

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0706577-03.2021.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE:

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

ACORDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RÉU CONDENADO A 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA. IRRESIGNAÇÃO. RAZÕES RECURSAIS. ABSOLVIÇÃO, COM FULCRO NO ART. 367, INCISO VI, DO CPP. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. CONSEQUENTE DESCLASSIFICAÇÃO DA IMPUTAÇÃO DISPOSTA NA SENTENÇA PARA AQUELA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006 – TRAZER CONSIGO SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PESSOAL. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE DO DELITO E SUA AUTORIA SOBEJAMENTE COMPROVADAS NOS AUTOS. PROVA ORAL IDÔNEA. DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS DA DENÚNCIA. FASES INQUISITIVA E JUDICIAL. HARMONIA E COERÊNCIA. CONFISSÃO DO ACUSADO EM SOLO POLICIAL. APLICAÇÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COMO ATENUANTE GENÉRICA, REDUZINDO-SE A PENA-BASE A UM QUANTUM ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. OBSERVÂNCIA À SÚMULA 231 STJ. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006, NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 (DOIS TERÇOS). ALBERGAMENTO PARCIAL. TEMA REPETITIVO 1139 DO STJ. VEDAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIIS EM CURSO PARA AFASTAR A MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ATOS PENDENTES DE DEFINITIVIDADE.

PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE. FRAÇÃO APLICADA DE 1/2 (METADE) EM RAZÃO DA NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA (QUARENTA E OITO PEDRAS DE CRACK). RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

I- Trata-se de recurso de apelação interposto por , em face da sentença prolatada, nos autos de nº 0706577-03.2021.8.05.0001, pelo Juízo da 1ª VARA DE TÓXICOS DA COMARCA DE SALVADOR – BAHIA ID 28101129 – págs. 01-12/ fls. 109-120 que condenou o denunciado a uma pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa – sendo 01 (um) dia-multa fixado no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato típico –, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da lei nº 11.343/2006 – tráfico de entorpecentes. ID 28101129 – pág. 11/fl. 119;

II- Em suas razões recursais, o suplicante requereu, em suma, “a reforma da sentença condenatória, para absolver o apelante do delito imputado na denúncia, em razão da insuficiência das provas carreadas aos autos da autoria, pautado no princípio do in dubio pro reo, com espeque no art. 386, VII, do CPP. Subsidiariamente, pugnou pela “aplicação da atenuante da confissão, reduzindo-se a pena abaixo do mínimo legal na 2ª fase da dosimetria, bem como pugna pelo reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006” ID 28101148 – pág. 13/ fl. 63;

III – Em antecipada síntese, destaco que tanto a materialidade do delito imputado em desfavor do suplicante quanto à sua autoria, encontram-se devidamente comprovadas nos autos, através do auto de prisão em flagrante (id. 28101004, pág. 02/fl. 246), auto de exibição e apreensão (id. 28101004, pág. 11/fl. 255), pela prova oral colhida, tanto em sede inquisitorial (id. 28101004, págs. 03; 05-10) quanto em juízo (vide links das audiências de instrução e julgamento, id. 28101114, pág. 02/fl. 177; id. 28101113, pág. 02/fl. 179; id. 28101112, págs. 01-02/fls. 180-181) e, especialmente, do laudo de exame pericial definitivo (id. 28101085, pág. 01/fl. 208);

IV – Apesar de realmente ter sido reconhecida, pelo Juízo a quo (id. 28101129 – pág. 11/fl. 119), a atenuante da confissão, esta circunstância não poderá ser aplicada em favor do recorrente, uma vez que a pena-base foi fixada no mínimo legal cominado, não sendo possível que a circunstância atenuante conduzir à redução da pena aquém do mínimo legal, nos termos da súmula 231 do STJ;

V – Por outro lado, faz-se mister aplicar, na terceira fase da dosimetria, a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em razão do Tema Repetitivo 1139 do STJ, que veda a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para afastar a causa de diminuição de pena. Redutor aplicado na fração de 1/2 (metade), em razão da nocividade da droga apreendida.

