

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0302296-61.2017.8.05.0146

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: Ministério Público do Estado da Bahia e outros (2)

Advogado (s):

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros (2)

Advogado (s):

APELAÇÕES CRIMINAIS SIMULTÂNEAS. MINISTÉRIO PÚBLICO E DEFESA. DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE VÍNCULO PERMANENTE E ESTÁVEL ENTRE OS ENVOLVIDOS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PROVA ROBUSTA DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA. VALIDADE DO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. AUSÊNCIA DE VÍCIO. CONDENAÇÃO MANTIDA. TESE DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DELITIVA PREVISTA NO ART. 33 DA LEI 11.343/06 PARA A INSCULPIDA NO ART. 28 DA MESMA LEI. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. PROVA DE MAUS ANTECEDENTES. APELO DA DEFESA IMPROVIDO E DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. É cedo, no que tange à caracterização do delito de associação para o tráfico de drogas, que é dispensável o êxito nas práticas dos crimes previstos no art. 33, caput e § 1º, e no art. 34 da Lei de Drogas. Contudo, a acusação teria que demonstrar, de forma incontroversa, a existência da associação estável e permanente, na exata enunciação da lei, o que não o fez.

2. Observa-se que não constam elementos que comprovem a traficância pretérita do acusado com os demais réus, com animus associativo, a exemplo de anotações, mensagens ou outras informações que denotem a estabilidade e permanência da associação delitiva, cuja configuração não ocorre com uma ligação eventual, esporádica, frágil e descompromissada, como na hipótese.

3. Por outro lado, os elementos nos autos mostram-se assaz suficiente para evidenciar a materialidade delitiva e a autoria do acusado em relação a

prática do crime de tráfico de drogas, devendo-se, inclusive, extirpar qualquer questionamento quanto à validade dos depoimentos dos policiais que participaram da diligência do flagrante, pois, conforme assentado no Superior Tribunal de Justiça, inexiste óbice à sua valoração como elemento de convicção do julgador, especialmente quando robustamente colhidos na fase inquisitorial e ratificados na instrução. Precedentes.

4. Consequentemente, restada provada a autoria do delito, levando-se em conta que não aflorou da instrução criminal qualquer fato novo que pudesse infirmar o conteúdo da denúncia, tem-se que o aventado pedido de desclassificação do delito previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06 para o tipo penal do artigo 28 da mesma lei, não encontra adminículo de apoio no acervo probatório reunido.

5. Ademais, em relação ao benefício concedido pelo Juízo primevo acerca da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, o pleito de afastamento formulado pelo Ministério Público deve ser acolhido, face a mácula do decisor, neste ponto.

6. Com efeito, insta frisar que nas derradeiras alegações do Parquet, o órgão acusatório satisfatoriamente justificou que o Apelado não fazia jus a benesse da diminuição de pena, por se dedicar à atividade de tráfico de drogas. E para isso, apontou que, em consulta realizada ao sistema do TJPE, consta registro de fato delitivo anterior, com trânsito em julgado em 20/09/2017, apurado nos autos da ação penal nº.

0003301-24.2014.8.17.1130, que originou a execução penal nº.

0008048-12.2017.8.17.1130. Ademais, apontou que, em tal condenação, o Apelado, inclusive, foi beneficiado com a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Sobre tal assertiva, foi dada a oportunidade à Defesa exercer o contraditório, por meio das alegações finais da Defesa.

7. Portanto, tal fato, aliado às circunstâncias do caso concreto, revela a existência de maus antecedentes, demonstrando a habitualidade delitiva do Apelado, de maneira que resta evidenciado, de forma clara, o não preenchimento dos requisitos para a obtenção de tal benefício, impondo-se, dessa forma, o seu afastamento.

