

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501603-92.2020.8.05.0080

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: Marcos Paulo Conceição da Silva

DEFENSORA PÚBLICA: Tâmires Cardoso

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

ACORDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECORRENTE CONDENADO A 06 (SEIS) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E 650 (SEISCENTOS E CINQUENTA) DIAS-MULTA, PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006.

I. PRELIMINAR DE NULIDADE POR VIOLAÇÃO DO DOMICÍLIO DO RÉU. NÃO OCORRÊNCIA. POLICIAIS MILITARES QUE ADENTRARAM À RESIDÊNCIA DO ACUSADO, APÓS A SUA ANUÊNCIA. NÃO VERIFICAÇÃO DE MOTIVOS PARA SUSPEIÇÃO DA PALAVRA DOS POLICIAIS MILITARES. CRIME PERMANENTE. APREENSÃO DE 74 (SETENTA E QUATRO) TABLETES DE MACONHA.

II. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NÃO ALBERGADO. MATERIALIDADE DELITIVA. PROVA DA AUTORIA. VALIDADE DE DEPOIMENTOS DOS

POLICIAIS MILITARES.

III. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. NÃO ACOLHIDO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA. INCREMENTO DA BASILAR FUNDAMENTADO. DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO. PROPORCIONALIDADE. RAZOABILIDADE.

IV. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ACOLHIMENTO. INDEFERIMENTO PRIMEVÔ COM FUNDAMENTAÇÃO NA QUANTIDADE DE DROGA E EM AÇÃO PENAL PRETÉRITA. BIS IN IDEM. NA ESTEIRA DE JULGADOS DO STF E FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA PELA 3ª SEÇÃO DO STJ (REsp n. 1.977.027/PR), CONDENAÇÕES NÃO TRANSITADAS EM JULGADO NÃO POSSUEM O CONDÃO DE AFASTAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REDUÇÃO DAS PENAS. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. AFASTAMENTO DA PRISÃO CAUTELAR. INCOMPATIBILIDADE. DETERMINAÇÃO DA SOLTURA DO APELANTE.

V. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA, PARA REDUZIR AS PENAS APLICADAS PARA 02 (DOIS) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, ALTERANDO O REGIME PARA O ABERTO, E AFASTANDO A PRISÃO CAUTELAR, DETERMINANDO A IMEDIATA SOLTURA DO APELANTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de n. 0501603-92.2020.8.05.0080, em que figuram como apelante Marcos Paulo Conceição da Silva e como apelada MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os magistrados integrantes da 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por JULGAR PARCIALMENTE PROVIDO O RECURSO INTERPOSTO, nos termos do voto da Relatora.

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

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade
Salvador, 4 de Outubro de 2022.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501603-92.2020.8.05.0080

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: Marcos Paulo Conceição da Silva

DEFENSORA PÚBLICA: Tâmires Cardoso

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação interposta em favor de MARCOS PAULO CONCEIÇÃO DA SILVA, condenado pelo crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, a 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além de 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa.

Narrou a Denúncia:

“1. Consta do Inquérito Policial anexo, proveniente da Delegacia de Tóxicos e Entorpecentes de Feira de Santana – Bahia, que, no dia 05 de novembro de 2020, por volta das 12h00min, prepostos da Polícia Militar, realizando rondas de rotina na Rua da Paz, Loteamento São Cristóvão, distrito de Maria Quitéria, zona rural deste município, avistaram o Denunciado com um saco plástico nas mãos. 2. Ocorre que, com a aproximação da viatura, o Denunciado tentou se esconder, sem êxito, atrás do pilar de sustentação de um portão, localizado nas imediações. Em razão deste fato, foi promovida abordagem pessoal dele, sendo identificado, no interior da sacola que carregava consigo, 04 (quatro) porções de maconha prensada, sob forma de tabletes, além de certa quantidade da mesma substância. 3. Inquirido acerca da origem dos entorpecentes, o Denunciado confessou que promovia a guarda e distribuição do material ilícito, afirmando, inclusive, que existiam mais drogas em sua residência. Em razão deste fato, foi promovida busca domiciliar, com a autorização do Denunciado,

tendo sido encontrado, em seu dormitório, 74 (setenta e quatro) tablets maconha prensada, além de uma balança eletrônica. 4. Conforme laudo de constatação preliminar acostado às folhas 15/16 dos autos, foram apreendidas 51.315Kg de maconha. 5. Importante identificar, por oportuno, que o Denunciado possui uma ação penal tombada sob o n. 0300135-77.2020.8.05.0080, em trâmite nesta comarca, em razão da prática do delito de roubo, conforme busca promovida no sistema de processo eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia ESAJ.”

