

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0502970-87.2017.8.05.0103 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: RAFAEL DE SOUZA COSTA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DELITIVA. PROVA PERICIAL E CREDIBILIDADE DA INCRIMINAÇÃO DOS POLICIAIS. PEDIDO DE REFORMA DA PENA. INVIABILIDADE. DOSIMETRIA ADEQUADA. RECURSO DESPROVIDO. Não prospera o pleito de absolvição. Nota-se que policiais militares foram informados sobre a ocorrência de mercancia de entorpecentes no Alto da Esperança, em Ilhéus. Dessa forma, os agentes policiais deslocaram-se ao local e, quando chegaram no Alto do Carvalho, localizaram dois indivíduos e realizaram abordagem pessoal neles. Na busca, encontraram com o acusado Rafael, no bolso de suas vestes, 33 (trinta e três) pedras de crack, embaladas em papel alumínio. Localizaram, também, no chão, próximo ao acusado, uma bolsa vermelha na qual havia outras 19 (dezenove) pedras de crack, também embaladas em papel alumínio, e 05 (cinco) munições calibre .38. A prova oral oriunda dos testemunhos dos policiais é válida, sendo dotada de credibilidade e veracidade. Veja-se que, pela aplicação do princípio da igualdade, haverá, como qualquer outra testemunha, o compromisso de dizer a verdade conforme estipulado no artigo 203 do CPP e, se o policial fizer alguma afirmação falsa, calar ou ocultar a verdade, então o Juiz que estiver tomando o depoimento com força no artigo 211 do CPP determinará a instauração de inquérito para apurar o crime de falso testemunho. Com efeito, não é razoável admitir-se que o Estado possa credenciar pessoas para a função repressiva e, sem elementos cabais de prova, negar-lhes crédito quando de sua estrita atividade. Inviável a reforma da pena, ante o escorreito cálculo efetuado pelo Magistrado sentenciante, valendo destacar a impossibilidade de aplicação do redutor “tráfico privilegiado” à espécie, dado o histórico de registros criminais do recorrente, indicativo de que se dedique a atividades criminosas. Recurso desprovido. A C Ó R D ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0502970-87.2017.8.05.0103, de Ilhéus/BA, em que figura como apelante RAFAEL DE SOUZA COSTA, 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 NEGAR PROVIMENTO ao recurso, pelas razões dispostas no voto. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 1 de Setembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0502970-87.2017.8.05.0103 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: RAFAEL DE SOUZA COSTA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA RELATÓRIO O ilustre Representante do Ministério Público ofertou denúncia de ID 23585794 contra RAFAEL DE SOUZA COSTA e PATRIC DE SOUZA COSTA, pela prática dos crimes tipificados no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 e art. 14 da Lei nº 10.826/2003, na forma dos arts. 29 e 69 do Código Penal. De acordo com a inicial acusatória, no dia 30 de junho de 2017, por volta das 11h, na Avenida Esperança, Alto do Carvalho, Ilhéus/BA, os denunciados, agindo em comunhão de ações e desígnios, traziam consigo e mantinham guardadas, para o fim de mercancia, 52 (cinquenta e duas) porções de crack, embaladas em papel alumínio, além de 05 (cinco) munições calibre .38, tudo sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme Auto de Exibição e

Apreensão, Laudo Preliminar, Laudo Definitivo e Guia para Exame Pericial dispostos nos autos. Esclarece a peça incoativa que os acusados estavam sendo previamente monitorados pela Polícia Militar em razão da prática de venda de narcóticos no local, tendo sido abordados e presos, em flagrante de delito, com as aludidas porções de crack e munições. Neste contexto, os denunciados mantinham guardadas, escondidas em uma bolsinha vermelha e ao lado de uma pedra, porém sob vigilância, 19 (dezenove) porções de crack e as referidas munições, não se olvidando que o primeiro denunciado trazia consigo (no bolso) 33 (trinta e três) porções de crack, descortinando-se que tinham, como meta em comum, a empreitada delitiva. Transcorrida a instrução, o d. Juiz, ID 23585847, julgou parcialmente procedente o pedido contido na exordial acusatória para condenar o acusado RAFAEL DE SOUZA COSTA como incurso nas penas do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 e absolvê-lo da prática do delito previsto no art. 14 da Lei nº 10.826/03. A reprimenda foi fixada em 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa. Cada dia-multa foi estabelecido à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos delituosos. PATRIC DE SOUZA COSTA foi absolvido. Inconformado com a r. sentença, o réu Rafael de Souza Costa interpôs apelação (ID 23585848), requerendo, nas razões de ID 23585853, a absolvição pela prática do crime de