VI – Parecer da Procuradoria de Justiça pelo conhecimento do recurso de apelação e seu improvimento;

VII – Recurso CONHECIDO e PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0706577-03.2021.8.05.0001, oriundos da 1ª VARA DE TÓXICOS DA COMARCA DE SALVADOR – BAHIA, onde figuram, como apelante, , e como apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA,

ACORDAM os Desembargadores da Primeira Câmara Criminal Segunda Turma

Julgadora do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, no sentido de CONHECER do recurso e DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, para redimensionar as penas do Apelante em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, além do pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, substituindo-se a sanção privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais, e assim o fazem pelas razões que integram o voto do eminente Desembargador Relator.

Sala das Sessões da Primeira Câmara Criminal 2ª Turma do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 06 de setembro de 2022.

PRESIDENTE
DESEMBARGADOR
RELATOR
PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA
BMS07

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

DECISÃO PROCLAMADA

RECURSO CONHECIDO E PROVIDO À UNANIMIDADE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.
Salvador, 6 de Setembro de 2022.

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0706577-03.2021.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE:

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de apelação interposto por , através da DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA ID 28101148, págs. 01-13/fls. 51-63, em face da sentença prolatada, nos autos de nº 0706577-03.2021.8.05.0001, pelo Juízo da 1ª VARA DE TÓXICOS DA COMARCA DE SALVADOR – BAHIA ID 28101129, págs. 01-12/fls. 109-120.

De início, narra a exordial acusatória, oferecida em 09/08/2021 (id. 28101003, págs. 01-03/fls. 292-294), in verbis: “[...] Consta do procedimento investigatório anexo que, no dia 07 de maio de 2021, por volta das 12h, , ora Denunciado, estava de posse de substâncias entorpecentes com a finalidade de comercialização, na rua Sete de Abril, bairro da Liberdade, nesta Capital. Policiais Militares estavam realizando rondas no bairro da Liberdade e, ao trafegar pela rua Sete de Abril, avistaram um indivíduo em atitude suspeita, razão pela qual realizaram a abordagem. O indivíduo foi identificado posteriormente como sendo o ora Denunciado . Ato contínuo, os policiais procederam com a revista pessoal de e encontraram com o ora Denunciado 48 (quarenta e oito) pedras amareladas, aparentando ser crack. Assim, configurado o delito, foi dada voz de prisão em flagrante ao Denunciado por tráfico de drogas. Em sede de interrogatório, o Denunciado confessou que comercializava drogas, inclusive que já havia sido preso várias vezes, algumas delas por traficar (f. 07 do IP). Realizada perícia na substância apreendida, verificou-se que corresponde a: 19,36g (dezenove gramas e trinta e seis centigramas) de cocaína sob a forma de pedras amareladas, distribuída em 48 (quarenta e oito) porções envoltas de fragmentos de plástico incolor, amarrados por linhas de cor vermelha, conforme Laudo de Constatação 2021 00 LC 015454-01 de f. 21 do IP 032/2021. O procedimento investigatório foi conclusivo quanto ao tráfico de drogas, praticado pelo Acusado. Todas as circunstâncias do fato, substâncias apreendidas, respectivas quantidades, forma de acondicionamento, depoimentos e declarações obtidas no curso do inquérito policial, subsumindo-se o comportamento do Denunciado a uma das múltiplas condutas do crime de tráfico de drogas. Diante do exposto, está incurso na pena do art. 33 da Lei 11.343/2006, [...]” (grifos originais).

Após regular tramitação e instrução da ação penal desencadeada pelo recebimento da denúncia, em 20/08/2021 (id. 28101088 – pág. 01/fl. 205), o Juízo processante, em 10/12/2021, prolatou sentença na qual condenou o denunciado a uma pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa – sendo 01 (um) dia-multa fixado no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato típico –, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da lei nº 11.343/2006 – tráfico de entorpecentes. ID 28101129, pág. 11/fl. 119.

Irresignado, o condenado supracitado, em 21/02/2022, interpôs recurso de apelação onde, nas suas razões recursais (id. 28101148, págs. 01-13/fls. 51-63), requereu, em suma: “a reforma da sentença condenatória, para absolver o apelante do delito imputado na denúncia, em razão da insuficiência das provas carreadas aos autos da autoria, pautado no princípio do in dubio pro reo, com espeque no art. 386, VII, do CPP; Subsidiariamente, “a aplicação da atenuante da confissão, reduzindo-se a pena abaixo do mínimo legal na 2ª fase da dosimetria, bem como pugna pelo reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006” ID 28101148, pág. 13/fl. 63.