Após regular instrução, sobreveio a sentença condenatória, contra a qual o acusado interpôs Recurso. Em suas Razões Recursais, (id 33475633), requer a nulidade da prova obtida durante a fase inquisitorial, em virtude da violação de domicílio do acusado, afastando, por sua vez, a prova repetida em juízo, e absolvendo o acusado, ao final, uma vez afastada a materialidade delitiva. Subsidiariamente, pugna por absolvição por insuficiência de provas; redução da pena-base; aplicação da minorante do tráfico privilegiado.

Em Contrarrazões (id 33475646), o membro do Ministério Público a quo pugnou pelo improvimento do Recurso.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pela reforma parcial da sentença, reduzindo-se a pena-base, alterando-se o regime prisional para o semiaberto, e concedendo-se o direito de recorrer em liberdade ao acusado (id 34364496).

Relatados os autos, determinei o encaminhamento ao nobre Revisor.

Salvador/BA, 19 de setembro de 2022.

Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma
Relatora

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501603-92.2020.8.05.0080

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: Marcos Paulo Conceição da Silva

DEFENSORA PÚBLICA: Tâmires Cardoso

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

VOTO

Trata-se de Apelação interposta em favor de MARCOS PAULO CONCEIÇÃO DA SILVA, condenado pelo crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, a 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além de 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa.

Narrou a Denúncia:

“1. Consta do Inquérito Policial anexo, proveniente da Delegacia de Tóxicos e Entorpecentes de Feira de Santana – Bahia, que, no dia 05 de novembro de 2020, por volta das 12h00min, prepostos da Polícia Militar, realizando rondas de rotina na Rua da Paz, Loteamento São Cristóvão, distrito de Maria Quitéria, zona rural deste município, avistaram o Denunciado com um saco plástico nas mãos. 2. Ocorre que, com a aproximação da viatura, o Denunciado tentou se esconder, sem êxito, atrás do pilar de sustentação de um portão, localizado nas imediações. Em razão deste fato, foi promovida abordagem pessoal dele, sendo identificado, no interior da sacola que carregava consigo, 04 (quatro) porções de maconha prensada, sob forma de tabletes, além de certa quantidade da mesma substância. 3. Inquirido acerca da origem dos entorpecentes, o Denunciado confessou que promovia a guarda e distribuição do material ilícito, afirmando, inclusive, que existiam mais drogas em sua residência. Em razão deste fato, foi promovida busca domiciliar, com a autorização do Denunciado, tendo sido encontrado, em seu dormitório, 74 (setenta e quatro) tabletes maconha prensada, além de uma balança eletrônica. 4. Conforme laudo de constatação preliminar acostado às folhas 15/16 dos autos, foram apreendidas 51.315Kg de maconha. 5. Importante identificar, por oportuno, que o Denunciado possui uma ação penal tombada sob o n. 0300135-77.2020.8.05.0080, em trâmite nesta comarca, em razão da prática do delito de roubo, conforme busca promovida no sistema de processo eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia ESAJ.”

Após regular instrução, sobreveio a sentença condenatória, contra a qual o acusado interpôs Recurso. Em suas Razões Recursais, (id 33475633), requer

a nulidade da prova obtida durante a fase inquisitorial, em virtude da violação de domicílio do acusado, afastando, por sua vez, a prova repetida em juízo, e absolvendo o acusado, ao final, uma vez afastada a materialidade delitiva. Subsidiariamente, pugna por absolvição por insuficiência de provas; redução da pena-base; aplicação da minorante do tráfico privilegiado.

