

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0513138-95.2019.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE:

Advogado (s): , ,

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

ACORDÃO

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RÉU CONDENADO À PENA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E A MATERIALIDADE DELITIVAS, COMPROVADAS, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR EM REFORMA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE APONTA, SEM SOMBRA DE DÚVIDA, A PRÁTICA DO TRÁFICO DE ENTORPECENTES POR PARTE DO APELANTE. APLICAÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO SEU PATAMAR MÍNIMO. SÚMULA 231/STJ. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR CONTIDO NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI ANTIDROGAS EM SEU PATAMAR MÁXIMO. NÃO CABIMENTO. ATOS INFRACIONAIS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O SEMIABERTO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal, tombada sob o nº 0513138-95.2019.8.05.0001, da 2ª Vara de Tóxico da Comarca de

Salvador, em que figura como Apelante e Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

Acordam, à unanimidade de votos, os Desembargadores componentes da 1ª Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER DO APELO E DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL. E assim decidem pelas razões a seguir expostas:

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

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade
Salvador, 27 de Março de 2023.

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0513138-95.2019.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE:

Advogado (s): , ,

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação criminal (ID. n. 177629028 – processo de origem) interposto pelo sentenciado , contra sentença proferida pelo MM. Juízo de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA (ID. n. 177629027 – Processo de origem), que o condenou pela prática de delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, à pena de 05 anos de reclusão, em regime fechado, e 500 dias-multa.

Emerge dos autos que, no dia 14 de fevereiro de 2019, por volta das 02h20min, guarnição da Polícia Militar empreendia ronda de rotina a bordo da VTR 2.1107 na localidade da Polêmica, bairro de Brotas, quando visualizou um indivíduo em atitude suspeita, que empreendeu fuga ao perceber a guarnição, sendo, contudo, alcançado.

Ato contínuo, procedeu-se com a abordagem e busca pessoal no irrogado, posteriormente identificado como , logrando-se encontrar com ele: 56 (cinquenta e seis) pedras de crack, 44 (quarenta e quatro) pinos contendo cocaína, a quantia de R\$ 30,00 (trinta reais), 01 (um) celular da marca Samsung, na cor branca e com visor danificado, 01 (uma) corrente na cor dourada. Todos os itens apreendidos com o flagranteado encontram-se descritos no Auto de Exibição e Apreensão (fls. 07).

Extraí-se, ainda, da peça vestibular que o Laudo de Constatação (fls. 23) atesta as drogas apreendidas como cocaína, substância de natureza psicotrópica de uso proscrito no Brasil pela Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária. Foram quantificadas 12,81g (doze gramas e oitenta e um centigramas) de cocaína, sob a forma de pó, distribuído em 44 (quarenta e quatro) porções, acondicionadas em pinos. A outra porção de cocaína se encontrava sob a forma de pedras e foi aferida em 21,77g (vinte e um gramas e setenta e sete centigramas), distribuídos em 56 (cinquenta e seis) porções, acondicionadas em fragmentos de plástico incolor.

Em suas razões (ID. n. 177629048 e ss. – processo de origem), busca a sua absolvição, em face da insuficiência probatória. Subsidiariamente, pleiteia a redução da pena-base aquém do mínimo legal em razão da atenuante da menoridade, além da aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu patamar máximo, bem como a modificação do regime inicial do cumprimento da pena.

Contrarrazões do Ministério Público pelo não provimento do apelo interposto (ID. n. 177629079 – processo de origem).

A Procuradoria de Justiça, em parecer exarado, opinou pelo conhecimento e desprovimento do Recurso de apelação interposto (id. n. 25867845).

Examinados e lançado este relatório, submeto-os à apreciação do eminente Desembargador Revisor.

Salvador/BA, data registrada no sistema.

Relatora

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0513138-95.2019.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE:

Advogado (s): , ,

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do Recurso. Analisando-se o contexto fático/probatório extraído dos autos, conclui-se que as alegações trazidas pelo Apelante, não merecem guarida, razão pela qual deve-se negar provimento ao presente recurso, senão vejamos:.

Compulsando-se minuciosamente estes autos, verifica-se, prima facie, que a materialidade do delito sub examine e sua autoria são irrefutáveis. O conjunto fático-probatório lastreia, de modo conciso e lapidar, o édito condenatório vergastado nas razões interpostas pelo Apelante.

