

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501484-34.2020.8.05.0080

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: Marcos Vinicius Evangelista Lopes Rosa

Advogado (s): ANTONIO AUGUSTO GRACA LEAL, ANNA THAISE BASTOS ALMEIDA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

ACORDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NÃO ACOLHIMENTO. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA. PROVA PERICIAL E CREDIBILIDADE DA INCRIMINAÇÃO DOS POLICIAIS ALIADA À CONFISSÃO DO ACUSADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. QUANTIDADE DE DROGAS UTILIZADA COMO FUNDAMENTO PARA EXASPERAÇÃO DA PENA BASE, NÃO PODENDO SER UTILIZADA PARA NEGAR O TRÁFICO PRIVILEGIADO SOB PENA DE BIS IN IDEM. INCIDÊNCIA DA MINORANTE NA FRAÇÃO DE 1/6 CONSIDERANDO QUE FOI APREENDIDA, TAMBÉM, UMA BALANÇA DE PRECISÃO, O QUE TORNA MAIS GRAVE A TRAFICÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUPERIOR A QUATRO ANOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Verifica-se que os depoimentos das testemunhas arroladas pelo Ministério Público afiguram-se coerentes com os demais elementos probatórios colacionados aos autos, inclusive a confissão do acusado,

apontando que o ora apelante praticou o delito previsto no art. 33, caput, da nº Lei 11.343/2006, sendo inviável o pleito de absolvição.

2. Sendo a quantidade de drogas utilizada como fundamento para exasperação da pena base, não pode ser utilizada para negar o tráfico privilegiado sob pena de bis in idem.

3. Aplicada pena privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos de reclusão, não é cabível regime inicial aberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do CP.

5. Ausentes os requisitos previstos no artigo 44, I, do Código Penal, a pena privativa de liberdade não pode ser substituída por restritivas de direitos.

6. Recurso parcialmente provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0501484-34.2020.8.05.0080, de Feira de Santana-BA, em que figura como apelante, MARCOS VINÍCIUS EVANGELISTA LOPES ROSA, 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 PROVIMENTO PARCIAL ao recurso, pelas razões adiante alinhadas.

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

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade
Salvador, 3 de Outubro de 2022.

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501484-34.2020.8.05.0080

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: Marcos Vinicius Evangelista Lopes Rosa

Advogado (s): ANTONIO AUGUSTO GRACA LEAL, ANNA THAISE BASTOS ALMEIDA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

RELATÓRIO

O ilustre Representante do Ministério Público ofereceu a denúncia de Id 189580386 contra MARCOS VINÍCIUS EVANGELISTA LOPES ROSA, pela prática do crime tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Narra a peça incoativa que, no dia 05 de outubro de 2020, o denunciado foi preso em flagrante delito, em razão da prática de tráfico de entorpecentes. Na data mencionada, policiais militares realizavam ronda de rotina na avenida Sérgio Carneiro, bairro santo antônio dos prazeres, no município de feira de santana, quando avistaram o passageiro do veículo Fiat Siena, cor branca, p.p PKV 8C01 abaixar para se esconder da guarnição. Identificada, portanto, a situação suspeita, foi solicitada a parada do veículo, procedendo-se, ato contínuo, a abordagem dos ocupantes. O motorista apresentou os documentos de identificação civil e informou aos policiais que seria motorista de aplicativo Uber. O passageiro, por sua vez, identificado como Marcos Vinicius Evangelista Lopes Rosa, trazia consigo uma caixa e um saco no banco traseiro do veículo, que continham 11 (onze) tabletes de maconha e um saco preto com mais 09 (nove) tabletes da mesma substância.

O denunciado, narrando a dinâmica criminosa aos policiais, assinalou que teria adquirido os entorpecentes no Condomínio Real Privilégio, 151, casa 71, Santo Antônio dos Prazeres. A guarnição se deslocou até o endereço, contudo, ninguém foi encontrado no local.

Conforme laudos periciais de constatação e definitivo, fls. 18-19 do IP, o material entorpecente apreendido se trata de 16.275,00g (dezesseis quilos e duzentos e setenta e cinco gramas) de maconha.