Em Contrarrazões (id 33475646), o membro do Ministério Público a quo pugnou pelo improvimento do Recurso.

A douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pela reforma parcial da sentença, reduzindo-se a pena-base, alterando-se o regime prisional para o semiaberto, e concedendo-se o direito de recorrer em liberdade ao acusado (id 34364496).

Relatados os autos, determinei o encaminhamento ao nobre Revisor.

Pretende, a Defesa, que seja declarada a nulidade da prova obtida durante a fase inquisitorial, em virtude da violação de domicílio do acusado, afastando, por sua vez, a prova repetida em juízo, e absolvendo o acusado, ao final, uma vez afastada a materialidade delitiva. Subsidiariamente, pugna por absolvição por insuficiência de provas; redução da pena-base; aplicação da minorante do tráfico privilegiado.

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do presente Apelo.

1. Da alegação de nulidade da prova colhida em desrespeito à inviolabilidade de domicílio do réu

Aduz a Defesa que policiais militares dirigiram-se à casa do apelante e invadiram a residência, sem mandado judicial de busca e apreensão ou situação de flagrante.

Não se discute que o legislador dispensou especial atenção à busca e apreensão no art. 5º, XI, da Constituição da Republica, garantindo a todo cidadão a inviolabilidade do seu domicílio. Por outro lado, como já assentado pelos Tribunais Superiores, a inviolabilidade domiciliar não se estende às situações de flagrante delito, pois o Art. 5º, XI da Constituição da Republica expressamente autoriza o ingresso em residências em tal situação, independentemente de autorização judicial, e a qualquer hora do dia.

Vejamos: “Art. 5, XI da CF– a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém | nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em | caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”

No caso vertente, os policiais militares Fabiana Kary dos Santos Silva, Fábio dos Santos Maroto relataram em Juízo, que, no dia do fato detalhado na Denúncia, o acusado foi visto, em situação suspeita, razão pela qual os policiais procederam à abordagem, sendo verificado em posse do denunciado, tabletes de maconha. Em seguida, foi pedida a autorização, ao réu, para que adentrassem à sua residência, tendo ele anuído, e ali foram encontrados mais tabletes da mesma substância entorpecente.

Não há, nos autos, suspeitas acerca dos depoimentos dos policiais militares, não tendo a Defesa se desincumbido de produzir prova para retirar-lhes a credibilidade ou suscitar a dúvida consistente.

Lado outro, ressalte-se que tanto o crime de tráfico ilícito de entorpecentes é classificado na doutrina como delito permanente. Logo, a situação de flagrância persiste enquanto durar a permanência, podendo haver prisão em flagrante, e o conseqüente ingresso no domicílio, em todo esse período.

É a lição de Renato Brasileiro de Lima:

“Em todos esses crimes permanentes, em relação aos quais a prisão em flagrante é possível a qualquer momento, enquanto não cessar a permanência, a Constituição Federal autoriza a violação ao domicílio mesmo sem prévia autorização judicial (art. 5º, XI). Assim, supondo-se um delito de tráfico de drogas na modalidade ter em depósito', delito de natureza permanente, no qual a consumação se prolonga no tempo, e, conseqüentemente, persiste o estado de flagrância, admite-se, ainda que em período noturno, e sem autorização judicial, o ingresso da Polícia na casa em que está sendo praticado tal crime, com a conseqüente prisão em flagrante dos agentes e apreensão do material relativo à prática criminosa”.

Comentando o art. 241 do Código de Processo Penal, Guilherme de Souza Nucci destaca:

“é indiscutível que a ocorrência de um delito no interior do domicílio autoriza a sua invasão, a qualquer hora do dia ou da noite, mesmo sem o mandado, o que, aliás, não teria mesmo sentido exigir fosse expedido. Assim, a polícia pode ingressar na casa alheia para intervir num flagrante delito, prendendo o agente e buscando salvar, quando for o caso, a vítima. Em caso de crimes permanentes (aqueles cuja consumação se prolonga no tempo), como é o caso do tráfico de entorpecentes, na modalidade “ter em depósito” ou “trazer consigo”, pode o policial penetrar no domicílio efetuando a prisão cabível.”