Por fim, prequestiona, para fins de recursos especial, os arts. 65, III, d, e 68, ambos do CP, “por violação dos critérios fixados na análise da segunda fase da dosimetria da pena, bem como a violação à Súmula 444 do STJ pela valoração de ação penal em curso para negar a incidência do art. 33, § 4ª, da Lei 11.343/2006” (id. 28101148, pág. 12/fl. 62).

Na mesma alheta, “Para efeito de abertura da via do Recurso Extraordinário, prequestiona os incisos XLVI e LVII, do art. 5º, da CF, pela violação ao princípio da individualização da pena e da presunção de inocência” (id. 28101148, pág. 12/fl. 62).

Em seguida, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, em 24/02/2022, ofereceu suas contrarrazões recursais, através das quais pugna, em síntese final, pelo improvimento do recurso apelatório (id. 28101152, págs. 01-07/fls. 43-47).

Por fim, a Procuradoria de Justiça, em 21/07/2022, exarou seu opinativo (id. 31925095 – págs. 01-11/fls. 06-16), no qual pugna, em síntese final, também pelo “Conhecimento e pelo Improvimento do Recurso de Apelação, mantendo-se a sentença em todos os termos” (id. 31925095, pág. 11/fl. 16).

Com este relato, submeto o exame dos autos ao eminente Des. Revisor, nos termos do artigo 166 do RITJBA.

Salvador, 1º de agosto de 2022.

DESEMBARGADOR
RELATOR
BMS07

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0706577-03.2021.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE:

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

Na sequência, não vislumbro a existência de nulidades processuais, questões prefaciais ou prejudiciais de mérito arguidas, ou qualquer uma dessas declaráveis de ofício.

Sendo assim, passo ao exame do mérito recursal, conforme será demonstrado a seguir.

ABSOLVIÇÃO DO APELANTE, NOS TERMOS DO ART. 367, INCISO VII DO CPP, COM A CONSEQUENTE DESCLASSIFICAÇÃO DA IMPUTAÇÃO DISPOSTA NA SENTENÇA PARA AQUELA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006 – ADQUIRIR, GUARDAR, TER EM DEPÓSITO, OU TRAZER CONSIGO SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE PARA CONSUMO PESSOAL

O apelante busca o atendimento dessa pretensão sob a sua justificativa de que, em suma, “não restou provada a destinação da droga apresentada na Delegacia” ID 28101148, pág. 05/fl. 55. (grifo e sublinhamento

originais).

Antes de apreciar a aludida pretensão, destaco previamente que, tanto a materialidade do delito imputado em desfavor do suplicante quanto à sua autoria, encontram-se devidamente comprovados nos autos, através do auto de prisão em flagrante ID 28101004, pág. 02/fl. 246), auto de exibição e apreensão ID 28101004, pág. 11/fl. 255, pela prova oral colhida, tanto em sede inquisitorial ID 28101004, págs. 03; 05–10 quanto em juízo (vide links das audiências de instrução e julgamento, ID 28101114, pág. 02/fl. 177; ID 28101113, pág. 02/fl. 179; ID 28101112, págs. 01–02/fls. 180–181 e, especialmente, do laudo de exame pericial definitivo ID 28101085, pág. 01/fl. 208).

Pois bem. Não acolho a demanda em tela.

Isto porque, em antecipada síntese, todo o contexto fático-probatório carreado aos autos atesta que as narcosubstâncias apreendidas com o recorrente seriam de fato comercializadas na Comarca processante, a começar pelos excertos a seguir colacionados dos depoimentos de 02 (duas) das 03 (três) testemunhas da acusação arroladas na exordial acusatória (id. 28101003 – pág. 03/fl. 294), todos prestados em solo policial:

“[...] disse que avistou um indivíduo sentado no asfalto, com uma sacola em mãos, o que levantou suspeita nos policiais, os quais tentaram se aproximar foi quando o indivíduo tentou fugir, mas não completou sua ação; que foram encontrados dentro da sacola 48 (quarenta e oito) pedras na cor amarelada, aparentando ser a droga conhecida como crack; que o mesmo não portava nenhum documento de identificação; que disse se chamar ; que alegou que tinha acabado de receber a droga e que vendia cada porção pela importância de R\$ 10, mas não declinou nome ou endereço do fornecedor; [...]” (Depoimento da testemunha da denúncia, IPC , id. 28101004, pág. 03/fl. 247). (grifo original).

