

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0706363-12.2021.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: RODRIGO BRITO DE LIMA

DEFENSORAS PÚBLICAS: VERÔNICA DE ANDRADE NASCIMENTO E BIANCA ALVES

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

PROMOTOR DE JUSTIÇA: WILSON HENRIQUE FIGUEREDO DE ANDRADE PROCURADORA  
DE JUSTIÇA: SHEILLA MARIA DA GRAÇA COITINHO DAS NEVES

ACORDÃO

EMENTA. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. RÉU CONDENADO AS PENAS DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, SOB REGIME SEMIABERTO, E AO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. INSURGÊNCIAS RECURSAIS:  
01-PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NÃO ALBERGADO. VALIDADE DO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS MILITARES, UNÍSSONOS E HARMÔNICOS ENTRE SI, NOS TERMOS DO NARRADO NA EXORDIAL ACUSATÓRIA. VERSÃO DO ACUSADO, EM JUÍZO, QUE INCORREU EM DIVERGÊNCIAS E INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA, NÃO MERECENDO, ASSIM, CREDIBILIDADE.  
1.1. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O USO PESSOAL DE ENTORPECENTE. NÃO ACOLHIDO. TRAFICÂNCIA CONSTATADA. CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA. COMPROVAÇÃO DOS NÚCLEOS TÍPICOS GUARDAR E TRAZER CONSIGO.  
02. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 44, § 3º DA LEI 11.343/06. ACOLHIMENTO. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DESTA RELATORA, PARA, NA ESTEIRA DE JULGADOS DO STF E STJ (HC 175.466; HC 648.079/SP), BEM COMO PELO NOVÍSSIMO ENTENDIMENTO PACIFICADO DA MATÉRIA

COM O TEMA REPETITIVO Nº 1139 DO SUPERIOR TRIBUNAL JUSTIÇA, ESTABELECEER QUE AÇÕES PENAIS EM CURSO NÃO POSSUEM O CONDÃO DE AFASTAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO DO REDUTOR NO PATAMAR MÁXIMO, DIANTE DA EXISTÊNCIA DE APENAS 01 (UMA) AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO EM DESFAVOR DO ACUSADO.

03. REQUERIMENTO DE ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. ACATADO. 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.

04. PREQUESTIONA, PARA EFEITO DE RECURSOS ESPECIAL E EXTRAORDINÁRIO, "ARTIGO 28, CAPUT, E ARTIGO 33, CAPUT, E §4º DA LEI Nº 11.343/2006, AO ARTIGO 386, VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ASSIM COMO AOS ARTIGOS 1º, III, 5º, LIV E LVII, TODOS DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL"

PARECER MINISTERIAL PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. APELAÇÃO CONHECIDA E JULGADA PARCIALMENTE PROVIDA, REDIMENSIONANDO-SE A REPRIMENDA DO RECORRENTE, RODRIGO BRITO DE LIMA, PARA 01 (HUM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL ABERTO, E 166 (CENTO E SESENTA E SEIS) DIAS- MULTA, CADA UM NO VALOR DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO FATO DELITUOSO, SUBSTITUINDO-SE A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR 02 (DUAS) RESTRITIVAS DE DIREITOS CONSISTENTES EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE, EM LOCAL A DESIGNADO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO, E INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA DE DIREITOS, NA PROIBIÇÃO DE FREQUENTAR DETERMINADOS LUGARES, PELO TEMPO A SER CALCULADO E LUGARES A SEREM ESPECIFICADOS PELO REFERIDO JUÍZO, MANTENDO-SE A SENTENÇA VERGASTADA, DOCUMENTO DE ID 34710714, NOS DEMAIS TERMOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº.