No caso em testilha, houve flagrante delito, sendo mandado judicial dispensável, à vista da anuência do acusado para que os policiais adentrassem o seu domicílio. Destarte, verificando-se no caso em apreço, que o ingresso dos policiais se deu em situação de flagrante delito, não se podendo dizer, com isso, que houve qualquer violação à garantia constitucional albergada no art. 5º, XI da Constituição Federal ao domicílio do apelante, de modo que rechaço a preliminar de ilegalidade da prova colhida nos autos.

2. Do pleito de absolvição por insuficiência de provas

No que concerne ao pedido absolutório por insuficiência probatória, tampouco faz jus a Defesa ao acolhimento, considerando principalmente que não há nulidade da busca e apreensão realizada no domicílio do réu.

A materialidade delitiva está estampada em auto de exibição e apreensão de fls. 16, bem como nos laudos periciais das drogas apreendidas, acostadas às fls. 19/20 e 51, os quais atestam tratar-se de 51.315,00g (cinquenta e um mil e trezentas e quinze gramas) de maconha.

Por sua vez, a autoria delituosa foi aferida por depoimentos dos policiais militares que efetuaram a prisão do acusado:

“que é de costume fazer ronda nesse local; que a rua é conhecida como rua do tráfico; que em ronda de rotina, avistaram, na porta de uma residência na Rua da Paz, um jovem que estava em posse de algo, uma sacola ou algo assim; que ao avistar a polícia, ele soltou da sua mão, próximo a ele, o objeto que carregava; que se aproximaram, deram a ele a voz de abordagem, o que foi prontamente atendido; que fizeram a abordagem pessoal, e foram verificar o que ele havia deixado; que, ao verificar o saco, havia aproximadamente quatro tablets de substância análoga a maconha; que após ser abordado, ele disse aguardar um motoboy para entregar a droga que não era dele; que foi questionado com perguntas de praxe, ele sem nenhuma resistência falou que fazia a guarda de drogas e que havia mais drogas na residência; que pediram autorização para entrar na residência e ele autorizou; que a casa parecia um dormitório, havia colchões, era algo realmente só para uso e distribuição de drogas; que lá foi encontrado dois sacos de nylon, e um fechado com vários tablets de drogas; que a ronda era de viatura; que pertencem ao distrito de São José, Maria Quitéria; que ela e a guarnição avistou o réu efetivamente, pois já estavam bastante atentos; que já sabem que a rua é de criminalidade; que visualizou ele soltando o saco próximo a ele, só fez soltar das mãos mesmo; que ele estava em pé no portão, como ele disse, aguardando o motoboy; que ele tentou se livrar, mas não arremessou ou algo assim, ficou próximo a ele mesmo; que ele estava no portão, mas o portão já estava aberto; que acha que ele já havia mantido contato com alguém e estava na espera; que o portão estava aberto, e ele estava encostada na pilastra de concreto do portão; que ele só fez soltar o saco e ficou no mesmo lugar; que ele atendeu as determinações policiais de forma tranquila; que na abordagem pessoal, não havia nada de ilícito; que dentro do saco existiam os tablets; que os tablets eram mais ou menos um quilo, prensados, e estavam envolvidos com fita adesiva amarelada, dourada; que esse modo de embalagem era o mesmo dos que estavam nos sacos de nylon, os aproximadamente 80 kg; que se apresentavam na mesma fita, mesmo tamanho, não havia um diferente; que os sinais de habitação eram poucos e aparentava estar abandonado; que havia um fogão sem uso, uma geladeira sem funcionar, um colchão com cobertores bem sujos; que era mesmo como se fosse para passar a noite, guardando e fazendo o uso; que a depoente e outras guarnições já fizeram prisões de elementos nessa casa; que essa casa é alugada, os próprios moradores fazem denúncia; que o réu informou que só fazia a guarda do material e alguém buscaria; que foi a primeira vez que abordou Marcos; que ele foi cooperativo, atendeu as determinações das autoridades policiais; que não identificou sinais de atuação em concurso com outras pessoas ou documentos que provassem isso; que não conversou com outra testemunha antes da audiência; que não se recorda tempo e dia, mas se recorda de indivíduos que foram presos nessa casa; que já foi apreendido droga nessa casa antes, mas não nessa quantidade tão expressiva; que voluntariamente ele levou a polícia para onde havia mais drogas; que antes da autorização da entrada, fizeram perguntas, e ele foi

