

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700245-02.2021.8.05.0201

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma.

APELANTE: e outros

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

APELAÇÃO CRIMINAL. RECORRENTE SENTENCIADO PELA PRÁTICA DOS CRIMES PREVISTOS NOS ARTS. 33 E 35, C/C O ART. 40, INCISO VI, TODOS DA LEI N. 11.343/2006 (TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ENVOLVENDO ADOLESCENTE), À PENA DE 09 (NOVE) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, ALÉM DO PAGAMENTO DE 1399 (MIL E TREZENTOS E NOVENTA E NOVE) DIAS-MULTA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Os depoimentos dos milicianos foram decisivos para comprovar que o Acusado estava constantemente, junto com o adolescente no local conhecido como ponto de drogas, comercializando-as, cuja finalidade da união da dupla era bastante clara no sentido de se associarem, de maneira estável, para garantir o êxito da empreitada criminosa. 2. Urge observar que a associação existente entre os indivíduos não se mostrou ocasional e episódica, ao revés; é o próprio Réu, quando do seu interrogatório em juízo, que confessa a atividade mercantil e profissionalizada com o menor infrator, demonstrando a preocupação em obter lucro, mesmo reconhecendo a ilegalidade da sua atuação. 3. Com efeito, uma vez comprovada a existência de um ajuste prévio entre o Apelante e seu comparsa no sentido da formação de um animus associativo estável para a prática do reiterado comércio espúrio de entorpecentes, não há que se falar em absolvição pelo crime de associação criminosa, merecendo desacolhimento a pretensão autoral. PLEITO DE RETIFICAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA REFERENTE AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. INADMISSIBILIDADE. 4. In casu, a pena-base sofrera um acréscimo de dois anos e seis meses, porquanto dois vetores judiciais (personalidade e

circunstâncias do crime) foram valorados negativamente, tendo em vista a conduta reiterada do Apelante na prática do crime de tráfico de drogas e a quantidade expressiva dos entorpecentes. 5. Ao contrário do alegado pela Defesa, a exasperação da sanção basilar não se mostra desarrazoada ou desproporcional, posto que devidamente fundamentada em elementos concretos e condizentes com o art. 42 da citada legislação. 6. De referência à aplicação da circunstância atenuante inominada prevista no art. 66 do CP, em razão da motivação delitiva consistir na condição de miserabilidade do Recorrente, saliente-se que o fato de o agente ter enveredado para a criminalidade porque estava enfrentando dificuldades financeiras, se verdade fosse, não legitimaria as ações criminosas, ainda mais quando se tem conhecimento da sua contumácia em infrações dessa natureza. 7. E, como bem pontuado pelo Parquet Singular, “ nada justificava a conduta criminosa, tampouco foram relevantes os motivos que levaram o Apelante a ela, se nenhuma prova nesse sentido veio aos autos”. 8. Por outro lado, em que pese a não incidência da mencionada atenuante, há de se destacar que houve, na decisão guerreada, o reconhecimento das atenuantes da menoridade relativa e confissão espontânea, tendo sofrido a reprimenda do Apelante uma diminuição em seu quantum, restando fixada no mínimo legal, dada a ausência de agravantes. 9. Na terceira fase, mais uma vez, agiu, acertadamente, o Juízo primevo ao reconhecer, apenas, a presença da causa de aumento inserta no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, majorando a pena em 1/6 (um sexto), sem aplicar, no entanto, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, uma vez que o Apelante não atende às condições exigidas para a concessão da aludida redutora, pois a condenação simultânea nos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico obstam a incidência do citado benefício, eis que ratifica a sua predisposição às atividades criminosas. Precedentes do STJ. 10. Por fim, vê-se que a decisão de negar ao Réu o direito de recorrer em liberdade foi devidamente fundamentada em argumentos concretos que justificam a necessidade da medida extrema, visto que ainda persistem os motivos que deram causa ao encarceramento, não se afigurando recomendável a sua soltura. Parecer Ministerial pelo conhecimento e não provimento do Apelo. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0700245-02.2021.8.05.0201, em que figuram, como Apelante, , e, Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em CONHECER do Recurso de Apelação, e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo-se incólume a sentença hostilizada, nos termos do voto desta Relatoria.