0706363-12.2021.8.05.0001, que tem como Recorrente RODRIGO BRITO DE LIMA e Recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

Acordam os Desembargadores componentes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, em CONHECER DO RECURSO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO PRESENTE APELO, reduzindo-se a pena aplicada ao apelante para 01 (hum) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias- multa, cada um no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, substituindo-se a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, em local a designado pelo Juízo da Execução, e interdição temporária de direitos, na proibição de frequentar determinados lugares, pelo tempo a ser calculado e lugares a serem especificados pelo referido juízo, mantendo-se a sentença vergastada, documento de ID 34710714, nos demais termos, de acordo com o 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, 1 de Novembro de 2022.

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0706363-12.2021.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: RODRIGO BRITO DE LIMA

DEFENSORAS PÚBLICAS: VERONICA DE ANDRADE NASCIMENTO E BIANCA ALVES

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

PROMOTOR DE JUSTIÇA: WILSON HENRIQUE FIGUEREDO DE ANDRADE PROCURADORA  
DE JUSTIÇA: SHEILLA MARIA DA GRÇA COITINHO DAS NEVES

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta por RODRIGO BRITO DE LIMA, contra a sentença de ID 34710714, proferida pelo M.M. Juiz da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou pela prática do crime previsto no art. 33, caput da Lei 11.343/06, à uma pena definitiva de 05 (anos) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no valor equivalente a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso.

Inicialmente, em vista do princípio da celeridade e da economia processual, peço vênha para adotar o relatório da sentença vergastada de ID 34710714, acrescentando o registro dos atos processuais subsequentes, conforme a seguir.

Deflagrada a ação penal e ultimada a instrução processual, adveio sentença penal condenatória, de ID 27424158, entendendo o Juízo a quo pela suficiência dos elementos probatórios da autoria e materialidade delitiva do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. Dessa forma, julgou procedente o pedido constante na denúncia, impingindo ao recorrente a reprimenda penal acima referida, não lhe sendo concedido o direito de recorrer em liberdade, porquanto encontram-se presentes, ainda, os requisitos da prisão preventiva.

Irresignado com o decism, Rodrigo Brito de Lima interpôs o presente apelo, na petição de ID 34710728, devidamente assistido pela Defensoria Pública do Estado da Bahia, requerendo, em sua razões recursais de ID 34710733, a reforma da sentença condenatória, a fim de que seja absolvido da imputação que lhe foi feita na denúncia, em razão da falta de provas, com fundamento no art. 386, inciso VII, do CPP, bem como em respeito ao princípio do in dubio pro reo. Subsidiariamente, pleiteia pela desclassificação do delito em apreço para o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, bem como que seja aplicado o redutor de pena previsto na inteligência do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, no seu patamar máximo, alterando, deste modo, o regime de cumprimento de reprimenda para o aberto. Por fim, prequestiona o “artigo 28, caput, e artigo 33, caput, e § 4º da Lei nº 11.343/2006, ao artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, assim como aos artigos 1º, III, 5º, LIV e LVII, todos da Constituição Federal”

Apelo devidamente recebido na decisão de ID 34710729.

Em contrarrazões, documento de ID 34710737, o Parquet requer, no mérito, para que a Apelação seja julgada conhecida e totalmente improcedente, mantendo-se a sentença impugnada em todos os seus termos.

Encaminhados os autos à Douta Procuradoria de Justiça, esta se manifestou por meio do parecer de ID 35397790, da Procuradora Dra. Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves, pelo conhecimento e provimento parcial do Apelo, “para que a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 seja aplicada no seu patamar mínimo ou próximo do mínimo”.

Relatados os autos, encaminhei-os ao Douto Desembargador Revisor, a qual solicitou a inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o Relatório.