tráfico de drogas, ante a insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu a desclassificação do ilícito para aquele disposto no art. 28 da Lei nº 11.343/06. Pleiteou, também, o direito de recorrer em liberdade e, na hipótese de manutenção da condenação, que seja a pena-base reduzida para o mínimo legal, com regime inicial aberto e substituição da reprimenda privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Pugnou, ainda, pela concessão dos benefícios da justiça gratuita. Prequestionou, ao final, a matéria, com fins recursais. Em suas contrarrazões, o representante do Ministério Público, no ID 23585857, pugnou pelo conhecimento parcial do apelo interposto e, nesta extensão, pelo seu desprovemento, mantendo-se, por seus próprios fundamentos, a sentença recorrida. A d. Procuradoria de Justiça, no Parecer contido no ID 32815796, pronunciou-se pelo conhecimento e desprovemento do recurso, sendo mantido o decisio a quo em todos os seus termos. É o relatório. Salvador/BA, 18 de agosto de 2022. Des. Carlos Roberto Santos Araújo – 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0502970-87.2017.8.05.0103 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: RAFAEL DE SOUZA COSTA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA VOTO Ante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, conheço do recurso ora interposto. O pedido de absolvição apresentado no recurso de apelação interposto pelo réu RAFAEL DE SOUZA COSTA, que tem como fundamento a alegação de que não restou provada a autoria do crime de tráfico de drogas, não merece albergamento. A materialidade do delito restou plenamente comprovada, conforme se depreende do auto de prisão em flagrante (fls. 05/09 do sistema SAJ), auto de exibição e apreensão de fl. 10, laudo pericial de fl. 47 e laudo de exame pericial físico-descritivo realizado nas munições (fl. 50), os quais atestam terem sido apreendidas as substâncias entorpecentes conhecidas como maconha e cocaína. A autoria, por sua vez, revela-se incontestada por meio da prova oral produzida na fase extrajudicial e em Juízo. Em seu interrogatório extrajudicial, o acusado Rafael de Souza Costa negou ter perpetrado o ilícito: "(...) Que o interrogado alega que não sabe onde foi encontrada a droga e que a polícia o encontrou dentro de casa; Que o

interrogado nega que foi encontrado em poder do mesmo as trinta e três pedras de crack que foram apresentadas nesta delegacia; Que não tem conhecimento das munições encontradas; Que com essa vez o interrogado já foi preso três vezes; Que alega que trabalha com seu padrasto tomando conta de cavalos; Que o interrogado informa que reside com a sua mãe no São Miguel, mas que estava no Alto do Carvalho na casa de seu tio e alega que estava assistindo televisão; Que não sabe nada a respeito das munições apresentadas nesta delegacia; Que informa que sua mulher está grávida de oito meses; Que mesmo tomando conhecimento que está com mandado de prisão pela prática de tráfico de drogas, alega o interrogado que nunca praticou (a venda de) drogas; Que das outras vezes que foi conduzido por ser usuário de drogas e outra vez foi conduzido após disparos de tiros no bairro São Miguel; Que ficou preso no presídio por catorze dias no presídio por tráfico de drogas, mas informa que foi uma pequena quantidade de maconha, pois o interrogado é usuário (...)" (Interrogatório de Rafael de Souza Costa, fls. 18/19 do SAJ) Em juízo, foi decretada a revelia dos acusados, conforme consignado no termo de audiência (ID 23585837): "(...) Os réus não puderam ser intimados, pois mudaram de endereço sem informar a esse juízo. Foram feitas pesquisas no ESAJ, SEEU, SCC, SIAPEN sem informações de endereço atual. Nos autos do processo nº 0301387-17.2018.805.0103 o endereço de Patric, que é irmão, de Rafael é o mesmo que consta nesses autos, pelo que, há que se concluir que mudaram de endereço sem informar a esse juiz. Assim, decreto suas revelias, com todos os consectários do art. 367, CPP, restando inviabilizado os interrogatórios (...)" O conjunto probatório constante nos autos, no entanto, é firme no sentido de ser o Recorrente Rafael autor do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Os policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante do Apelante, consignaram, em juízo: "(...) Que tinha um acompanhamento, uma série de denúncias anônimas também, uma movimentação de drogas naquela área; no dia recebemos uma informação de que naquele momento estava acontecendo um ilícito; subimos e abordamos os dois, encontramos e abordamos, não me lembro o nome com quem estava, eu sei que com um tinha uma quantidade de droga, acho que trinta e tantas pedras; me lembro dessa bolsinha realmente que a doutora relatou; tinha uma quantidade de munição; não lembra a quantidade de munição; e tinha mais um restante da droga; um deles que eu não me recordo o nome, mas o fato, a gente reportou ao comandante que tinha um mandado em aberto; não lembro qual foi dos dois e a gente fez a condução e apresentação para delegacia; não recordo, doutor, de nome assim, eu lembro que um deles, um que foi abordado foi achado droga e a munição estava na bolsinha próximo a eles, sob vigilância nas proximidades; um deles estava com drogas nas vestimentas, agora não me recordo de nome qual foi; no Alto do Carvalho, no Alto da Esperança, que é o mesmo morro, que eles estavam; eles ficam na rua, sempre tem residência ou áreas próximas; eles ficam na rua (...)