

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0701018-65.2021.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE:

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

ACORDÃO

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, DA LEI Nº 11.343/2006. PRELIMINAR: DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. REJEIÇÃO. MÉRITO. DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). IMPERTINÊNCIA NO CASO CONCRETO. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. POSSIBILIDADE. ANÁLISE FAVORÁVEL DO ART. 59, DO CP E VIABILIDADE DIANTE DO QUANTUM DA PENA ESTABELECIDO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 44, DO CP E NATUREZA NOCIVA DA DROGA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. O descumprimento injustificado das condições estabelecidas em sede de liberdade provisória, descredencia o direito de apelar em liberdade. Ademais, forçoso rejeitar a súplica defensiva, na atual fase do procedimento recursal, haja vista que, em se julgando o apelo, torna prejudicada a pretensão do recorrente em razão da preclusão lógica. O registro de que o réu já praticou diversos atos infracionais pode ser considerado como elemento incompatível com a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33 , § 4º , da Lei n. 11.343 /06.

Em sendo a análise das circunstâncias majoritariamente favorável e havendo viabilidade pelo quantum de pena a cumprir, promove-se o abrandamento do regime prisional fixado para o regime semiaberto.
Ausentes os requisitos do art. 44, do Código Penal, não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0701018-65.2021.8.05.0001, em que figura como apelante a , e como apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em conhecer do recurso, para rejeitar a preliminar e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, nos termos do voto do relator.

Salvador, data registrada no sistema.

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

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade
Salvador, 5 de Dezembro de 2022.

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0701018-65.2021.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE:

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

RELATÓRIO

O ilustre Representante do Ministério Público ofertou denúncia ID 32209621 – págs. 1/4, contra , como incurso nas penas do art. 33, caput, Lei nº 11.343/06.

A acusatória narra que, “no dia 16 de janeiro de 2021, por volta das 16h50min, nesta capital, o ora denunciado trazia consigo substâncias entorpecentes de uso proscrito no Brasil, destinadas a comercialização.” (sic)

Acrescenta a exordial, que na localidade conhecida como Planeta dos Macacos, bairro de São Francisco, nesta capital, reputado ponto de vendas de drogas, policiais estavam em ronda de rotina, momento em que avistaram, em via pública, o denunciado, que ao perceber a presença da guarnição, empreendeu fuga, contudo, não logrou êxito, vez que fora alcançado pelos milicianos.

Aduz que, durante a abordagem e revista pessoal foram encontrados em poder do denunciado 24,16g (vinte e um gramas e dezesseis centigramas) de maconha e 21,31 (vinte e um gramas e trinta e um centigramas) de cocaína, distribuídas em porções e embaladas individualmente em saquinhos de plástico incolor. Com o réu, ainda foi encontrado um telefone celular de marca Lenox, um caderno de anotações e quantia em dinheiro, totalizando R\$ 65,00 (sessenta e cinco reais).

A denúncia foi recebida em decisão Id 32209733 e a defesa prévia apresentada em peça Id 32209726.

Após regular trâmite, sobreveio a sentença Id 32209763 – págs. 1/10 que, ao acolher a pretensão acusatória externada na denúncia, julgou procedente a ação penal, para condenar o acusado, , como incurso nas penas do artigo 33, da Lei 11.343/2006.

Quanto à reprimenda do crime de roubo, na primeira fase foi fixada a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão, ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu. Na segunda fase, apesar de reconhecida a circunstância atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, d, do CP, a pena restou mantida em 05 (cinco) anos de reclusão, porque

fixada no mínimo legal. Na terceira fase, a sanção corpórea de 05 (cinco) anos de reclusão tornou-se definitiva, a minguada de causas de aumento ou diminuição da pena Restou determinado o cumprimento da pena em regime inicial prisional fechado, sem direito de o réu recorrer em liberdade. A pena pecuniária foi fixada em 500 (quinhentos) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente.

Inconformado com a sentença, , devidamente assistido por seu advogado, interpôs recurso de Apelação (Id 32209767).

Nas razões recursais, defende o direito de apelar em liberdade, sendo réu primário, com profissão lícita, definida e residência fixa.

Pleiteia, outrossim, a aplicação da causa de diminuição da pena, prevista no Art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, ao argumento que não restou demonstrada nos autos a periculosidade do agente.

Por fim, requer o estabelecimento de regime inicial prisional diverso do fechado e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Nas contrarrazões Id 32209776, o Ministério Público pugna pelo desprovimento do recurso.

A douta Procuradoria de Justiça, em parecer Id 32975540, pronuncia-se pelo conhecimento e provimento parcial da apelação.