Salvador/BA, de 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. 0706363-12.2021.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: RODRIGO BRITO DE LIMA

DEFENSORAS PÚBLICAS: VERONICA DE ANDRADE NASCIMENTO E BIANCA ALVES

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

PROMOTOR DE JUSTIÇA: WILSON HENRIQUE FIGUEREDO DE ANDRADE  
PROCURADORA DE JUSTIÇA: SHEILLA MARIA DA GRÇA COITINHO DAS NEVES

VOTO

Cinge-se a presente Apelação na pretensão recursal de reforma do édito condenatório, tendo o Apelante pugnado, em síntese, os seguintes argumentos: 1) ausência de elementos da autoria delitiva imputada, uma vez que os depoimentos dos policiais militares, em que se estadeou a sentença condenatória, encontram-se contraditórios e duvidosos; 1.1) desclassificação do delito previsto no art. 33 para aquela conduta contida no art. 28 da Lei nº 11.343/2006; 2) necessidade de aplicação da minorante pertinente ao tráfico privilegiado; 3) alteração do regime inicial de cumprimento de pena.

Por último, prequestiona, para efeito de Recursos Especial e Extraordinário, “artigo 28, caput, e artigo 33, caput, e § 4º da Lei nº 11.343/2006, ao artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, assim como aos artigos 1º, III, 5º, LIV e LVII, todos da Constituição Federal.”

Presentes os requisitos de admissibilidade recursal, conheço do presente Apelo.

Passa-se à análise das questões aventadas sob os tópicos que ora seguem.

01. Da absolvição por insuficiência de provas da autoria delitiva

Narra a denúncia, de ID 34710498/99 e 34710500, in verbis:

“ Consta do incluso caderno inquisitorial que no dia 18 de junho de 2021, por volta das 17h50min, na Rua Oton Ribeiro, Rio Sena, Nesta, Policiais Militares realizavam ronda de rotina quando foram informados por populares que indivíduos estavam comercializando entorpecentes e portando armas de fogo naquelas imediações, e decidiram averiguar a delação.

Ato contínuo, os Agentes Públicos se depararam com um grupo de indivíduos armados, os quais, ao perceberem a aproximação dos Agentes Públicos, efetuaram disparos em desfavor destes e empreenderam fuga.

Em seguida, os Prepostos do Estado deram início a incursão no local e encontraram um indivíduo em um matagal, o ora Denunciado, realizaram revista pessoal e encontraram em seu poder 29 (vinte e nove) porções de cannabis sativa, vulgarmente conhecida como maconha, acondicionadas em pedaços de filmes plásticos incolores, volume de 73,70g (setenta e três gramas e setenta centigramas); 29 (vinte e nove) doses de cocaína, embaladas em microtubos plásticos transparentes e incolores, massa bruta de 14,59g (quatorze gramas e cinquenta e nove centigramas); e 101 (cento e uma) pedras de crack, subproduto da cocaína, envoltas em microtubos plásticos transparentes de cor amarela, massa bruta de 53,76g (cinquenta e três gramas e setenta e seis centigramas), estas duas últimas substâncias proscritas de alto poder deletério; para fins de comércio, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar; à luz do auto de exibição e apreensão, certidão de ocorrência e laudo de constatação de fls. 07, 21/22 e 25.

O Ofensor, perante a Autoridade Policial, negou a autoria delituosa, aduziu ser usuário, mas confessou ter obtido a liberdade provisória há 03 (três) meses, após ter sido preso por tráfico de drogas.

Insta salientar que o Transgressor responde a uma ação criminal perante a 1ª Vara de Tóxicos de Salvador (processo nº 0512359-09.2020.8.05.0001), por fato perpetrado também no Rio Sena, nesta Capital, à luz da consulta ao sistema e-SAJ; demonstrando, com clareza solar, periculosidade em concreto e dedicar-se a atividades ilícitas.