Ouvido perante a autoridade policial o denunciado confirmou a prática

delitiva, aduzindo que comercializa entorpecente há cerca de 08 meses.

Transcorrida a instrução, as partes apresentaram alegações finais e, após, o d. Juiz, no Id 168081850, dos autos originais, julgou procedente o pedido contido na exordial acusatória para condenar o apelante como incurso no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, além de 500 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.

Inconformado com a r. sentença, o réu apelou, requerendo, nas razões de Id 168081852, absolvição, com fulcro no Art. 386, incisos V e VII do CPP; a incidência da causa de diminuição de pena, prevista no Art. 33, § 4º da lei 11.343/06, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e o direito de recorrer em liberdade.

Em suas contrarrazões, o representante do Ministério Público, Id 168081858, pugnou seja rejeitado o pedido de apelar em liberdade, mantendo-se, em consequência a prisão preventiva do apelante, assim como os demais termos da sentença vergastada.

A d. Procuradoria de Justiça, no Parecer de Id 33642749, requereu seja aplicada a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06; a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como seja concedido ao apelante o direito de recorrer em liberdade.

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

DES. CARLOS ROBERTO SANTOS ARAÚJO
RELATOR

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501484-34.2020.8.05.0080

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: Marcos Vinicius Evangelista Lopes Rosa

Advogado (s): ANTONIO AUGUSTO GRACA LEAL, ANNA THAISE BASTOS ALMEIDA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

VOTO

Conheço do recurso, ante o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade.

DO PLEITO ABSOLUTÓRIO

O pleito absolutório apresentado no recurso de apelação interposto pelo réu, MARCOS VINÍCIUS EVANGELISTA LOPES ROSA, concessa máxima venia, não merece albergamento.

Uma análise acurada do caderno processual permite afirmar, de plano, que não merecem guarida os argumentos suscitados pelo recorrente para a sua absolvição, podendo-se extrair do conjunto probatório coligido a prática do crime tipificado no art. 33, caput, c/c art. 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/2006.

A materialidade do delito restou plenamente comprovada, conforme se depreende do auto de prisão em flagrante (Id 168081813, fl. 02), auto de exibição e apreensão (Id 168081813, fl. 02) e Laudo de Constatação de Id 168081813, fl. 18 e Laudo Pericial de Id 168081813, fl. 19.

O auto de exibição e apreensão (Id 168081813, fl. 02) demonstra que foram apresentados à autoridade policial “20 (vinte) porções, tipo tablete de uma substância análoga a maconha e 01 (uma) balança de precisão”.

O Laudo de Constatação de Id 168081813, fl. 18, informou que: “Foram recebidas neste Departamento de Polícia Técnica em 05/10/2020, às 15 horas e 27 minutos, 20 (vinte) porções de erva seca prensada, fragmentada em talos, frutos oblongos, folhas e inflorescências de cor marrom esverdeada, embaladas em forma de tabletes, todos apresentado uma inscrição com tinta vermelha, correspondente à massa bruta de cada porção, sendo 04 (quatro) envoltos em plástico transparente e 16 (dezesesseis) envoltos em fita adesiva de cor marrom, com massa bruta total de 16.275,00g (dezesesseis mil, duzentos e setenta e cinco gramas).

Com efeito, o Laudo Pericial de Id 168081813, fl. 19, identificou a

substância encontrada como sendo tetrahydrocannabinol, componente psicoativo da cannabis sativa.

A autoria, por sua vez, revela-se incontestada por meio da prova oral produzida.

O policial, Regivaldo Oliveira, em seu interrogatório extrajudicial, afirmou que:

"Nesta data, 05/10/2020, por volta das 10:00h, estava em ronda na Av. Antonio Sérgio Carneiro, bairro Santo Antônio dos Prazeres, quando passou um veículo Siena, cor branco, placa PKV8C01, ao cruzar com a viatura, o passageiro do banco traseiro se abaixou, aparentando se esconder; Que neste momento, o depoente solicitou que o motorista do veículo parasse, realizando uma abordagem; Que o motorista ALEX FARIAS VALENÇA, se identificar como UBER, apresentou os documentos e o passageiro estava com uma caixa e um saco no banco do fundo; Que foi solicitado que o passageiro descesse, realizando uma abordagem pessoal, momento em que o mesmo informou que estava com droga; Que o passageiro, MARCOS VINICIUS EVANGELISTA LOPES ROSA, disse que "estava transportando uma caixa com droga", percebendo que a caixa e um saco estava com vários tabletes de droga; Que foram encontrados uma caixa com 11 (onze) tabletes e um saco preto com 09 (nove) tabletes da erva conhecida como maconha; Que Marcos Vinicius disse que uma mulher havia lhe entregado a droga; Que Marcos Vinicius alegou que a pegou a droga no condomínio Real Privilegio, nº 151, casa 71, bairro Santo Antonio dos Prazeres; Que a guarnição deslocou até o endereço, informado pelo flagranteado porém não encontrou ninguém no local; Que o depoente Deu voz de prisão em flagrante a MARCOS VINICIUS VINICIUS EVANGELISTA LOPES ROSA; Que Marcos Vinicius não informou o nome da pessoa que lhe entregou a droga; Que o motorista do UBER disse que foi contratado por uma mulher, Denominada Thaay; no endereço informado; informando que dentro de um dos sacos tinha uma balança de precisão."

Em juízo, afirmou que estavam em ronda quando avistaram um veículo com dois ocupantes e, o que estava no banco traseiro, tentou se esconder ao passar pela guarnição e isso levantou suspeita dos policiais. Relatou que o condutor se identificou como motorista de aplicativo e que, perguntado ao passageiro sobre ilícitos ele disse que tinha. Informou que ao lado do passageiro estava uma caixa e um saco preto, de lixo, no banco traseiro, que continham vários tabletes de maconha; que isso ocorreu por volta das 10:00. Ressaltou que, quando o carro passou pela viatura, o passageiro se escondeu. Ao ser abordado o mesmo disse que pegou as drogas com uma mulher no bairro Santo Antônio dos Prazeres. Destarte, foram ao imóvel apontado, mas lá ninguém foi encontrado. Que o réu informou o apelido dessa mulher, mas que não se lembra. Afirmou que foram apreendidos vinte tabletes de aproximadamente 1 kg. Afirmou que não conhecia o réu nem o motorista do Uber e que Marcos não resistiu a abordagem policial.

O policial, Madson Amorim de Araújo, relatou, na delegacia, o seguinte:

"Nesta data, por volta das 10h, estavam em ronda pela Av. Antonio Sérgio Carneiro, bairro Santo Antonio dos Prazeres, sentido Praça, Nesta, quando abordaram o veículo FIAT/SIENA ESSENCE 1.6, cor branco, placa PKV8C01; Que ao passar pelo veículo, notou que o passageiro, estava no banco traseiro,

se escondeu ao perceber a viatura; Que diante da situação, solicitou que o motorista parasse o veículo, para uma abordagem; Que o motorista do veículo identificado como ALEX FARIAS VALENCA, proprietário do carro, disse que se tratava de um UBER, apresentando os documentos ao condutor; Que o passageiro, estava no banco traseiro, com uma caixa e uma saco plástico preto; Que quando o passageiro estava sendo abordado, informou que o conteúdo da caixa e do saco era droga, conhecida como maconha; Que pelo condutor foi dada voz de prisão em flagrante a MARCOS VINICIUS EVANGELISTA LOPES ROSA, que alegou ser proprietário do entorpecente, apresentado nesta Delegacia Especializada; Que foi encontrado 11 (onze) tabletes na caixa e 09 (nove) tabletes de maconha.”

Em juízo, disse que estavam em ronda quando, ao cruzar com um veículo, viu que o acusado tentou se esconder da guarnição; que essa atitude levantou suspeita e retornaram, dando ordem de parada, fazendo a abordagem; que perguntaram ao passageiro se havia alguma ilicitude e ele disse que tinha um material dentro do veículo; que no veículo estavam apenas o motorista de Uber e o réu; que o primeiro mostrou o celular com o registro do aplicativo aberto; que se tratava de uma caixa e um saco dentro desta contendo tabletes de drogas; que o saco era preto, de lixo; que ele disse que pegou para vender numa casa, mas nesse imóvel ninguém foi encontrado; que nunca havia abordado o acusado antes e ele não resistiu à prisão; que não houve a apreensão de dinheiro; que chegaram a ir até a residência do réu, algumas guarnições ficaram e a que ele se encontrava, se dirigiu até a delegacia; que ele disse que já havia pagado pela droga um ou dois dias antes; que ouviu de moradores e da irmã do réu, de que este é envolvido no tráfico”.

