

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700085-83.2021.8.05.0004

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: JAILTON DE SOUZA SANTOS

Advogado(s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado(s):

ACORDÃO

EMENTA. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO (ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06). PEDIDO PARA RECORRER PARA FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. SENTENÇA CONCEDEU O DIREITO OBJETO DO RECURSO. NÃO CONHECIMENTO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. VALIDADE DO DEPOIMENTO PRESTADO POR POLICIAIS. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME DE CONSUMO PESSOAL. ART. 28, § 2º, DA LEI 11.343/2006, ESTABELECE OS CRITÉRIOS PARA DEFINIR QUAL O CRIME PERPETRADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS SOCIAIS E PESSOAIS, BEM COMO ANTECEDENTES. RÉU FLAGRADO COM QUANTIDADE SIGNIFICATIVA E DE DROGA E DINHEIRO QUE DEMONSTRAM INTENÇÃO DE MERCANCIA. DOSIMETRIA. PATAMAR DE REDUÇÃO PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ADEQUADA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Emergem dos autos que o Magistrado de primeiro grau condenou o Recorrente a uma pena definitiva uma pena definitiva de 4 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida no regime aberto pelo delito tipificado no artigo 33, § 4º, da Lei 11343/06.

2. Inconformado, o Apelante ingressou com o presente recurso, pleiteando: I) absolvição do acusado, por insuficiência probatória – aplicação do princípio in dubio pro reo e, subsidiariamente, II) desclassificação para crime de uso pessoal, constante do art. 28 da Lei 11.343/06 ( Lei de Drogas); III) a aplicação do patamar de 2/3 constante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 para redução da pena; IV) fixação do regime de pena aberto;

3. Constata-se a impossibilidade de conhecimento do presente recurso de Apelação no que diz respeito ao pleito de fixação no regime aberto para o cumprimento da pena, por nítida ausência de interesse recursal. Com efeito, depreende-se da sentença que o Juízo a quo já havia reconhecido que a pena deveria ser cumprida no regime aberto.

4. O primeiro ponto do presente recurso é a suposta fragilidade da prova para fundamentar a condenação. A materialidade delitiva do crime de tráfico ilícito de entorpecente restou devidamente comprovada no Auto de Exibição e Apreensão e laudos de exame pericial toxicológico, cujos termos atestam a quantidade e a natureza proscriita das substâncias apreendidas, que se encontravam sob a posse do apelante (uma barra prensada, pesando 702,94 (setecentos e dois gramas e noventa e quatro centigramas), de cannabis sativa).

5. A autoria, por sua vez, também restou efetivamente demonstrada na situação em comento, conforme depoimentos convergentes da testemunha e do apelante, que corroboram os elementos instrutórios da fase administrativa do processo penal, cujo conjunto possui força probante, sendo apto a lastrear a condenação.

6. Ademais, a quantidade, a forma de acondicionamento da droga apreendida e existência de processos por tráfico de drogas demonstram a finalidade mercantil. Todos estes elementos evidenciam, de forma segura, uma conjuntura fática e delitiva que se conforma à traficância, ainda que na modalidade privilegiada.

7. Portanto, os depoimentos dos policiais, corroborados pelos elementos instrutórios obtidos durante a fase inquisitorial, demonstram a materialidade e autoria do crime de tráfico de drogas, pela conduta típica de transportar.

8. O crime de uso pessoal, previsto no art. 28 da Lei de Drogas, possui alguns núcleos semelhantes – adquirir, guardar, ter em depósito, transportar, trazer consigo – aos do Crime de Tráfico do art. 33, do citado diploma legal. Diferenciam-se na intenção do agente: enquanto no primeiro caso, o sujeito visa fazer uso pessoal da droga ilícita, no crime de tráfico, a conduta típica tem por finalidade o consumo de drogas por terceiros. Portanto, no crime de uso pessoal, não há pretensão de mercancia da droga.

9. Estabelecendo os critérios para definir se a pessoa deve ser punida pelo uso pessoal ou pelo tráfico, o art. 28, § 2º, da Lei 11.343/2006 faz a seguinte previsão: “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”. Assim, deve-se levar em consideração a quantidade e natureza da droga, o contexto em que o acusado fora flagrado com as substâncias

ilícitas, bem como se já fora condenado anteriormente por crime do mesmo jaez, dentre outras circunstâncias sociais e pessoais.

10. No momento do flagrante, o apelante encontrava-se em movimento de fuga, para se furtar à abordagem policial. Momentos antes, duas pessoas desceram do seu carro e também empreenderam fuga por um matagal. Durante o flagrante, foi encontrado, no veículo do apelante, uma barra prensada de 702,94g (setecentos e dois gramas e noventa e quatro centigramas) da substância entorpecente maconha. Finalmente, as certidões de antecedentes de ids 63970049/63970050, demonstram que o réu responde outras ações por tráfico de drogas.

11. Portanto, o total da droga apreendida em conjunto com as demais circunstâncias em que ocorreram a prisão, demonstram suficientemente o intuito da mercancia.

12. No pertinente à aplicação do patamar de 2/3 (dois terços) da causa de diminuição de pena do parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 (tráfico privilegiado), não merece prosperar o recurso, uma vez que a sentença aplicou de forma criteriosa e razoável a redução da pena (metade), considerando a quantidade de droga apreendida e a existência de outros processos por crimes do mesmo jaez.

13. Dosimetria da pena e regime inicial do cumprimento da pena fixados corretamente pelo juízo de primeiro grau.

14. RECURSO DE APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA PARTE, NÃO PROVIDO.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0700085-83.2021.8.05.0004 , em que figuram como apelante JAILTON DE SOUZA SANTOS e como apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em CONHECER PARCIALMENTE E NEGAR PROVIMENTO ao recurso de Apelação interposto, nos termos do voto do Relator.

