

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO n. 8001221-30.2022.8.05.0248 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: DIOGO DE JESUS ALBERTO Defensor Público: Carolina Martins Valladares APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotora de Justiça: Núbia Rolim dos Santos Procuradora de Justiça: Maria de Fátima Campos da Cunha Assunto: Tráfico de Drogas ACORDÃO EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS COMETIDO NAS DEPENDÊNCIAS DE ESTABELECIMENTO PRISIONAL (ARTIGO 33, CAPUT, C/C ARTIGO 40, III, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006). 1. PLEITO PELA ABSOLVIÇÃO NOS TERMOS DO ARTIGO 386, INCISOS III E VII, DO CPP. IMPROVIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIAS DEMONSTRADAS NOS AUTOS. TESTEMUNHOS LINEARES E COERENTES, QUE LEGITIMAM A CONDENAÇÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE REVELA A CONFIGURAÇÃO DO CRIME DESCRITO NO ARTIGO 33, CAPUT, C/C ARTIGO 40, III, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006. CONDENAÇÃO MANTIDA. 2. PLEITO PELA DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06. IMPROVIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS DO FATOS. CARACTERIZAÇÃO DA DESTINAÇÃO DA DROGA PARA A COMERCIALIZAÇÃO. PROVA DE ENVOLVIMENTO DO RÉU NO TRÁFICO DE DROGAS. 3. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E SUA COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPROVIMENTO. CONFISSÃO QUE EXIGE O EXPRESSO RECONHECIMENTO DA TRAFICÂNCIA. A MERA ADMISSÃO DE POSSE NÃO TEM O CONDÃO DE JUSTIFICAR A APLICAÇÃO DA REFERIDA ATENUANTE. SÚMULA 630 DO STJ. 4. PLEITO PELA APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO) À MAJORANTE DO ARTIGO 40, INCISO III, DA LEI Nº 11.343/06. IMPROVIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. 5. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INVIABILIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. PERICULOSIDADE DO RÉU. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. CONCLUSÃO: RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes Autos de APELAÇÃO CRIMINAL sob nº 8001221-30.2022.8.05.0248, tendo como APELANTE DIOGO DE JESUS ALBERTO e APELADO MINISTÉRIO PÚBLICO DA BAHIA, ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma da 2ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, pelo CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO, nos termos do voto do Relator, consoante certidão de julgamento. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 18 de Abril de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO n. 8001221-30.2022.8.05.0248 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: DIOGO DE JESUS ALBERTO Defensor Público: Carolina Martins Valladares APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotora de Justiça: Núbia Rolim dos Santos Procuradora de Justiça: Maria de Fátima Campos da Cunha Assunto: Tráfico de Drogas RELATÓRIO Cuidam os autos de Apelação Criminal interposta por Diogo de Jesus Alberto, em face de sentença proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara dos Feitos Criminais, Infância e Juventude da Comarca de Serrinha/BA, nos autos da ação penal em epígrafe. Narra a inicial, ID 57603594, in verbis: (...) “No dia 16 de dezembro de 2021, por volta das 09h30, no Conjunto Penal de Serrinha, neste município, a denunciada MARIA JULIA foi flagrada trazendo consigo droga do tipo “maconha”, com o fim entregar ao denunciado DIEGO, seu filho, que se encontrava preso. Segundo se apurou, o denunciado solicitou que sua genitora trouxesse uma quantidade de substâncias entorpecentes para o Conjunto Penal de Serrinha. Então, no dia 16.12.2021, MARIA JULIA trouxe o material ilícito do município de Feira de Santana/BA, tendo escondido a droga em sua cintura.