“[...] disse que, em companhia dos investigadores e , estavam de ronda, por voz das 12 horas, ao passarem pela rua Sete de Abril, em frente ao posto de venda da Liquigás, no bairro da Liberdade, avistou um indivíduo sentado no asfalto, com uma sacola em mãos, o que levantou suspeita nos policiais, os quais tentaram se aproximar foi quando o indivíduo tentou fugir, mas não completou sua ação; que foram encontrados dentro da sacola 48 (quarenta e oito) pedras na cor amarelada, aparentando ser a droga conhecida como crack; que o mesmo não portava nenhum documento de identificação; que disse se chamar ; que alegou que tinha acabado de receber a droga e que vendia cada porção pela importância de R\$ 10, mas não declinou nome ou endereço do fornecedor; [...]” (Depoimento da testemunha da denúncia, o IPC , id. 28101004, págs. 05–06/fls. 249–250). (Grifos nossos)

Em Juízo, resta evidente que as retromencionadas testemunhas da denúncia mantiveram a mesma coerência fático-contextual:

“[...] que não se recorda da fisionomia do réu, mas se recorda dos fatos narrados na denúncia; que o local descrito na denúncia é de intenso tráfico de drogas; que o indivíduo detido no dia descrito na denúncia estava sentado num batente e fez menção de se levantar, mas não teve tempo porque a viatura encostou rapidamente; que, ao lado da perna do indivíduo,

encostado na perna desse, havia um saco que continha drogas, as quais o indivíduo admitiu que iria comercializar pela quantia de 10 reais por pedra; que o indivíduo estava sentado em frente a uma barraca azul, onde havia cerca de seis pessoas, numa espécie de confraternização, e nessa ocasião tocava música; que como tinha algumas mulheres, todos os homens presentes foram revistados; que essas pessoas não deram informações sobre o indivíduo; que o indivíduo não reagiu à abordagem; que até então o depoente não conhecia o réu e nada sabe informar de outros fatos delituosos envolvendo o indivíduo; que sentados ao lado do indivíduo num batente, havia mais um rapaz e uma moça; que o indivíduo conduzido informou que a droga lhe pertencia assim que foi indagado a respeito pelos policiais; que todo o material apreendido foi apresentado na delegacia [...] que o depoente estava trabalhando naquela área acerca de dois anos e já tinha trabalhado anteriormente por esse mesmo período; que reafirma que não conhecia o réu; [...].” (Depoimento da testemunha da denúncia, o IPC , 28101112, págs. 01-02/fls. 180-181).

“[...] que reconhece o réu presente na chamada de vídeo e se recorda dos fatos narrados na denúncia; que os policiais estavam em ronda na localidade onde existe uma boca de fumo, quando visualizaram o réu sentado no meio fio com uma sacola de "perfumaria", como o boticário, na mão; que o réu dispensou um saco e tentou evadir quando viu a viatura não padronizada, mas não teve chance, e após abordagem o réu admitiu que dentro do saco tinha droga e a droga lhe pertencia e que estava comercializando naquele momento; que o réu estava exatamente numa boca de fumo que funciona junto ao muro de uma casa; Que próximo ao réu havia uma barraca com pessoas comendo e consumindo bebida alcoólica; que o réu não reagiu à abordagem; que reafirma que o réu levantou rápido com a intenção de fugir, mas ficou "numa boa" depois; que o réu deu detalhes do comércio das drogas que realizava; que recebia as drogas dos irmãos e ; que as drogas que iria comercializar vendia em mais ou menos 40 min a 1 hora; que com o réu tinha 50 pedras, salvo engano; que os policiais fizeram o cálculo e constataram que a venda da drogas daria em torno de 500 reais; que a festa que estava ocorrendo no local não era tipo "paredão", era uma festa de confraternização, e as pessoas que estavam participando não aparentavam ter envolvimento com o tráfico de drogas; que quem estava sentado no meio fio parecia estar associado com o tráfico de drogas; que os policiais eram poucos e revistaram as pessoas que eram próximas e que puderam, mas logo o acusado isentou as outras pessoas e disse que as drogas lhe pertenciam; [...].” (Depoimento da testemunha da denúncia, o IPC , id. 28101113, págs. 01-02/fls. 178-179).