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

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e não provido Por Unanimidade
Salvador, 22 de Agosto de 2022.

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700245–02.2021.8.05.0201

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal– 1ª Turma.

APELANTE: e outros

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta por , em razão da sentença prolatada pelo MM. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Porto Seguro-BA, que julgou procedente a denúncia, para condená-lo à pena privativa de liberdade de 09 (nove) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 1399 (mil, trezentos e noventa e nove) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, pela prática dos delitos tipificados nos arts. 33 e 35, c/c o art. 40, VI, todos da Lei nº 11.343/2006.

Extrai-se da peça incoativa que:

“[...] No dia 14 de janeiro de 2021, por volta das 23h40min, na Rua Nilo Fraga, Bairro Frei Calixto, na cidade de Porto Seguro, o Acusado, em associação com o adolescente , para o fim de tráfico de drogas, trazia consigo 04 (quatro) pinos de cocaína e 09 (nove) buchas de maconha, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Segundo extrai-se dos autos, no dia, hora e local acima informados, policiais militares realizavam rondas de rotina, na tentativa de coibir a criminalidade, quando avistaram três indivíduos, quais tentaram evadir-se ao perceberem a presença da guarnição.

Assim, a equipe conseguiu capturar o denunciado na esquina, tendo ele dispensado ao chão um saco plástico contendo em seu interior 04 (quatro) pinos de cocaína e 09 (nove) buchas de maconha, além da quantia de R\$ 50,00 (cinquenta reais).

Em seguida, os policiais localizaram o adolescente dentro da caçamba de um caminhão, que se encontrava estacionado na mesma rua, tendo a seu lado um saco plástico contendo 18 (dezoito) buchas de maconha, 25 (vinte e cinco) pinos de cocaína e a quantia de R\$ 300,00 (trezentos reais). Diante disso, o denunciado recebeu voz de prisão em flagrante e foi conduzido à unidade policial [...]”. (ID n. 197890355).

Com base em tais aportes, o Réu fora denunciado pela prática dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, envolvendo adolescente (arts. 33 e 35, caput, c/c o art. 40, inciso VI, todos da Lei nº 11.343/2006).

Inquérito Policial n. 0014/2021 colacionado aos autos (ID n. 197890356). Laudo de exame pericial toxicológico (ID n. 197891122).

Ultimada a instrução processual e, após a apresentação dos memoriais pelas respectivas partes, sobreveio a sentença que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, condenando o Acusado pelos crimes e à reprimenda acima reportados (ID n. 197891127).

Irresignado com o veredicto condenatório, a Defesa interpôs a presente Apelação (ID n. 197891135), pretendendo, em suas razões recursais (ID n. 197891150), a absolvição do Réu pelo delito de associação para o tráfico, porquanto ausente de prova o elemento subjetivo do tipo penal.

Ademais, pleiteia o redimensionamento da sanção basilar, uma vez que esta não pode ser majorada com base na pequena quantidade de droga apreendida, e, na segunda etapa dosimétrica, o reconhecimento da atenuante inominada prevista no art. 66 do CP, em razão da motivação delitiva consistir na sua situação de miserabilidade.

Requer, ainda, a aplicação do tráfico privilegiado; a redução do édito corporal referente ao crime de tráfico de drogas; a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal, considerando as atenuantes da confissão espontânea e a inominada, bem como a realização da detração penal e a concessão do direito de recorrer em liberdade.

Em sede de contrarrazões, o Parquet Singular manifestou-se pelo improvimento do Apelo (ID n. 197891153).
Subindo os folios a esta instância, opinou a Douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e não provimento do Recurso (ID n. 23967589).
Eis o relatório.

Salvador, data registrada no sistema.

Des. – 2ª Câmara Crime– 1ª Turma.
Relator

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700245–02.2021.8.05.0201

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal– 1ª Turma.