Sala das Sessões, data de inclusão no sistema.

Presidente

Des. Geder Luiz Rocha Gomes  
Relator

Procurador (a) de Justiça

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e não provido Por Unanimidade  
Salvador, 5 de Agosto de 2024.

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700085-83.2021.8.05.0004

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: JAILTON DE SOUZA SANTOS

Advogado(s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado(s):

RELATÓRIO

Vistos, etc.

Versam os presentes autos sobre recurso de Apelação Criminal interposto por JAILTON DE SOUZA SANTOS , contra a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca Alagoinhas/BA que, nos autos da

ação penal tombada sob o nº 0700085-83.2021.8.05.0004 , julgou procedente a denúncia formulada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA para condenar o acusado como incurso nas sanções do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 , fixando-lhe uma pena definitiva de 4 anos e 2 meses de reclusão, a ser cumprida no regime aberto.

Consta da denúncia que “no dia 14 de fevereiro de 2021, por volta das onze horas, na Rua Manoel Vitorino, bairro Centro, neste Município, o denunciado trazia consigo drogas, para fins de mercancia, sem a devida autorização.”

Narrou a inicial acusatória que: “na data e hora supramencionadas, prepostos da Polícia Militar realizavam patrulhamento nas proximidades da localidade conhecida como Lagoa da Feiticeira, oportunidade em que viram um veículo (marca/modelo GM Corsa Sedan Maxx, cor prata, placa policial JLY 7238) se aproximando, tendo o condutor freado abruptamente ao avistar a viatura. Ato contínuo, dois indivíduos desceram rapidamente do automóvel e se evadiram, correndo em direção a um matagal, ao passo em que o motorista manobrou o carro e empreendeu fuga, sendo perseguido e alcançado na Rua Manoel Vitorino ”.

Prosseguiu a exordial aduzindo que: “e o condutor do veículo (ora acusado) foi abordado, tendo, posteriormente, a guarnição procedido à busca no interior do automóvel, ocasião em que encontraram uma barra prensada de maconha com massa bruta de 702,94 (setecentos e dois gramas e noventa e quatro centigramas), um aparelho celular marca Asus e a quantia de R\$ 2.194,00 (dois mil, cento e noventa e quatro reais).”

Destacou, finalmente, que: “Ressalte-se que, de acordo com a quantidade e natureza das drogas apreendidas, com o local e as condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias pessoais e sociais e à conduta do acusado, extrai-se que a droga com ele apreendida destinava-se à comercialização.

A denúncia foi recebida em 05/04/2021.

Realizada a instrução criminal, foram oferecidas as alegações finais, sobreveio a sentença ora combatida, disponibilizada no DJE de 02/08/2021, julgando procedente o pedido formulado na denúncia.

Inconformado, o Apelante interpôs o presente recurso, apresentando, em suas razões recursais, os seguintes pleitos:

1. ABSOLVER o apelante da imputação que lhe foi feita em relação ao crime de roubo qualificado, ante a ausência de provas indene de dúvida razoável capaz de levar à condenação, em homenagem ao princípio in dubio pro reu, nos termos do art. 386, V ou VII, do Código de Processo Penal.

Subsidiariamente:

2. A desclassificação para o delito previsto no art. 28, da Lei 11.343/2006;

3. O reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11343/2006, em seu patamar máximo; e, ao final,

4. pela fixação do regime inicial aberto para cumprimento.

Em sede de contrarrazões, o Ministério Público refutou os argumentos do

apelo interposto, pugnando pela manutenção da sentença guerreada em todos os seus termos.

Vieram os autos à Segunda Instância, onde, distribuídos a esta Colenda Câmara Criminal, coube-me a relatoria.

Remetidos os autos à Douta Procuradoria de Justiça, a ilustre Procuradora de Justiça Maria Adélia Bonelli opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso de Apelação interposto, nos termos do parecer ministerial de id 66096633.

Assim, examinados os autos, lancei o presente relatório e o submeti à apreciação do eminente Revisor, que pediu a inclusão do feito em pauta de julgamento.

Salvador, data da assinatura eletrônica.

Des. Geder Luiz Rocha Gomes  
Relator

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700085-83.2021.8.05.0004

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: JAILTON DE SOUZA SANTOS

Advogado(s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado(s):

VOTO

## DA ADMISSIBILIDADE RECURSAL

Com relação ao cabimento da apelação, Aury Lopes Júnior [1] afirma que: “é a exigência de que inexistam uma decisão imutável e irrevogável, ou seja, não se tenha operado a coisa julgada formal. Uma decisão é apelável porque não preclusa.” Já com relação à adequação, é “vista como a correção do meio de impugnação eleito pela parte interessada, também abrange a regularidade formal da interposição do recurso.”

Sobre o recurso de apelação, Aury Lopes Júnior [2] também assevera: “Na visão de DALIA e FERRAIOLI [3], l'appello è il mezzo di impugnazione ordinario che consente ad un giudice di grado superiore di rivedere, in forma “crítica”, il giudizio pronunciato dal giudice di primo grado. É um meio de impugnação ordinário por excelência (podendo ser total ou parcial), que autoriza um órgão jurisdicional de grau superior a revisar, de forma crítica, o julgamento realizado em primeiro grau. O “revisar de forma crítica” deve ser compreendido na mesma perspectiva de CARNELUTTI, anteriormente referida, de que os recursos são “la crítica a la decisión”, posto que, etimologicamente, criticar não significa outra coisa que julgar, e o uso deste vocábulo tende a significar aquele juízo particular que tem por objeto outro juízo, isto é, o juízo sobre o juízo e, dessa maneira, um juízo elevado à segunda potência.”