Por volta das 09h30, as monitoras de ressocialização do Conjunto Penal de Serrinha realizavam procedimento de triagem e revista nas visitantes, quando verificou-se que a denunciada estava com uma quantidade de maconha em sua cintura. Ao ser questionada, a denunciada informou que estava levando o material para seu filho DIEGO DE JESUS ALBERTO. O material ilícito apreendido refere-se a: "Material 01 – tratava-se de 02 (duas) embalagens plásticas contendo ervas composta por folhas, talos e frutos pardo-esverdeados, com massa bruta de 34,30g; Material 02 – Tratava-se de 01 (uma) embalagem plástica contendo tabaco na cor predominante preta, com massa bruta de 91,98g, ficando constatado que se tratava de cannabis sativa no material 01, conforme laudo de exame pericial nº 2021 15 PC 002554 01, acostado aos autos do IP. Os denunciados foram encaminhados para a DEPOL, onde foi lavrado o auto de prisão em flagrante de MARIA JULIA. Em seu interrogatório na Delegacia de Polícia, o denunciado confessou a prática delitiva, indicando que solicitou que sua genitora trouxesse o material para o interior do estabelecimento prisional. As condições em que se desenvolveu a ação e o local da prisão (estabelecimento prisional) confirmam a destinação de mercância das drogas. Dessa forma, verifica-se que os denunciados MARIA JULIA MOREIRA DE JESUS e DIEGO DE JESUS ALBERTO praticaram os crimes previstos nos art. 33, caput, e art. 40, III, da Lei nº 11.343/06, logo, incursos nas sanções ali anunciadas." (...) O Réu apresentou Defesa Prévia no ID 57603828. A denúncia foi recebida em 09/01/2023, ID 57603839. O Auto de Exibição e Apreensão, o Laudo de Constatação e o Laudo de Exame Pericial Definitivo se encontram no ID 57603597 e 57603616. O feito foi desmembrado em relação à ré Maria Júlia Moreira de Jesus, autuado sob nº 8002086-19.2023.8.05.0248. As oitivas das testemunhas (Raimunda Santos de Jesus, Agente Penitenciária, Laiza Matos Brandão Cunha, Agente Penitenciária) e o interrogatório foram colacionados no ID 57603938 e armazenadas na plataforma PJe Mídias. As alegações finais, orais, foram oferecidas no ID 57603938. Em 16/10/2023, ID 57603941, foi prolatada sentença que julgou procedente a denúncia para condenar o Réu pela prática do crime descrito no artigo 33, caput, c/c art. 40, III, ambos da Lei n.º 11.343/2006, a um pena de 09 (nove) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 971 (novecentos e setenta e um) dias-multa, cada um no valor equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. O Ministério Público foi intimado do decum em 05/11/2023, ID 57603949, e o Réu, em 20/10/2023, ID 57603944. Irresignada, a Defesa interpôs Recurso de Apelação em 22/10/2023, ID 57603946 com razões apresentadas no ID 57603953, pleiteando: "a) Liminarmente, seja revogada prisão preventiva decretada e seja concedido ao recorrente o direito de recorrer em liberdade, uma vez que não estão presentes os pressupostos legais delimitados no art. 312 do Código de Processo Penal; b) Absolver o acusado da imputação referente ao artigo 33 da Lei nº 11.343/06, em razão da atipicidade formal da sua conduta, com fundamento no art. 386, III, do CPP, ou, subsidiariamente, pela insuficiência de provas do destino comercial da droga apreendida, com fulcro no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal; c) Subsidiariamente, desclassificar a sua conduta para aquela previstanoartigo28da Lei nº 11.343/06; d) Subsidiariamente, caso mantida a condenação pelo crime de tráfico de drogas, na segunda fase da dosimetria da pena, seja reconhecida a incidência, no caso em tela, da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, bem como a sua compensação com a agravante da reincidência; na terceira fase, seja

aplicada a fração de aumento de 1/6, ante a ausência de fundamento idôneo para a aplicação da fração máxima da majorante do art. 40, inciso III, da Lei 11.343/06." Nas contrarrazões, ID 57603956, o órgão Ministerial pugnou pelo conhecimento e improvimento do recurso, para manter a sentença vergastada. Os autos foram distribuídos, por livre sorteio, em 22/02/2024, ID 57636866. Em parecer, ID 58356440, a Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do Apelo, para que seja mantida, na íntegra, a sentença. Os autos vieram conclusos em 27/03/2024. É o relatório. Salvador/BA., data registrada em sistema. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO n. 8001221-30.2022.8.05.0248 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: DIOGO DE JESUS ALBERTO Defensor Público: Carolina Martins Valladares APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotora de Justiça: Núbia Rolim dos Santos Procuradora de Justiça: Maria de Fátima Campos da Cunha Assunto: Tráfico de Drogas VOTO I – DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS Conhece-se do recurso, eis que presentes os requisitos de admissibilidade. II – DO MÉRITO DA ABSOLVIÇÃO A Defesa pugnou pela absolvição do Recorrente. Sustentou a atipicidade da conduta, aduzindo que "o custodiado não praticou conduta alguma que possa configurar o início do iter criminis do delito descrito no art. 33 da Lei n. 11.343/2006, visto que teria se limitado a solicitar à sua genitora a entrega do material entorpecente no interior do presídio em que se encontrava recolhido", e a ausência de provas à condenação. Segundo a exordial, o Apelante solicitou que sua genitora, a sra. Maria Júlia Moreira de Jesus, trouxesse uma certa quantidade de substâncias entorpecentes para o Conjunto Penal de Serrinha, onde ele se encontrava custodiado. Exsurge, ainda, da denúncia, que a genitora foi flagrada trazendo consigo drogas do tipo "maconha", com o fim entregar ao Recorrente. Compulsando os autos com percuciência, observa-se, de logo, ser descabida a pretensa absolvição da Apelante. Com efeito, da análise dos autos, constata-se que a materialidade delitiva restou consubstanciada através do Auto de Prisão em Flagrante, da Certidão de Boletim de Ocorrência Policial 140877/2021, do Auto de Exibição e Apreensão, ID 57603597, e dos Laudos Periciais, nº 2021 15 PC 002554-01, ID 57603597, e nº 2022 01 PC 000479-01, ID 57603616, que atestam o caráter ilícito da substância apreendida, bem assim a sua quantidade e modo de acondicionamento. A prova oral colhida na fase instrutória, por seu turno, além de ratificar a materialidade delitiva, demonstra, em conjunto com os elementos de informação produzidos na etapa policial, a autoria. A testemunha, a agente penitenciária Raimunda Santos de Jesus, ID 57603938, disse que durante a triagem das visitas ao Conjunto Penal, a sra. Maria Júlia Moreira de Jesus, genitora do réu, foi flagrada portando drogas com o intuito de adentrar no presídio e entregar ao acusado: (...) "no momento da revista, que é o scanner que a gente utiliza lá, foi visualizado algo na cintura dela (sra. Maria Júlia Moreira de Jesus), onde chamamos o supervisor. O supervisor chamou ela e aí ela confessou que estaria levando para o filho. (...) na cintura (...) a Polícia Militar abriu e viu que tinha esses dois tipos de entorpecentes (...) tinha sido a segunda visita dela na unidade (...) a gente trabalha com as visitas (...) a gente não tem acesso aos internos." (...) (sic) A testemunha, a agente penitenciária Laiza Matos Brandão Cunha, ID 57603938, confirmou, igualmente, os fatos descritos, relatando que, durante a revista na visitante, a sra. Maria Júlia Moreira de Jesus, ela foi flagrada tentando adentrar no presídio com drogas, do tipo "maconha", na cintura. Disse que, ao questionar quanto ao destino da

substância entorpecente, ela afirmou que seria para entregar ao seu filho, ora Apelante: (...) “realmente, foi. Aí, ela chamou a mim e a outra monitora e estava na cintura. Ela entregou. E ela disse que era para o filho. (...) estava, tipo, em um saco preto (...) na cintura dela” (...) (sic) (grifos acrescidos) No mesmo sentido, a corré Maria Júlia Moreira de Jesus, quando ouvida em sede policial, ID 57603597, asseverou que “estava com uma certa quantidade de droga para entregar a Diego; que foi Diego que pediu para a mesma trazer a droga do tipo “maconha”: (...) “que no dia de hoje por volta das 09:30hs estava presente no conjunto penal desta cidade; que estava na triagem para visitar o seu filho de nome Diego de Jesus Alberto; que estava com uma certa quantidade de droga para entregar a Diego; que foi Diego que pediu para a mesma trazer a droga do tipo “maconha”; que Diego disse para a interrogada que era usuário e estava em abstinência e caso a mesma não trouxesse ele iria se matar; que diante das palavras ditas por Diego a interrogada resolveu trazer a droga para Diego; que a interrogada sabia que é proibido entrar com drogas, porem mesmo assim trouxe; que a declarante disse já ter perdido um filho a mesma teme em perder o outro; que a droga foi entregue a interrogada em sua residencia por uma pessoa desconhecida; que essa foi a primeira vez que a interrogada trouxe droga para Diego” (...) (sic) (grifos acrescidos) Em fase inquisitiva, ID 57603597, o Apelante confirmou que foi ele quem solicitou a sua genitora a substância entorpecente, apesar de alegar que a droga se destinava a consumo próprio: (...) “que no dia de hoje iria receber visita; que a visita era