." (Partes do depoimento da testemunha SD/PM Tarcísio Nascimento Vasconcelos) "(...) Que sim, lembra de alguns fatos, em relação a uma denúncia que foi anônima que estariam fazendo tráfico de drogas no Alto da Esperança; foi através de denúncia anônima; incursionamos até o Alto do Carvalho, conseguimos localizar os dois indivíduos, nos aproximamos e fizemos a abordagem dos mesmos; fiz a busca em um dos indivíduos, que com um continha uma quantidade de drogas, que eu não me recordo quanto que estava, e tinha uma bolsa, próximo a eles, uma bolsa vermelha, próxima a uma pedra e que tinha munição e eu acho tinha um restante de droga que eu não me recordo quanto que tinha; sim, nessa bolsa que eu acabei de citar,

uma bolsa vermelha, havia munições e eu acho que tinha uma quantidade de droga dentro dessa bolsa, que se encontrava no chão próxima a eles, aos dois, e aí depois dessa busca, demos voz de prisão e conduzimos até a delegacia para finalizar a ocorrência, a apresentação; sim, de prática de tráfico drogas; que tinha indivíduos na área, não falou quantos na época, também não me recordo quantos tinham; nós só ouvimos a denúncia, que eu acho, se eu salvo engano foi por telefone, recebe pela central e a central passa pra gente pelo telefone, central 190; nós estávamos em ronda na região na nossa área, que é a área da 70, agora não me recordo o local que nós estávamos, porque tem muito tempo, mas estávamos na nossa área de atuação (...)." (Partes do depoimento da testemunha SD/PM Adson Dutra da Costa) Dos depoimentos transcritos, nota-se que os milicianos foram informados, por meio de denúncia anônima, sobre a ocorrência de mercancia de entorpecentes no Alto da Esperança, em Ilhéus. Dessa forma, os agentes policiais deslocaram-se ao local e, quando chegaram no Alto do Carvalho, localizaram dois indivíduos, realizando abordagem pessoal neles. Na busca, encontraram com o acusado Rafael, no bolso de suas vestes, 33 (trinta e três) pedras de crack, embaladas em papel alumínio. Localizaram, também, no chão, próximo ao acusado, uma bolsa vermelha na qual havia outras 19 (dezenove) pedras de crack, também embaladas em papel alumínio, e 05 (cinco) munições calibre .38. A prova oral oriunda dos testemunhos dos policiais é válida, sendo dotada de credibilidade e veracidade. Veja-se que, pela aplicação do princípio da igualdade, haverá, como qualquer outra testemunha, o compromisso de dizer a verdade conforme estipulado no artigo 203 do CPP e, se o policial fizer alguma afirmação falsa, calar ou ocultar a verdade, então o Juiz que estiver tomando o depoimento com força no artigo 211 do CPP determinará a instauração de inquérito para apurar o crime de falso testemunho. Com efeito, não é razoável admitir-se que o Estado possa credenciar pessoas para a função repressiva e, sem elementos cabais de prova, negar-lhes crédito quando de sua estrita atividade. A quantidade fracionada de entorpecente encontrada, 52 (cinquenta e duas) pedras de crack no total, além de munições, e o local em que se deu o flagrante, indicado aos policiais como ponto em que ocorria a venda de drogas, transparecem a prática do crime de tráfico de substâncias ilícitas. O delito de tráfico de entorpecentes, tratando-se de atividade clandestina, prescinde de prova da efetiva comercialização da droga, aperfeiçoando-se com a prática de quaisquer das condutas previstas no art. 33 da Lei 11.343/06 ("ter em depósito", "transportar", "trazer consigo", "guardar", etc.), haja vista tratar-se de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, ou seja, que se consuma com a realização de qualquer dos verbos descritos no referido tipo penal. Além disso, a alegação de ser o agente usuário de drogas não tem o condão de descaracterizar a imputação de traficante, eis que uma conduta não exclui a outra, sendo bastante comum o agente ostentar as duas condições, até porque o tráfico alimenta o próprio vício. Nesse sentido, a jurisprudência pátria: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – FLAGRANTE – APREENSÃO DE 1.153,83g DE MACONHA – CONFISSÃO – DEPOIMENTOS DE POLICIAIS – PROVAS SUFICIENTES – DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO – INCABÍVEL – DOSIMETRIA – REDUÇÃO PELO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – INVIÁVEL. (...) II. A condição de usuário não afasta o crime de tráfico. Não é incomum que traficantes também façam uso de entorpecentes. O dolo do recorrente de difundir a droga foi suficientemente demonstrado. (...). (TJDFT, Acórdão n.932198, 20150110337343APR, Relator: SANDRA DE SANTIS, Revisor: ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 31/03/2016, Publicado no DJE:

07/04/2016. Pág.: 109/119) (Grifos aditados) APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. RECEPÇÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO APENAS ACERCA DO CRIME DE TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTOS SEGUROS E COERENTES DOS POLICIAIS QUE REALIZARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE. CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS COLIGIDAS NOS AUTOS. AUTORIA E MATERIALIDADE CABALMENTE DEMONSTRADAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUE RÉU FOSSE APENAS USUÁRIO. SENTENÇA MANTIDA. REGIME INICIAL. ALTERAÇÃO DE OFÍCIO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º DA LEI N. 8072/1990. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM A MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA, DE OFÍCIO. "Não há como operar a desclassificação do delito de tráfico de entorpecente para o de uso próprio (trata-o a Lei como para consumo pessoal – art. 28), tão-somente levando-se em conta a pequena quantidade da droga apreendida em poder do agente, pois, quando não, o usuário também trafica, até mesmo, muitas vezes, para poder alimentar o vício. As duas condições – traficante e viciado – são situações que não se excluem." (TJPR – AC n.º 721.083-3 – 4ª C.C. – Rel.Des. Antônio Martellozzo – DJ de 18.05.2011, mencionado no julgado TJPR – 4ª C.Criminal – AC – 1117827-5 – Dois Vizinhos – Rel.: Jefferson Alberto Johnsson – Unânime – J. 23.04.2015) (Original sem grifos) Desse modo, a materialidade e a autoria, bem como a destinação mercantil da droga apreendida, restaram devidamente comprovadas pelo conjunto probatório formado nos autos, demonstrando de forma satisfatória o envolvimento do acusado com o tráfico de entorpecentes, razão pela qual inviável acolher o pleito absolutório ou desclassificatório, devendo ser mantida sua condenação pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006. No que tange à reprimenda aplicada, analisando-a, nota-se serem despiciendas quaisquer modificações. Confirma-se a sentença no trecho que versa sobre este ponto: "(...) O (a) Ré(u) agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar. É tecnicamente primário. Não existem maiores elementos acerca da sua personalidade. O motivo do crime é a possibilidade de lucro fácil e suas consequências são danosas para a sociedade, mas em razão da sua subjetividade não há que ser considerada para majoração da pena. 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. A natureza extremamente lesiva do crack à saúde dos usuários merece valoração negativa nesta fase. À vista dessas circunstâncias, fixo a pena-base em cinco anos e seis meses de reclusão e 550 dias-multa. A pena de multa ora imposta a (o) acusado (a) deve ser fixada em um trigésimo do valor do salário mínimo, 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). Reconheço, ex officio, a atenuante da menoridade relativa (fl. 21), razão pela qual atenuo a pena em 1/6, passando a dosá-la em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, pena que torno definitiva ante a ausência de outras circunstâncias que influenciem em sua fixação (...)" Como se vê, a pena-base foi fixada em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, em razão da natureza do entorpecente apreendido com o acusado, crack, de possui potencial extremamente lesivo (observância ao art. 42 da Lei nº 11.343/06). Na segunda fase, o MM. Juiz aplicou a atenuante da menoridade relativa, reduzindo a pena em 1/6 (um sexto), totalizando 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Na terceira fase, a reprimenda foi tornada definitiva, à míngua de causas de aumento e diminuição da pena. A Defesa alega a necessidade de aplicação da causa especial de diminuição da pena disposta no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 (tráfico