Outrossim, a natureza, a quantidade, a diversidade, a forma de acondicionamento dos estupefacientes, bem como as circunstâncias da prisão em flagrante comprovam que a droga apreendida se destinava à mercancia ilícita.(...)” (grifos nossos)

Embora não questione a materialidade do crime, estampada no Auto de Prisão em Flagrante (documento de ID 34710503/04), Auto de Exibição e Apreensão documento de ID 34710509, Laudo de Constatação de ID 34710628 e no Laudo Pericial de ID 34710652, a Defesa aduz, às fls. 05 das razões de ID 34710733, que os depoimentos dos policiais militares, utilizados para estadear o édito condenatório, não são válidos no caso vertente, tendo havido o intento deliberado, dos agentes de segurança pública, em culpabilizar o acusado, “haja vista não possuírem a imparcialidade necessária. Devem ser valorados com muita cautela por esse D. Juízo, haja vista a evidente necessidade de os Policiais justificarem as suas atitudes

anteriores” .

Alega, ainda, a Defesa, que “é inaceitável a manutenção do juízo de censura ora posto, uma vez que as provas trazidas aos autos não comprovam a comercialização ilícita de entorpecentes, afinal, em nenhum momento houve flagrante de venda, detenção de usuários, dinheiro e, nem mesmo, apreensão de objetos destinados à preparação, embalagem e pesagem de droga, etc. Portanto, não há qualquer importe fático que conduza à figura do tráfico de drogas ilícitas, ao contrário do que aduz o Parquet. ” (fls. 04 do documento de ID 34710733).

Por derradeiro, aduz que “depreende-se que as testemunhas não têm certeza de vários aspectos fundamentais da prisão do Apelante, desde quantidade, tipo, e apreensão de dinheiro ou apetrechos, apresentando depoimentos insuficientes para um juízo seguro de autoria.” (fls. 07 das razões de ID 34710733).

Assim, requer que seja relativizada a palavra dos policiais militares, declarando-se a dúvida quanto à autoria criminosa e a fragilidade das provas.

Em que pese o labor defensivo, não se verifica o quanto ora arguido.

Com efeito, os policiais militares, que efetuaram a diligência, narraram de maneira harmônica o delito perpetrado pelo acusado, em consonância com o quanto descrito na peça acusatória, não havendo motivos para descredibilizar os seus depoimentos, como bem pontuado pela nobre Julgadora:

SD/PM BRUNO REGUEIRA CARDOSO- JUÍZO- ATA DE AUDIÊNCIA DE ID 34710690: .“(...) que reconhece o acusado e lembra dos fatos; que no dia do fato, receberam informe a cerca de indivíduos armados e praticando tráfico de drogas na citada rua da denúncia; que, lá chegando, flagraram vários indivíduos no local e capturaram o réu; que não recorda o tipo das drogas e nem a quantidade; que o acusado não estava armado; que as drogas estavam fracionadas ou estavam compactadas em tabletes; que foi feita a revista pelo depoente; que, salvo engano, as drogas estavam acondicionada em um saco; que o saco estava com ele; que não conhecia o acusado anteriormente ao fato; (...) que não recorda se o acusado aparentava estar usando droga; que, na chegada dos policiais ao local, havia vários indivíduos e todos evadiram para o matagal disperso, somente conseguindo capturar o acusado (...) que o acusado foi capturado em uma área de mata que fica no fundo de algumas residências; que o acusado não ofereceu resistência; que não recorda a hora exata da diligência, mas sabe informar que foi no final da tarde/início da noite; que, ao chegar no local, visualizou, com certeza, a pessoa do acusado junto com outras que estavam ali.(grifos nossos)

SD/PM LEONARDO ROLEMBERG REQUIÃO DE OLIVEIRA- JUÍZO- ATA DE AUDIÊNCIA DE ID 34710691:“(...) que reconhece a fisionomia do acusado; que recorda dos fatos; que populares informaram que havia indivíduos com arma de fogo e traficando na localidade, sem informar quantos e nem os nomes; que incursionaram na localidade, numa área de matagal e charco, tendo vários indivíduos corrido para dentro do mato; que somente conseguiram pegar o