Revelam os respectivos fólios da ação penal em desfavor do Réu, ora Apelante, epigrafado, no auto de exibição e apreensão (ID. n. 177628776 – fl.07 – processo de origem), pelo laudo de constatação (ID. n. 177628776 – fl.27 – processo de origem) e no laudo de exame pericial (ID. n. 177628787 – processo de origem), – atestando que a droga apreendida em poder do Apelante tratava-se de cocaína – que a materialidade do delito in casu

restou devidamente comprovada.

Superada, pois, a discussão acerca da materialidade do crime, devidamente comprovada, a defesa enfatiza suas alegações basicamente na ausência de lastro probatório apto a ensejar a condenação do Apelante pelo crime de tráfico de drogas.

Ao contrário do quanto levantado pela defesa, o conjunto probatório é firme em apontar a autoria delitiva ao Apelante, especificamente, através dos depoimentos prestados, tanto em sede policial quanto em Juízo, pelas testemunhas arroladas pela acusação, que foram harmônicas e convincentes, ao contrário das declarações do condenado, que nada trouxe aos autos para provar o alegado.

Assim, os elementos colhidos nos autos não deixam dúvida a respeito do envolvimento do Apelante no evento criminoso narrado na peça acusatória.

Vejamos:

Diz a testemunha SD/PM :

"[...] que confirma ter participado da diligência narrada na denúncia; que o depoente é lotado na RONDESP ATLÂNTICO; que a diligência decorreu de uma ronda de rotina; que a localidade é de intenso tráfico de drogas; que o depoente não conhecia o réu até então; que nunca tinha ouvido falar do mesmo como pessoa ligada ao tráfico de drogas; que a guarnição era composta pelo depoente e mais dois policiais; que havia três guarnições na diligência; que foi a guarnição que o depoente integrava que abordou o réu; que as guarnições fizeram um cerco e ao tentar fugir de uma guarnição o acusado correu na direção da guarnição do depoente, sendo então abordado; que com o réu foi apreendida certa quantidade de pedras, aparentando ser crack e pinos com substância aparentando ser cocaína; que foi apreendida uma pequena quantia em dinheiro, mas o depoente não recorda quanto; que quem fez a revista pessoal foi outro policial, porém na presença do depoente; que o depoente participou da condução do réu para a delegacia; que na delegacia o depoente não recorda de ter obtido informação sobre a vida pregressa do réu; que o acusado foi a única pessoa abordada naquela ocasião pela equipe do depoente; que não sabe informar se as outras guarnições abordaram mais alguém; que não foram encontrados com o réu petrechos relacionados ao tráfico; que na chegada da guarnição do depoente e das outras duas guarnições que participaram da diligência, não houve tiroteio; que os policiais não entraram na residência do acusado, tendo o abordado em via pública; que a droga estava nas vestes do acusado [...]"

Diz a testemunha SD/PM :

"[...] reconhece o acusado aqui presente; que não se recorda dos detalhes, mas que lembra que prenderam o réu na Polêmica, "no reduto do BDM", a noite, em uma operação de rotina, mas que não se lembra minuciosamente; que estavam em ronda de rotina na região da Polêmica com intuito de combater crimes violentos contra a vida e tráfico de drogas; que a Polêmica é uma região conhecida pelo tráfico de drogas; que no dia anterior havia acontecido troca de tiros contra as guarnições da RONDESP; que receberam determinação do Comandante Regional Atlântico para que a guarnição fosse até o local para tentar localizar e prender a pessoa responsável pela situação; que chegando lá a guarnição viu diversos indivíduos na rua, como de praxe; que ao avistarem a guarnição, evadiram; que um deles, inclusive, realizaram disparos de arma de fogo contra a guarnição; que não conseguiram localizá-lo, pois a região tem muitos becos, que descem de viatura e lá embaixo acontece o tráfico de drogas, em uma encruzilhada; que o acusado foi avistado, tentando evadir da guarnição