a sua mãe; que pediu para que a mãe lhe trazer droga; que pediu para trazer a droga do tipo “maconha” e também para trazer “pacaia”; que é usuário de drogas e que já tentou se matar por duas vezes por abstinência da droga; que a droga era para consumo próprio; que pediu para a mãe trazer 10gm de maconha; que é usuário de droga do tipo “maconha”; que esta cumprindo pena por trafico de drogas; que essa foi a primeira vez que pediu para sua mãe trazer a droga; que a sua mãe se recusou, porem conseguiu convence-la e a mesma no dia de hoje ela trouxe a droga, porem foi pega na triagem” (...) (sic) (grifos acrescidos) Em Juízo, ID 57603938, o Recorrente fez uso do direito ao silêncio acerca dos fatos. Questionado, contudo, sobre o uso de entorpecentes, respondeu, entrando em contradição, negando ser usuário de drogas. Em que pese o Apelante ter feito uso do direito ao silêncio em Juízo, segundo as testemunhas e a sua genitora, foi ele quem encomendou as substâncias entorpecentes. Ressalte-se, ademais, que o próprio Apelante, em fase inquisitiva, admitiu que conseguiu convencer sua mãe a lhe levar a droga, do tipo “maconha”. Diante desse contexto, observa-se que os relatos das testemunhas arroladas pela Acusação, aliados às circunstâncias da prisão e demais provas obtidas no curso da persecução penal, reputam-se suficientes para comprovar a autoria e justificar a condenação do Recorrente, tendo em vista que restou comprovado que o réu, de dentro do estabelecimento prisional, efetivamente solicitou (adquiriu) a entrega do entorpecente. A Defesa sustentou que “a conduta do requerido de solicitar o ingresso das drogas na unidade prisional poderia configurar, no máximo, ato preparatório da conduta tipificada no referido dispositivo legal, sendo, portanto, impunível”. Entretanto, valendo-se das palavras do Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator no julgamento do Recurso Especial nº 1.384.292 – MG (2013/0168404–8), “não se pode olvidar que o crime descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 é unissubsistente, de maneira que a realização da conduta esgota a concretização do delito. Inconcebível, por isso mesmo, se falar em meros atos preparatórios.” Assim, também, descabe

o argumento da Defesa de que "a interceptação da droga pelos agentes penitenciários antes de ser entregue ao destinatário, recolhido em estabelecimento prisional, impede a ocorrência da conduta típica do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 na modalidade adquirir", tendo em vista que é desnecessário para a configuração do delito, que haja a efetiva tradição ou entrega da substância entorpecente, sendo suficiente, portanto, a prática de um dos verbos núcleo do tipo penal, para que haja a consumação do delito. Nesse sentido, veja-se os precedentes da Corte da Cidadania: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. TRADIÇÃO OU ENTREGA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE AO DESTINATÁRIO FINAL. DESNECESSIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O crime descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 é unissubsistente, de maneira que a realização da conduta esgota a concretização do delito. 2. É desnecessário, para a configuração do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, que a droga seja encontrada em poder do acusado ou que haja a efetiva tradição ou entrega da substância entorpecente ao seu destinatário final. O simples ajuste de vontades sobre o objeto, por ocasião da encomenda da droga, basta para constituir a conduta abrangida pelo verbo "adquirir". Inconcebível se falar, por isso mesmo, em meros atos preparatórios. Precedentes. 3. Uma vez que ficou devidamente comprovado nos autos que o réu, de dentro do estabelecimento prisional, efetivamente solicitou (adquiriu) a entrega da droga, deve ser mantida inalterada a sua condenação pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Vale dizer, antes mesmo da efetiva entrega da droga ao recorrente, o delito já havia se consumado, com a aquisição da substância entorpecente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. 4. Agravo regimental não provido. (grifos acrescidos) (AgRg no REsp n. 1.827.195/MG, julgado em 11/12/2023, DJe de 15/12/2023.) HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ATOS MERAMENTE PREPARATÓRIOS. ATIPICIDADE. NÃO CONFIGURAÇÃO. ORDEM DENEGADA. 1. O crime descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 é unissubsistente, de maneira que a realização da conduta esgota a concretização do delito. 