acusado, pois os outros correram e apenas o acusado já estava lá caído; realizou a detenção do mesmo e, por segurança, não progrediram nas diligências; que há várias residências nas imediações; que o acusado estava caído por ter escorregado e então fizeram a detenção; que o réu estava com um saco com entorpecentes, mas não havia arma, tendo logo saído do local; que não lembra do tipo de droga e nem da quantidade; que não recorda se as drogas estavam fracionadas ou em tabletes; que foi o colega Bruno quem fez a revista e não sabe dizer exatamente onde estavam as drogas, mas elas estavam efetivamente com o acusado; que não conhecia o acusado anteriormente; que não sabe dizer se o acusado aparentava estar drogado; que não recorda se terceiros se aproximaram no momento da prisão; que logo após a detenção, saíram do local de mata e seguiram para a delegacia de polícia; que acha que não foi preciso utilizar força contra o acusado

SD/PM ALESSANDRO PALMEIRA DOS SANTOS– JUÍZO–ATA DE AUDIÊNCIA DE ID 34710693: que reconhece o acusado e lembra dos fatos relativos à prisão; que foram informados por populares que na localidade havia indivíduos armados e traficando no local; que deslocaram para o local; que os indivíduos, ao perceberem a chegada da polícia, iniciaram fuga, inclusive o acusado, para um matagal atrás de residências; que somente conseguiram capturar o acusado; que o acusado estava com drogas, cuja a quantidade específica e o tipo não lembra; que as drogas estavam fracionadas, própria para a venda; que não conhecia o acusado anteriormente, que não ouviu informações sobre a vida pretérita do acusado, de colegas e nem de policiais civis; que o acusado não aparentava estar drogado; que não lembra como as drogas estavam, inclusive não foi o depoente quem fez a revista, mas o policial Bruno, que informou estarem as drogas nas vestes do mesmo; que em razão do local e do horário, já no final da tarde, procuraram seguir com o acusado e o material para a delegacia; que o local do fato é de intenso tráfico, especialmente nessa rua; que não lembra se circunstâncias ou familiares se aproximaram da detenção do acusado (...) que a denúncia não citou nomes, apenas que alguns elementos estavam traficando armados; que o acusado foi capturado próximo ao quintal de um residência, era uma área de mata que fazia fundo com as casas; que não sabe dizer se uma dessas casas pertencia ao acusado; que o acusado não ofereceu resistência.(...)”

Os depoimentos de policiais militares são considerados válidos e idôneos como meio de prova, pela jurisprudência pátria, sobretudo quando não há divergências ou contradições importantes nas suas declarações, colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, de modo que não se pode presumir que tivessem a intenção de incriminar, injustificadamente, o Recorrente. Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIMES COMETIDOS NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONDENAÇÃO EXCLUSIVAMENTE EM DEPOIMENTOS DE POLICIAIS CIVIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PENA–BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO LACÔNICA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. DECLARAÇÃO



DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. REGIME PRISIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE. 1. A análise do pleito de absolvição do paciente, em relação aos crimes previstos nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, demandaria exame aprofundado do arcabouço fático-probatório constante dos autos, inviável por meio de habeas corpus. 2. Conforme entendimento desta Corte, não há óbice a que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do paciente sejam considerados na sentença como meio de prova para embasar a condenação, desde que colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de cognição, tal como na hipótese. 3. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a que seja necessária e suficiente. 4. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base se apoiando, tão somente, em referências vagas, genéricas e desprovidas de alicerce objetivo para justificá-la. 5. De acordo com a jurisprudência deste Tribunal, é inaplicável o benefício da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, diante do reconhecimento de graves circunstâncias que caracterizaram a prática delitiva, tais como a origem, a quantidade e a natureza de droga apreendida, aliada ao fato de ter sido o paciente condenado também pelo crime de associação para o tráfico de drogas, evidenciando, portanto, a dedicação às atividades criminosas. 6. Após o Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, este Tribunal firmou entendimento no sentido de que para os crimes de tráfico de drogas, cometidos sob a égide da Lei nº 6.368/76, o regime inicial de cumprimento de pena e a possibilidade de substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos devem ser regidos com base nos ditames do Código Penal. 7. No caso concreto, ficando a reprimenda final estabelecida em 6 anos de reclusão, o regime inicial semiaberto mostra-se adequado, tendo por base o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, pois se trata de condenação pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico praticados anteriormente ao advento da Lei nº 11.464/07, sendo fixada a pena-base no mínimo legal, por não identificar condições desfavoráveis previstas no art. 59, do Código Penal, sem o reconhecimento de nenhum elemento judicial tido como negativo. 8. Habeas corpus parcialmente conhecido. Ordem concedida, em parte, para reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos de reclusão, a serem cumpridos no regime inicial semiaberto, e 100 (cem) dias-multa. (HC 166.124/ES, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2020, DJe 09/08/2020) – (grifamos)