APELANTE: e outros

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

VOTO

Encontrando-se presentes os pressupostos de admissibilidade imprescindíveis ao conhecimento do Inconformismo, passo à sua análise. Cuida-se de Recurso de Apelação interposto pelo Acusado, requerendo, em síntese, a reforma da sentença para ser absolvido do crime de associação para o tráfico, como também a retificação da dosimetria da sua pena.

1- PLEITO DE ABSOLVIÇÃO PELO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO.

No caso em liça, o Réu foi sentenciado pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, em associação com adolescente (arts. 33, caput, e 35, ambos c/c o art. 40, V, todos da Lei nº 11.343/2006), por estar comercializando entorpecentes (quatro pinos de cocaína e nove buchas de maconha), junto com o adolescente, que também trazia consigo um saco plástico contendo 18 (dezoito) buchas de maconha, 25 (vinte e cinco) pinos de cocaína e a quantia de R\$ 300,00 (trezentos reais).

Ab initio, convém destacar que ressoa inequívoca a materialidade em questão, pois o auto de exibição e apreensão e o laudo de constatação provisório de substância entorpecente (ID n. 197890356), bem como o laudo de exame pericial toxicológico (ID n. 197891122) atestam que as drogas encontradas na posse do Sentenciado são o Tetrahydrocannabinol (THC), princípio ativo da maconha, e Benzoilmetilecgonina (cocaína), substâncias de uso proscrito no Brasil.

Igual sorte tem-se em relação à autoria, visto que os depoimentos prestados pelos policiais militares responsáveis pela prisão do Réu, em ambas as fases procedimentais, demonstram-se correlatos e categóricos quanto à prática dos ilícitos penais, descrevendo, inclusive, a forma como ocorreu o flagrante, a apreensão dos entorpecentes e, sobretudo, a habitualidade dos envolvidos no local conhecido como “ponto de drogas”. Nessa toada, afigura-se relevante a transcrição dos depoimentos abaixo:

“ [...] que estava de serviço com os colegas, os soldados Mendes e Rocha e, no lugar onde fazem abordagens, é rotineiro o tráfico de drogas; que Talis já pegou três vezes em uma semana; que o réu já tinha sido abordado no local, mas não tinha encontrado nada com ele; que ele dizia que era usuário e que estava em condicional; que, nesse dia, veio por trás para fazer as abordagens e encontrou Talis e o réu; que o réu estava com drogas nos pés e Talis em cima da caçamba com uma quantia maior; que tinha maconha e pino de cocaína; que as drogas estavam prontas para comercialização; que lá é ponto de venda de drogas; que já tinha visto o acusado nas proximidades do local, mas não foi encontrado nada com ele; que já tinha sido abordado em menos de quinze dias; que levou Talis umas três vezes na Delegacia, mas era menor; que os dois estavam juntos; que, quando avistaram a viatura, cada um dispensou; que foram abordados menos de cinco metros um do outro; que os dois estavam juntos na esquina e aí cada um correu para um canto; que o réu foi abordado na esquina; que na época, Talis era menor; que isso foi na segunda, e, no domingo, Talis faria 18 anos; que, em seguida, Talis foi preso já maior; que se dedicava mesmo à atividade ilícita; que ele foi abordado na mesma semana que foi preso; que o réu disse que era ex-presidiário; que, na primeira abordagem da semana, não foi encontrado nada com ele; na segunda foi abordado junto com Talis; que o réu disse que era usuário; que as drogas estavam no pé do rapazinho; que essa localidade é meio escuro; que é muito difícil pegar pessoas comprando; que ele disse que morava no Beira Rio; que, se o réu fosse usuário, ele encontrava no Beira Rio porque lá tem muito ponto de droga; que o réu saía do Beira Rio para vender em ; que se fosse usuário, não precisava ir longe de casa; que a facção do Baianão é MPA, não tem outra facção que domina lá [...]” (Depoimento, em Juízo, do Sr. , policial militar arrolado na denúncia, constante no PJE mídias).

