visto a porta da casa ser arrombada, sendo certo que o Sr. Dionísio alegou que, apesar de a casa estar revirada, não havia nada quebrado, enquanto a Sra. Andréa relatou que não visualizou os agentes estatais com marreta ou outros instrumentos para arrombar a porta, não sabendo dizer se foi forçada ou aberta por alguém.

A respeito das aludidas alegativas, o Parquet, em sede de contrarrazões recursais, destacou que “as fotografias colacionadas às fls. 61/65 são insuficientes para provar de forma segura e inequívoca que houve excesso praticado pelos policiais militares (ante a ausência de liame com a ação policial), já que não há como demonstrar que as fotos são, de fato, do imóvel residencial do réu ou, até mesmo, que os eventuais danos na casa ou lesões físicas no réu ocorreram no momento da referida diligência policial”.

De maneira que, não havendo prova cabal acerca da responsabilidade dos policiais militares em relação às supostas agressões físicas perpetradas em face do Recorrente, tampouco quanto aos danos em tese efetivados no imóvel daquele, ônus que competia à Defesa, na esteira do art. 156, caput, do Código de Processo Penal, e do qual não se desincumbiu, inviável descredibilizar os relatos dos agentes públicos com lastro tão somente nas versões do Apelante, eivadas de contradições, sendo certo, ademais, que eventuais excessos nas diligências engendradas devem ser apurados em procedimento próprio de controle externo da atividade policial.

Até porque, mesmo que as alegadas agressões tivessem ocorrido, o que, repita-se, não restou comprovado, as provas produzidas em Juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, apontam para a prática pelo Apelante dos delitos aos quais fora condenado.

Vale lembrar que, para a configuração do crime de tráfico de drogas, não se exige a efetiva prática de atos de comercialização da substância entorpecente. Pratica o delito de tráfico não apenas aquele que comercializa a droga, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção e da circulação dos psicotrópicos.

O tipo penal contido no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 é crime permanente, de ação múltipla e de mera conduta, sendo irrelevante a prova da traficância. São várias ações identificadas pelos diversos verbos e o delito se consuma com a prática de qualquer das hipóteses previstas:

Art. 33. 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:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Sobre a matéria, colaciona-se o seguinte aresto:

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 618.667/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 27/11/2020) (grifos acrescidos)

Nos termos do § 2º do art. 28, da Lei de Drogas, 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”.

In casu, embora a quantidade de entorpecentes apreendidos não tenha sido expressiva, a variedade das drogas, quais sejam 7,28g (sete gramas e vinte e oito centigramas) de cocaína, sendo 4 (quatro) gramas desse total em forma de “crack”, e 22,90g (vinte e dois gramas e noventa centigramas) de “maconha”; a forma em que estavam fracionadas e acondicionadas, a primeira em 04 (quatro) “petecas” e várias pedrinhas embaladas em sacos plásticos transparentes e a segunda em 12 (doze) “parangas”, sendo onze embaladas em saco plástico transparente e uma em saco preto; o fato de o Apelante ter sido abordado em razão de informação no sentido de que ele estava comercializando drogas na porta da residência; além de ter sido apreendida no mesmo contexto fático uma arma de fogo e haver notícia de ele já ter passagens por crime da mesma natureza, não deixam dúvidas da destinação comercial dos psicotrópicos.

Do mesmo modo, restou demonstrado que o Recorrente portava, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, arma de fogo de uso permitido, tipo revólver, marca Rossi, calibre .38, com 05 (cinco) munições de mesmo calibre, sendo quatro intactas e uma picotada.

Por conseguinte, na hipótese vertente, as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção que concluem pelo acerto da condenação do Denunciado pelos crimes previstos no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 e art. 14 da Lei nº 10.826/2003, não havendo, portanto, que se falar em absolvição pela incidência do princípio in dubio pro reo.

Na sequência, passa-se ao exame da dosimetria das penas.