8. CONHEÇO das Apelações interpostas e, no mérito, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA, bem como DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO para afastar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/06, redimensionando a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo de 1/30 do salário mínimo, vigente ao tempo dos fatos, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, mantendo-se, porém, as demais disposições do julgado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da Apelação nº 0302296-61.2017.8.05.0146, em que figura como Apelantes e Apelados, simultaneamente, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e FRANCIIVALDO FABIANO DA SILVA.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em CONHECER dos recursos interpostos, julgando IMPROVIDO O APELO DA DEFESA E PARCIALMENTE PROVIDO O RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, nos termos do voto condutor, adiante registrado.

DES. ABELARDO PAULO DA MATTA NETO
PRESIDENTE/RELATOR

PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA

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

DECISÃO PROCLAMADA

Recursos simultâneos Por Unanimidade
Salvador, 5 de Julho de 2022.

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0302296-61.2017.8.05.0146

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: Ministério Público do Estado da Bahia e outros (2)

Advogado (s):

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros (2)

Advogado (s):

RELATÓRIO

Tratam-se de APELAÇÕES SIMULTÂNEAS, interpostas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e por FRANCIVALDO FABIANO DA SILVA, em face da sentença condenatória prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Juazeiro – BA, que o condenou como incurso nas sanções do art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006.

De proêmio, em prestígio aos preceitos da celeridade, da eficiência e da economia processual, e tendo em vista ali se externar suficientemente, no que relevante, a realidade da marcha processual até então desenvolvida, adota-se o relatório da sentença no Id 187885611 (PJE – 1ºG), a ele acrescendo o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto.

Apreciando as imputações da respectiva denúncia, o Julgador Primevo reconheceu a materialidade delitiva e a respectiva autoria acerca do crime adrede apontado, condenando o Réu a pena definitiva de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituindo-a por duas penas restritivas de direito e a quantia de 100 (cem) dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos.

O Ministério Público interpôs recurso de Apelação (Id 187885615), a fim de que o réu Francivaldo Fabiano da Silva seja condenado nas iras dos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/06, sendo afastado o benefício do § 4º do art. 33 da mencionada lei (Id 187885615), anexando, com as razões, os documentos de Id's 187885616 e 187885617. Em seguida, a Defensoria Pública apresentou suas contrarrazões, pugnando pelo improvimento do Apelo (Id 187885628). Também irresignada com a sentença, a Defesa interpôs recurso de Apelação alegando atipicidade material da conduta e, com fundamento no art. 386, III, VI e VII do CPP, pugna pela absolvição do réu da imputação do tráfico de drogas, assim como, subsidiariamente, pede a desclassificação da imputação do tráfico de drogas para o crime de posse ilegal de drogas para uso pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/06). Instado a se manifestar, o Ministério Público apresentou suas contrarrazões, pugnando pelo improvimento do referido Apelo (Id 187885641).

A Procuradoria de Justiça ofertou parecer opinando pelo conhecimento e, no mérito, pelo não provimento do Recurso de Apelação interposto por FRANCIVALDO FABIANO DA SILVA e pelo provimento do Recurso de Apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, a fim condenar o réu pelo crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06, bem como excluir da dosimetria a causa de diminuição prevista no art. 33, 4º, da Lei nº

11.343/06, mantendo-se a sentença condenatória nos seus demais termos (Id 24602316).

Retornando-me os autos à conclusão, constatada a ausência de diligências pendentes, neles lancei a presente sinopse, submetendo-a à Eminente Revisão.

É o suficiente a relatar.

Des. Abelardo Paulo da Matta Neto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma
Relator

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0302296-61.2017.8.05.0146

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: Ministério Público do Estado da Bahia e outros (2)

Advogado (s):

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros (2)

Advogado (s):

VOTO

Os recursos são próprios, tempestivos, e estão presentes as condições extrínsecas e intrínsecas da admissibilidade.

Exsurge da inicial acusatória, em síntese, que:

“Consta no caderno inquisitorial que norteia a presente denúncia que, no dia 24 (vinte e quatro) de Fevereiro de 2017, por volta das 22h40min, os

denunciados foram presos em flagrante delito em virtude de terem se associado com a finalidade de traficar drogas e por portarem e terem em depósito, drogas e entorpecentes afins, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Perlustrando os autos, depreende-se que no dia, local e horário dos fatos, a equipe policial realizava patrulhamento de praxe quando, nas intermediações do Bairro Alto do Cruzeiro, mais especificamente em frente à residência de FRANCIVALDO FABIANO (primeiro denunciado), percebeu um aglomerado de pessoas.