“ [...] que se recordava da prisão do acusado; que estavam em rondas no

Baianão quando avistaram o acusado juntamente com outro rapaz; que, ao avistarem a guarnição, evadiram-se do local; que iniciaram a busca até os rapazes que fugiram; que alcançaram e o comparsa que se escondeu no caminhão; que dispensou o ilícito e parou; que encontraram o material no chão ao lado dele; que, se não estiver enganado, era maconha e cocaína; que as drogas estavam embaladas para venda; que ali é ponto de venda de drogas; que já conhecia o Talis; que já conduziu Talis umas três ou quatro vezes; que ele era menor; que faltava uma semana para Talis fazer aniversário; que estava escondido na carroceria; que encontraram drogas ali dentro da carroceria; que os dois estavam juntos; que já conhecia o réu; que não se recorda de ter prendido antes, mas já abordou o réu ali naquele ponto; que as últimas vezes que se deparou com ele sempre foi naquele ponto; que já foi preso se não estiver enganado; que não assumiram que estavam vendendo; que não se recorda de ter sido encontrado dinheiro; que não sabe precisar quanto tempo que vê ali; que a postura era de vendedor; que não tinha como estar ali como usuário (Depoimento, em Juízo, do Sr. , testemunha arrolada na denúncia, constante do PJE mídias).

Nota-se, portanto, que os depoimentos dos milicianos foram decisivos para comprovar que o Acusado estava, constantemente, junto com o adolescente no local conhecido como ponto de drogas, comercializando-as, cuja finalidade da união da dupla era bastante clara no sentido de se associarem, de maneira estável, de forma a garantir o êxito da empreitada criminosa. Urge observar que a coligação existente entre os indivíduos não se mostrou ocasional e episódica, ao revés; é o próprio Réu, quando do seu interrogatório em juízo, que confessa a atividade mercantil e profissionalizada com o menor infrator, demonstrando a preocupação em obter lucro, mesmo reconhecendo a ilegalidade da sua atuação, conforme assevera o excerto adiante:

“ [...] que foi assim que os fatos aconteceram; que estava com Talis na esquina e tinha um outro rapaz também; que estavam ali vendendo; que e o interrogado trabalhavam juntos; que não conhecia o outro menor; que saiu andando quando viu a viatura; que correu para cima do caminhão; que as drogas que foram encontradas com Talis era sua e de Talis; que estavam vendendo ali há 20 dias; que não sabe há quanto tempo Talis estava ali; que vendia maconha a 10 reais e o pino a 20 reais; que vendia uns 400 reais; que vendia pó e maconha; que vendia pó e maconha; que se fosse 500 reais cada um ficava com 250 reais; que pegava o dinheiro para ajudar a mãe, porque estava desempregado; que antes estava traficando no fundo do Vipão onde foi preso a primeira vez; que ficou ali no fundo do vipão um ano ou na base de dois anos; que depois que saiu, começou a trabalhar na oficina, ; que já estudou com Talis; que dividia o dinheiro da venda das drogas com Talis; que voltou para o tráfico porque a família estava passando dificuldade; que foi mandado embora da oficina por causa da pandemia; que, no tráfico, ganhava muito mais, mas era mais arriscado; que, na oficina, ganhava 120 reais por semana; que depois que foi solto só estava traficando há 20 dias; que só fez isso porque estava passando necessidade (Interrogatório, em Juízo, do Réu , constante do PJE mídias)–grifos da Relatoria.

No particular, resta demonstrada a presença de elementos suficientes para atestar a prática do delito tipificado no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, porquanto presentes a estabilidade do liame entre o Recorrente e o

adolescente infrator, bem como a permanência da associação criminosa com o fim de cometer a traficância.

Nessa esteira, eis o posicionamento da doutrina especializada:

(...) Elemento subjetivo do tipo. É mister haja o dolo específico: associar para traficar. O crime de associação como figura autônoma, há de ser conceituado em seus estreitos limites definidores, Jamais a simples co-autoria, ocasional, transitória, esporádica, eventual, configuraria o crime de associação. Para este é mister inequívoca demonstração de que a ligação estabelecida entre A e B tenha sido assentada com esse exato objetivo de sociedade espúria para fins de tráfico, ainda que este lance final não se concretize, mas sempre impregnada dessa específica vinculação psicológica, de se dar vazão ao elemento finalístico da infração. (...) (Lei de Drogas Anotada: Lei 11.343/06 – , . 2. ed. Ver. E atual. – São Paulo: Saraiva, 2008, pg. 128).