Já para o Preclaro Guilherme de Souza Nucci [4]: “Cuida-se de recurso contra decisões definitivas, que julgam extinto o processo, apreciando ou não o mérito, devolvendo ao tribunal amplo conhecimento da matéria [5]. Essa seria, a nosso ver, a melhor maneira de conceituar a apelação, embora o Código de Processo Penal tenha preferido considerá-la como o recurso contra as sentenças definitivas, de condenação ou absolvição, e contra as decisões definitivas ou com força de definitivas, não abrangidas pelo recurso em sentido estrito.”

Gustavo Henrique Badaró acrescenta sobre o conceito e antecedentes históricos [6]: “A apelação é o recurso ordinário por excelência, visando à reapreciação de matéria de fato e de direito. É cabível, inclusive, quando houver provas novas. Sua finalidade é a correção de error in iudicando (reforma da decisão) ou error in procedendo (anula a decisão) das sentenças. Prevalece o entendimento de que sua origem histórica é a appellatio dos romanos. No regime português, a apelação ingressou por meio das querimas ou querimonias dos Forais chegando às Ordenações Manuelinas, recebendo reformulações, até chegar ao modelo de t. 68 a 83 do L. III das Ordenações Filipinas. Entre nós, sua referência pode ser buscada no Regulamento 737, de 21.11.1950.”

Em relação aos requisitos de admissibilidade, novamente Aury Lopes Júnior assim dispõe [7]:

“ =&gt;Requisitos objetivos:

- Cabimento e adequação: pode ser interposta por petição ou termo nos autos, nos casos previstos no art. 593.
- Art. 593, II: é residual em relação à taxatividade do RSE, cabendo em relação às decisões interlocutórias mistas não abrangidas pelo art. 581.
- Art. 593, III: o inciso III dirige-se exclusivamente às decisões proferidas pelo Tribunal do Júri. Nas alíneas a e d, se acolhido o recurso, a consequência será a realização de novo júri. Nas alíneas b e c, acolhendo o recurso, o tribunal faz a retificação se enviar a novo júri.
- Art. 593, § 3º: decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela completamente dissociada da prova dos autos, sem qualquer apoio no processo. O que se entende por “mesmo motivo”? Significa novo recurso com base na letra d, sendo irrelevante a tese sustentada. Quanto ao cabimento do recurso de apelação, por parte do acusador, com base no art. 593, III, d, quando o réu é absolvido no quesito genérico da absolvição, existe uma divisão no STJ e uma importante decisão do STF no sentido do não cabimento.
- Tempestividade: 5 dias para interposição (art. 593) e 8 dias para razões. Assistente: 5 dias habilitado – 15 dias não habilitado.
- Preparo: exige-se nas ações penais privadas.

=>Requisitos subjetivos:

- Legitimidade (art. 577) e gravame/prejuízo (interesse recursal)."

Volvendo olhares para os autos, constata-se a ausência de interesse processual recursal em relação ao pedido de fixação do regime aberto para cumprimento de pena.

Acerca do interesse recursal, leciona Renato Brasileiro[8]: “Segundo o art. 577, parágrafo único, do CPP, não se admitirá recurso da parte que não tiver interesse na reforma ou modificação da decisão. Em regra, costuma-se dizer que o interesse recursal deriva da sucumbência, compreendida como uma situação de desvantagem jurídica oriunda da emergente decisão recorrida. Haverá sucumbência, portanto, quando a decisão não atender à expectativa juridicamente possível.(...) Destarte, para que o recurso seja conhecido, deve o recorrente demonstrar que possui interesse na reforma ou modificação da decisão, já que a via impugnativa não pode ser usada para a mera discussão de teses acadêmicas. (...)”

Com efeito, no recurso ora sob análise, verifica-se a ocorrência de óbice intransponível ao regular julgamento do recurso quanto à pretensão deduzida na parte final do pedido, por ausência de interesse recursal, uma vez que o pleito já havia sido deferido pela sentença combatida.

Com efeito, formulou o apelante o seguinte pedido:

Ainda, pugna pelo reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11343/2006, em seu patamar máximo; e, ao final, pela fixação do regime inicial aberto para cumprimento.

No entanto, a sentença recorrida já havia reconhecido o direito do apelante a cumprir a pena no regime aberto, consoante excerto abaixo transcrito:

DOSIMETRIA  
(...)



O acusado se encontra preso preventivamente há 5 meses e 12 dias, daí por que fixo o regime aberto para cumprimento da pena, forte no art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Estabelecido o regime aberto, concedo ao réu o direito de recorrer em liberdade. Expeça-se alvará de soltura.

Do exposto, considerando que foi garantido ao apelante o direito de cumprir pena sob o regime inicialmente aberto, deixo de conhecer este pedido recursal, em razão da ausência de interesse processual.

#### DO MÉRITO.

No mérito, o presente recurso traz como primeiro ponto de insurgência, a suposta insuficiência probatória a justificar o pedido de absolvição.

Subsidiariamente, requer a desclassificação do tipo penal tráfico privilegiado para posse para uso pessoal, do art. 28 da lei 11.343/06.; a revisão da dosimetria da pena, para aplicar o dispositivo de tráfico privilegiado – art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 no patamar máximo (2/3); bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito.

Consoante relatado na peça acusatória, no dia 14 de fevereiro de 2021, por volta das onze horas, os prepostos da Polícia Militar realizavam patrulhamento nas proximidades da localidade conhecida como Lagoa da Feiticeira, oportunidade em que viram o veículo marca/modelo GM Corsa Sedan Maxx, cor prata, placa policial JLY 7238, conduzido pelo acusado, aproximou-se, tendo freou abruptamente ao avistar a viatura.