Diante dessa anormalidade, os prepostos militares se aproximaram do referido local, ocasião em que notaram DIONATAN MATIAS (segundo denunciado) adentrando na retromencionada residência quando avistou a guarnição da polícia militar. Logo, ante sua conduta suspeita, os policiais impetraram ofensiva a fim de abordar o inculcado, momento em que mandaram ele sair do imóvel.

Feito isso, a autoridade policial fez busca pessoal no indiciado do qual resultou na apreensão de 6 (seis) petecas que aparentavam serem drogas, o que restou depois devidamente comprovado ser a popular cocaína.

Na ocasião da busca pessoal feita em DIONATAN, este informou seu relacionamento amoroso com o primeiro denunciado (FRANCIVALDO), afirmando que comprova drogas e comercializava com FRANCIVALDO. Em posse dessa delatio criminis, os militares perpetraram busca na residência onde ocorreu os fatos até aqui elucidados, com objetivo de encontrar os ilícitos mencionados por DIONATAN. Logo, meritoriamente, foram apreendidas mais 6 (seis) petecas de cocaína que se encontravam no interior do guarda-roupas.

Ante essa situação de fato, FRANCIVALDO foi indagado sobre os objetos materiais ilícitos encontrados no seu domicílio, oportunidade em que assumiu a propriedade, bem como relatou serem as drogas dirigidas para a mercancia ilícita. De igual modo, informou que os entorpecentes ilícitos eram fornecidos pela pessoa cujo nome era ANTÔNIO NUNES (terceiro denunciado) que, inclusive, naquele dia, tinha levado drogas.

Frente às circunstâncias delineadas, a polícia administrativa intensificou busca com fito de encontrar o terceiro traficante, já que, na ocasião esposada no parágrafo anterior, o inculcado informou o endereço onde poderia ser encontrado ANTÔNIO. Assim sendo, os policiais se deslocaram à residência situada no Bairro Sol Levante, Rua Sol Levante, nº 142, onde, com êxito, foi localizado o acusado e o referido veículo citado anteriormente.

Com efeito, no momento em que percebeu a chegada dos policiais militares, ANTÔNIO se dirigiu à casa de sua prima situada na mesma rua, todavia os policiais o detiveram. Passado a ser diligenciado, ele relatou que havia drogas no interior de sua residência, onde, mais uma vez, restou comprovado, pois foi apreendido 1 (um) invólucro contendo cocaína.

Ademais, insta mencionar que houve tentativa da família em atrapalhar a abordagem militar, contudo, como já notório, os policiais efetivamente apreenderam os ilícitos penais.

DESTARTE, os elementos probatórios ascendem a materialidade e autoria delitiva, mormente os documentados nos Auto de Exibição e Apreensão (fl. 10), e os respectivos Laudos de Exame Periciais acostados às fls. 26/27, de igual modo pelo Auto de Prisão em Flagrante à fl. 02. Desse modo, resta assente que os elementos são robustos norteadores de justa causa para deflagração da ação penal lastreado pela pretensão punitiva do Estado, ante a existência de indícios de materialidade e autoria delitiva.

Ex positis, denuncio a V. Exa.: FRANCIVALDO FABIANO DA SILVA, DIONATAN MATIAS DE OLIVEIRA e ANTÔNIO NUNES DA SILVA, como submissos as iras dos artigos 33 e 35, da lei nº 11.343/2006, devendo os acusados serem citados, interrogados e, ao final, condenados, nos termos do Código de Processo Penal, em respeito ao que impõe o ordenamento jurídico pátrio em busca da efetiva prevenção e repressão do crime em apreço.”