falando as coisas, ainda no portão conversando; que ele foi falando que estava guardando, entregando, e ainda havia mais; que não foi preciso algemá-lo; que a motivação da abordagem foi a dispensa do saco, mas mesmo que ele não tivesse dispensado, realizaria a abordagem, pois ele estava na casa que já é conhecida pelo tráfico e marginais habitarem ali; que desse local foram diretamente para DTE; que no momento da prisão, não chegou ninguém afirmando ser familiar dele.” (Fabiana Kary dos Santos Silva, policial militar)

“que integrou a guarnição nessa data; que estavam em ronda pelas imediações do povoado de São José; que entraram em uma ruazinha sem saída e avistaram um rapaz ao final dela, encostado em um portão, com uma sacola na mão; que decidiram abordá-lo e ele tentou se esconder; que avistaram ele, desembarcaram, abordaram e dentro da sacola que ele segurava na mão, havia alguns tabletes de maconha; que indagaram sobre os tabletes, e ele começou a contar que estava esperando um motoboy que buscaria essa droga com ele; que comentou que havia mais quantidade na casa; que dentro da casa realmente havia mais um saco de nylon, chamado popularmente por saco de farinha; que havia uns 60 kg mais ou menos, com vários tabletes de maconha, e um outro menor também com tabletes de maconha; que o conduziram para delegacia; que ele informou que alguém repassava a maconha para ele, e ele entregava para alguns motoboys que iam lá; que trabalham em São José e nos povoados; que nesse dia fizeram a ronda nesse povoado, o avistaram e fizeram a atuação; que na hora que viu, que os colegas que estavam na frente (motorista e comandante) falaram, ele só visualizou o vulto tentando se esconder atrás de um muro, ou poste; que ele se escondeu, e quando encostou já estava perto; que só fez desembarcar e abordá-lo; que participou do momento efetivo da abordagem pessoal; que ele não trazia nada de ilícito no corpo, só o saco preto; que armas, essas coisas, não; que quando desembarcou da viatura, o réu estava segurando o saco; que não se recorda a ordem de quem desceu do veículo, mas acha que foi o terceiro; que outros policiais chegaram antes do depoente; que os entorpecentes estavam em tabletes, prensados, adesivados, em porções grandes, e ele faria alguma entrega para um motoboy; que ele não identificou quem buscaria a droga; que ele identificou que faziam contato com ele pelo WhatsApp; que ele não sabia quem ia buscar, não sabia de nada, só que alguém buscaria; que depois de identificado os tabletes, ele não narrou como recebia os entorpecentes, ou de quem seria o imóvel; que o portão estava aberto, porque ele estava no portão esperando; que a casa era de recuo, aberto; que o portão era de grade em cima, porta aberta, e ele do lado de fora esperando; que quando chegaram, ele estava encostado no cantinho do muro; que ficaram perguntando, e ele disse ter mais entorpecentes, ele falou que estava em um quarto; que foram para o quarto e acharam mais drogas, realmente o cheiro era mais forte; que havia dois sacos, abriram, e havia mais tabletes dentro; que se lembra de entrar pela porta da cozinha, com praticamente nada na cozinha, acha que haviam dois quartos, uma sala, mas foram direto para o quarto; que havia um fogão velho, algumas coisas, mas não sabe se habitavam ou não; que o entorpecente apreendido dentro do imóvel possuía a mesma embalagem do encontrado do lado de fora; que depois de identificado o material, ele informou que alguém entregava a ele, e alguém ligava para o celular que ele tinha, mas ele não sabia nem quem era, e informava os locais para ele entregar, ou pedia para ele enviar a localização que alguém ia buscar; que durante a abordagem, não chegou mais ninguém ao imóvel; que foi a primeira