Alex Farias, condutor do veículo, afirmou, perante a autoridade policial, que:

“Que no dia hoje, 05/10/2020, por volta das 08:48h, o depoente estava finalizando uma corrida, sito na Av. Noide Cerqueira, quando o aplicativo tocou para uma nova corrida, sito ao Cond. Real Privilégio, Rua Estiva, nº 151, bairro Santo Antonio dos Prazeres, Feira de Santana, com uma mulher, apelidada por Thaay; Que por volta das 09:10, o depoente chegou no condomínio, avistou uma mulher com uma criança, de aproximadamente 04 ou 05 anos, chegaram na porta da casa, dentro do condomínio, porém saiu do homem, com uma caixa na mão; Que o passageiro pediu para colocar a caixa dentro do porta malas, porém o interrogado pediu para este colocar no banco traseiro; Que o passageiro ficou no banco traseiro com uma caixa; Que logo em seguida saiu do condomínio, em direção ao destino, Rua Itabuna, 829, Jardim Cruzeiro, Nesta; Que houve nenhum tipo de conversa no trajeto entre o depoente e o passageiro, chegando na Av. Santo Antonio, no bairro Santo Antonio dos Prazeres, passou por uma viatura policial, logo em seguida foram abordados; Que o depoente não percebeu se o passageiro se abaixou, porque estava no banco traseiro; Que uma viatura padronizada ligou a sirene, fazendo sinal para o depoente encostar; Que os policiais mandaram descer do carro, e levantar as mãos; Que o depoente desceu do veículo e se identificando como sendo motorista de aplicativo, foi abordado e mostrou o celular com os dados da corrida; Que o passageiro encostou no fundo carro, para ser revistado, os policiais perguntaram se tinha algo de errado, quando este disse que na caixa tem; Que os policiais foram verificar o que tinha a caixa e afirmou que tinha droga; Que o

depoente acompanhou outro policial fazendo uma revista no veículo, não viu o que tinha dentro da caixa; Que o policial militares confirmou que a droga pertencia ao passageiro, identificado como sendo MARCOS VINICIUS EVANGELISTA LOPES ROSA; Que o depoente não conhecia MARCOS VINICIUS EVANGELISTA, nunca tinha visto antes; Que o depoente foi até o modulo policial/ na Conceição, depois retornou com policiais paisana para mostrar onde pegou o passageiro com caixa; Que chegando no local o depoente mostrou a residência onde pegou o Marcos e depois ficou aguardando do lado de fora do condomínio; Que ficaram aguardando a viatura de apoio chegar e depois retornaram ao modulo policial, onde o veículo do depoente estava; Que o depoente veio até a delegacia dirigindo seu veículo; Que não aparece foto da pessoa que pediu a corrida.”

Perante o juiz, consignou, em síntese, que tem empresa e trabalha com colchões, mas começou a trabalhar pelo 99 e Uber em razão da pandemia, desde Fevereiro deste ano; que a corrida em questão foi realizada pelo 99 por pessoa de prenome Thay, exibindo a tela do print; que só aparece o apelido, o endereço de onde pegou e de destino; que é necessário, no Condomínio, solicitar o ingresso, e lá se dirigiu a casa de nº 71; que havia uma criança de uns quatro anos na casa; que uma mulher colocou o rosto na porta e o réu já saiu com a caixa grande na mão, com um lençol ou edredom em cima; que ele colocou a caixa no banco traseiro, ao lado dele; que percebeu a passagem da polícia e seguiu caminho; que eles voltaram e fizeram a abordagem normal, pedindo para o carro encostar; que obedeceu a ordem de parada; que logo desceu do carro e se identificou como motorista de aplicativo; que na revista, algum policial perguntou ao réu se tinha algo de errado no carro; que ele disse que tinha a caixa; que um dos policiais abriu a caixa e mostrou o que continha nela; que nesta caixa viu o pano e material enrolado em fitas; que depois de revistar todo o veículo, a polícia voltou ao condomínio de onde saíram, mas não sabe o que aconteceu porque não ficou no interior do condomínio, mas do lado de fora.