Não obstante a pluralidade de réus na denúncia, insta pontuar que, durante a instrução criminal, o processo foi desmembrado em relação aos réus Dionatan Matias de Oliveira e Antônio Nunes da Silva, restando no presente caderno processual apenas o Apelante/Apelado Francivaldo Fabiano da Silva.

Ademais, tratando-se de Apelações simultâneas, faz-se necessário, para melhor abordagem da insurgência, segmentar a apreciação do inconformismo de acordo com cada um dos crimes e teses, ao que se passa a proceder em relação ao crime de associação para o tráfico.

1. DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS.

Em relação ao pleito Ministerial de condenação do réu no tipo previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, não há reproche a ser feito no decisor atacado.

É cediço, no que tange à caracterização do delito de associação para o tráfico de drogas, que é dispensável o êxito nas práticas dos crimes previstos nos art. 33, caput e § 1º, e no art. 34 da Lei de Drogas. Contudo, a acusação teria que demonstrar, de forma incontroversa, a existência da associação estável e permanente, na exata enunciação da lei, o que não o fez.

Diante do quanto apurado nos autos, deve-se concluir que não há provas suficientes que demonstrem a associação do réu Francivaldo com os codenunciados, com o objetivo de comercializar drogas.

Conquanto os policiais militares, responsáveis pela prisão em flagrante do acusado, tenham narrado a cadeia de aquisição das drogas e sua finalidade, da análise dos autos, inexistente prova acerca da existência de vínculo associativo permanente e estável entre estes e com o fim de realizar o tráfico de drogas.

Observa-se que não constam elementos que comprovem a traficância pretérita do acusado com os demais réus, com animus associativo, a exemplo de anotações, mensagens ou outras informações que denotem a estabilidade e permanência da associação delitiva, cuja configuração não ocorre com uma ligação eventual, esporádica, frágil e descompromissada, como na hipótese.

Vejamos o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema (sem destaques no original):

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. REVALORAÇÃO DA PROVA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE VÍNCULO PERMANENTE E ESTÁVEL

ENTRE OS ENVOLVIDOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A pretensão recursal não demanda o reexame de provas, mas tão somente a reavaliação jurídica dos fatos já expressamente delineados no acórdão objurgado, não incidindo, portanto, o óbice da Súmula n. 7/STJ. 2. Os fundamentos utilizados pela Corte de origem não foram suficientes para afastar a absolvição pelo delito de associação criminosa. O Tribunal a quo, para a referida condenação, mencionou apenas a apreensão do entorpecente na residência do agravado Douglas e o fato de este, na esfera policial, ter afirmado que Alex, Diones, Wallace, Willian e Edson estavam passando uma temporada em sua residência. Em momento algum, fez referência a algum fato concreto que demonstrasse o vínculo associativo estável e permanente porventura existente entre os envolvidos, de maneira que, constatada a mera associação eventual entre eles para a prática do delito de tráfico de drogas, a condenação pelo crime do art. 35 da Lei n. 11.343/2006 deve ser afastada. 3. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no AREsp: 1638270 ES 2019/0382047-6, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 09/06/2020, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/06/2020)

Desse modo, uma vez que o órgão ministerial não se desincumbiu de provar o animus associativo, impõe-se, no caso em tela, manter a absolvição do réu Francivaldo Fabiano da Silva da imputação do crime de associação para o tráfico de drogas.

2. DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE. AUTORIA

Na hipótese solvenda, vislumbra-se do in folio que a materialidade delitiva revela-se incontestada, encontrando-se comprovada através do Auto de Exibição e Apreensão (Id 187884358), Laudo de Constatação (Id 187885374) e Laudo Definitivo (Id 187885375), tendo como substância apreendida, a benzoilmetilecgonina (cocaína), de uso proscrito no Brasil, nos termos da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde.