A propósito, os depoimentos de policiais, agentes públicos no exercício das suas funções, merecem credibilidade, isto é, possuem presunção de veracidade (presunção juris tantum) como qualquer outra testemunha, razão pela qual só estarão comprometidos, se não encontrarem apoio no contexto fático-probatório carreado aos autos ou forem naqueles evidenciadas vilania e má-fé (situação a ser apurada e consequentemente punida) – o que não é o caso ora versado no presente feito.

Nesse sentido:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – DEPOIMENTO DE POLICIAIS – COERÊNCIA. [...]. Os depoimentos de policiais possuem relevância como os

de qualquer outra testemunha, notadamente quando em consonância com as demais provas nos autos. (TJMG – Apelação Criminal 1.0317.20.002268-7/001. Órgão julgador: 8ª CÂMARA CRIMINAL. Data de julgamento: 11/03/0021. Data de publicação: 15/03/2021. Relator (a): Des.(a) .

Na mesma toada, o próprio recorrente, por ocasião do seu interrogatório, em sede inquisitiva, infirma o pleito defensivo em análise (absolvição da prática da traficância e a consequente desclassificação para o delito previsto no art. 28 da lei 11.343/2006), apesar de ter tergiversado, na fase do contraditório:

“[...] que, no dia de hoje, por volta das 12:00 horas, infelizmente devido à necessidade, o interrogado pegou uma certa quantidade de droga e ia tentar vender; foi quando os policiais o flagraram e o conduziram para esta unidade; que ia vender cada porção por dez reais, para, com o dinheiro, comprar o enxoval do filho que sua companheira espera; [...].” (Interrogatório do apelante em solo policial, id. 28101004, págs. 09-10/fls. 253-254). (grifo e sublinhamento aditados).

“[...] na hora da abordagem o interrogado estava com 10 pedras de crack para uso pessoal e estavam em sua mão e não portava nenhum saco; que o interrogado ficou nervoso com a chegada da polícia atirando; que respondeu a outro processo por tráfico de drogas; que o interrogado foi detido bem antigamente por tráfico de drogas e na época portava maconha; que o interrogado costuma consumir a mistura de crack com maconha, e o denomina como "petilho"; que na época dos fatos narrados na denúncia, o interrogado morava na rua, no Largo do Tanque. (...) que na época dos fatos narrados na denúncia o interrogado trabalhava como baleiro em coletivos; que é usuário de drogas desde os 14 anos; que na hora da abordagem o interrogado assumiu o que estavam em suas mãos, mas na delegacia foram apresentadas mais drogas (sic). [...].” (Interrogatório do apelante, vide audiência de instrução e julgamento gravada na plataforma Lifesize, vide link da audiências de instrução e julgamento, id. 28101114, pág. 02/fl. 177).

A propósito, é assente na doutrina e jurisprudência pátrias que, apesar de, isoladamente, grosso modo, não ter força suficiente para fundamentar a decisão judicial, sob pena de ofensa ao princípio do contraditório, é certo que o inquérito policial, não se olvidando o seu valor informativo, tem em seu bojo uma dose de veracidade e pode influenciar na formação do livre convencimento do juiz, quando complementado pelas demais provas colhidas em Juízo e, desta vez, sob o manto do contraditório.

Nessa rota, é evidente que a confissão extrajudicial possui um valor indiciário do fato, por isso ela mesma é confrontada com os outros elementos probatórios constituídos em Juízo, conforme será visto adiante.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS [...] – CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DO RÉU – RETRATAÇÃO EM JUÍZO – IRRELEVÂNCIA – FIRMES DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS – OUTROS ELEMENTOS DE CONVICÇÃO – PROVA SUFICIENTE – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. Se a confissão extrajudicial do réu, os firmes depoimentos dos policiais que participaram das diligências e as circunstâncias em que se deu a apreensão das porções de droga demonstram, satisfatoriamente, que teriam destinação comercial, a

conduta se enquadra ao tipo penal previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, sendo de rigor a manutenção da sentença condenatória. Desclassificação afastada. Recurso improvido. (TJMS – Apelação Criminal nº 0024467–35.2020.8.12.0001. Órgão julgador: 2ª CÂMARA CRIMINAL. Data de julgamento: 20/04/2021. Data de publicação: 23/04/2021. Relator (a): Des. . (Grifos nossos).