e conseguiram prende-lo em flagrante; que não lembra a natureza da droga; que salvo engano foi cocaína ou crack; que são muitas ocorrências de drogas; que além da droga, não se recorda se havia outros petrechos relacionados ao tráfico de drogas; que não conhecia o réu anteriormente; que tem certeza que foi encontrado droga com o acusado; que o acusado disse que era apenas usuário e que não tinha nenhum envolvimento com o tráfico de drogas; que é duvidosa a afirmação do réu, considerando uma localidade como aquela extremamente violenta, onde pessoas de outros bairros adentram lá só com pessoas que moram lá; que apreenderam o réu e na tentativa do mesmo chamar atenção dos seus pais e parentes, disse aos policiais que na casa dele havia mais drogas; que foram até a casa indicada pelo réu, como sendo casa dos pais deles ou do avô; que na casa havia um senhor, que era o pai dele, a mãe dele e outras pessoas; que na casa nenhuma droga foi encontrada; que, salvo engano, havia pinos e sacos plásticos; que foi uma tentativa para chamar atenção aos familiares pelo fato de ter sido detido; que após isso conduziram à Central de Flagrante; que não se recorda se foi feito algum comentário em relação ao réu na Delegacia; que após o fato não soube de nenhuma outra informação especificamente sobre o acusado; que a prática do tráfico acontece diuturnamente por 24h, havendo uma grande circulação de usuários e traficantes; que é policial militar há 10 (dez) anos, 4 (quatro) anos na Rondesp e 6 (seis) anos no Nordeste de Amaralina; que essas situações já são rotineiras e costumazes para o policial, de prender esse tipo de gente e de conduta; que não ouviu falar sobre outro fato; que teve troca de tiros na parte superior da Polêmica; que a guarnição 02 foi recebida por disparos de arma de fogo; que a guarnição do policial veio depois inclusive para tentar dar um apoio maior na situação; que houve muita correria; que adentraram apenas em uma residência indicada pelo próprio acusado; que a casa era dos pais ou dos avós; que pelo que se recorda foi encontrado alguns elementos relacionados ao tráfico; que depois da troca de tiros já haviam muitos policiais; que não sabe informar quem realizou a revista no réu, mas que, salvo engano, ele ficou detido como Tenente ; que a droga foi encontrada com o acusado; no bolso da bermuda; que não sabia se estava acondicionada e nem outros detalhes [...]”.

Vale pontuar que os policiais que efetuaram a prisão do Apelante relataram que as drogas ilícitas foram encontradas em poder do Réu, tendo destaque que foram apreendidas 56 (cinquenta e seis) pedras de crack e 44 (quarenta e quatro) pinos contendo cocaína.

Todos esses verbos fazem parte do tipo descrito no art. 33 da Lei 11.343/2006, a saber:

“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.”

Conforme se extrai dos autos, os testemunhos dos policiais militares, os quais confirmaram que estavam em ronda na região da Polêmica, com intuito de combater crimes violentos contra a vida e tráfico de droga, destacando que a Polêmica é uma região conhecida pelo tráfico de drogas, reduto da facção criminosa “Bonde do Maluco”, quando avistaram o Apelante empreendendo em fuga, e, após alcançá-lo, prenderam-no em flagrante portando os entorpecentes susodito.

Vale destacar, por oportuno, que a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita, conforme já se firmou jurisprudência: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO CONFIRMADA PELO TRIBUNAL ESTADUAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. SÚMULA 7/STJ. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO PARA RECONHECER A BENESSE LEGAL COM EXTENSÃO..

1. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão agravada (decisão de inadmissibilidade do recurso especial) atrai a incidência da Súmula 182 desta Corte Superior.

2. Ainda que assim não fosse, concluindo as instâncias ordinárias, soberanas na análise das circunstâncias fáticas da causa, que haveria provas suficientes para a condenação da ré, chegar a entendimento diverso, implicaria revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em recurso especial, a teor da Súmula 7 do STJ.

3. Segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, 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. (AgRg no HC 759.876/MT, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022.) 4. Quanto à não aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, há, contudo, flagrante ilegalidade, a autorizar a concessão de habeas corpus de ofício.

5. A natureza das drogas apreendidas, isoladamente considerada, não constitui elemento suficiente para afastar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, ao pretexto do agente se dedicar ao comércio espúrio.

(AgRg no HC n. 755.864/SP, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 15/9/2022) 6. Agravo regimental não provido. Habeas corpus, de ofício, para, mantendo a pena-base no mínimo legal, aplicar o benefício do tráfico privilegiado no patamar de 2/3, redimensionando a pena da recorrente para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e 166 dias-multa, determinando a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, que serão fixadas pelo Juízo da Execução, mantidos os demais termos da condenação. Estando a corré nas mesmas condições fáticas e processuais da agravante, deve ele ser alcançada pelos efeitos da decisão, nos termos do art. 580 do CPP.