De igual modo, não prosperam dúvidas acerca da autoria delitiva, uma vez que se encontram presentes nos autos elementos suficientes a ensejar a condenação lançada, mormente em razão dos depoimentos sólidos e harmônicos prestados pelos policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante do Apelante Francivaldo Fabiano da Silva. As referidas testemunhas narraram, de forma minuciosa, todo o iter criminis. Vejamos:

“(...) que estava fazendo patrulhamento no período de carnaval; que tinha uma aglomeração de pessoas, fazendo festa próximo a uma casa; que DIONATAN tentou sair quando percebeu aproximação da viatura; que os policiais deram voz de abordagem e com ele foi encontrado algumas petecas de cocaína; que ele falou que era de uma pessoa, o qual tinha relacionamento com o dono da residência, o FRACIVALDO; que FRANCIVALDO estava dentro de casa; que ao proceder a busca no imóvel, o depoente encontrou dentro do guarda roupa mais algumas petecas de cocaína; que FRANCIVADO confirmou a propriedade da

droga apreendida no guarda roupa, dentro de uma camisa, que era de sua propriedade também; que em conversa posterior, DIONATAN confirmou ao depoente que vendia a droga junto com o FRACIVALDO; que FRACIVALDO informou que vendia cada peteca por R\$ 20,00, salvo engano, e quem tinha fornecido para ele foi TONINHO, que teria ido ao local mais cedo, com um veículo do modelo Astra; que FRACIVALDO se disponibilizou a indicar o endereço de TONINHO e ao chegar no local e realizar a abordagem, foi encontrado mais uma quantidade de droga com TONINHO; que ao ser questionado se tinha mais drogas, o próprio TONINHO indicou o local onde tinha mais drogas, ocasião em que foi apreendido mais uma quantidade de cocaína; que TONINHO não confirmou que fornecia drogas; que o depoente não conhecia FRACIVALDO; que também apreendeu cocaína com TONINHO, encontrado com ele na busca pessoal e no imóvel; que FRACIVALDO foi colaborativo (...)” (depoimento em Juízo da testemunha de acusação, Tenente PM Leonardo Santana, extraído do PJE Mídias)

(...) que estava fazendo ronda de rotina e por volta das 22:00 horas acontecia uma aglomeração de pessoas, dentro de uma casa; que ao perceber a aproximação da viatura, DIONATAN tentou entrar na casa; que ao fazerem a busca pessoal, foi encontrado com ele 6 petecas de cocaína; que DIONATAN informou que era da pessoa que ele se relacionava, o FRACIVALDO; que ao fazer a busca na residência de FRACIVALDO, foram encontradas mais 6 petecas de cocaína no guarda roupa; que indagado sobre as drogas, DIONATAN disse que FRACIVALDO comprova a droga e passava para ele vender, tudo confirmado por FRACIVALDO; que eles confirmaram também que compraram a droga com TONINHO, no mesmo dia da apreensão; que os dois levaram os agentes até a residência de TONINHO, ocasião em que o encontraram, com algumas pessoas; que TONINHO tentou evadi, para casa de uma prima; que conseguiram alcançar TONINHO; que ao fazer a abordagem pessoal, foi encontrada uma quantidade de cocaína; que ao fazer busca na casa TONINHO, seus familiares tentaram entrar na casa, derrubaram portão; que o colega disparou tiro de borracha, surtiu efeito e conduziu todo mundo pra delegacia; que dentro da casa de TONINHO foi encontrado um volume de cocaína, um volume só, mas bem maior que o primeiro; que no dia o depoente e seus colegas apreenderam uma quantidade de drogas no bolso de DIONATAN, depois, dentro do guarda roupa de FRACIVALDO; em seguida, na posse de TONINHO e depois, na sua residência; que no veículo de TONINHO não foi encontrado nada "(depoimento em Juízo da testemunha de acusação, Soldado PM José Alves Furtado, extraído do PJE Mídias)