Informa, ainda, a peça exordial, que ato contínuo, dois indivíduos desceram rapidamente do automóvel e correram em direção a um matagal, evadindo-se, ao mesmo tempo em que o acusado manobrou o carro e empreendeu fuga, sendo perseguido pelos policiais, que o alcançou na Rua Manoel Vitorino.

Interceptado o automóvel, o acusado foi abordado, tendo os agentes policiais realizado busca no interior do veículo, oportunidade que em foram encontrados e apreendidos: a) uma barra prensada de maconha, com massa bruta de 702,94 (setecentos e dois gramas e noventa e quatro centigramas); b) um aparelho celular da marca Asus; e c) a quantia de R\$ 2.194,00 (dois mil, cento e noventa e quatro reais).

Destacou, a exordial, que: “de acordo com a quantidade e natureza das drogas apreendidas, com o local e as condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias pessoais e sociais e à conduta do acusado, extrai-se que a droga com ele apreendida destinava-se à comercialização.

A sentença combatida condenou o Apelante pela prática do crime de a uma pena definitiva de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida pelo regime aberto.

Eis como fundamentou a sentença a condenação:

“Terminada a instrução processual, as provas amealhadas comprovaram que

com JAILTON DE SOUZA SANTOS foram encontrados 702,94 gramas de maconha, as quais estavam dentro do veículo que era conduzido por ele no dia 14 de fevereiro de 2021, por volta das onze horas, na Rua Manoel Vitorino, bairro Centro, Alagoinhas, Bahia.

As testemunhas ouvidas, policiais militares arrolados pelo Ministério Público, confirmaram que o réu foi preso no dia e local descritos na denúncia e que com ele foram encontrados 702,94 gramas de uma substância e R\$2.194,00.

O réu, ao ser qualificado e interrogado, confirmou que desviou seu carro do curso que fazia para não ser abordado pela polícia militar, dizendo que agiu assim por não possuir habilitação para dirigir veículo. O acusado também contou que foi alcançado por uma viatura policial, que dentro do seu automóvel havia três mil e seiscentos reais, mas negou que houvesse a droga mencionada na denúncia.

Esses são os links das gravações dos depoimentos dos policiais militares e das declarações do réu, tomados por videoconferência: (...)

O laudo pericial de fl.50 concluiu que a substância encontrada com o réu era maconha (*cannabis sativa*), a qual é de uso proscrito no Brasil, consoante Lista F-2, da Portaria 344/1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde.

A defesa do réu, ao não trazer elementos que contradissem os depoimentos dos policiais militares e confirmassem a versão que contou, deixou de produzir prova que permitisse ao juízo desconsiderar os depoimentos testemunhais.

As pequenas divergências nos depoimentos dos policiais militares apontadas nas alegações finais defensivas são próprias da produção da prova testemunhal em juízo, as quais não chegam sequer a pôr em dúvida que com o acusado foi encontrada aquela quantidade de maconha.

Não se deve olvidar que a memória humana é diferente de uma gravação de imagens feita a partir de câmeras de vídeo, sofrendo influência sobretudo de outros eventos que vão se sucedendo com a passagem do tempo.

O certo é que a defesa não conseguiu infirmar, ou pôr em dúvida, os depoimentos dos policiais militares que ratificaram a versão narrada na denúncia, ficando comprovado nos autos, portanto, que o réu cometeu o delito de tráfico de drogas, definido no artigo 33, da Lei 11.343/2006.

Em suas alegações finais, o MP pediu a inaplicação das disposições do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, (...)

Ocorre que o MP não trouxe aos autos comprovação de que o réu foi condenado nos processos que indicou, daí por que inviável deixar de considerar o acusado como sendo primário, portador de bons antecedentes e não integrante de organizações criminosas e não afeito a práticas criminosas.

Sufragar o entendimento ministerial é fazer tábula rasa do princípio constitucional da presunção de inocência.

Diante do exposto, jugando procedente a denúncia, CONDENO o réu JAILSON DE SOUZA SANTOS nas penas do art. 33, da Lei 11.343/2006.

DO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVA. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO

Como afirmado anteriormente, suscita o apelante a fragilidade da prova para subsidiar a condenação, requerendo a aplicação do princípio in dubio

pro reo.

Nesse contexto, sustenta a apelação a existência e contradições nos depoimentos das testemunhas. Argumenta, por exemplo, que “o CB PM REINILDON alegou que ao chegar no local o acusado já havia sido preso e a droga apreendida e o TEN ANDRADE afirma que fez a custódia (prisão) do recorrente junto com o CB PM REINILDON. ”

Vige, no direito brasileiro, o princípio da presunção da inocência, segundo o qual ninguém pode ser considerado culpado até que haja uma sentença condenatória final.

O princípio da presunção de inocência teve sua origem na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 1791, sendo posteriormente incorporado ao artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, que previu:

“Toda pessoa acusada de delito tem direito que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias para a sua defesa.”

No Brasil, a presunção de inocência é considerada um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, estando explicitamente consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal [9], que estabelece:

"Art. 5º, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória."

O princípio da presunção de inocência, também denominado de presunção de não culpabilidade, é conceituado por Renato Brasileiro de Lima[10], da seguinte forma: “o direito de não ser declarado culpado senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)”.