Transcreve-se, a seguir, trecho do decisio vergastado:

[...] IV. DOSIMETRIA DA PENA

Atendendo-se ao comando contido no artigo 68, do Código Penal c/c o art. 42 da Lei nº 11.343/2006, passo à fixação da pena a ser imposta ao réu.

– Art. 33, caput, da Lei nº 10.826/2003

O Réu agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar. É tecnicamente primário. Não há maiores elementos sobre a sua personalidade e conduta social. O motivo do crime é a possibilidade de lucro fácil e suas conseqüências são danosas para a sociedade, deixando-se de considerar por ora essa circunstância, já que é inerente ao tipo penal. O Estado e a sociedade em nada contribuíram para a atuação do acusado (a), uma vez que se busca, constantemente, reprimir o tráfico de drogas. Foi apreendido maconha, cocaína e crack, essa última, droga de alta lesividade à saúde dos usuários, circunstâncias (variedade e natureza do entorpecente) que merecem especial valoração nesta fase.

À vista dessas circunstâncias, fixo a pena-base em 06 anos de reclusão e 600 dias-multa, pena que torno definitiva, haja vista que não existem outras circunstâncias a serem valoradas.

A pena de multa ora imposta a (o) acusado (a) deve ser fixada em um trigésimo do valor do salário mínimo vigente na época do fato, eis que não há nos autos informações acerca da sua situação financeira, que deve ser corrigida monetariamente, por ocasião da execução (art. 43, caput, da Lei nº 11.343/2006).

– Art. 14 da Lei nº 10.826/2003

Considerando as circunstâncias judiciais acima examinadas, fixo a pena-base em 02 anos de reclusão e 10 dias-multa, não havendo outras circunstâncias a serem valoradas.

A pena de multa ora imposta a (o) acusado (a) deve ser fixada em um trigésimo do valor do salário mínimo vigente na época do fato, eis que não há nos autos informações acerca da sua situação financeira, que deve ser corrigida monetariamente, por ocasião da execução (art. 43, caput, da Lei nº 11.343/2006).

DO CONCURSO MATERIAL

Sendo aplicável a regra prevista no art. 69, CP, fica o réu definitivamente condenado a pena de 08 anos de reclusão e 610 dias multa.

V. DETRAÇÃO

Deixo de realizar a detração neste momento processual porque não ensejará mudança no regime inicial de cumprimento de pena a ser imposta ao réu.

VI. DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA

A determinação do regime inicial da pena depende de dois fatores: a quantidade de pena fixada (artigo 33, parágrafo 2º, do Código Penal) e as condições pessoais do condenado (artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal).

As circunstâncias do presente caso permitem a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso do que aquele abstratamente previsto na lei. Nota-se que uma circunstância judicial foi valorada negativamente. Não fosse isso suficiente, não se pode desprezar a gravidade concreta da conduta atribuída ao réu, porque, além das drogas, foi apreendido uma arma de fogo municiada com quatro munições intactas e uma picotada, o que indica um plus na lesividade da conduta. Além disso, já ostenta duas

condenações criminais em primeira instância pela prática do crime de tráfico de drogas, demonstrando que as sanções penais já recebidas mostraram-se insuficientes à prevenção de novos delitos. [...]

Neste caso, os critérios previstos no art. 59 do CP, a gravidade concreta do delito e a quantidade de pena aplicada, deve o acusado iniciar o cumprimento no regime fechado.

Incabível tanto a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e o Sursis em decorrência da quantidade de pena aplicada. [...] (grifos no original)

Acerca do delito de tráfico de drogas, na primeira fase, após análise das circunstâncias judiciais e preponderantes (art. 59 do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/06), a Magistrada a quo reputou como desfavorável tão somente a variedade e natureza dos entorpecentes apreendidos, fixando as penas-base em 06 anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Com efeito, apesar de terem sido apreendidas drogas de naturezas diversas, quais sejam, maconha, “crack” e cocaína, bem assim não se desconhecer a maior nocividade das duas últimas substâncias, a quantidade encontrada não justifica a exasperação das reprimendas basilares, razão pela qual fica afastada, de ofício, a valoração negativa atribuída ao referido vetor, e, consequentemente, redimensionadas as penas-base para o mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Na segunda fase, não havendo agravantes ou atenuantes a serem sopesadas, aplicam-se como intermediárias as reprimendas estabelecidas na etapa antecedente.