2. É desnecessário, para a configuração do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, que a droga seja encontrada em poder do acusado ou que haja a efetiva tradição ou entrega da substância entorpecente ao seu destinatário final. O simples ajuste de vontades sobre o objeto, por ocasião da encomenda da droga, basta para constituir a conduta abrangida pelo verbo "adquirir". Inconcebível se falar, por isso mesmo, em meros atos preparatórios. Precedentes. 3. Vale dizer, antes mesmo da apreensão das drogas em poder dos corréus, o delito já havia sido praticado pelo paciente com a aquisição das drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. 4. Ordem denegada. (grifos acrescidos) (HC n. 650.712/SC, julgado em 9/8/2022, DJe de 18/8/2022.) Ademais, sabe-se que para se configurar o delito de tráfico de drogas, basta que a conduta do agente se encaixe em um dos verbos mencionados no caput do art. 33, ou seja, não importa que o agente seja surpreendido comercializando efetivamente a droga. Assim, constatada a prática, pelo Apelante, da conduta criminosa prevista no art. 33, caput, na modalidade "adquirir", c/ c artigo 40, inciso III, ambos da Lei nº 11.343/2006, resta inviável o pleito de absolvição. DA DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDOTA PARA O TIPO PENAL DESCRITO NO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/06 A Defesa requereu a desclassificação da conduta para o crime previsto no artigo 28 da Lei de Drogas. Não merece prosperar. De acordo o artigo 28, § 2º, da Lei 11.343/2006: "Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito,

transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: (...) § 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." (...) Tomando por base tais premissas, extrai-se do conjunto probatório que o Apelante não apenas era usuário de drogas, mas se valia do tráfico de drogas, sendo frágil a versão defensiva, destoante do arcabouço de evidências produzido, com nítido intuito de eximir o acusado de sua responsabilidade penal, objetivando uma desclassificação para delito mais brando. In casu, todas as provas convergem para a constatação de que a droga apreendida não seria destinada ao consumo próprio. Além dos depoimentos anteriormente colacionados, as circunstâncias da prisão, o extrato da Secretaria de Administração Penitenciária – SEAP, ID 57603609, que aponta que o réu é integrante da Facção Criminosa Comando Vermelho e a peça de ID 57603595, que reforça o conjunto probatório, pois atesta que o Apelante já foi, anteriormente, condenado pela prática do crime de tráfico de drogas inviabilizam conclusão diversa. Ressalte-se, ainda, que as alegações do acusado foram contraditórias e enfraquecem a tese de mero usuário, tendo em vista que, em sede investigativa, alegou ser usuário de drogas, enquanto que, em Juízo, retratou-se, afirmando não ser usuário de drogas e nunca ter feito uso do entorpecente "maconha". Importante ressaltar, por fim, que a condição de usuário não afasta, por si só, a traficância. Nessa linha de entendimento: PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGA. (ART. 33, CAPUT, LEI Nº 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO RÉU. 1)– TRÁFICO DE DROGA. 1.1) PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA A DE POSSE DE ESTUPEFACIENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. TESE NÃO ACOLHIDA. SUPOSTA CONDIÇÃO DE USUÁRIO QUE NÃO ILIDE A DE TRAFICANTE, QUANDO ESTA EXSURGE INEQUÍVOCA DOS AUTOS. PALAVRAS DOS POLICIAIS QUE ATUARAM NO FLAGRANTE, CONFIRMADAS EM JUÍZO, SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ELEMENTOS DE CONVICÇÃO QUE POSSUEM ESPECIAL 1.2) [...] APELO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS. (TJPR 0010358–45.2016.8.16.0033. Data do julgamento: 28/11/2019) Dessa forma, nega-se provimento ao pedido de desclassificação da conduta para o artigo 28 da Lei de Drogas. DA DOSIMETRIA DA PENA DO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, PREVISTA NO ART. 65, INCISO III, ALÍNEA D, DO CÓDIGO PENAL, E SUA COMPENSAÇÃO COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA O Magistrado entendeu que o Apelante negou a prática do fato delituoso, fundamentando a sua decisão, nos seguintes termos, ID 56006176: (...) "DA ATENUANTE DA CONFISSÃO Não vislumbro o reconhecimento da confissão, porquanto o réu não confessou a traficância, apenas assumiu a posse da droga para consumo pessoal. Desse modo, incide o enunciado sumular n. 630 do STJ. Vejamos:"[...] TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA PROPRIEDADE DA DROGA PARA USO PESSOAL. DESCABIMENTO. [...] Sabe-se que nos casos em que a confissão do agente é utilizada como fundamento para embasar a conclusão condenatória, a atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do CP, deve ser aplicada em seu favor, pouco importando se a admissão da prática do ilícito foi espontânea ou não, integral ou parcial ou se houve retratação posterior em juízo. 2. Entretanto, in casu, não obstante o agravante tenha admitido a propriedade da droga, não reconheceu a traficância, afirmando que o estupefaciente encontrado seria para uso pessoal, sendo, portanto,