O STJ, também, não discrepa:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. FRAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA DEVIDAMENTE JUSTIFICADA. REDUTOR. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. “(...)”. 2. A jurisprudência desta Corte Superior firmou o entendimento de que, para a subsunção da conduta ao tipo previsto no art. 35 da Lei n. 11.343/2006, é necessária a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa. 3. Uma vez que as instâncias ordinárias – dentro do seu livre convencimento motivado – apontaram elementos concretos, constantes dos autos, que efetivamente evidenciam a estabilidade e a permanência exigidas para a configuração de crime autônomo, deve ser mantida inalterada a condenação do réu em relação ao delito de associação para o narcotráfico. “(...)”. 7. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp n. 2.094.319/MG, relator Ministro , Sexta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 10/6/2022)– grifos aditados.

Com efeito, uma vez comprovada a existência de um ajuste prévio entre o Apelante e seu comparsa no sentido da formação de um animus associativo estável para a prática do reiterado comércio espúrio de entorpecentes, não há que se falar em absolvição pelo crime de associação criminosa, merecendo desacolhimento a pretensão autoral.

2– PLEITO DE RETIFICAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA REFERENTE AO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS.

O Acusado busca o redimensionamento da pena contra si aplicada, alegando, inicialmente, que a sanção basilar não pode ser majorada com base na pequena quantidade de droga apreendida, além do que, na segunda etapa, forçoso o reconhecimento da atenuante inominada prevista no art. 66 do CP, em razão da motivação delitiva consistir na sua situação de miserabilidade.

Consabido, em se tratando de delitos desse jaez, deve-se considerar, para a fixação da pena-base e o reconhecimento do tráfico privilegiado, a avaliação das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, aliada às condições insertas no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, in verbis:

Art. 42. O Juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente” .

Conforme se depreende da sentença investida (ID n. 197891127), a pena-base sofrera um acréscimo de dois anos e seis meses, porque dois vetores judiciais (personalidade e circunstâncias do crime) foram valorados negativamente, tendo em vista a conduta reiterada do Apelante na prática do crime de tráfico de drogas e a quantidade expressiva dos entorpecentes, considerando o montante total apreendido com ele e seu comparsa, eis que agiam em parceria.

Ao contrário do alegado pela Defesa, a exasperação da sanção basilar não se mostra desarrazoada ou desproporcional, posto que devidamente fundamentada em elementos concretos e condizentes com o art. 42 da citada legislação.

Decerto que a natureza e a quantidade das substâncias ilícitas apreendidas demonstram um grau mais elevado de dedicação à atividade criminosa, ensejando uma maior reprovabilidade da conduta, de modo a autorizar o incremento da pena-base, ex vi da discricionariedade juridicamente vinculada do Magistrado.

Corroborando o entendimento acima esposado, eis os excertos do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. AUMENTO JUSTIFICADO. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. 4,3 KG DE MACONHA. DOSIMETRIA DA SEGUNDA FASE. AUMENTO PELA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E PLEITO DE APLICAÇÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INOVAÇÃO RECURSAL. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Tribunal de origem justificou concretamente a fixação do quantum de aumento da pena-base, destacando a quantidade da substância apreendida (4,3Kg de maconha), em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 e com o entendimento jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, não havendo que se rever a fração fixada na primeira fase. 2. A alegação de que houve aumento desproporcional pela reincidência e que a pena deve ser reduzida pela confissão espontânea, não foi trazida nas razões da impetração, tratando-se de indevida inovação recursal. 3. Agravo regimental no habeas corpus desprovido (AgRg no HC n. 708.576/SP, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 27/6/2022)– grifos aditados.