Portanto, tendo-se em vista a prova oral existente, conclui-se que as substâncias entorpecentes apreendidas em poder do recorrente não se prestavam apenas para o seu uso, mas, sobretudo, ao fornecimento ilícito daquelas mediante pagamento.

Ademais, o crime de tráfico é imputado não somente àquele que comercializa de fato a droga, mas sim, a qualquer pessoa que, de algum modo, pratica qualquer uma das 18 (dezoito) condutas previstas no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, dentre as quais "trazer consigo" a substância entorpecente, justamente a ação na qual foi flagrada a ora apelante.

Por fim, o delito de uso, capitulado no art. 28 da lei 11.243/2006, além de apresentar o dolo como seu elemento subjetivo, exige a comprovação da finalidade de consumo pessoal para sua caracterização.

Desta forma, não basta a simples alegação de ser usuário para que reste afastada, de plano, a imputação do delito de tráfico ilícito de drogas ao apelante, pois nada impede que este, na condição de usuário, seja também traficante.

Em suma, a versão apresentada não parece crível e contextualizada com as provas trazidas aos autos, estando evidente que as substâncias entorpecentes apreendidas se destinavam ao tráfico de entorpecentes.

Nesse sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL – CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33, “CAPUT”, DA LEI Nº 11.343/06)– CONDENAÇÃO – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO, COM FUNDAMENTO NO ART. 386, INCISOS V e VII, DO CPP, E, SUBSIDIARIAMENTE, REQUER A DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO PARA A CONDOTA DE USO DE DROGAS – INVIABILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS – FIRMEZA E COERÊNCIA DAS PALAVRAS DOS POLICIAIS MILITARES – APREENSÃO DE QUANTIDADES ELEVADA DE “MACONHA” (EM TABLETE E 34 PORÇÕES FRACIONADAS) – [...]. (TJPR – Ap. Crim. nº 0005970–15.2018.8.16.0103. Órgão julgador: 4ª Câmara Criminal. Data de julgamento: 11/02/2020. Data de publicação: 11/02/2020. Rel. Des. .

APLICAÇÃO DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COMO ATENUANTE GENÉRICA, REDUZINDO-SE A PENA-BASE A UM QUANTUM ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL

Também não acolho o pleito em voga.

Isto porque, apesar de realmente ter sido reconhecida, pelo Juízo a quo (id. 28101129 – pág. 11/fl. 119), a atenuante da confissão, esta circunstância não poderá ser aplicada em favor do recorrente, vez que me filio ao entendimento de que, quando o quantum da pena provisória for fixado, na 1ª (primeira) fase de dosimetria, a chamada pena-base, no

mínimo legal cominado, não será mais possível a redução, já na 2ª (segunda) fase de dosimetria, para um quantum menor que o fixado para a pena-base – mesmo que haja a presença de atenuantes, como ocorre no caso em tela.

Nessa esteira, e como consectário dessa orientação, que é a majoritária na jurisprudência pátria, ressalte-se, qualquer pena só poderá ser fixada num quantum inferior ao mínimo legal, se houver aplicação de alguma causa de diminuição, aplicável somente na 3ª (terceira) fase de dosimetria.

Da mesma forma, de acordo com tal linha de inteligência, uma pena somente poderá ser fixada além do patamar máximo abstratamente previsto no tipo penal se houver uma causa de aumento de pena, a ser aplicada também apenas na 3ª (terceira) e última fase de dosimetria da pena.

Trata-se, portanto, de uma posição amplamente difundida na jurisprudência pátria. Aliás, jurisprudência essa que possui entendimento sumulado – a de nº 231 do STJ, transcrita logo abaixo – a respeito do tema ora versado.

Súmula 231 STJ

Circunstâncias Atenuantes – Redução da Pena – Mínimo Legal

A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

Nesse sentido é a esmagadora jurisprudência de todos os Tribunais pátrios, a exemplo do recente aresto colacionado abaixo:

Apelação criminal. Porte ilegal de arma de fogo de uso permitido.

1. Pretensão de aplicação da atenuante de confissão espontânea, em ordem a reduzir a pena imposta aquém do mínimo legal – Impossibilidade –

Dosimetria da pena – Circunstâncias legais – Atenuantes genéricas, como é o caso da confissão espontânea, que por não integrarem a estrutura do tipo penal, não podem implicar redução da pena abaixo do mínimo estabelecido pelo legislador – Entendimento contrário que implicaria malferimento aos princípios constitucionais da legalidade e da separação de poderes – Precedentes do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte – Pena privativa de liberdade adequadamente dosada. 1.1.

“Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (STF, Pleno, RE 597270-Q0-RG, unânime, Peluso).

1.2. “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (STJ, súm. 231). 1.3. Por não integrarem a estrutura do tipo penal – nem mesmo por extensão – as atenuantes genéricas, como é o caso da confissão espontânea, não podem implicar redução da pena abaixo do mínimo estabelecido pelo legislador, do mesmo modo que as agravantes não permitem elevação para além do máximo legal; 2. Recurso desprovido. (TJPR – AP.CR.: 0003408-28.2017.8.16.0019. Órgão Julgador: 2ª Câmara Criminal. Data do Julgamento: 24/01/2020. Fonte/Data da Publicação: 27/01/2020. (Grifos nossos).

Em arremate, não poderá ser apreciada em favor do apelante a atenuante da menoridade aqui requerida, na 2ª (segunda) fase de dosimetria da pena do crime previsto no art. 33, § 4º, da lei 11.343/2006.

APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006, NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 (DOIS TERÇOS)

De proêmio, é consabido que a causa de redução de pena, capitulada na Lei de Tóxicos, foi criada com a finalidade de dar tratamento mais benéfico ao traficante ocasional, em contraposição àquele que faz do tráfico de entorpecentes o seu meio de vida, isto é, o traficante habitual.

Nessa toada, vê-se que, na terceira e última fase da dosimetria, o Juízo a quo afastou o reconhecimento do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06) em favor do recorrente em comento, sob o fundamento de que esse se dedica às atividades criminosas, nos termos do excerto a seguir transcrito ID 28101129 – págs. 10–11/fls. 118–119:

"A vida pregressa do Acusado não o recomenda, pois responde a outro processo por tráfico de drogas, perante a 2ª Vara de Tóxicos. Responde, ainda, a dois processos criminais, perante a 8ª e a 12ª Varas Criminais, não existindo causa especial de diminuição de pena para ser reconhecida, de forma que não faz" jus "ao benefício previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de drogas".

Ocorre que, em recente Tese Fixada por meio do Tema Repetitivo n.º 1.139, no bojo do Recurso Especial 1.977.027PR, julgado em 10/08/2022, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça concluiu que a existência de inquéritos policiais e ações penais em curso não podem afastar a minorante prevista do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, em razão do princípio da presunção de não-culpabilidade e pela impossibilidade de afirmar peremptoriamente a dedicação a atividades criminosas a partir de atos pendentes de definitividade.

Veja-se a tese fixada: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do artigo 33, parágrafo 4º da lei 11.343/2006."

Na ocasião do julgamento, a Min.ª Relatora apontou que todos os requisitos estipulados no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, demandam uma afirmação peremptória dos fatos, de modo que a primariedade e os bons antecedentes só podem ser afastados com base em condenações que sejam definitivas, isto é, com trânsito em julgado.

Ressaltou, ainda que, quando ocorre absolvição, anulação do processo ou arquivamento do inquérito, o Acusado tem grande dificuldade de reverter a decisão que afastou a minorante, tendo que valer-se de meios de impugnação autônomos, causando-lhe incontestes prejuízos.

Consignou que, no caso da dedicação às atividades criminosas ou integrar grupo criminoso, seria possível a comprovação a partir de elementos de prova: escutas telefônicas, monitoramento ou outros documentos que revelem a habitualidade delitiva, porém de nenhum modo é possível operar, aqui, com base em presunções.

Isto porque, trata-se, consoante explicitado no Voto condutor do Acórdão, de utilizar-se da mesma ratio decidendi que orientou a edição do

entendimento que embasou a Súmula n.º 444 da Corte Cidadã, a qual veda a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Nesse ponto, foi ressaltado que tais parâmetros, eis que pendentes de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não podem ser utilizados tampouco na terceira fase da dosimetria, para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.

Confira-se a ementa do julgado:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA.

1- A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais.

2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso.

3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza.

4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena.

5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles.

6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise

definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante.

7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis.

8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto.

9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para fins penológicos.

