

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000495-96.2020.8.05.0044 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: ANDRÉ LUIZ DE FRANÇA DOS SANTOS Advogado (s): PAULO GILBERTO DO ROSARIO SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA RELATOR: DES. PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA ACORDÃO EMENTA: APELAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA POR CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, "CAPUT", DA LEI Nº 11.343/06)– RECURSO DEFENSIVO REQUERENDO A ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS DE AUTORIA E, SUBSIDIARIAMENTE, A DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA PREVISTA NO ART. 28 DO MESMO DIPLOMA (PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL); APLICAÇÃO DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NO PATAMAR MÁXIMO (ART. 33, § 4º, DA LEI DE TÓXICOS); SUPERAÇÃO DO TEOR DA SÚMULA Nº 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA; E RECONHECIMENTO DE INCOMPATIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME SEMIABERTO COM A NEGATIVA DE RECORRER EM LIBERDADE – COMPROVADAS MATERIALIDADE E AUTORIA – VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS – DESCLASSIFICAÇÃO INVIÁVEL – CONDENAÇÃO DE RIGOR – INOCORRÊNCIA DE CONFISSÃO NO CASO CONCRETO – PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL – TRÁFICO PRIVILEGIADO CORRETAMENTE AFASTADO – NEGATIVA AO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE FUNDAMENTADA – RECURSO DESPROVIDO. I – Sentença condenatória imputando ao Apelante as sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 fixando-lhe pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão, a serem cumpridos em regime inicial semiaberto, além de 500 (quinhentos) dias– multa, negado o direito de recorrer em liberdade. II – Recurso da defesa pugna pela absolvição pelo delito de tráfico de drogas por ausência de provas de autoria delitiva do crime; subsidiariamente, requer a desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11343/2006; a revisão da dosimetria da pena para sua fixação abaixo do mínimo legal; e a impossibilidade de negar o direito de recorrer em liberdade para Apelado condenado ao regime semiaberto. III – A materialidade e autoria do crime restaram comprovadas, de forma indubitosa, como atestam o Termo de Verificação Preliminar de Constatação de Drogas de ID. 17759504, fls. 10–11; Laudo de Constatação constante no ID. 17759504, fl.16; e Laudo Definitivo ID. 17759669, fl. 1; bem assim pelos depoimentos testemunhais colhidos, tanto na fase de Inquérito quanto ao longo da instrução, especialmente os policiais que flagraram o Acusado na posse dos entorpecentes, confirmando seus depoimentos prestados em sede policial. IV – Conforme entendimento do STJ, são válidos e revestidos de eficácia probatória o testemunho prestado por policiais envolvidos com a ação investigativa, mormente quando, como no caso, em absoluta harmonia com as demais provas e confirmados em Juízo, sob a garantia do contraditório. V – Pleito desclassificatório de inviável acolhimento, posto que as circunstâncias não guardam sintonia com o disposto no § 2º, do art. 28, da Lei Antidrogas. Na espécie, apesar de não se tratar de vasta quantidade de droga (quinze gramas), a forma de acondicionamento em 45 (quarenta e cinco) pinos de cocaína, embaladas individualmente para facilitar a comercialização unitária de entorpecente, o contexto da apreensão, e a prisão realizada em local notoriamente conhecido pela mercancia de drogas, corroboram o afastamento da condição legal de usuário. VI – O crime de tráfico não reclama, para sua configuração, o ato de venda da substância ilícita, eis que o núcleo do tipo do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, abarca ações múltiplas, tais como "transportar", "trazer consigo", "guardar" e "manter em depósito", de modo que a só realização de uma delas já é suficiente para comportar a condenação. VII – No que concerne ao pleito recursal de superação do quanto insculpido pelo teor da Súmula nº