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS (363 KG DE MACONHA). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I – A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a. II – O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente III – In casu, o Tribunal de origem, de forma motivada e de acordo com o caso concreto, atento as

diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59, do Código Penal, considerou mormente a quantidade de entorpecentes apreendidos, vale dizer, 363 kg de maconha. IV – Não há desproporção no aumento da pena-base em 1 ano e 6 meses para a circunstância judicial desfavorável, uma vez que há motivação particularizada, em obediência aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, ex vi do art. 42 da Lei n. 11.343/06. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC n. 725.755/MS, relator Ministro (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 21/6/2022, DJe de 29/6/2022)– grifos da Relatoria.

De referência à aplicação da circunstância atenuante inominada prevista no art. 66 do CP, em razão da motivação delitiva consistir na condição de miserabilidade do Recorrente, saliente-se que o fato de o agente ter enveredado para a criminalidade porque estava enfrentando dificuldades financeiras, se verdade fosse, não legitimaria as ações criminosas, ainda mais quando se tem conhecimento da sua contumácia em infrações dessa natureza.

Demais disso, a mera alegação de pobreza ou de dificuldade financeira não acarreta a aplicação automática de tal atenuante. Por se tratar de hipótese amplamente aberta, demanda robusta comprovação das causas excepcionais que justifiquem a atenuação da pena, situação esta que não foi objeto de carga probatória.

E, como bem pontuado pelo Parquet Singular, “ nada justificava a conduta criminosa, tampouco foram relevantes os motivos que levaram o Apelante a ela, se nenhuma prova nesse sentido veio aos autos”– ID n. 197891153. Por outro lado, em que pese a não incidência da atenuante genérica do artigo 66 do Código Penal, há de se destacar que houve, na decisão guerreada, o reconhecimento das atenuantes da menoridade relativa e confissão espontânea, tendo sofrido a reprimenda do Apelante uma diminuição em seu quantum, restando fixada no mínimo legal, dada a ausência de agravantes, não sendo possível um decréscimo maior, por óbice inserto na Súmula n. 231 do STJ.

Na terceira fase, mais uma vez, agiu, acertadamente, o Juízo primevo ao reconhecer, apenas, a presença da causa de aumento inserto no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, majorando a pena em 1/6 (um sexto), sem aplicar, no entanto, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, como pretendido pela Defesa, uma vez que o Apelante não atende às condições exigidas para a concessão da aludida redutora, pois a condenação simultânea nos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico obstam a incidência do citado benefício, eis que ratifica a sua predisposição às atividades criminosas.

Nessa esteira, o Superior Tribunal de Justiça tem posicionamento consolidado:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DA IMPUTAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PROVA INSUFICIENTE DA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DO VÍNCULO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE. PENAS-BASES. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS QUE DESBORDAM DO ORDINÁRIO DO TIPO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE DESPROPORCIONALIDADE NO AUMENTO IMPOSTO. SEGUNDA FASE. CONFISSÃO JUDICIAL DA PACIENTE SIMONE CONSIDERADA NA FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO PELO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SÚMULA 545/STJ. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DO ART. 65, INCISO III, ALÍNEA 'D', DO CÓDIGO PENAL. COMPENSAÇÃO INTEGRAL COM

A AGRAVANTE GENÉRICA DA REINCIDÊNCIA. TERCEIRA FASE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO IMPOSSÍVEL. DEDICAÇÃO DOS PACIENTES À ATIVIDADE CRIMINOSA. CONDENAÇÃO SIMULTÂNEA POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO MANTIDA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO."(...)". Não é possível a incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, pois a referida benesse não é aplicável ao réu também condenado pelo crime de associação para o tráfico de drogas, tipificado no artigo 35, da Lei n. 11.343/2006, circunstância que denota, necessariamente, a sua dedicação à atividade criminosa. Habeas corpus não conhecido.(HC n. 479.977/SP, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 14/5/2019, DJe de 23/5/2019)- grifos aditados.