Em juízo, quando interrogado, o denunciado disse que estava tendo uma festa em sua casa e DIONATAN tinha acabado de chegar; que os policiais não deixaram o interrogado acompanhar a revista em sua residência, o trancando no banheiro do quarto; que os policiais disseram que acharam uma quantidade de droga no guarda roupa, mas o interrogado não tinha conhecimento, pois não sabe se DIONATAN chegou a guardar algo no seu guarda roupa; que tinha combinado com DIONATAN de usar a droga na festa; que no dia tinha em torno de 30 pessoas na casa; que não indicou onde era a casa de TONINHO, mas foi conduzido até lá com os policiais; que no bolso de DIONATAN foram encontradas apenas 05 cinco petecas de cocaína; que o interrogado ia consumir a droga com DIONATAN e os demais convidados da festa; que conhecia DIONATAN há 08 meses; que não era viciado em drogas, apenas consumia, mas hoje não mais faz uso. Com efeito, os elementos nos autos mostram-se assaz suficiente para

evidenciar a materialidade delitiva e a autoria do acusado, devendo-se, inclusive, extirpar qualquer questionamento quanto à validade dos depoimentos dos policiais que participaram da diligência do flagrante. Até porque, os agentes também prestaram seus depoimentos nos autos da ação penal originária nº. 0501443-68.2017.8.05.0146, os quais foram analisados e validados para lastrear a condenação em desfavor do corréu Antônio Nunes da Silva pela prática do delito de tráfico de drogas, tendo o Apelo Defensivo sido improvido por esta Turma Julgadora, com o mesmo Relator (Id 187885489).

Assim, conforme assentado no Superior Tribunal de Justiça, inexistente óbice à valoração dos depoimentos dos policiais militares como elemento de convicção do julgador, especialmente quando robustamente colhidos na fase inquisitorial e ratificados na instrução.

Confirmam-se os seguintes precedentes (com destaques acrescidos):

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. PROVA IDÔNEA. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE ABSOLVEU O AGRAVADO. PLEITO PELA CONDENAÇÃO. CASO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO, E NÃO DE VALORAÇÃO DA PROVA. 1. Segundo entendimento desta Corte, o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal (HC n. 236.105/SC, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 12/6/2014). 2. O Tribunal de origem, diante de duas versões, decidiu pela absolvição em razão da máxima in dubio pro reo, já que o acusado, a todo momento, negou a posse da droga. Rever tal entendimento demandaria a incursão no acervo fático-probatório dos autos, o que é incabível em recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 3. Valorar juridicamente a prova é aferir se, diante da legislação pertinente, um determinado meio probatório é apto para provar algum fato, ato, negócio ou relação jurídica. 4. No caso concreto, não se debate se determinado tipo de prova pode ser juridicamente utilizado como meio probatório para dar suporte a uma condenação criminal. O que se pretende é que esta Corte verifique se o conteúdo do conjunto probatório autorizaria a condenação do réu. 5. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1505023/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 22/09/2015)

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PROCESSUAL PENAL. ARTS. 157, § 3.º, SEGUNDA PARTE, C.C. O ART. 14, INCISO II, E ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, C.C. OS ARTS. 14, INCISO II E 29, NA FORMA DO ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS ARROLADAS EM DEFESA PRÉVIA OFERECIDA INTEMPESTIVAMENTE. TESE DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE PARCIALIDADE DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. INEXISTÊNCIA. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República. (...) 5. Os depoimentos dos agentes policiais merecem credibilidade como elemento de convicção, máxime quando corroborados com outras provas produzidas nos autos, constituindo-

se, assim, elemento apto a respaldar a condenação. 6. A desconstituição dos éditos condenatórios respaldados pelos depoimentos produzidos na fase judicial, implica reexame do conjunto fático-probatório, providência incompatível com a via estreita do writ. 7. Ordem de habeas corpus não conhecida."(HC 254.373/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 26/02/2014).

Certo é que, no caso em epígrafe, a força do conjunto probatório carreado nos testemunhos dos policiais, apontando de maneira harmônica e coerente o local de depósito que foi encontrado o entorpecente, a quantidade, no total de 06 (seis) "petecas" de cocaína, assim como a cadeia de fornecimento da droga, envolvendo pessoas diversas e a sua destinação para o comércio, configuram elementos evidenciadores suficientes para caracterizar o delito de tráfico de drogas.