No seu interrogatório judicial de ID 34710694, o Apelante apresenta sua versão de negativa da autoria, asseverando que as drogas encontradas estavam na posse dos agentes estatais, modificando, ainda, sua versão apresentada em sede policial, negando ser usuário de entorpecentes:

INTERROGATÓRIO DO RÉU RODRIGO BRITO DE LIMA– ATA DE AUDIÊNCIA DE ID 34710694:. “(...) que estava na rua Oton Ribeiro pois mora no local; que estava na porta de sua casa; que estava sozinho; que permaneceu no local com a chegada da polícia; que na porta sua casa tem um quintal; que foi preso neste local; que havia populares na rua que presenciaram a sua prisão; que não estava com drogas; que não havia nenhum grupo de rapazes

na porta de sua casa; que não existia nenhum grupo de rapazes traficando; que as drogas não estavam em sua posse; que elas são dos próprios policiais e agora afirma que viu eles tirando elas dos bolsos; que nunca se envolveu com o tráfico de drogas; que nunca fez uso de drogas; que não sabe quem é o traficante que foi apontado por populares no informe recebido; que conhecia de vista os policiais que o prenderam, por tê-los vistos passando na rua, mas não tem nada contra nenhum deles; que não conhece as provas contra si produzidas. Dada apalavra ao Promotor de Justiça, formuladas perguntas, o acusado as respondeu que: que não sabe dizer se estava sob liberdade provisória ou não do processo anterior; que o acusado foi agredido pelos policiais militares na sua condução, mas não na delegacia; que não sabe dizer porque não disse ter sido agredido pelos policiais militares ao delegado; que modifica o seu depoimento anterior pois efetivamente não estava usando drogas e nem é usuário (...)” (grifos nossos).

Logo, diante do cotejo das provas, não remanesce a dúvida ou suspeita acerca da operação dos policiais militares, quando da prisão em flagrante do acusado, de modo que seus depoimentos revestem de validade para a comprovação da imputação do delito de tráfico de drogas ao ora Apelante.

1.1 Da pleiteada desclassificação da conduta para o crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006.

Aduz, a Defesa, que o acusado é apenas usuário de drogas, o que se extrai do seu interrogatório. Ressalta, ainda, que “O APELANTE, categoricamente, negou a prática do crime de tráfico de drogas, oportunidade na qual afirmou ser mero usuário há 7 (sete) anos. (...) no caso em tela o acusado foi flagrado na posse de drogas para uso próprio, bem como não fora encontrado qualquer artefato ligado à traficância de drogas.” (fls. 04 e 10 do documento de ID 34710733).

No entanto, conforme já visto, o depoimento dos policiais militares apontam a prática da traficância, e, como já esposado, tais declarações possuem validade jurídica para a comprovação do delito imputado.