Avançando à terceira fase, a Sentenciante afastou a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, sob o argumento de que “o réu já foi condenado em primeira instância por dois processos em que foi acusado pelo crime de tráfico de drogas (autos nº 0503251-43.2017.8.05.0103 e 0500049-24.2018.8.05.0103)”, reputando, assim, que “as ações penais em andamento têm a aptidão de expressar a dedicação do réu a atividades criminosas para o fim de impedir a aplicação da pretendida causa de diminuição da pena”.

No que concerne à aplicação da aludida minorante, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 10/08/2022, alinhando-se ao entendimento mais recente sufragado no Supremo Tribunal Federal, fixou tese em recursos repetitivos, no sentido de que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (REsp 1.977.027 e REsp 1.977.180).

Confiram-se:

Proclamação Final de Julgamento no RECURSO ESPECIAL n.º 1.977.027/PR, do Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra Laurita Vaz (data do julgamento: 10/08/2022): A Terceira Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade

por 2 (duas) penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções, nos termos desta decisão, e fixou a seguinte tese: “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06”, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora (STJ, processo afetado ao rito dos recursos repetitivos).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIMINAL. INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE. RE 591.054–RG/SC. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. Precedente. II – A aplicação da causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal. III – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, RE 1283996 AgR, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020, publicado em 03/12/2020).

Nada obstante, é sabido que a incidência da causa especial de diminuição de pena disciplinada no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. Tal dispositivo tem como destinatário apenas pequenos e eventuais traficantes e não os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida.

Ocorre que, na verdade, em consulta à movimentação processual dos autos n. 0503251–43.2017.8.05.0103, por meio do sistema SAJ 2º Grau, verifica-se que o Apelante foi condenado na mencionada ação penal por fato praticado no ano de 2017 e, portanto, anterior à prática delitiva ora em exame, tendo ocorrido o respectivo trânsito em julgado na data de 06/08/2021, ou seja, no curso do presente feito, cuja sentença foi prolatada em 03/11/2021, circunstância hábil, nesse viés, a configurar Maus Antecedentes, na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (HC n. 337.068/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 28/6/2016).

Assim, não há que se falar em afronta ao princípio da presunção de inocência, como pretende a Defesa, pois o Réu possui Maus Antecedentes, fato que, por si só, torna incabível a aplicação da minorante do tráfico privilegiado por expressa disposição legal.

Registre-se, nesse aspecto, o posicionamento uníssono do STJ no sentido de que “[...] pode a Corte estadual, sem piorar a situação do recorrente, em recurso exclusivo da defesa, de fundamentação livre e efeito devolutivo amplo, observados os limites horizontais do tema suscitado, manifestar sua própria e cuidadosa fundamentação sobre as matérias debatidas na origem. [...]”. (AgRg no HC 562.074/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 13/12/2021).

Destarte, ausentes causas de aumento ou diminuição, restam aplicadas como definitivas para o crime de tráfico de drogas as penas de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo.

Quanto ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, verifica-se que as reprimendas foram aplicadas no patamar mínimo de 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, não havendo reparo a ser realizado nesse quesito.

Nesse viés, diante do concurso material de crimes, as penas definitivas do Apelante restam estabelecidas em 07 (sete) anos de reclusão e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, no valor unitário mínimo. Ademais, considerando que a valoração negativa de circunstância preponderante referente ao delito de tráfico de drogas foi afastada nessa oportunidade, e tendo sido as penas dos crimes aplicadas no patamar mínimo, fica o regime prisional modificado, de ofício, para o semiaberto, na esteira da previsão contida no art. 33, § 2º, b, do Código Penal, pois o quantum de reprimenda fixado foi superior a 04 (quatro), mas não excedeu a 08 (oito) anos, competindo ao Juízo da Execução proceder à detração penal.