Segue afirmando [11] que: “Comparando-se a forma como referido princípio foi previsto nos Tratados Internacionais e na Constituição Federal, percebe-se que, naqueles, costuma-se referir à presunção de inocência, ao passo que a Constituição Federal em momento algum utiliza a expressão inocente, dizendo, na verdade, que ninguém será considerado culpado. Por conta dessa diversidade terminológica, o preceito inserido na Carta magna passou a ser denominado de presunção de não culpabilidade”.

Para Renato Brasileiro[12], do princípio da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade) derivam duas regras fundamentais: a regra probatória (também conhecida como regra de juízo) e a regra de tratamento.

Acerca da regra probatória (in dubio pro reo), Renato Brasileiro de Lima, citando Antônio Magalhães Gomes filhos, ressalta [13]: “Por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência. Como consectários dessa regra, Antônio Magalhães Gomes Filho

destaca: a) a incumbência do acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado (pertence-lhe com exclusividade o ônus dessa prova); b) a necessidade de comprovar a existência dos fatos imputados, não de demonstrar a inconsistência das desculpas do acusado; c) tal comprovação deve ser feita legalmente (conforme o devido processo legal); d) impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos (daí o seu direito ao silêncio)".

Na visão de Renato Brasileiro[14], essa regra probatória deve ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Dessa forma, afirma:

"O in dubio pro reo não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois não tem ele a obrigação de provar que não praticou o delito. Enfim, não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se – para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o non liquet.

O in dubio pro reo só incide até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Portanto, na revisão criminal, que pressupõe o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, não há falar em in dubio pro reo, mas sim em in dubio contra reum. O ônus da prova quanto às hipóteses que autorizam a revisão criminal ( CPP, art. 621) recai única e exclusivamente sobre o postulante, razão pela qual, no caso de dúvida, deverá o Tribunal julgar improcedente o pedido revisional".

Depreende-se, assim, que se presume o réu inocente, incumbindo à acusação comprovar o cometimento do crime, deixando incontestes a autoria e materialidade.

No caso dos autos, o apelante foi condenado pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas, delito cuja natureza é classificada como crime formal e de perigo abstrato, absolutamente presumido, bastando que o agente realize qualquer das condutas nucleares do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, para que o tenha aperfeiçoado.

Dispõe o texto legal:

Art. 33 – Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Sobre este tipo penal, Luiz Flávio Gomes vaticina: "Consuma-se o crime com a prática de qualquer um dos núcleos trazidos pelo tipo, não se exigindo efetivo ato de tráfico."

Cesar Dário Mariano da Silva escreve: “Trata-se de crimes de perigo abstrato e coletivo. Como crimes de perigo abstrato, não necessitam da demonstração de que efetivamente alguém foi exposto a perigo de dano, que é presumido pela lei de forma absoluta, não admitindo prova em contrário. São, também, crimes de perigo coletivo (ou comum), uma vez que a saúde de um número indeterminado de pessoas é exposta a perigo de dano. Com efeito, a objetividade jurídica dos delitos descritos na Lei de Drogas é a saúde pública, ou seja, a saúde de toda a coletividade, que pode ser seriamente atingida quando circulam substâncias ou produtos capazes de levar à dependência física ou psíquica. Os crimes descritos na Lei de Drogas prescindem da comprovação da ocorrência de perigo concreto, uma vez que a experiência tem demonstrado que a posse ou o porte, bem como o tráfico de drogas, são condutas nocivas não apenas em relação à saúde pública, mas também quanto à individualidade das pessoas.”

Sobre o delito em comento, Cleber Masson e Vinícius Marçal lecionam: [15] “Como deixa claro o caput do art. 33 [16] da Lei de Drogas, a traficância pode ocorrer ainda que gratuitamente, mas desde que a conduta seja praticada sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (elementos normativos do tipo). Como se sabe, o tráfico de drogas é crime de ação múltipla, e não exige a prática de atos de mercancia para a sua configuração, bastando a realização de alguma das condutas previstas no tipo penal [17]. Com efeito, a conduta de vender materializa apenas uma das dezoito figuras típicas.”

Extraí-se daqui, que não é preciso o indivíduo ser flagrado vendendo as substâncias ilícitas para que o crime de tráfico esteja configurado. Basta que seja praticado um dos núcleos do tipo penal e exista o ímpeto de praticar a traficância.

Logo, para que a conduta do agente seja considerada tráfico ilícito de drogas, é suficiente que se adéque a um dos verbos mencionados no caput do art. 33 e que a finalidade seja o consumo de drogas por terceiros.

No que concerne à materialidade do crime, interessante entende-se o conceito de droga. O parágrafo único do art. 1º da Lei 11.346/06 preleciona: “Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”.

Trata-se de norma penal em branco, preenchida pelo teor da portaria Nº 344 da ANVISA, em que são elencadas quais as drogas proibidas. Somente constando nesta portaria e tendo o status de substância proibida é que o item poderá ser considerado droga nos termos da lei 11.346/06.

Nos presentes autos, foram imputados ao apelante a conduta de transportar drogas ilícitas, descrita no tipo penal tráfico ilícito de drogas.

A materialidade do delito restou demonstrada, uma vez que foram apreendidos com o apelante uma barra prensada de 702,94g (setecentos e dois gramas e noventa e quatro centigramas) de substância entorpecente, popularmente conhecida como maconha, consoante Auto de Exibição e

Apreensão de ID. 63970048, pg. 7.

Atestando a natureza das substâncias, os laudos de constatação provisório e de exame pericial definitivo, constantes dos id 63970048, pg. 27, e id 63970054, constataram que resultado positivo para a presença da substância cannabis sativa, vulgarmente conhecida como maconha, constante da Lista F-1 da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde.

Quanto à autoria, os elementos que integraram a instrução probatória, no seu conjunto, são suficientes para comprovar a versão da acusação, não sendo as pequenas divergências indicadas pela defesa, aptas a desconstituir a prova oral produzida.