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

Salvador, data registrada no sistema.

DESEMBARGADOR RELATOR

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0701018-65.2021.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE:

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

VOTO

Cuida-se de Apelação Criminal interposta por contra a sentença Id 32209763 – págs. 1/10 que, ao acolher a pretensão acusatória externada na denúncia, julgou procedente a ação penal, para condenar o denunciado como incurso nas penas do artigo 33, da Lei 11.343/2006.

RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA DEFESA.

1. PRELIMINAR

1.1. Do direito de recorrer em liberdade.

O Apelante postula o direito de recorrer em liberdade. Sem razão o recorrente.

Do teor da sentença proferida, verifica-se que agiu com acerto o Juízo Primevo ao negar ao Apelante o direito de recorrer em liberdade, ainda mais se levado em consideração os pressupostos da prisão preventiva, a pena aplicada e o fato de ser o sentenciado voltado a prática delituosa. In casu, o denunciado responde por outros crimes e, após ter sido posto em liberdade provisória em ação penal em trâmite na 2ª Vara de Tóxicos, desta Comarca, foi preso em flagrante pela prática da mesma conduta que lhe fora imputada nesta demanda.

Com efeito, ao contrário do que argumenta a Defesa, trata-se de provimento jurisdicional proferido com motivação suficiente, razão pela qual não há que se falar em ausência dos requisitos da preventiva, senão vejamos:

“[...]Nego ao réu o benefício de apelar em liberdade, uma vez que o acusado, quando em liberdade provisória concedida pelo Juízo da 2ª Vara de Tóxicos, voltou a ser preso, passando a responder por este processo, acusado de praticar crime de tráfico de drogas. Frise-se, também, que o réu responde, ainda, a outros dois processos criminais, um perante a 2ª Vara dos Feitos Relativos aos Crimes Praticados Contra Criança e Adolescente e o segundo, perante a 15ª Vara Criminal, indicando, assim, possível reincidência e que oferece risco à ordem pública, quando solto. Ademais, conforme consta da fundamentação desta peça, há incontestes provas de autoria e materialidade de crime de tráfico de drogas. [...]” (Id 32209763 – pag. 9).

Desta feita, o Apelante não faz jus ao pedido, pois já esteve em liberdade durante o trâmite de outra ação criminal, todavia, não cumpriu as medidas cautelares que lhe foram impostas, acarretando a sua prisão em flagrante nos autos da presente ação penal, pela prática do mesmo crime.

Em igual sentido, destaca-se o parecer da Procuradoria de Justiça:

"[...]Destarte, a manutenção da prisão preventiva encontra-se devidamente fundamentada para garantir a ordem pública, uma vez que o Réu demonstra habitualidade na prática criminosa, tendo cometido o crime ora analisado, quando estava em liberdade provisória concedida pelo Juízo da 2ª Vara de Tóxicos. Assim, não se verifica a desnecessidade da segregação, a qual, ao contrário, remanesce imperiosa, em razão dos motivos delineados .[...]" (Id 32975540 – pág. 6)

Ademais, forçoso rejeitar a súplica defensiva, na atual fase do procedimento recursal, haja vista que, em se julgando o apelo, torna prejudicada a pretensão do recorrente em razão da preclusão lógica.

Sobre o tema, o seguinte precedente jurisprudencial:

Ementa Oficial: PENAL – TRÁFICO DE DROGA – ABSOLVIÇÃO/DESCCLASSIFICAÇÃO PARA AS SANÇÕES DO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/06 – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – RECORRER EM LIBERDADE – INVIABILIDADE – RECURSO DESPROVIDO. 1. Impõe-se a condenação quando comprovadas estão a autoria e a materialidade do delito de tráfico, afastando-se os pleitos absolutório e desclassificatório. 2. Prejudicado se encontra o pedido de recorrer em liberdade vez que o processo está pronto para julgamento, estando presentes ainda os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal. 3. Recurso desprovido. (TJ-MG – APR: 10301140022593001 MG, Relator: , Data de Julgamento: 02/05/2017, Câmaras Criminais / 5ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 12/05/2017)

Sob tais fundamentos, rejeito a prefacial.

2. MÉRITO

Sendo o conjunto probatório apto à comprovação da materialidade e autoria delitivas do crime de tráfico de drogas expresso no artigo artigo 33, da Lei 11.343/2006 e, não havendo irresignações, impõe-se a apreciação direta da dosagem da sanção penal.

2.1. DA DOSIMETRIA DA PENA

2.1.1. Da aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343 /06.

Pretende o sentenciado a aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.