vez que abordou o Marcos; que o réu foi cooperativo; que não recebeu informação sobre quem teria alugado a casa, ou algo assim; que não conversou com outra testemunha no dia; que na data do ocorrido, estava na guarnição da policial Fabiana há uns dois meses; que antes disso, não atuava naquela área, era do distrito de Humildes; que não sabe informar se essa rua é comum por crimes, conhecia pouco; que não se lembra de ter ouvido falar daquela rua ser conhecida por crime, porque sempre passavam por diversas localidades; que a guarnição nesse tempo em que estava, não fizeram prisão naquela residência; que não havia recebido denúncia de moradores daquela rua; que não tem muita intimidade com o pessoal daquela comunidade, mas não pode falar pelos outros; que era ronda de rotina; que não consegue dizer se ele morava ali, pois não perguntou e ele também não apresentou documentação; que a casa estava toda aberta; que não sabe se ele tinha a chave da casa; que não existia mais alguém na localidade; que não se lembra de chegar algum familiar dele; que no trajeto ou delegacia, não se recorda dele dizer onde residia; que só conversou com ele sobre a situação de como ele entregava ou recebia a droga; que quando Marcos falou que tinha mais droga, eles entraram para confirmar; que entraram na residência com ele; que ele falou que tinha, e eles foram lá dentro, e encontraram a droga; que ele foi algemado só na hora de ser levado, antes não; que conversando com ele, ele falou que havia mais dentro do quarto e confirmaram; que ele disse que alguém tinha entregado para fazer a distribuição; que ele autorizou a entrada dos policiais, no momento em que ele diz que no quarto tem mais drogas; que conversando com ele, ele não fez objeção de entrarem na casa" (Fábio dos Santos Maroto, policial militar)

Não há motivo para que seja levantada suspeição acerca dos referidos depoimentos, sendo os relatos válidos e harmoniosos com as demais provas dos autos, e devem ser mantidos como prova definitiva da autoria criminosa que se imputa ao réu.

Nesse sentido:

Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade. [...] É firme o entendimento desta Corte Superior de que "o crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento" (HC n. 382.306/RS, Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 7/2/2017, DJe 10/2/2017) (HC n. 404.514/PE, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 12/3/2018)

Logo, estando suficientemente demonstrada a materialidade delitiva e a autoria criminosa imputada, mantenho a condenação do acusado pelo crime de tráfico de drogas.

3. Do pleito de redução da pena-base

Verifica-se que o juízo a quo fixou a pena-base acima do mínimo legal, tendo em vista a expressiva quantidade de droga encontrada em poder do acusado:

“No tocante às circunstâncias judiciais de natureza subjetiva (antecedentes, conduta social e personalidade), não há nos autos elementos que atribuam uma valoração negativa ao agente. Quanto às circunstâncias objetivas (motivos, circunstâncias e consequências do crime), nada há que já não se relacione intimamente à gravidade da conduta apurada. Não se olvida, quanto à culpabilidade, sua valoração negativa, dada a quantidade da droga apreendida (mais de 50kg de maconha) com grande potencial de dano à saúde pública, circunstância que prepondera sobre o art. 59 do CP, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, e justifica a exasperação da pena base. Assim, dado o disposto no art. 42 da Lei 11.343/06 e diante dos parâmetros do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 07 (anos) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa.”

Em que pese a fixação de uma fração superior a 1/8 (um oitavo), do resultado da subtração entre o máximo e o mínimo da pena, para uma circunstância judicial valorada negativamente, entendo que o juízo de piso não agiu com ilegalidade, no caso vertente, considerando sobretudo a expressiva quantidade de droga encontrada em poder do réu. Destaque-se que não há um critério de aplicação da pena, na primeira fase dosimétrica, definido pela jurisprudência, sendo atribuído ao Magistrado, agir com discricionariedade, nesse momento processual, desde que de forma fundamentada, e atendendo ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENA-BASE. INCREMENTO EM VIRTUDE DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. INEXISTÊNCIA DE CRITÉRIO MATEMÁTICO IMPOSITIVO. DISCRICIONARIEDADE JUDICIAL. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO EXCEPCIONAL A SER REVISTA POR ESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade regrada do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito.
2. Diante da inexistência de um critério legal matemático para a exasperação da pena-base, admite-se certa discricionariedade do órgão julgador, desde que baseado em circunstâncias concretas do fato criminoso, de modo que a motivação do édito condenatório ofereça garantia contra os excessos e eventuais erros na aplicação da resposta penal.
3. Ante a ausência de manifesta ilegalidade, mantém-se a pena-base imposta pela Corte de origem, a qual justificou o incremento da reprimenda em 6 meses com lastro nos maus antecedentes e nas peculiaridades do caso concreto.
4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 2.003.020/G0, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 16/9/2022.) – grifamos