231 do Superior Tribunal de Justiça para reconhecimento da atenuante expressa no art. 65, inciso III, d, do Código Penal, não assiste razão ao Apelante, eis que o Pleiteante em nenhum momento do processo confessou a prática da traficância, seja em sede policial, quando se valeu do direito constitucional ao silêncio, ou em Juízo, momento no qual alegou a condição pessoal de usuário. Para fins de reconhecimento da atenuante da confissão, faz-se necessário que o acusado por tráfico de entorpecentes confesse de forma expressa a posse da substância proscriita para fins de comercialização. Entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça em sua Súmula 630. Aplicação da Súmula n.231 do STJ. VIII – Com relação ao pleito recursal de aplicação da causa de diminuição de pena constante no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, mantida a sua inaplicabilidade no presente caso em face das informações constantes em certidão acostada ao ID 17759507 e pelo fato de que o Recorrente responde a Ação Penal n. 0000595-51.2020.8.05.0044 pela prática do crime insculpido no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, em trâmite no mesmo Juízo dos presentes fólhos, dados informativos corroborados pelo Requerente em sede de interrogatório judicial. IX – Condenação de rigor. Análise dosimétrica corretamente formulada. Quanto ao delito de tráfico de entorpecentes, observadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, o Juízo a quo, em análise das três fases de aplicação da pena, manteve a reprimenda no mínimo legal, qual seja, 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMI ABERTO, E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA. Na primeira etapa, não foram consideradas critérios do art. 59 do Código Penal. Na segunda fase não foram verificadas ocorrências de circunstâncias agravantes ou atenuantes. Na derradeira etapa, o MM Juízo acertadamente, nos termos expostos neste Voto, afastou a aplicação da causa de diminuição de pena do “tráfico privilegiado”. X – No que concerne ao pleito de incompatibilidade do regime semiaberto com a negativa do direito de recorrer em liberdade, razão não assiste à Defesa. Notório que o direito de recorrer em liberdade, hoje como posto na legislação pátria, perpassa pela inexorável análise acerca dos requisitos da prisão preventiva, o que se constatou presentes, de forma fundamentada, haja vista o periculum in libertatis com supedâneo no cometimento de crimes diversos em curto espaço de tempo por parte do Recorrente. XI – Parecer da Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do Apelo. XII – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. A C Ó R D ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0000495-96.2020.8.05.0044, provenientes da CANDEIAS/BA, figurando como Apelante ANDRÉ LUIZ DE FRANÇA DOS SANTOS e, Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da colenda 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, mantida a Sentença em seus integrais termos. E assim o fazem pelas razões a seguir expendidas. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 15 de Março de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000495-96.2020.8.05.0044 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: ANDRÉ LUIZ DE FRANÇA DOS SANTOS Advogado (s): PAULO GILBERTO DO ROSARIO SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA RELATOR: DES. PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA RELATÓRIO O MINISTÉRIO PÚBLICO ofereceu Denúncia contra ANDRÉ LUIZ DE FRANÇA DOS SANTOS, sob acusação da prática de crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico de entorpecentes). Segundo a Inicial, no dia

30 de julho de 2020, por volta das 22:00h, no bairro Sarandi, Comarca de Candeias/BA, local que seria de atuação da facção denominada BDM (Bonde do Maluco), guarnição da Polícia Militar abordou o Denunciado, quando este assim tentou empreender fuga e reagiu à ação policial. Acrescenta a Exordial que os Policiais encontraram em poder do Inculpado 45 (quarenta e cinco) pinos de cocaína com 13,61g (treze gramas e sessenta e um centigramas), sendo a quantidade incompatível com o uso próprio. Discorre, ainda, a Vestibular que a natureza das substâncias foram constatadas por Laudo de Constatação. O Réu apresentou Defesa Prévia (Id n.17759508). A Denúncia foi recebida em 21 de agosto de 2020. Concluída a