insuficiente para reconhecer a incidência da referida atenuante. [...] "(AgRg no AREsp 1308356 MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 17/08/2018)."[...] TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. RECONHECIMENTO DA PROPRIEDADE DA DROGA PARA USO PESSOAL. ADMISSÃO DE CRIME DIVERSO. IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE. [...] Ressalvada compressão pessoal em sentido diverso, as Turmas componentes da Terceira Seção desta Corte superior firmaram entendimento no sentido de ser indevido o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, nos delitos de tráfico de drogas, nos casos em que o agente confessa a propriedade da droga para uso pessoal, negando a traficância. [...] "(AgRg no HC 438846 MS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 12/06/2018). A incidência da confissão espontânea no crime de tráfico de entorpecentes exige o expresse reconhecimento da traficância pelo acusado, conforme súmula 630 do STJ, colacionada abaixo: "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" In casu, na fase inquisitiva, o Apelante alegou que a droga se destinava a consumo próprio: "que é usuário de drogas e que já tentou se matar por duas vezes por abstinência da droga; que a droga era para consumo próprio; que pediu para a mãe trazer 10gm de maconha; que é usuário de droga do tipo maconha". (sic) E, em Juízo, em que pese o acusado ter feito uso do silêncio quanto aos questionamentos acerca dos fatos, negou fazer uso da substância entorpecente maconha e sequer assumiu a propriedade das drogas, afirmando não saber responder para quem a sua genitora estaria levando as drogas. Assim, em razão do exposto, não se acolhe o referido pleito defensivo. DA APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE AUMENTO DE 1/6 DA MAJORANTE DO ART. 40, INCISO III, DA LEI 11.343/06 A Defesa requer que seja aplicada a fração de aumento de 1/6 (um sexto), aduzindo a ausência de fundamento idôneo para a aplicação da fração máxima da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei 11.343/06. Dispõe o art. 40, da Lei 11.343/06: Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: I – a natureza, a procedência da substância ou do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciarem a transnacionalidade do delito; II – o agente praticar o crime prevalecendo-se de função pública ou no desempenho de missão de educação, poder familiar, guarda ou vigilância; III – a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos; IV – o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva; V – caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal; VI – sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação; VII – o agente financiar ou custear a prática do crime. (grifos acrescidos) Com efeito, para a incidência da majorante prevista no referido dispositivo é suficiente que o crime tenha ocorrido nas dependências ou imediações dos locais especialmente protegidos, como se deu na espécie. No que se refere ao

quantum da fração de aumento aplicada, como é cediço, a individualização da pena requer do Julgador a vinculação a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto e de forma motivada. Ao aplicar a causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei 11.343/06, a Magistrada consignou: (...) “Na TERCEIRA FASE2 inexistem causas de diminuição da pena, mas se faz presente a causa de aumento de pena contida no inciso III, do art. 40, da Lei de Drogas, qual seja, a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais e além do mais, exigir da genitora, senhora idosa a entrar no conjunto penal e a também responder processo criminal. Pesa para o aumento na fração de 2/3, é que o réu nunca saiu da senda criminosa, participa de organização criminosa e pode sublevar o Conjunto Penal de Serrinha como feito em Feira de Santana/BA, visto que responde por homicídios naquele ergástulo. Assim, aumento a pena em 2/3 e passo a dosá-la em 09 (nove) anos, 08 (oito) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e ao pagamento de 971 (novecentos e setenta e um) dias-multa, a qual torno definitiva a ser cumprida inicialmente em regime FECHADO.” (...) Como se