Com efeito, as declarações dos policiais civis, no inquérito e em juízo, foram capazes de demonstrar que o apelante foi preso na posse de drogas e com uma quantia relevante de dinheiro.

Eis o depoimento do Tenente da PM Luiz Fernando Rosa Andrade Maciel:

Depoimento em inquérito policial

Depoimento judicial, consoante transcrição do Parecer da Procuradoria de Justiça

(...) na data de hoje, 14/01/2021, se encontrava em serviço regulamentar, a bordo da VTR padronizada, prefixo 0477, juntamente com a SGT PM CLAUDENICE, tendo como apoio as guarnições a bordo das VTRs padronizadas, de prefixo 0475 e 0476, realizando patrulhamento nas proximidades da Lagoa da Feiticeira, tendo notado que o veículo GM/CORSA SEDAN, de cor prata, placa policial JLY 7238 estava se aproximando e ao avistar a guarnição parou bruscamente, dois indivíduos desceram rapidamente do veículo e empreenderam fuga em direção ao matagal da lagoa, enquanto o condutor do veículo fez a manobra e saiu em fuga; QUE logo a guarnição do depoente saiu em acompanhamento ao referido veículo e na Rua Manoel Vitorino, centro desta cidade o veículo foi alcançado, onde a guarnição solicitou o desembarque do condutor e ao revistá-lo foi identificado como sendo o nacional JAILTON DE SOUZA SANTOS, na continuidade efetuou revista no interior do automóvel GM/ CORSA SEDAN MAXX, COR PRATA, CHASSI 9BGXH19G07C122030, ANO/ MODELO 2006/07 DE PLACA POLICIAL JLY7238 e no interior do mesmo foi encontrando 1 (uma) barra prensada de substância aparentemente maconha, a quantia em espécie no valor de R\$ 2.194,00 (DOIS MIL, CENTO E NOVENTA E QUATRO REAIS) e um aparelho celular marca ASUS, na cor preta; salienta que durante a fuga o condutor trafegava em velocidade incompatível com a via, pulando os redutores de velocidade, colocando em risco a vida e a integridade física dos transeuntes, acrescentando que ao se deparar como trânsito parado, freou bruscamente, fazendo com que a viatura colidisse na traseira do Corsa; que foi dada voz de prisão a JAILTON DE SOUZA SANTOS

(...) que participou da diligência que culminou na prisão do acusado. Narrou que estava de coordenador de área naquele dia e estavam fazendo uma

abordagem a duas pessoas na localidade conhecida como Lagoa da Feiticeira, duas pessoas que não tinham a ver com essa situação, quando um carro adentrou a rua e “freou de vez”. Descreveu que, salvo engano, duas pessoas desceram do carro, enquanto o motorista fez uma manobra brusca, dando ré para fugir. Devido a essa situação, os policiais deixaram a abordagem que estavam fazendo e foram atrás desse veículo. Disse que já no Centro da cidade, diante do engarrafamento, o veículo acabou freando bruscamente e a viatura colidiu na traseira do veículo perseguido. Durante a abordagem, o motorista foi tirado do carro, sendo Jailton (acusado). Na busca pessoal, nada foi encontrado com ele, mas dentro do veículo foram encontrados a quantia em espécie e UM TABLETE DE MACONHA, EM GRANDE QUANTIDADE, DE APROXIMADAMENTE UM QUILO. Disse que reconhece o acusado como o rapaz que foi abordado no veículo e que o veículo era um Corsa prata. Relatou que o acusado já é conhecido no meio policial pela prática de tráfico de drogas, sendo conhecido pelos apelidos de “Baixinho” ou “Jai”. Por fim, mencionou que não se recorda quem encontrou a droga no carro, mas que havia outros policiais e que possivelmente foi um desses outros policiais; que, como estava próximo, viu que tinha muito dinheiro espalhado no carro, bem como lhe mostraram o tablete de droga. (...)”

Eis o depoimento da Sargento da PM Claudenice Moreira Nascimento:

Depoimento em inquérito policial

Depoimento judicial, consoante transcrição do Parecer da Procuradoria de Justiça

Respondeu: na data de hoje, 14/01/2021, por volta das 11h00min se encontrava em serviço regulamentar compondo a guarnição, comandada pelo Ten PM ANDRADE, a bordo da VTR 0477, trafegando na localidade da Lagoa «a Feiticeira, quando avistaram dois indivíduos em atitude suspeita, realizando a abordagem, contando com o apoio das guarnições a bordo das VTRs de prefixo 0475 e 0476, neste momento notou o veículo GM/CORSA SEDAN, de cor prata, placa policial JLY 7238, se aproximando e o condutor ao avistar a guarnição parou bruscamente, dois indivíduos desceram rapidamente do veículo e empreenderam fuga em direção ao um matagal, enquanto o condutor do veículo fez a manobra e saiu em fuga; QUE neste momento a depoente permaneceu no local finalizando a abordagem ao dois indivíduos, enquanto o TEN PM ANDRADE, embarcou na VTR e juntamente com o SD PM REINILDON se deslocaram em acompanhamento ao veículo supramencionado; QUE quanto aos indivíduos que foram abordados anteriormente, nada de ilícito foi encontrado, sendo liberados imediatamente.