Outrossim, cumpre ressaltar que, na hipótese vertente, se mostra despicienda proceder a detração penal nesta fase processual, porquanto, de qualquer forma, o Juízo da Execução Penal poderá alterar o regime prisional, em caso de eventual unificação de penas, visto que o Acusado responde a outros processos.

Ademais, observa-se que o tempo de prisão cautelar não é suficiente para alterar o regime inicial de cumprimento de pena, conforme já exposto pelo Juízo a quo.

Por fim, quanto ao direito de recorrer em liberdade, não se pode olvidar que a segregação preventiva deve ser considerada exceção, haja vista que, por meio desta medida, priva-se o acusado de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo. Logo, tal procedimento só se impõe se expressamente restar justificada a sua real indispensabilidade.

No caso em apreço, a Togada Singular fundamentou a negativa da citada concessão nos seguintes termos:

" [...] Indefiro o direito de apelar em liberdade do apenado, porque ainda subsistem os requisitos da prisão preventiva decretada nos autos, recomendando-se a prisão cautelar, por entender que em liberdade estará sujeito aos mesmos estímulos relacionados às infrações que vê-se condenado [...] "- sic- fls. 136-137.

Como se vê, a decisão de negar ao Réu o direito de recorrer em liberdade foi devidamente fundamentada em argumentos concretos que justificam a necessidade da medida extrema, visto que ainda persistem os motivos que deram causa ao encarceramento, não se afigurando recomendável a sua soltura.

Assim, a segregação do Apelante se mostra legítima e necessária, na medida em que visa salvaguardar a aplicação da lei penal e evitar o risco de reiteração delitiva.

Não se pode descuidar que a Suprema Corte de Justiça já decidiu que, embora pendentes irresignações perante Instâncias Superiores, inexistente óbice para a execução provisória do julgado, pois não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, eis que nada mais é do que efeito de sua condenação.

Nessa diretiva, o excerto jurisprudencial abaixo:

HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ADOÇÃO DA NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESAFORAMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA COMARCA EM QUE O FEITO FOI DESAFORADO.

HERMENÊUTICA JURÍDICA. NORMA EXCEPCIONAL QUE COMPORTA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. DESLOCAMENTO DO FORO TÃO SOMENTE PARA A REALIZAÇÃO DO TRIBUNAL POPULAR. DENEGACÃO DA ORDEM. 1. A nova orientação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, trilhada por esta Corte, é no sentido de possibilitar a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (HC n. 126.292/SP, relator o Ministro , Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016). 2. Em seguida, por 6 votos a 5, o Plenário do Pretório Excelso indeferiu as cautelares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, entendendo que o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal não veda o início da execução penal após a condenação em segundo grau de jurisdição (DJe 7/10/2016). 3. A Corte Suprema, por seu Tribunal Pleno, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, reafirmando sua jurisprudência dominante, no sentido de que a "execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal" (ARE n. 964.246, Rel. Ministro , julgado em 11/11/2016). 4. Não há que se falar em violação ao trânsito em julgado tão somente em função de ter constado no dispositivo da sentença a determinação proibitiva de se iniciar, provisoriamente, a execução da pena, uma vez que, naquela ocasião, era este o entendimento vigente na Pretória Corte, daí o porquê da aposição do comando "aguarde-se o trânsito em julgado", ou similar teor, verificado em diversas das sentenças submetidas a exame desta Corte Superior. 5. Caso contrário, a despeito da evolução jurisprudencial do STF, estaria o Poder Judiciário engessado ao assinalado pela sentença de primeiro grau, afigurando-se verdadeiro paradoxo jurídico [...]” (STJ – HC: 374713 RS 2016/0270076-0, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 06/06/2017, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: 13/06/2017)– grifos aditados.

Ante o exposto, por todas as razões de fato e de direito explanadas, CONHEÇO DO RECURSO INTERPOSTO E, NO MÉRITO, NEGÓ-LHE PROVIMENTO, mantendo-se a sentença hostilizada em todos os seus termos.
É como voto.

Salvador, data registrada no sistema.

Presidente

Des.

Relator

Procurador (a) de Justiça.