instrução, o MM Juízo da Vara Criminal da Comarca de Candeias/BA, pelo Decisum ID. 17759674, fls. 01/06, julgou procedente a pretensão punitiva para condenar ANDRÉ LUIZ DE FRANÇA DOS SANTOS nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 fixando-lhe pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão, a serem cumpridos em regime inicial semiaberto, além de 500 (quinhentos) dias-multa, negado o direito de recorrer em liberdade. Intimado pessoalmente (ID. 17759687, fl. 01), ANDRÉ LUIZ DE FRANÇA DOS SANTOS interpôs o presente Recurso de Apelação (ID.17759690, fls. 01). No arrazoado (Id.18109940, fls.1-8), pugna pela absolvição pelo delito de tráfico de drogas por ausência de provas de autoria delitiva do crime; subsidiariamente, requer a desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11343/2006; a revisão da dosimetria da pena para sua fixação abaixo do mínimo legal; e a impossibilidade de negar o direito de recorrer em liberdade para Apelado condenado ao regime semiaberto. Em Contrarrazões, o MINISTÉRIO PÚBLICO requer seja negado provimento ao recurso, mantida a Sentença em sua integralidade (Id. 21588544), havendo a Procuradoria de Justiça se manifestado em igual sentido (Id. 25159350). Após o devido exame dos autos, lancei este Relatório, que submeto à apreciação da eminente Desembargadora Revisora, nos termos do art. 166, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Salvador/BA, Des. Pedro Augusto Costa Guerra – 1ª Câmara Criminal – 2ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000495-96.2020.8.05.0044 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: ANDRÉ LUIZ DE FRANÇA DOS SANTOS Advogado (s): PAULO GILBERTO DO ROSARIO SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA RELATOR: DES. PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA VOTO Não se conformando com o Decisum ID. 17759674, fls. 01/06, que julgou procedente a pretensão punitiva para condenar ANDRÉ LUIZ DE FRANÇA DOS SANTOS nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, fixando-lhe pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão, a serem cumpridos em regime inicial semiaberto, além de 500 (quinhentos) dias-multa, negado o direito de recorrer em liberdade, a Defesa interpôs Apelação. Em suas razões, a Defesa pleiteia a absolvição pelo delito de tráfico de drogas por ausência de provas de autoria delitiva do crime; subsidiariamente, requer a desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da Lei n. 11343/2006; a revisão da dosimetria da pena para sua fixação abaixo do mínimo legal; e a impossibilidade de negar o direito de recorrer em liberdade para Apelado condenado ao regime semiaberto. Conheço do recurso, pois presentes seus pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade. Destaco, de logo, que a materialidade e autoria do crime restaram comprovadas, de forma indubitosa, como atestam o Termo de Verificação Preliminar de Constatação de Drogas de ID. 17759504, fls. 10-11; Laudo de Constatação constante no ID. 17759504, fl.16; e Laudo Definitivo ID. 17759669, fl. 1;

bem assim pelos depoimentos testemunhais colhidos, tanto na fase de Inquérito quanto ao longo da instrução, especialmente os policiais que flagraram o Acusado na posse dos entorpecentes, confirmando seus depoimentos prestados em sede policial. Não há que se obliterar que o Acusado negou em juízo sua participação nos delitos (Interrogatório disponível no sistema PJE Mídias), afirmando que: “Que tenho passagem policial por posse de arma; que isso foi há dois meses, mais ou menos; que não me pegaram com essa quantidade de droga; que quando me abordaram, eu só estava com três pinos; que falei que não sou traficante; que falei que era usuário; que os policiais implicaram comigo por que eu falei que tinha passagem; que eu não estava de moto nesse dia; que eu estava a pé; que a pessoa que eu chamei de tio eu falei por consideração; que eu apanhei dos policiais; que não fiz exame de corpo de delito por que não tinha viatura para isso; que não ofendi os policiais; que meu celular estava na cintura; que não permiti que acessassem meu celular; que eu fui forçado a abrir o meu celular com senha”. Depoimento disponível no sistema PJE Mídias.