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

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

Sobre o tema, o julgado, in verbis:

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, § 4º, LEI 11.343/06)– RECURSO MINISTERIAL: AUMENTO DA PENA–BASE – IMPOSSIBILIDADE – AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, LEI 11.343/06, RECONHECIDA NA SENTENÇA – POSSIBILIDADE. – Havendo análise escoreita das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal na primeira fase da dosimetria e sendo a quantidade de drogas utilizada na

terceira fase da dosimetria penal, não há falar em exasperação da pena-base – Quatro são os pressupostos para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, quais sejam, ser o agente primário e possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e igualmente não integrar organização criminosa, sem se afastar do disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, sendo que tais requisitos são cumulativos e a ausência de qualquer um deles obsta a configuração do redutor de pena. (TJ-MG – APR: 10554200002448001 Rio Novo, Relator: , Data de Julgamento: 24/08/2021, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 01/09/2021)

A sentença impugnada deixou de aplicar a causa de diminuição sob o seguinte fundamento:

“Há registro de antecedentes criminais do denunciado, o qual responde a outro processo por tráfico de drogas, perante a 2ª Vara de Tóxicos. Responde, ainda, a outros dois processos criminais, um perante a 2ª Vara dos Feitos Relativos aos Crimes Praticados Contra Criança e Adolescente, o segundo, perante a 15ª Vara Criminal, em um deles, não fazendo jus à causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas.” (ID 32209763 – pag.8)

Na espécie, as provas dos autos revelam que o denunciado vinha se dedicando a atividades criminosas, situação apta a afastar a concessão da benesse prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

Neste sentido também o parecer da Procuradoria de Justiça: “[...] Destarte, o benefício elencado no artigo 33, § 4º, da Lei 11.342/2006, não deve ser aplicado indiscriminadamente, mas tão somente àqueles que realmente se enquadram na hipótese de “traficante de primeira viagem”. Não sendo este o caso, o benefício deve ser inegavelmente rechaçado, sob pena de banalizar o instituto e, em última análise, configurar verdadeira leniência punitiva.[...]” (Id 32975540 – pág. 4).

Tendo em vista os motivos acima expostos, não há que se falar em aplicação da minorante prevista no § 4º, do art. 33, Lei 11.343 /06.

2.1.2. Do abrandamento do regime prisional.

Quanto ao regime prisional, tenho que a sentença deve ser modificada. Isso porque o regime de cumprimento de pena é fixado a partir das balizas previstas no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, que dizem respeito ao quantum de pena, à primariedade do agente e às circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal.

Depreende-se dos autos que o acusado é primário (CAC, f. 127) e as circunstâncias judiciais se mostram favoráveis em sua totalidade em relação ao crime, de modo que, tendo sido a pena privativa de liberdade fixada no mínimo legal, ou seja, 5 (cinco) anos, não há razão para a manutenção do regime inicial fechado, devendo ser ele abrandado para o semiaberto.

Acerca da matéria, destaca-se a Súmula nº 440 do STJ, cujo teor estabelece: “Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito”. Assim, modifico o regime prisional inicial do apelante para o semiaberto, na forma do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

2.1.3. Da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Quanto ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direito, anoto que o denunciado não faz jus ao benefício. Não se pode olvidar que a substituição da pena privativa de liberdade por

restritiva de direitos exige a presença dos requisitos objetivo (pena aplicada igual ou inferior a quatro anos para o condenado não reincidente) e subjetivo (circunstâncias judiciais favoráveis), nos termos do artigo 44, do Código Penal; os quais não se verificam no caso dos autos.

Além disso, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos também não é recomendada diante da natureza das drogas apreendidas, no caso, maconha e cocaína, esta extremamente nociva à saúde (Laudo Pericial Id 132209664).

Ao enfrentar do tema, a Corte Superior enfatizou a: “Possibilidade de indeferir a substituição da pena por restritiva de direitos e de fixar o regime de cumprimento da pena forte na quantidade e natureza da droga.

Precedente” (RHC 122.804/MT, Min. , 1ª Turma, DJe 14.10.2014)

Desta feita, a natureza dos entorpecentes apreendidos justificam também a imposição de regime prisional mais gravoso, no caso, o semiaberto, obstando, por conseguinte, a adoção de medidas alternativas.

3. CONCLUSÃO.

Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, conheço do recurso para rejeitar a preliminar e, no mérito, JULGÁ-LO PARCIALMENTE PROVIDO, nos termos acima alinhados.

É como voto.

Salvador, data registrada no sistema.

DESEMBARGADOR RELATOR