privilegiado), que foi afastada pelo Magistrado sentenciante pelos seguintes fundamentos: "(...) Deixo de aplicar a causa de diminuição da pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, pois a réu Rafael de Souza Costa responde a outro processo nesta comarca (0503113-76.2017.8.05.0103) em que é acusado das práticas dos crimes de organização criminosa e tráfico de drogas, em trâmite na 2ª Vara Criminal e, quando adolescente, respondeu a procedimento para aplicação de medida socioeducativa também pela prática de fato análogo ao crime de tráfico de drogas (fl.51). Assim, entendo que os fatos do caso concreto e a ação penal 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 de que trata o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (...)" Efetivamente, o benefício em questão, "tráfico privilegiado", não deve ser aplicado de forma desmedida, devendo incidir somente em casos singulares, quando preenchidos os requisitos dispostos na legislação, os quais merecem interpretação restritiva, de modo a prestigiar quem efetivamente mereça redução de pena. Justamente por isso, a referida causa de diminuição não foi criada pensando em beneficiar réus que dediquem-se a atividades criminosas, como disposto na própria legislação. Conceder o benefício do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 para o réu que demonstra envolvimento prévio e continuado com atividades criminosas é equipará-lo com aquele que numa única ocasião na vida se envolveu com o crime, situação que ofende o princípio previsto na Constituição Federal de individualização da pena. Assim, diante da ausência de comprovação de que o apelante Rafael exercia atividades lícitas como meio de vida e da existência de outros procedimentos criminais em desfavor do mencionado apelante, demonstrando seu envolvimento com atividades criminosas, resta impossibilitada a diminuição da reprimenda pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça: (...) 1. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que "Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". 2. In casu, a minorante especial a que se refere o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi corretamente afastada ante a comprovação, por certidão cartorária, de que o paciente está indiciado em vários inquéritos e responde a diversas ações penais, entendimento que se coaduna com a jurisprudência desta Corte: RHC 94.802, 1ª Turma, Rel. Min. MENEZES DE DIREITO, DJe de 20/03/2009; e HC 109.168, 1ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 14/02/2012, entre outros. (...) (STF. 1ª Turma. HC 108135, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 05/06/2012) (Grifos aditados) É possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. (STJ. 3ª Seção. EREsp 1.431.091-SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 14/12/2016 – Info 596) (Grifo nosso) Saliente-se que nenhum princípio constitucional é absoluto. Ainda assim, não se cogita violação ao princípio da presunção de inocência na hipótese em análise, eis que a existência de registros criminais anteriores é aqui considerada não para condenar o acusado, mas sim para afastar a concessão de um benefício legal, considerando-se, para tanto, o princípio, também constitucional, da individualização das penas. Dessa forma, fica mantida a pena definitiva do apelante, pela prática do crime previsto no art. 33,

caput, da Lei nº 11.343/06 em 05 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto (art. 33, § 2º, alínea b, do CP), e 500 (quinhentos) dias-multa, cada dia-multa equivalente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Frise-se que a pena privativa de liberdade aplicada ao apelante foi superior a 04 (quatro) anos, impossibilitando-se, assim, a substituição por penas restritivas de direitos, em consonância com o preceito contido no inciso I, do art. 44, do Código Penal. O Magistrado de Primeiro Grau indeferiu o direito de o apelante recorrer em liberdade pelas seguintes razões: "(...) Nego ao réu Rafael o direito de apelar em liberdade, tendo em vista que não foi encontrado no endereço informado nos autos (fl.83), o que demonstra, a priori, que pretende se furtrar a aplicação da lei penal. Diante disso, decreto sua prisão preventiva (...)" Desse modo, considerando que o acusado foi intimado acerca do teor da sentença por edital, encontrando-se hodiernamente em local incerto e não sabido, entendo que o pedido de recorrer em liberdade deve ser indeferido. O pedido de gratuidade da justiça, por sua vez, resta prejudicado, ante o seu prévio deferimento na sentença. Por fim, quanto ao prequestionamento apresentado pela defesa em suas razões, friso inexistir ofensa aos dispositivos de lei invocados (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006; art. 386, incisos V e VII, do Código de Processo Penal; bem como do art. 5º, incisos LXXIV, LIV, LV e LVII, da Constituição Federal), 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, feito pela parte. Ante o exposto, conheço do recurso e NEG0-LHE provimento, a fim de manter a sentença em sua integralidade. DES. CARLOS ROBERTO SANTOS ARAÚJO RELATOR