Grifei. Ressalte-se, entretanto, que tais alegações não encontram ressonância nos demais elementos dos autos, em especial os depoimentos dos policiais que realizaram o flagrante: Testemunha Soldado Janaína Novais Santos/PM: “Que me recordo da prisão; que estávamos em ronda; que avistamos um elemento; que fomos em busca do elemento; que ele estava com posse de drogas; que ele estava com pinos de cocaína; que ele tinha de quarenta e cinco a cinquenta pinos; que tinham três saquinhos; que não sei precisar em que parte do corpo estava; que eu estava fazendo a externa; que foram encontradas somente as drogas; que ele disse que era usuário; que aparentava estar normal em termos de lucidez; que ele foi encontrado em ponto de tráfico; que ele estava a pé; que tinha uma moto do lado que ele disse que era dele; que o local é conhecido como ponto de tráfico; que é o chamado corrimão de Sarandi; que impera o tráfico de drogas lá; que ele só nos informou que era para uso; que a quantidade nos levou a crer que era tráfico de drogas e a forma de acondicionamento também; que ele é ligado ao tráfico de drogas de lá; que tivemos algumas informações; que segundo informações, quem comanda a região é Neilton; que ele foi abordado sozinho; que ele chamou um morador de tio; que o morador disse que era chamado de tio por consideração; que ele não ofendeu os policiais; que tivemos acesso ao celular dele; que o celular foi entregue ao irmão dele na Delegacia”. Grifei. Depoimento disponível no sistema PJE Mídias.

Testemunha Josemar Santos de Jesus/PM: “Que a situação foi no Sarandi; que esse elemento vinha de moto; que o abordamos; que ele correu e conseguimos alcançar; que verificamos com ele pinos de cocaína; que ele resistiu; que o agarrei; que a diligência foi entre 20 e 22h; que ele estava sozinho a todo momento; que ele correu e largou a moto; que essa localidade de corrimão é perigosa e ponto de venda de drogas; que havia pinos de cocaína com ele; que ele estava em um estado normal, não aparentava estar drogado; que ele participa do tráfico de drogas junto com Nailton; que ele mesmo informou que foi preso com arma de fogo anteriormente no máximo três meses antes; que no mome”. Grifei. Depoimento disponível no sistema PJE Mídias.

Testemunha Claiton Alessandro da Silva Santos/PM: “Que estávamos fazendo patrulhamento na região do Sarandi; que esse elemento viu a guarnição e conseguimos detê-lo; que ele estava com droga no bolso; que a droga parecia ser cocaína; que tinha entre quarenta e sessenta pinos; que ele tentou empreender fuga; que ele resistiu à abordagem; que ele estava sozinho na abordagem; que ele estava a pé no momento da prisão e com um capacete na mão; que ele relatou que a moto dele estaria na parte de

baixo; que parte da droga estava no bolso dele; que a diligência foi à noite; que não aparentava ter usado droga ou estar embriagado; que ele não era conhecido por mim; que o local que ele foi preso é bastante conhecido por tráfico de drogas; que tem algumas residências no local”. Grifei. Depoimento disponível no sistema PJE Mídias. Como se vê, os testemunhos se revelam firmes, consistentes e harmônicos no sentido de que o Apelante estava com pode substâncias entorpecentes, pelo que absolutamente aptos a serem considerados na formação do juízo de condenação e tipicidade. Acerca do tema, assim tem se posicionado, reiteradamente, o Superior Tribunal de Justiça – STJ, como demonstra recentes arestos da Corte: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. LATROCÍNIO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE PROBATÓRIA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. INCABÍVEL. PROVAS CONFIRMADAS EM JUÍZO. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N.º 07 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DECISÃO MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. AGRAVO DESPROVIDO.1. Conforme entendimento desta Corte, são válidos e revestidos de eficácia probatória o testemunho prestado por policiais envolvidos com a ação investigativa, mormente quando em harmonia com as demais provas e confirmados em juízo, sob a garantia do contraditório.2. Infirmar os fundamentos do acórdão recorrido, que confirmou o édito condenatório firmado em provas válidas, de modo a pretender a absolvição do Acusado sob a pecha de insuficiência probatória, é inviável no âmbito desta Corte Superior de Justiça, pois implicaria o reexame fático-probatório, o que atrai o óbice da Súmula n.º 07 desta Corte.3. Agravo regimental desprovido.”