Ao ser interrogado na delegacia o réu afirmou:

“Que o interrogado possui 03 filhos, uma mora com a mãe e dois com o interrogado; Que seus filhos são menores de 09 anos; Que o interrogado há dois dias, acertou com um rapaz para buscar 19 (dezenove) quilos de maconha, no valor total de R\$10.000,00 (dez mil reais); Que o homem não disse nome, toda negociação foi feita por telefone, logo em seguida apagava a conversa; Que hoje por volta das 08:40h, o interrogado foi até o condomínio, endereço fornecido pelo homem através do telefone celular; Que o interrogado não sabe informar o nome do condomínio onde pegou a referida droga; Que o interrogado pegou um UBER, no bairro Santo Antonio dos Prazeres com destino final a sua residência; Que chegando na rua Principal do bairro Santo Antonio dos Prazeres, passou uma viatura policial, retomou, voltou e parou, solicitando que o motorista do Uber também parasse; Que o interrogado estava no banco traseiro, com a droga dentro de uma caixa; Que o interrogado saiu do carro, quando os policiais perguntaram se tinha alguma coisa ilícita, momento em que disse que poderiam ver, encontrando a maconha dentro da caixa, em sacos preto; Que o interrogado comercializa o entorpecente há cerca de oito meses, junto dinheiro e pagou a quantia de R\$10.000,00 (dez mil reais) á vista; Que foi a primeira vez que o interrogado pegou com esse homem; Que o interrogado

comercializada a quantidade de 25g, por R\$ 70,00 (setenta reais); Que o interrogado não conhece o motorista do carro de aplicativo (UBER), que também não tinha conhecimento do que estava na caixa, quando foram abordados; Que sua irmã Thais, que o interrogado chama de Thay, foi quem chamou o UBER; Que as outras vezes o interrogado adquiriu a droga em seu bairro, não sabendo o nome das pessoas; Que os policiais voltaram no condomínio, porém o interrogado não saiu da viatura policial; Que depois os policiais estiveram em sua residência e não foi encontrado; Que o interrogado não participa de facção; Que seu bairro é comandado pela facção BDM; Que o interrogado nunca foi preso ou processado anteriormente; Que não possui lesão corporal; não foi agredido pelos policiais.”

Em juízo, o réu negou que a droga lhe pertencia alegando que estava no Uber quando a viatura da polícia passou por eles, depois fez a volta e os abordaram; que os policiais perguntaram se havia algo de ilícito no carro e ele confirmou; que um rapaz entrou em contato com ele através do celular para ir até o Condomínio buscar essa droga e receberia R\$ 2.000,00; que posteriormente quem lhe contatou foi uma mulher que ele não conhecia; que essa mulher lhe ligou pedindo para que ele fosse até o endereço buscar a droga; que de lá iria para casa e em seguida, alguém iria até lá a mando do rapaz, buscar a mercadoria; que sabia a natureza da droga que estava transportando; que sua irmã, chamada Thay, foi quem solicitou as corridas; que não consegue dizer como se deu a aproximação com esse rapaz e essa moça; que não quer colocar a sua família em risco dando o nome dessas pessoas; que assim que recebeu a proposta foi realizar a busca; que o rapaz entrou em contato por volta das 8h da manhã; que estava sem celular e passou o número da irmã para a moça do condomínio, para que ela pudesse solicitar a corrida para ele; que após a abordagem voltou ao Condomínio, mas que a casa estava fechada e não encontraram ninguém.

Nota-se que o réu foi preso em flagrante na posse de 16.275,00g (dezesseis mil, duzentos e setenta e cinco gramas) de maconha após abordagem do veículo em que se encontrava, tendo confessado a posse da droga.