“(...) que estavam em ronda na localidade da Lagoa da feiticeira, fazendo abordagem a dois indivíduos, e que do outro lado da rua um carro,

ao ver a presença da polícia, fez o retorno e seguiu sentido centro. Disse que permaneceu no local, finalizando a primeira abordagem, enquanto os integrantes da outra viatura seguiram para fazer o acompanhamento desse veículo. Relatou que o ponto da Lagoa da Feiticeira é conhecido pelo tráfico de drogas e que já conhecia o acusado de outra situação anterior, não se recordando o ano, de um suposto assalto. Disse que tem conhecimento do envolvimento dele com tráfico de drogas e que não sabe informar como finalizou a abordagem da viatura que saiu em busca do veículo, porque não participou. Mencionou que quando finalizou a abordagem que estava participando e foi ao encontro dos colegas militares, a abordagem do acusado já tinha sido feita, sendo que foi encontrada droga no carro, bem como uma quantia em espécie. Disse que foi encontrado um pacote fechado de droga e a quantia de pouco mais de dois mil reais e que o acusado

Eis o depoimento da Cabo da PM Reinildon de Jesus Cunha:

Depoimento em inquérito policial

Depoimento judicial, consoante transcrição do Parecer da Procuradoria de Justiça

QUE na data de hoje, 14/01/2021, se encontrava em serviço regulamentar, a bordo da VTR padronizada, prefixo 0476, realizando patrulhamento na localidade da Lagoa da Feiticeira, durante a abordagem a dois indivíduos o depoente foi solicitado pelo TEN PM ANDRADE para prestar apoio no acompanhamento ao veículo GM/CORSA SEDAN, de cor prata, placa policial JLY 7238 que estava se aproximando do local onde estava ocorrendo a abordagem aos transeuntes e ao avistar a guarnição parou bruscamente e na sequência o condutor do referido veículo fez a manobra e saiu em fuga; QUE durante o acompanhamento na Rua Manoel Vitorino, centro desta cidade, o veículo supramencionado foi alcançado, onde a guarnição solicitou o desembarque do condutor e ao revistá-lo foi identificado como sendo JAILTON DE SOUZA SANTOS, em seguida efetuou revista no interior do automóvel GM/ CORSA SEDAN MAXX, COR PRATA, CHASSI 9BGXH19G07C122030, ANO/ MODELO 2006/07 DE PLACA POLICIAL JLY7238 e no interior do mesmo foi encontrando 1 (uma) barra prensada de substância aparentando ser maconha, a quantia em espécie no valor de R\$ 2.194,00 (DOIS MIL, CENTO E NOVENTA E QUATRO REAIS) e um aparelho celular marca ASUS, na cor preta; salienta que durante a fuga o condutor trafegava em velocidade incompatível com a via, pulando os redutores de velocidade, colocando em risco a vida e a integridade física dos transeuntes, acrescentando ainda que ao o condutor do CORSA, freou bruscamente, fazendo com que a viatura colidisse na traseira; que foi dada voz de prisão a JAILTON DE SOUZA SANTOS, sendo conduzido para esta Unidade Policial e apresentado a Autoridade Policial para adoção das medidas cabíveis.

“(…) que estava de serviço nas proximidades da Lagoa da Feiticeira,



fazendo abordagem a dois indivíduos, quando visualizaram um carro, quando o motorista percebeu que ia passar numa abordagem policial, fez uma manobra brusca e deixou dois elementos no local, que saíram do carro e adentraram o matagal atirando contra a guarnição. Disse que o motorista conseguiu empreender fuga, mas uns 2 ou 3 km à frente colidiu com a viatura que o depoente estava. DENTRO DO VEÍCULO FOI ENCONTRADA CERTA QUANTIDADE DE MACONHA e valor em dinheiro que não se recorda, que, salvo engano, era uma quantia acima de mil reais, mas não se lembra com exatidão, ressaltando que o dinheiro estava “trocado”. Mencionou que já conhecia o acusado de outra abordagem e que ele já tinha sido preso por uma guarnição da CETO pela prática de assalto anteriormente. Disse que não tem desavenças com o acusado e desconhece que alguém da guarnição o tenha. Salientou que o local onde o acusado foi encontrado é um dos maiores pontos de tráfico de drogas no Município de Alagoinhas e que a droga foi encontrada no interior do veículo, que estava em nome do acusado. Disse que presenciou o momento em que houve a captura do acusado e que não se recorda quem encontrou o dinheiro e as drogas no veículo. Asseverou que sua guarnição foi chamada para dar apoio à outra guarnição que já estava no local e que abordaram juntos, e, no momento que o indivíduo foi contido, saiu para dar apoio a outra guarnição que adentrou o matagal em busca dos outros dois indivíduos. Por fim, disse que foi a viatura que estava sob a responsabilidade do seu motorista que colidiu no carro do acusado. (...)

Portanto, as declarações prestadas pelas testemunhas são compatíveis com a narrada na acusação e não possuem, entre si, divergências significativas que lhe retirem a validade.

Como bem salientou o magistrado de primeiro grau, tais divergências e esquecimentos são comuns, em razão da passagem do tempo e apenas agregam confiança aos depoimentos.

Pertinente à validade do depoimento de policiais, releva colacionar lapidar acórdão do Supremo Tribunal Federal, da lavra do Eminentíssimo Ministro Celso de Mello:

“O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. Doutrina e jurisprudência.” (HC 73.518-5/SP, 1.ª T STF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 18.10.1996).