(AgRg no AREsp 366.258/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 11/03/2014, DJe 27/03/2014)”. Grifei. “PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. SÚMULA 182 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DA PRÁTICA DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. ELEMENTOS DE PROVA A SUSTENTAR O JUÍZO CONDENATÓRIO. MODIFICAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. CREDIBILIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. VALOR PROBANTE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO. VII – De mais a mais, registre-se que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. A propósito: AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 05/08/2019; REsp n. 1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 17/05/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 17/03/2016. Agravo regimental conhecido parcialmente e, nesta extensão, desprovido. (AgRg no HC 684.145/SP, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 03/11/2021)”. Grifei. Quanto ao pleito subsidiário, no sentido de obter a desclassificação do crime de tráfico (art. 33) para porte de droga para consumo pessoal (art. 28), não merece agasalho, posto como as circunstâncias do caso sub judice não guardam sintonia com o disposto no § 2º, do art. 28, da Lei Antidrogas, que reza: “§ 2º– Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o Juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à

conduta e aos antecedentes do agente". Na espécie, apesar de não se tratar de vasta quantidade de droga (quinze gramas), a forma de acondicionamento em 45 (quarenta e cinco) pinos de cocaína, embaladas individualmente para facilitar a comercialização unitária de entorpecente, o contexto da apreensão, e a prisão realizada em local notoriamente conhecido pela mercância de drogas, corroboram o afastamento da condição legal de usuário. Não é demais lembrar, outrossim, que, nos crimes de tráfico, não se há de esperar a concretização do ato de venda para a consumação do ilícito. A todas as luzes, o núcleo do tipo do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, abarca ações múltiplas, tais como "transportar", "trazer consigo", "guardar" e "manter em depósito", não exigindo, para sua configuração, o efetivo ato de mercancia, de modo que a só realização de uma delas já é suficiente para comportar a condenação. Deveras, a Lei Antidrogas não reclama, para a caracterização do delito de tráfico, cujo dolo exigível é o dolo genérico, que o agente seja surpreendido comercializando a droga, sendo, pois, dispensável a flagrância do ato de fornecimento, desde que outras condutas típicas estejam evidentes no acervo probatório. Nessa direção: "Para a configuração do crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06, não se exige qualquer ato de tráfico, bastando, como na espécie, que o agente traga consigo a substância entorpecente. Da mesma forma, é inexigível a 'traditio' para a consumação do delito". (TJ/SP Ap. 1.100.005.3/5, julgado em 28.08.2008, Rel. Des. Wilson Barreira, RT 872/618). PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. REVOLVIMENTO DE CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/ STJ. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL. FUNDAMENTOS NÃO IMPUGNADOS NAS RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL. SÚMULA N. 283/STF. PLEITOS DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E DE RESTITUIÇÃO DOS VALORES APREENDIDOS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS DE LEI FEDERAL SUPOSTAMENTE VIOLADOS. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA N. 284/STF. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 2. Ademais, é firme a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça no sentido de que o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consuma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, inclusive manter em depósito, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização. Precedentes. 7. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 1872753/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 20/08/2021)". Grifei. Reputo presentes, pois, elementos seguros e coesos a garantir a certeza da materialidade e autoria delitivas, razão pela qual inevitável a condenação de ANDRÉ LUIZ DE FRANÇA DOS SANTOS por desobediência ao tipo descrito no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, sendo, em consequência, de afastar-se a pretendida desclassificação para previsto no art. 28 da Lei de tóxicos. No que concerne ao pleito recursal de superação do quanto insculpido pelo teor da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça para reconhecimento da atenuante expressa no art. 65, inciso III, d, do Código Penal, não assiste razão ao Apelante, eis que o Pleiteante em nenhum momento do processo confessou a prática da traficância, seja em sede policial, quando se valeu do direito constitucional ao silêncio, ou em Juízo, momento no qual alegou a condição pessoal de usuário. Nessa toada, para fins de reconhecimento da atenuante da confissão, faz-se necessário que o acusado por tráfico de entorpecentes confesse de forma expressa a