Os depoimentos prestados pelos policiais que efetuaram a prisão em flagrante do recorrente, por sua vez, são uníssomos, lineares e coerentes, não apresentando nenhuma contradição a respeito da atividade policial que originou a presente ação penal, servindo perfeitamente como prova testemunhal do crime, sendo dotados de credibilidade e veracidade.

Segundo a Jurisprudência, é válido o testemunho prestado por agente policial, não contraditado nem desqualificado, na medida em que provém de agente público no exercício de suas funções e não destoa do conjunto probatório. Corroborando tal entendimento, vem assim decidindo o Superior Tribunal de Justiça: “(...) Não há óbice a que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do réu sejam considerados na sentença como elemento de prova amparador da condenação, desde que colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de cognição, tal como na hipótese, em que a expressiva quantidade de droga apreendida – 24 (vinte e quatro) invólucros com crack – revela não ser o entorpecente destinado a consumo próprio. (...)” (STJ: HC 162131/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 21/06/2010).

No presente caso, o apelante foi preso em circunstâncias que permitem

concluir pela prática do crime de tráfico de drogas, notadamente por estar com expressiva quantidade de entorpecentes em sua posse.

Não é demais lembrar que, nos crimes de tráfico, não há que se esperar a concretização do ato de venda para que o crime se consuma, porque estamos à frente de um delito de ação múltipla, sendo, a rigor, desnecessária a visualização da mercancia pelos policiais.

Basta observar o tipo penal do art. 33 da Lei Federal nº 11.343/06, para verificar que o núcleo do tipo abarca muitas condutas, de modo que a só realização de uma das ações previstas no caput do aludido artigo já seria suficiente para comportar a condenação: "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."

Verifica-se, assim, que o ora apelante praticou o delito previsto no art. 33, caput, da nº Lei 11.343/2006.

Assim, meridianamente claro pelo raciocínio lógico aqui desenvolvido, que a absolvição requerida não merece amparo ante os elementos de prova trazidos aos autos, já que houve material probandi apto à condenação do acusado, restando a autoria e a materialidade da prática do crime de tráfico de drogas afiguradas, não podendo ser acolhido o pleito absolutório.

DA DOSIMETRIA

Para melhor análise da dosimetria vale transcrever a sentença neste ponto:

"(...) Não há circunstâncias judiciais de natureza subjetiva (antecedentes, conduta social, personalidade), ou objetivas (motivos, circunstâncias e consequências do crime), a serem valoradas negativamente. Não se olvida, quanto à culpabilidade, sua valoração negativa, dada a quantidade da droga apreendida (16.275 g de maconha). Tal circunstâncias prepondera sobre o art. 59 do CP, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, e justifica a exasperação da pena base. Assim, dado o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06 e diante dos parâmetros do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão, além de 600 (seiscentos) dias-multa. Não há circunstâncias agravantes. Presente a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III d, CP), razão pela qual faço retornar a pena a seu patamar mínimo. A causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06 não tem aplicação no caso concreto, dada a expressiva quantidade de drogas apreendidas, cuja aquisição, transporte e comercialização aponta logística incompatível com o tráfico ocasional, a denotar dedicação a esta atividade criminosa pelo agente, a quem foi entregue valiosa carga. Diante do exposto, torno a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão, além de 500 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, este no valor equivalente a um trigésimo do salário mínimo mensal vigente à época do fato, com a devida correção monetária, diante da presumida situação financeira do réu."

Verifica-se que o Magistrado fixou a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão, além de 600 (seiscentos) dias-multa, valorando negativamente a culpabilidade dada a quantidade da droga apreendida. Na segunda fase, considerou a atenuante da confissão, fazendo voltar a pena ao seu patamar mínimo. Na terceira fase, deixou de reconhecer a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, em razão da expressiva quantidade de drogas apreendidas.

DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

Pleiteia a Defesa a modificação da reprimenda, aplicando-se a causa especial de diminuição disposta no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Cumprе consignar que para a concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, é necessário que o réu cumpra o requisito ali elencado de forma cumulativa e simultânea.

Em assim sendo, o réu deve ser primário, apresentar bons antecedentes, não se dedicar a atividades delitivas ou integrar organização criminosa. Isso porque o benefício, ou privilégio em análise é direcionado para quem adere ao tráfico de drogas esporadicamente, muitas vezes para sustentar seu próprio vício, e não ao traficante contumaz, que exerce, com habitualidade, a atividade ilícita.