Como fora descrito na peça acusatória, restou devidamente comprovado que o réu trazia consigo substância entorpecente ilícita, quais seja, 29 (vinte e nove) porções de cannabis sativa, vulgarmente conhecida como maconha, acondicionadas em pedaços de filmes plásticos incolores, volume de 73,70g (setenta e três gramas e setenta centigramas); 29 (vinte e nove) doses de cocaína, embaladas em microtubos plásticos transparentes e incolores, massa bruta de 14,59g (quatorze gramas e cinquenta e nove centigramas); e 101 (cento e uma) pedras de crack, subproduto da cocaína, envoltas em microtubos plásticos transparentes de cor amarela, massa bruta de 53,76g (cinquenta e três gramas e setenta e seis centigramas), que detinha para a comercialização.

Nessa senda, é cediço que o crime de tráfico de drogas é considerado, pela jurisprudência, como delito de ação múltipla e permanente, havendo a incursão no injusto penal em face do cometimento de qualquer dos núcleos verbais descritos no tipo. Nesse sentido:

RECURSO ESPECIAL. POLICIAL QUE "PLANTA" DROGA PARA INCRIMINAR TERCEIRO.

ACUSAÇÃO DE TRÁFICO DE DROGA. RECORRIDO ABSOLVIDO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO COM BASE NOS ELEMENTOS COLHIDOS NA INSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DO DOLO DE TRAFICAR. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO QUE DEMANDA REANÁLISE DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚM. 07/STJ. RECURSO DESPROVIDO. 1. O tipo penal do art. 33 da Lei n. 11.343/06 é crime de ação múltipla, que se consuma pela prática de qualquer um dos núcleos previstos no art. 33 da Lei n. 11.343/06. 2. Hipótese na qual policial foi denunciado como incurso no art. 33, caput. c/c o art. 40, inc. II, ambos da Lei 11.343/06, ao "plantar" droga, entendendo o Tribunal a quo que a conduta não se encontra orientada pelo dolo necessário à caracterização da traficância, pois foi comprovadamente cometida com o objetivo de incriminar terceiro. 3. Evidenciado que o acórdão recorrido cotejou minuciosamente os elementos recolhidos na instrução para absolver o réu, a desconstituição do julgado, por demandar a reanálise de provas, esbarra no Enunciado da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça – STJ. 4. Recurso especial desprovido. (REsp 1419603/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2020, DJe 09/11/2020)

Isto posto, rejeito a pretensão desclassificatória da Defesa.

02–Do tráfico privilegiado.

Na terceira fase dosimétrica, aduz, a Defesa, que ao réu, deve ser aplicada a minorante em questão, uma vez que ele é considerado primário, para efeitos legais.

Do cotejo da sentença objurgada, observa-se que foi negada a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11. 343/06, sob os seguintes fundamentos:

“À vista do exposto, o réu NÃO faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11. 343/06, por não preencher todos os requisitos legais exigíveis.

Conforme acima pontuado, o acusado responde por crime de tráfico, na 1ª Vara de Tóxicos desta capital, tendo ofato denunciado em análise ocorrido enquanto ele respondia em liberdade provisória a outro processo pela mesma acusação. Assim, verifica-se que o réu demonstra comportamento voltado à prática de atividades criminosas, o que deve ser levado em consideração pelo magistrado na análise da possibilidade de aplicação do redutor do § 4º do artigo 33, vez que os requisitos ali estabelecidos são cumulativos..”

Sobre o tema, faz-se mister pontuar que o § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas prevê a redução da pena em 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) para os indivíduos que preencham os requisitos trazidos no referido parágrafo, sendo eles: primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividade criminosa, nem íntegra organização criminosa.

A conclusão de dedicação à atividade criminosa exige, a partir de uma análise constitucional do princípio da não culpabilidade, robustez probatória produzido pela acusação.

A aplicação de jurisprudência para corroborar entendimentos jurídicos adotados nas decisões deve ser feita com prudência pelo julgador,

principalmente quando utilizadas para afastar benefícios penais, como é o caso em referência, uma vez que o mero “silogismo jurisprudencial” pode representar na vida do indivíduo consequências práticas irreversíveis quando não individualizadas as peculiaridades de cada caso concreto.