posse da substância proscriita para fins de comercialização. Não é o outro o entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça em sua súmula 630: “Súmula 630 do STJ: “A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio”. Grifei. Cediço que mesmo que houvesse confissão formalizada nos autos, as figuras jurídicas das atenuantes e agravantes genéricas não integram a estrutura do tipo penal, o que inviabiliza o seu cômputo no cálculo da pena além dos parâmetros fixados pelo legislador. Assim sendo, instituída a pena em seu mínimo legal na primeira fase, eventual constatação da ocorrência da confissão espontânea não tem o condão de reduzir a reprimenda aquém do limite legalmente exposto, sob pena de o julgador arvorar-se na condição de legislador, em clara afronta ao estabelecido no art. 2º da Carta Magna Brasileira. Nessa senda, Cléber Masson: Agravantes e atenuantes genéricas são circunstâncias legais, de natureza objetiva ou subjetiva, não integrantes da estrutura do tipo penal, mas que a ele se ligam com a finalidade de aumentar ou diminuir a pena. [...] Além disso, as atenuantes genéricas, ainda que existam muitas delas no caso concreto, serão ineficazes quando a pena-base (1ª fase) for fixada no mínimo legal. Como não integram a estrutura do tipo penal, e não tiveram o percentual de redução previsto expressamente pelo legislador, a aplicação da pena fora dos parâmetros legais representaria intromissão indevida do Poder Judiciário na função legiferante. Tais motivos levaram o Superior Tribunal de Justiça a editar a Súmula 231. (Direito Penal, Vol.1, p.716). Grifei. Imperioso destacar o teor da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, in verbis: “SÚMULA N. 231 A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.”. Grifei. Nessa vereda, cumpre destacar que em recente decisão, o Superior Tribunal de Justiça ratificou os termos do enunciado sumular nº 231: AgRg no AREsp 1758795 / MS AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2020/0238580-4 Relator (a) Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO) (1180) Órgão Julgador T6 – SEXTA TURMA Data do Julgamento 25/05/2021 Data da Publicação/Fonte DJe 28/05/2021. Ementa AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RECONSIDERAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO TENTADO E PORTE DE ARMA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ATENUANTE. REDUÇÃO AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO PARA CONHECER DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL MAS NEGAR-LHE PROVIMENTO. 1. Devidamente impugnados os fundamentos da decisão de inadmissão do recurso especial, deve ser reconsiderada a decisão que não conheceu do agravo. 2. A redução da pena aquém do mínimo legal pelo reconhecimento das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea encontra óbice na Súmula 231 do STJ. 3. Agravo regimental provido para conhecer do agravo em recurso especial, mas negar-lhe provimento.” Grifei. Em face de tais argumentos, mantenho a pena no mínimo legal, nos termos da Sentença de origem. Com relação ao pleito recursal de aplicação da causa de diminuição de pena constante no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, mantenho a sua inaplicabilidade no presente caso em face das informações constantes em certidão acostada ao ID 17759507 e pelo fato de que o Recorrente responde a Ação Penal n. 0000595-51.2020.8.05.0044 pela prática do crime insculpido no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, em trâmite no mesmo Juízo dos presentes fólios, dados informativos corroborados pelo Requerente em sede de interrogatório judicial. Outrossim, o Juízo primevo destacou acertadamente que: “No caso