vê, diversamente do que alegou a Defesa, a Magistrada fundamentou de forma idônea a escolha da fração aplicada, tendo em vista que o Recorrente induziu a sua genitora a cometer o delito, ao convencê-la a adentrar no Conjunto Penal de Segurança Máxima de Serrinha com a droga, o que justifica o agravamento do vetor. Verifica-se, ademais, que a Julgadora atuou dentro dos limites impostos pelo dispositivo legal, de maneira que não há reparo a ser implementado. DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE A Defesa alegou que “não foram apontados fundamentos idôneos na sentença condenatória para a decretação da prisão preventiva do acusado, bem como não há fatos novos ou contemporâneos que justifiquem a prisão cautelar”. Dessa forma, requereu a revogação da prisão cautelar decretada e o direito do acusado de recorrer em liberdade. Insta consignar, preliminarmente, que a prisão cautelar se trata de exceção, sendo certo que tal medida constritiva somente se justifica quando, a par de indícios do cometimento do delito (*fumus commissi delicti*), estiver concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, a demonstrar a sua real indispensabilidade para garantia da ordem pública, econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar aplicação da lei penal, ex vi do art. 312 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu. Com efeito, o Juízo a quo decretou a prisão preventiva do acusado, pautando-se nas seguintes premissas, ID 57603941: (...) “DA NEGATIVA DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE Compulsando os autos, o Ministério Público não requereu a decretação da prisão do réu, ou seja, o réu está preso pelos processos da Comarca de Feira de Santana/BA. No julgado do AgRg no HC 658.3175, o ministro Sebastião Reis Júnior afirmou que não desapareceu a periculosidade do acusado com o relaxamento, naquele caso julgado. E mais, o Ministro assinalou que a decretação de prisão cautelar na sentença, diferentemente da que ocorre na fase investigatória ou durante a instrução processual, é baseada em um juízo de certeza por parte do magistrado, após a análise de todas as provas, de maneira que ele não apenas pode, mas deve negar ao réu o direito de recorrer em liberdade quando estiverem presentes os requisitos para a imposição da medida. Trago à baila excerto do julgado da Ministra Cármen Lúcia: “A prisão está motivada em elementos que ressaltam a gravidade concreta da conduta, em especial, por tratar-se de



organização criminosa destinada ao tráfico de drogas e investigada pela prática de outros crimes graves, como roubos e homicídios, circunstâncias que denotam a sua potencial periculosidade, a justificar a segregação cautelar como garantia da ordem pública. 2. Perfeitamente aplicável na espécie o entendimento de que “a necessidade de se interromper ou diminuir a atuação de integrantes de organização criminosa enquadra-se no conceito de garantia da ordem pública, constituindo fundamentação cautelar idônea e suficiente para a prisão preventiva” (STF – HC 95.024/SP, 1.ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 20/02/2009). Assim, necessária a contenção do réu, razão pela qual nego ao réu o direito de recorrer em liberdade, decretando a sua prisão preventiva.” (...) Da leitura do trecho acima transcrito, tem-se que a negativa do direito de recorrer em liberdade, decretando-se a prisão preventiva do Recorrente, encontra-se devidamente fundamentada na garantia da ordem pública. Segundo o disposto no art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal, “o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta”. Como visto anteriormente, o decisum destacou a necessidade da custódia cautelar como garantia da ordem pública, considerando que, após a análise de todo o conjunto probatório, há, agora, um juízo de certeza em relação a periculosidade do réu e do risco de reiteração delitiva, em especial, pelo fato de integrar facção criminosa destinada ao tráfico de drogas (Comando Vermelho), ID 57603609, ter sido condenado nos autos da ação penal nº 0504773-77.2017.8.05.0080, com decisão transitada em julgado, por crime de mesma espécie e porte de arma de fogo, ID 57603596, e, ainda, igualmente, condenado definitivamente por roubo majorado (AP 0313666-12.2015.8.05.0080), ID 57603595, além de responder por outros crimes graves, como homicídio (AP 0322639-87.2014.8.05.0080). Logo, inviável o acolhimento do pleito do Apelante de recorrer em liberdade. CONCLUSÃO Ante o exposto, vota-se pelo CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO do recurso. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA Relator