Não se pode desconsiderar que, embora necessária a função retributiva da pena, suas consequências são indelévels ao indivíduo, indo desde a sua privação de liberdade até o etiquetamento social pelo qual o acusado passará (labelling approach).

A causa especial de diminuição de pena referente ao “tráfico privilegiado” está voltada, em verdade, a conceder ao pequeno traficante, tratamento penal proporcionalmente mais adequado a um menor juízo de reprovação da conduta praticada pelo agente que se envolve em atuação delitiva de modo episódico e eventual.

No caso dos autos, esta Relatora alterou o entendimento e, na esteira do que foi decidido na Corte Suprema e na Tese Repetitiva 1139 do Superior Tribunal de Justiça, e ora registra que ações penais em andamento 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)

No mesmo sentido, foi o recente entendimento do Tema Repetitivo 1139 do STJ, pacificando a matéria:

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.)

Sendo assim, altero o meu anterior entendimento para aplicar, no caso concreto, a minorante do tráfico privilegiado, em patamar máximo, considerando, neste momento de modulação do quantum do redutor aplicado, a existência de apenas 01 (uma) ação penal, em desfavor do acusado, estando esta tramitando na 1ª Vara de Tóxico desta capital, processo de nº 0512359-09.2020.8.05.0001.

Logo, a reprimenda fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa devem ser reduzidas em 2/3 (dois terços). Desta forma, a pena definitiva deverá ser fixada em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso.

03.Do regime de cumprimento de reprimenda.

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 'a' do Código Penal, razão pela qual merece

prosperar o pleito defensivo.

Considerando que a quantidade de pena aplicada ao acusado está no limite máximo estabelecido pelo requisito do inciso I do art. 44 do CPB, o fato do crime não ter sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a ausência de reincidência em crime doloso, bem como que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do recorrente, bem como os motivos e as circunstâncias são favoráveis, substituo a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos, consistentes em Prestação de Serviços à Comunidade, em local a ser designado pelo Juízo da Execução, e Interdição Temporária de Direitos, na proibição de frequentar determinados lugares, pelo tempo a ser calculado e lugares a serem especificados pelo referido Juízo.

#### 04. Do Prequestionamento

Por fim, prequestiona a Defesa, para efeito de Recursos Especial e Extraordinário, “artigo 28, caput, e artigo 33, caput, e § 4º da Lei nº 11.343/2006, ao artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, assim como aos artigos 1º, III, 5º, LIV e LVII, todos da Constituição Federal”

Com efeito, registre-se, pois, que não houve infringência aos dispositivos supramencionados, de forma que a fundamentação exposta ao longo deste voto apresenta interpretação quanto à matéria legal sob discussão, apontando das razões do convencimento desta Relatora, não se devendo cogitar de negativa às mencionadas normas legais.

Despiciendo, portanto, abordar todas as matérias debatidas ou dispositivos legais indicados, mesmo em face do prequestionamento

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e acolhimento parcial do Apelo defensivo, redimensionando-se a pena definitiva do apelante para 01 (hum) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias- multa, cada um no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, substituindo-se a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, em local a designado pelo Juízo da Execução, e interdição temporária de direitos, na proibição de frequentar determinados lugares, pelo tempo a ser calculado e lugares a serem especificados pelo referido juízo, mantendo-se os demais termos da sentença combatida.

Ex positis, acolhe esta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, o voto por meio do qual CONHECE E DAR PROVIMENTO PARCIAL ao presente Apelo interposto por Rodrigo Brito de Lima, redimensionando-se a pena definitiva do réu para 01 (hum) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias- multa, cada um no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, substituindo-se a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, em local a designado pelo Juízo da Execução, e interdição temporária de direitos, na proibição de frequentar determinados lugares, pelo tempo a ser calculado e lugares a serem especificados pelo referido juízo, mantendo-se a sentença vergastada,

documento de ID 34710714, nos demais termos.

Salvador/BA, de de 2022.

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