Portanto, ao contrário do quanto genericamente aduzido nas razões recursais da Defesa, acerca de atipicidade material por ausência de lesão ao bem jurídico, à vista da prova colhida no feito, inescusável o enquadramento da conduta do Réu na previsão do art. 33 da Lei nº 11.343/06, cujo perigo de lesão à saúde pública é presumido em caráter absoluto, bastando para a configuração do crime que a conduta seja subsumida num dos verbos previstos, como na espécie.

"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".

Não se pode olvidar, por sua vez, a desnecessidade, para a caracterização do tráfico ilícito de entorpecentes, que o agente seja flagrado no exato momento da mercancia, uma vez se tratar de crime de condutas múltiplas. Na hipótese, a conduta de ter em depósito, também permite a subsunção a norma incriminadora, sobretudo quando se tem, como nos autos, prova da finalidade comercial. Sobre o assunto, bastante elucidativo o seguinte julgado:

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. MATÉRIA QUE JÁ FOI OBJETO DE DISCUSSÃO NESTA CORTE EM HC ANTERIOR. PRISÃO PREVENTIVA. INDEVIDA INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. 1. As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do acusado pelo crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Por essas razões, mostra-se inviável a absolvição do agravante, sobretudo em se considerando que, no processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir o mérito da pretensão punitiva, para condenar ou absolver, desde que o faça fundamentadamente, tal como ocorreu no caso. 2. Para a configuração do delito de tráfico de drogas, não é necessária prova da mercancia, tampouco que o agente seja surpreendido no ato da venda do entorpecente – até

porque o próprio tipo penal aduz “ainda que gratuitamente” –, bastando, portanto, que as circunstâncias em que se desenvolveu a ação criminosa denotem a traficância. 3. Para entender-se pela absolvição do réu, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência, conforme cediço, incabível em recurso especial, a teor do que estabelecido na Súmula n. 7 do STJ. 4. A pretendida incidência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas já foi objeto de discussão nesta Corte Superior de Justiça, por ocasião da impetração do HC n. 621.535, já julgado. 5. Configura indevida inovação recursal a apresentação de tese jurídica somente por ocasião do agravo regimental. 6. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido. (AgRg nos EDcl no AREsp 1917794/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 14/12/2021). (Grifos aditados).”

Consequentemente, restada provada a autoria do delito, levando-se em conta que não aflorou da instrução criminal qualquer fato novo que pudesse infirmar o conteúdo da denúncia, tem-se que o aventado pedido de desclassificação do delito previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06 para o tipo penal do artigo 28 da mesma lei, não encontra adminículo de apoio no acervo probatório reunido.

Sem maiores digressões, infere-se que a pretensão acusatória demonstra-se devidamente robustecida pelo arsenal probatório erigido aos autos, de forma que o pleito de desclassificação suscitado pela Defesa carece de alicerce sólido.

3. DO PLEITO DE AFASTAMENTO DO § 4º DO ART. 33 DA 11.343/06.

Por outro giro, em relação ao benefício concedido pelo Juízo primevo acerca da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, o pleito de afastamento formulado pelo Ministério Público deve ser acolhido, face a mácula do decism, neste ponto.

Com efeito, insta frisar que nas derradeiras alegações do Parquet, o órgão acusatório satisfatoriamente justificou que o Apelado não fazia jus a benesse da diminuição de pena, por se dedicar à atividade de tráfico de drogas. E para isso, apontou que, em consulta realizada ao sistema do TJPE, consta registro de fato delitivo anterior, com trânsito em julgado em 20/09/2017, apurado nos autos da ação penal nº.

0003301-24.2014.8.17.1130, que originou a execução penal nº.

0008048-12.2017.8.17.1130. Ademais, apontou que, em tal condenação, o Apelado, inclusive, já tinha sido beneficiado com a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Sobre tal assertiva, foi dada a oportunidade a Defesa exercer o contraditório, por meio das suas alegações finais.