No caso dos autos, não há elementos que permitam concluir que o réu se dedica a atividades delitivas ou integra organização criminosa, não sendo o mesmo portador de maus antecedentes.

In casu, o Magistrado exasperou a pena base em razão da elevada quantidade de drogas apreendidas, valendo-se deste mesmo argumento para deixar de aplicar a causa de diminuição relativa ao "tráfico privilegiado", o que não é admitido.

Cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las, na primeira fase, para exasperar a pena-base ou, na terceira fase, para graduar o redutor do tráfico privilegiado, mas nunca em ambas as fases, sob pena de bis in idem (AgRg no HC n. 475.345/SP, Ministro Felix Fisher, Quinta Turma, DJe 1º/3/2019).

Nesse sentido o seguinte julgado desta Corte de Justiça:

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. POSSE DE ENTORPECENTES. APREENSÃO DE 250G DE COCAÍNA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA, PUGNANDO PELA ABSOLVIÇÃO. SUBSIDIARIAMENTE, A REDUÇÃO DA REPRIMENDA IMPOSTA COM APLICAÇÃO DO REDUTOR REFERENTE AO "TRÁFICO PRIVILEGIADO" EM SEU PATAMAR MÁXIMO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE CONSTATADAS. DEPOIMENTO DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE DO APELANTE, DE POSSE DOS ESTUPEFACIENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE USO. ARTIGO 28, DA LAD. INVIABILIDADE. BIS IN IDEM QUANDO DA REALIZAÇÃO DA DOSIMETRIA. PRECEDENTES DA CORTE SUPERIOR. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA NO SEU PATAMAR MÁXIMO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. PENA REDIMENSIONADA.

(...)

VIII – Constitui indevido bis in idem a valoração negativa de idênticos fundamentos na primeira etapa da dosimetria da pena, para elevar a pena-base, e na terceira, para negar ou mesmo modular a fração da minorante do tráfico privilegiado, conforme precedentes da Corte Superior. IX– Recurso parcialmente provido. Pena redimensionada. (TJ-BA – APL: 07000606220218050039, Relator: PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 31/08/2021)

Desse modo, reputo necessário o afastamento da valoração da "quantidade da droga" da terceira fase da dosimetria, a fim de aplicar o "tráfico privilegiado", uma vez que inexistem outras circunstâncias que indiquem que o recorrente se dedique a atividades criminosas.

Considerando, no entanto, que, com a droga, foi apreendida uma balança de precisão, entendo que o crime se reveste de maior gravidade, razão pela qual fixo o percentual de redução em 1/6, passando a pena a 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 dias-multa, à razão de 1/30 do valor do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

O regime inicial de cumprimento da pena deve ser o semiaberto, em observância ao art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal.

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

DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE

No que tange à concessão do direito de recorrer em liberdade, razão não assiste ao recorrente, pois que o Magistrado a quo indeferiu a aludida postulação com fundamento na concretude dos fatos, objetivando o resguardo da ordem pública.

Quanto ao prequestionamento apresentado pela d. Procuradoria de Justiça, friso inexistir ofensa aos dispositivos de lei invocados (artigos 33, § 4º, e 42, ambos da Lei nº. 11.343/06, os artigos 44 e 59, ambos do Código Penal e os artigos 312, 313, 315, § 2º, VI, todos do Código de Processo Penal), eis que o posicionamento deste decisio representa a interpretação da colenda Turma Julgadora quanto à matéria em discussão, conforme seu convencimento, não se cogitando negativa de vigência a tais dispositivos. A ausência de discussão explícita, acerca das normas que envolvem a matéria debatida, não macula o prequestionamento da matéria.

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto, para, reconhecendo a incidência do "tráfico privilegiado", reduzir a pena para 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 dias-multa, à razão de 1/30 do valor do salário-mínimo vigente à época dos fatos, mantendo a sentença em seus demais termos.

Salvador, ____ de _____ de 2022.

DES. CARLOS ROBERTO SANTOS ARAÚJO
RELATOR