Ante o exposto, mantenho a pena basilar tal como fixada, deixando de acolher o pleito da Defesa.

4. Do pleito de aplicação da minorante do tráfico privilegiado

Assiste melhor sorte à Defesa, quanto a esse pleito. Com efeito, o juízo primevo denegou o referido benefício com fundamento na quantidade de droga encontrada, que aponta para a dedicação a atividade criminosa do agente, assim como a existência de ação penal pregressa:

Não incide a minorante do tráfico privilegiado posto evidenciada dedicação à atividade criminosa, já que o acusado responde a outra ação penal (Processo nº 0300135-77.2020.8.05.0080). Além disso, a expressiva quantidade de drogas que lhe foi confiada, de alto valor de mercado, cuja logística de aquisição, transporte, guarda e distribuição denota o envolvimento de associação criminosa – fato sinalizado em seu depoimento extrajudicial (PCC) – e as circunstâncias do caso concreto, que apontam a atuação proativa do acusado para a afetiva distribuição dessas drogas, revelam incompatibilidade com a figura do traficante eventual.

Nessa senda, a fundamentação incide em bis in idem, pois considera a quantidade de droga para majorar a pena-base, e também para a denegação do benefício em testilha. Nesse sentido:

Para a jurisprudência desta Corte Superior, sob pena de bis in idem, a quantidade da droga apreendida não pode ser considerada de forma concomitante para justificar o aumento da pena-base e para afastar a causa de diminuição da pena preconizada no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (AgRg no HC n. 645.343/SP, Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe 16/6/2021).

A utilização simultânea da natureza e da quantidade da droga apreendida para majorar a pena-base e afastar a causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 caracteriza indevido bis in idem (AgRg no HC n. 722.581/SP, Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, DJe 22/6/2022).

Lado outro, esta Relatora entende, na esteira do que foi decidido na Corte Suprema, e ora registra que condenações não transitadas em julgado não possuem o condão de afastar a aplicação da minorante em testilha.

Nessa linha de intelecção, foi o julgado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa ora transcrevo:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 AFASTADA COM FUNDAMENTO EM PROCESSOS EM CURSO. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (Julgado em 06/12/2019, SEGUNDA TURMA AG.REG. NO HABEAS CORPUS 175.466 SÃO PAULO RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA)

A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o rito dos recursos especiais repetitivos (Tema 1.139), estabeleceu a tese de que é vedada a utilização de inquéritos ou ações penais em curso para impedir a aplicação da redução de pena pela configuração do chamado tráfico privilegiado (artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006):

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 penalógicos. 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. (REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022.) – grifamos

Sendo direito subjetivo do acusado, aplico a causa de diminuição de pena em questão, no patamar de 2/3 (dois terços), reduzindo as penas para 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, sob regime aberto, além de 233 (duzentos e trinta e três) dias-multa. O regime prisional deve ser alterado para o aberto, em face da admissão do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, com fundamento no art. 33, § 2º, alínea c

do Código Penal. Nesse diapasão, faz jus, o Recorrente não faz jus à substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, considerando que foi valorada circunstância judicial em seu desfavor.

O Apelante deve ser imediatamente solto, em face da incompatibilidade da prisão cautelar com o regime prisional imposto. Expeça-se alvará de soltura.

5. Conclusão

Voto pelo provimento parcial do Recurso, reduzindo-se as penas para 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, sob regime aberto, além de 233 (duzentos e trinta e três) dias-multa, determinando-se, por consequência, a imediata soltura do Apelante.

Salvador/BA, 19 de setembro de 2022.

Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma
Relatora