(AgRg no AREsp n. 2.129.808/SP, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 6/12/2022, DJe de 14/12/2022.)

Ademais, é cediço que para a comprovação do delito de tráfico de entorpecente não é indispensável que o agente seja surpreendido comercializando a droga, posto que o citado delito, classificado como crime de ação múltipla, de conteúdo variado ou alternativo, consuma-se com a prática de qualquer das condutas previstas no tipo penal descrito no artigo 33, da Lei nº 11.343/06.

Dessa forma, restou cabalmente comprovada a autoria e a materialidade dos fatos delituosos narrados na denúncia, não havendo que se falar em reforma da bem-lançada sentença condenatória.

Em relação à dosimetria da pena, busca o Apelante a aplicação da atenuante da menoridade contida no artigo 65, I, do CP, e por via de consequência a redução da pena intermediária aquém do mínimo legal.

Contudo, já é pacificado nos Tribunais superiores o entendimento de que o

reconhecimento da atenuante não implica a redução da pena aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231/STJ. E no caso dos autos a pena-base fora fixada no patamar mínimo.

Diz a jurisprudência do STJ:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. PECULATO. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 14, II, 17, E 65, III, D, TODOS DO CP. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. CRIME IMPOSSÍVEL. DESCABIMENTO. SÚMULA 567/STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. MOMENTO CONSUMATIVO. CESSAÇÃO DA CLANDESTINIDADE. POSSE MANSA E PACÍFICA DA RES FURTIVA. PRESCINDIBILIDADE. RESP N. 1.524.450/RJ. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. MANUTENÇÃO DO RECONHECIMENTO DA CONSUMAÇÃO QUE SE IMPÕE. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ART. 65, III, D, DO CP. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 231/STJ.

1. No que se refere ao pleito de reconhecimento do crime impossível, a instância ordinária dispôs que o crime de peculato se consuma no momento da apropriação indevida do bem, aproveitando-se o agente de sua qualidade de funcionário público ou equiparado. Logo, o posterior flagrante, decorrente da atuação do Coordenador de Operações dos Correios e do Supervisor de Segurança da CTE – Benfica e do sistema de detector de metais ocorreram em fase posterior à conduta típica. Frise-se que o crime se consumou no momento em que o réu subtraiu os bens listados no Auto de Apreensão de fls. 13/14 (fl. 350).

2. Nos termos da decisão ora agravada, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.385.621/MG, DJe 2/6/2015, julgado sob o rito do art. 543-C, § 2º, do Código de Processo Civil, consolidou o entendimento de que a existência de sistema de segurança ou de vigilância eletrônica não torna impossível, por si só, o crime contra o patrimônio. O tema está inclusive sedimentado na Súmula 567/STJ, segundo a qual sistema de vigilância realizado por monitoramento eletrônico ou por existência de segurança no interior de estabelecimento comercial, por si só, não torna impossível a configuração do crime de furto.

3. Descabido o reconhecimento da modalidade tentada. Ao tratar da matéria, o Tribunal Regional Federal da 2ª Região apresentou o seguinte fundamento: acerca da aplicação da causa de diminuição do art. 14, II, parágrafo único, do Código Penal, a tese não merece acolhida, pois se trata de crime consumado e não tentado, cujo momento consumativo, reitere-se, se deu com a apropriação indevida do bem, aproveitando-se o agente de sua qualidade de funcionário público equiparado (fl. 352).

4. A conclusão alcançada nos autos encontra respaldo na jurisprudência deste Tribunal, haja vista, para a consumação do crime patrimonial, ser desnecessária a cessação da clandestinidade ou da violência, bem como a posse mansa e pacífica da res furtiva.

5. Inviável a redução da pena intermediária, em que pese o reconhecimento da atenuante da confissão, haja vista a pena-base ter sido quantificada no mínimo legal. Exegese da Súmula 231/STJ.

6. Preservado o entendimento da Corte a quo, no sentido de que com relação à atenuante da confissão, entendo que também não assiste razão à defesa, pois o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 597.270 Q0-RG, pela sistemática da repercussão geral, reafirmou o entendimento segundo o qual "circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (Tema 158).

O Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido, por ocasião do julgamento do EREsp 1.154.752/RS, ocorrido em 23.5.2012, reafirmou o

entendimento consolidado na Súmula 231, o qual vem sendo mantido até os dias atuais pela Corte Superior (fl. 351).

7. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 1.951.407/RJ, relator Ministro , Sexta Turma, julgado em 11/10/2022, DJe de 14/10/2022.)

Em relação ao pleito defensivo de aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu patamar máximo, de igual forma não merece acolhimento.

Diz o éditto condenatório neste particular:

"[...] Para se concluir pela prática de tráfico, não basta, em princípio, a quantidade/qualidade da droga apreendida. Deve-se atentar também para outros fatores, v.g., o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente.

No caso em comento, o réu já respondeu, quando menor, a ato infracional por tráfico de drogas, foi apreendido em local de práticas criminosas portando entorpecentes de quantidade considerável e natureza distintas, o que demonstra sua reiterada prática em atividades criminosas.

[...]

O réu não faz jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11. 343/06, posto que, conforme antes pontuado, o mesmo demonstrou possuir reiteração na prática de atividades criminosas, principalmente o tráfico de drogas, tendo respondido, quando menor, à ato infracional. [...]".

Analisando os argumentos expostos pelo juízo sentenciante, verifica-se que devem ser mantidos.

Vale destacar, em que pese seja o Apelante tecnicamente primário, respondeu, quando menor, a procedimento de apuração de ato infracional análogo ao tráfico de drogas, que embora não se prestem ao reconhecimento de maus antecedentes, e muito menos de reincidência, por outro lado não podem ser ignorados para aferir a sua personalidade, bem demonstrando que se dedica, há muito, ao crime, inclusive à narcotraficância, daí porque não preenche o terceiro requisito necessário para a recepção de tão amplo benefício.

De mais a mais, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça posiciona-se no sentido de que o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, mediante fundamentação que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração, como ocorre na espécie.

Conforme se vê dos autos de origem no ID. n. 177628786, o Apelante respondeu a dois procedimentos de apuração de ato infracional no ano de 2018.

No que toca ao regime inicial de cumprimento de pena, acolho o pleito da defesa, a fim de modificar o regime inicial para o semiaberto, uma vez que os elementos concretos trazidos aos autos não autorizam a manutenção do regime fixado na sentença condenatória.

Com efeito, o acusado, embora tenha respondido a atos infracionais, é tecnicamente primário e não se tem notícia de outras ações penais em curso em seu desfavor. Além disso, ainda que as substâncias entorpecentes encontradas em seu poder tenham sido de tipo variado (cocaína e crack), a quantidade não pode ser considerada elevada.

Desse modo, ante a pena de 05 (cinco) anos de reclusão aplicada, aliada à primariedade do Réu e a ausência de valoração negativa das circunstâncias judiciais, adoto o entendimento de que os elementos acima apresentados, isoladamente, não se revestem da devida idoneidade para sustentar a fixação do regime inicial mais gravoso para cumprimento da pena, resultando cabível, na espécie, o regime semiaberto, a teor do disposto no art. 33, § 2º, 'b', do Código Penal.

Em albergamento do posicionamento ora adotado, cito o seguinte julgado:

EMENTA: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS.

CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS.

INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA EVIDENCIADA. REGIME

PRISIONAL. PENA SUPERIOR A QUATRO E NÃO EXCEDENTE A OITO ANOS.

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. AGENTE PRIMÁRIO. MODO INTERMEDIÁRIO ADEQUADO. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARCIALMENTE.

1. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas.

2. Concluído pelas instâncias antecedentes, com fulcro nos elementos constantes dos autos, sobretudo no fato de registrar atos infracionais análogos ao delito de tráfico de drogas, que o paciente se dedica ao comércio espúrio, a alteração desse entendimento – para fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. Precedentes.

3. Fixada a pena definitiva em 5 anos de reclusão, sendo primário o réu e favoráveis as circunstâncias judiciais, o regime semiaberto é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, a teor do contido no art. 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal.

4. Agravo regimental parcialmente provido para estabelecer o modo prisional intermediário (semiaberto).

(AgRg no HC n. 695.655/SP, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 8/2/2022, DJe de 14/2/2022.)

Ademais, em razão do insucesso da tese defensiva que poderia levar à redução da pena, fica mantida a negativa de substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direitos, por ausência de cumprimento do requisito objetivo previsto no art. 44, I, do CP.

Isto Posto, meu voto é no sentido de CONHECER DO RECURSO E DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, apenas para modificar o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto, mantendo os demais termos da sentença vergastada.

Sala das Sessões, data registrada no sistema.

Presidente

Relatora

Procurador (a) de Justiça