Entretanto, na sentença vergastada, em que pese as alegações ministeriais e a consulta processual juntada às fls. 298/300, o Juízo de primeiro grau, equivocadamente, não as considerou como fato impeditivo para concessão da causa de diminuição.

Nota-se, das informações prestadas pelo Parquet e não refutadas pela

Defesa, bem como da consulta processual nos autos, a comprovação de uma execução penal em desfavor do apelado, circunstância suficiente para demonstrar a habitualidade deste em atividade criminosa, fato impeditivo para concessão da causa de diminuição.

De mais a mais, nas razões do Apelo Ministerial, consta anexa uma consulta processual detalhada do processo existente na Comarca contígua de Petrolina/PE, confirmando todas as informações prestadas pelo Parquet nas suas alegações finais, inclusive, a existência de condenação anterior por tráfico de drogas, com a concessão de diminuição da pena pelo privilégio e com trânsito em julgado ocorrido em 20/09/2017. Assim, resta evidenciado a circunstância de maus antecedentes, fato este impeditivo legal para justificar a inaplicabilidade da causa de diminuição. Vejamos o disposto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06.

“§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.” (grifamos)

Ainda assim, cumpre registrar que a existência de ação penal em curso já seria suficiente para demonstrar a dedicação à atividade criminosa, situação que, também, impossibilitaria o reconhecimento da pleiteada causa de diminuição.

Nesse sentido, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DUAS AÇÕES PENAIS EM CURSO. NÃO ATENDIMENTO DAS DIRETRIZES EXIGIDAS PARA O RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. PRECEDENTES. MANTIDO O REGIME INICIAL SEMIABERTO E A NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. Nos termos do art. 33, § 4º, 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 organização criminosa. O fato de o paciente possuir duas ações penais em curso – Processo n. 0001456-02.2015.8.24.0006, por homicídio qualificado, e Processo n. 0000753-42.2013.8.24.0006, por tráfico de drogas –, embora não possam ser utilizadas a título de maus antecedentes, denotam sua dedicação à atividade criminosa, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, que ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP (DJe 1º/2/2017), de relatoria do Ministro FELIX FISCHER, firmou o entendimento de que é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para a formação da convicção de que o Réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, exatamente como ocorrido na espécie. Precedentes. – Inalterado o montante das sanções, ficou mantido o regime inicial semiaberto e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, por expressa determinação legal, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 44, I, ambos do Código Penal. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no HC 665.192/SC, Rel. Ministro

REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2021, DJe 10/08/2021)" (grifamos)

Portanto, tal fato, aliado às circunstâncias do caso concreto, revela a existência de maus antecedentes, demonstrando a habitualidade delitiva do Apelado, de maneira que resta evidenciado, de forma clara, o não preenchimento dos requisitos para a obtenção de tal benefício, impondo-se, dessa forma, o seu afastamento.

4. DA DOSIMETRIA DA PENA

Por derradeiro, diante das ponderações, passemos à análise da dosimetria da pena:

Na primeira fase, levando-se em conta que a pena-base foi fixada no seu patamar mínimo, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, e diante da impossibilidade de valorar duas vezes a mesma circunstância – maus antecedentes –, já considerada na 3ª fase, assim deve ser mantida (HC's 112.776 e 109.193, ambos do STF).

No tocante à segunda fase da dosimetria, não foram reconhecidas agravantes e atenuantes.

Na terceira e última fase, consubstanciado nos argumentos alhures expendidos, afasto o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, redimensionando a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos.

Atento aos ditames do art. 33, § 2º, b, do CP, aplico o regime semiaberto para o cumprimento inicial da pena corporal.

5. CONCLUSÃO

À vista de todos os fundamentos aqui consignados, sopesados em cotejo com a realidade dos autos, CONHEÇO das Apelações interpostas e, no mérito, NEGO PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA, bem como DOU PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO para afastar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/06, redimensionando a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo de 1/30 do salário mínimo, vigente ao tempo dos fatos, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, mantendo-se, porém, as demais disposições do julgado.

É o voto.

Des. Abelardo Paulo da Matta Neto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma

Relator