10. Não se deve confundir a vedação à proteção insuficiente com uma complacência diante da atuação insuficiente dos órgãos de persecução penal. É certo que não podem ser criados obstáculos injustificáveis à atuação do Estado na defesa dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada, todavia isso não legitima a dispensa do cumprimento dos ônus processuais pelos órgãos de persecução penal, não autoriza a atuação fora da legalidade e não ampara a vulneração de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir provas concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice.

11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma "análise de contexto" para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, não há que se recorrer a inquéritos e ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e ações penais em curso na tentativa de demonstrar a dedicação criminosa, é porque os demais elementos de prova são insuficientes, sendo necessário formular a ilação de que o Acusado "não é tão inocente assim", o que não se admite em nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a ilicitude do fundamento, que decorre do raciocínio presuntivo contra o Réu que ele encerra, não se altera em face de outros elementos dos autos.

12. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais

em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06". A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017).

13. Recurso especial provido. (STJ, REsp n.º 1.977.027/PR, Tema Repetitivo n.º 1.139, Terceira Seção, Relatora: Min.ª , Julgado em 10/08/2022). (Grifos nossos).

Sendo assim, dada a primariedade do Apelante e não havendo sido demonstrado que ele integre organização criminosa, forçoso reconhecer a necessidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006.

Passa-se a redimensionar a pena do Recorrente.

Na primeira fase, o Juízo primevo não valorou negativamente nenhuma circunstância judicial, ressaltando, ainda, que a quantidade de droga era pequena (quarenta e oito pedras de crack), razão pela qual fixou a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão, o que ora se ratifica.

Na segunda fase, acertadamente, o Juízo manteve a pena intermediária no mesmo patamar, tendo em vista a ausência de circunstâncias agravantes e a impossibilidade de valorar a atenuante da confissão espontânea em razão da Súmula n.º 231 do STJ.

Na terceira fase, contudo, faz-se necessária a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, pelos motivos declinados alhures. Nesse ponto, considerando a nocividade da droga (quarenta e oito pedras crack), faz-se necessário modular o redutor, aplicando-o em 1/2 (metade), em atenção aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade e individualização da pena.

Sendo assim, a pena do Apelante resta definitivamente fixada em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, além do pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal.

Considerando o preenchimento dos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, substitui-se a sanção privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais.

VI. PREQUESTIONAMENTO

No tocante ao prequestionamento, mister ressaltar que o julgador não tem a obrigação de se manifestar expressamente sobre todos os dispositivos mencionados pelas partes, mas sim, apreciar as matérias expostas e decidir a lide de forma fundamentada.

Dessa forma, como este Juízo ad quem analisou e decidiu todas as questões levantadas nas razões recursais, resta, pois, prejudicada a pretensão em

tela.

Nesse sentido:

APELAÇÃO MINISTERIAL – TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06 E FORNECIMENTO DE BEBIDA ALCÓOLICA A MENORES (ART. 243 DO ECA) – PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA MINORANTE ALUSIVA AO TRÁFICO PRIVILEGIADO – ACATAMENTO, COM READEQUAÇÃO DA PENA E DO REGIME PRISIONAL – PREQUESTIONAMENTO – COM O PARECER, RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. [...]. É assente na jurisprudência que, se o julgador aprecia integralmente as matérias que lhe são submetidas, se torna despicienda a manifestação expressa acerca de dispositivos legais utilizados pelas partes como sustentáculo às suas pretensões. Com o parecer, recurso conhecido e provido. (TJMS. Apelação Criminal n. 0000793-36.2015.8.12.0055. Órgão julgador: 3ª Câmara Criminal. Data de julgamento: 24/09/2021. Data de publicação: 29/09/2021. Relator: Des.). (Grifos nossos).

Ante o exposto, VOTO no sentido de CONHECER do recurso e DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, para redimensionar as penas do Apelante em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, além do pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, substituindo-se a sanção privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais.

Expeça-se Alvará de Soltura no BNMP 2.0 em favor de , filho de , o qual não deverá ser imediatamente posto em liberdade, uma vez que, em consulta ao BNMP, verifica-se constar outro mandado de prisão ativo em seu nome. É como voto.

Sala das Sessões da Primeira Câmara Criminal 2ª Turma do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 06 de setembro de 2022.

DESEMBARGADOR
RELATOR
BMS07