dos autos, embora o acusado não tenha sido condenado em outros processos, a testemunha policial ouvida em juízo reportou que o réu faz parte de grupo criminoso, sendo apontado como “fornecedor” de drogas por diversos usuários que são abordados em rondas de rotina. Não bastasse isto, o acusado havia sido preso em flagrante poucos dias antes, por outro crime, quando supostamente portava um revólver 38 na cintura. Ainda por ocasião do referido flagrante (processo APF n. 397-14.2020.825.0044) também teria sido encontrado na casa do acusado uma espingarda e uma pequena quantidade de droga e munição. Destarte, a aplicação da minorante, considerado o contexto de aparente dedicação às atividades criminosas, encontraria óbice legal, implicando em desvirtuamento finalístico da norma”. ID 17759674, fl.5. O art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 estipula causa de diminuição de pena condicionada aos requisitos de que o agente “seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Ainda que se considere as recentes Decisões do STJ e do STF sobre a possibilidade de se aplicar o redutor do tráfico privilegiado, há de se examinar caso a caso, até porque a “dedicação à atividade criminosa” é uma avaliação subjetiva que compete ao julgador fazer à luz do caso concreto, não podendo se aplicar o tráfico privilegiado indistintamente. A causa de diminuição de pena estabelecida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 possui raízes em política criminal visando entender o caráter do pequeno traficante ainda não inserido no empreender criminoso de larga escala. No mesmo entender, Renato Brasileiro de Lima expressa: “A criação da minorante tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a lhe propiciar uma oportunidade mais rápida de ressocialização.” (Legislação Criminal Especial Comentada. Ed. JusPodivm. Salvador, 2020: p.1072). Grifei. Face ao explanado, denota-se que o Apelante não se enquadra nos requisitos legais que permitem na aplicação da causa de diminuição de pena exposta no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, haja vista outra ação penal em curso, bem como a presença de elementos informativos de que o agente integra organização criminosa, o que demandam o afastamento da minorante em estudo. Em face das balizas jurídicas ora fincadas, passo ao exame dosimétrico. Quanto ao delito de tráfico de entorpecentes, observadas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, o Juízo a quo, em análise das três fases de aplicação da pena, manteve a reprimenda no mínimo legal, qual seja, 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMI ABERTO, E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA. Na primeira etapa, não foram consideradas critérios do art. 59 do Código Penal. Na segunda fase não foram verificadas ocorrências de circunstâncias agravantes ou atenuantes. Na derradeira etapa, o MM Juízo acertadamente, nos termos expostos neste Voto, afastou a aplicação da causa de diminuição de pena do “tráfico privilegiado”. No que concerne ao pleito de incompatibilidade do regime semiaberto com a negativa do direito de recorrer em liberdade, razão não assiste à Defesa. Notório que o direito de recorrer em liberdade, hoje como posto na legislação pátria, perpassa pela inexorável análise acerca dos requisitos da prisão preventiva, o que constatou presentes, de forma fundamentada, o Juízo de origem, haja vista o periculum in libertatis com supedâneo no cometimento de crimes diversos em curto espaço de tempo por parte do Recorrente, apontando “na sentença condenatória (ou pronúncia) a persistência dos motivos que justificam sua segregação cautelar” (LIMA, Renato Brasileiro. Manual de Processo Penal, 2022, p.969). Referendando, o Superior Tribunal de Justiça: “AGRAVO



REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS PREENCHIDOS. PRISÃO CAUTELAR DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. REGIME SEMIABERTO. COMPATIBILIDADE. 2. Quanto à incompatibilidade da prisão preventiva com o regime semiaberto imposto, a jurisprudência desta Corte superior entende que não há incompatibilidade entre a negativa do direito de recorrer em liberdade e a fixação do regime semiaberto, caso preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, como ocorre in caso. Precedentes. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 698.951/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 28/10/2021). Grifei. Desse modo, voto no sentido de NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO e manter hígida a Sentença em seus termos. É como voto. Salvador/BA, Des. Pedro Augusto Costa Guerra Relator Procurador (a) de Justiça