Inaplicável, ao caso, a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, diante do montante de pena imposto, consoante exegese do art. 44, inciso I, do Código Penal, tampouco a concessão de suris penal, previsto no art. 77 do Estatuto Repressivo.

Relativamente à isenção da pena de multa imposta ao Apelante, inviável o acolhimento do pedido formulado pela Defesa. Conforme entendimento assente na E. Corte de Cidadania, a impossibilidade financeira do Sentenciado não tem o condão de afastar a pena de multa, pois trata-se de sanção de aplicação cogente, integrando o preceito secundário do tipo penal pelo qual foi condenado.

Nesse viés:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENA DE MULTA. ISENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não se admite a isenção da pena de multa prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora, por falta de previsão legal. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no REsp 1708352/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 04/12/2020). (grifos acrescidos).

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. INOVAÇÃO RECURSAL. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. OFENSA AO ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CPP. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA NÃO AFASTA A IMPOSIÇÃO DE PENA DE MULTA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 6. No que tange à violação ao art. 60 do CP, "(...) nos termos do entendimento pacífico desta Corte, a impossibilidade financeira do réu não afasta a imposição da pena de multa, inexistindo previsão legal de isenção do preceito secundário do tipo penal incriminador" (STJ, HC 298.169/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA

TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 28/10/2016). 7. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no AREsp 1667363/AC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2020, DJe 09/09/2020). (grifos acrescidos).

De igual modo, não merece guarida o pleito de redução da pena de multa, eis que fixada de forma adequada, em simetria com a pena privativa de liberdade aplicada ao Sentenciado.

Finalmente, constata-se que a Magistrada singular, nos termos do art. 93, IX, da Constituição Federal, motivou, adequadamente, a negativa ao Sentenciado do direito de recorrer em liberdade, sob o fundamento de que “todos os elementos indicam a necessidade de manutenção do cárcere provisório para fins de resguardar a ordem pública em razão do perigo gerado pela liberdade do réu. [...] consta na certidão de antecedentes criminais que o réu já ostenta outras duas condenações por tráfico de drogas em grau de recurso (0503251-43.2017.805.0103 e 0500049-24.2018.805.0103). Além disso, não se pode desprezar a gravidade concreta da conduta atribuída ao réu nos presentes autos, porque, além das drogas, foi apreendido uma arma de fogo municada, o que indica um plus na lesividade da conduta. O mesmo contexto revela ainda que medidas cautelares impostas são insuficientes para impedir o envolvimento do réu em delitos de mesma natureza”.

Logo, ratifica-se a custódia cautelar do Recorrente, o qual permaneceu segregado durante toda instrução criminal, cabendo salientar, na esteira da jurisprudência do STJ, não haver incompatibilidade entre a custódia cautelar e o regime semiaberto, o qual deve ser observado na aplicação da prisão provisória (AgRg no HC n. 761.032/R0, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 18/10/2022, DJe de 21/10/2022.).

Ressalte-se que a Sentenciante cuidou de determinar a expedição de Guia de Recolhimento Provisória, o que foi devidamente cumprido (IDs. 29199448/29199451), respondendo o condenado à Execução Penal nº 2000073-06.2022.8.05.0113 – SEEU.

Pelo quanto expendido, voto no sentido de conhecer parcialmente e, nessa extensão, NEGAR PROVIMENTO ao Apelo, afastando-se, DE OFÍCIO, a valoração negativa atribuída à circunstância preponderante do delito de tráfico de drogas, e, consequentemente, em razão do concurso material com o crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, redimensionar as penas definitivas do Recorrente para 07 (sete) anos de reclusão e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, além de modificar o regime prisional para o semiaberto.

Sala das Sessões, ____ de _____ de 2023.

Presidente

Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães

Relatora

Procurador (a) de Justiça