Nesse mesmo diapasão, citem-se outros julgamentos:

TRF3 – ACR 2004.60.05.001066–2 – (22547) – 5ª TURMA – REL. DES. FED. SUZANA CAMARGO – O fato da prova testemunhal estar consubstanciada, também, em declarações prestadas por policiais, por si só, não descaracteriza a sua verossimilhança, tendo em vista que não foram esses depoimentos analisados isoladamente, mas sim em consonância com todo o conjunto probatório colhido sob o crivo do contraditório. (Grifos acrescidos)

(...) Ademais, o simples fato daquela prova testemunhal estar consubstanciada, também, em declarações prestadas por policiais, por si só, não descaracteriza a sua verossimilhança, tendo em vista que não foram esses depoimentos analisados isoladamente, mas sim em consonância com todo o conjunto probatório colhido sob o crivo do contraditório. É que neste particular, não é dado olvidar que os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções. Em sendo assim, tais depoimentos revestem-se de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório, sendo que nesse sentido já decidiu o colendo Superior Tribunal de Justiça (REsp 604815/BA, Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, DJ 26.09.2005 p. 438 LEXSTJ vol. 194 p. 332).

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL – Classe do Processo: APELAÇÃO CRIMINAL 20030110259584APR DF Registro do Acórdão Número: 230971 Data de Julgamento: 25/08/2005 – Órgão Julgador: 2ª Turma Criminal – Relator: ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS – Publicação no DJU: 01/12/2005 – INVIÁVEL A ABSOLVIÇÃO DO DELITO IMPUTADO AO APELANTE QUANDO TODO O CONJUNTO PROBATÓRIO CARREADO NOS AUTOS DEMONSTRA, INEQUIVOCADAMENTE, A PRÁTICA DELITUOSA DESCRITA NA DENÚNCIA. 2. ESTE TRIBUNAL JÁ CONSOLIDOU O ENTENDIMENTO DE QUE O DEPOIMENTO DE POLICIAIS, QUANDO EM CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS, É SUFICIENTE PARA AMPARAR A CONDENAÇÃO.

Tráfico de drogas. Depoimentos policiais. Desclassificação para consumo pessoal. Impossibilidade. [...] 2 – Os depoimentos prestados por policiais provêm de agentes públicos no exercício de suas atribuições. Não podem ser desconsiderados, sobretudo se corroborados pelas demais provas dos autos. 3 – Descabida a desclassificação para o crime do art. 28 da L. 11.343/06, se os elementos de prova indicam a prática do crime de tráfico de drogas. 4 – Apelação não provida. (TJ-DF 20160110580374 DF 0019552–23.2016.8.07.0000, Relator: JAIR SOARES, Data de Julgamento: 31/08/2017, 2ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 05/09/2017. Pág.: 75/84). (Grifos acrescidos.)

Assim, a doutrina e a jurisprudência são pacíficas quanto à admissibilidade e validade do testemunho de policiais como meio de prova, concedendo-lhe, no mínimo, a mesma credibilidade dos testemunhos em geral, mormente quando os agentes se encontravam no momento e no local do crime, ou tiveram atuação nas investigações e quando os seus relatos são confirmados pelo próprio contexto probatório.

Portanto, a declaração dos policiais corroboram os elementos instrutórios obtidos na fase inquisitorial, demonstrando a materialidade e autoria do crime de tráfico de drogas, pela conduta típica de transportar.

Ademais, a quantidade, a forma de acondicionamento da droga apreendida e existência de processos por tráfico de drogas demonstram a finalidade mercantil. Todos estes elementos evidenciam, de forma segura, uma conjuntura fática e delitiva que se conforma à traficância, ainda que na modalidade privilegiada.

Deste modo, entendo pela manutenção da condenação do acusado pelo crime de tráfico ilícito de drogas privilegiado, uma vez que devidamente comprovada a materialidade e autoria do delito.

Do pedido de desclassificação para crime de uso pessoal

Não procede o pedido de desclassificação formulado.

O tipo penal do art. 28 da Lei de Drogas, crime de uso pessoal, possui alguns núcleos semelhantes ao do tipo penal do art. 33, in verbis:

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:

I – advertência sobre os efeitos das drogas;

II – prestação de serviços à comunidade;

III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo.

§ 1º Às mesmas medidas submete-se quem, para seu consumo pessoal, semeia, cultiva ou colhe plantas destinadas à preparação de pequena quantidade de substância ou produto capaz de causar dependência física ou psíquica.

§ 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.

§ 3º As penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 5 (cinco) meses.

§ 4º Em caso de reincidência, as penas previstas nos incisos II e III do caput deste artigo serão aplicadas pelo prazo máximo de 10 (dez) meses.

§ 5º A prestação de serviços à comunidade será cumprida em programas comunitários, entidades educacionais ou assistenciais, hospitais, estabelecimentos congêneres, públicos ou privados sem fins lucrativos, que se ocupem, preferencialmente, da prevenção do consumo ou da recuperação de usuários e dependentes de drogas.

§ 6º Para garantia do cumprimento das medidas educativas a que se refere o caput, nos incisos I, II e III, a que injustificadamente se recuse o agente, poderá o juiz submetê-lo, sucessivamente a:

I – admoestação verbal;

II – multa.

§ 7º O juiz determinará ao Poder Público que coloque à disposição do infrator, gratuitamente, estabelecimento de saúde, preferencialmente ambulatorial, para tratamento especializado.

Aqui, diferentemente do que ocorre no crime de tráfico de drogas, a intenção do sujeito é o consumo pessoal da droga. Quando pratica qualquer um dos núcleos acima elencados, a pretensão não é a mercancia da droga ou o uso por terceiro, mas, sim, o consumo próprio.

Fazendo uma diferenciação simples entre o crime de tráfico e o de uso

peçoal, Paulo Queiroz e Marcus Mota Moreira Lopes[18] ensina que: “Além disso, os verbos típicos não são exatamente os mesmos, embora coincidam no essencial. De todo o modo, temos que sempre que o agente praticar as ações descritas como constitutivas de tráfico (importar, exportar, remeter etc.) sem o objetivo de difusão (onerosa ou gratuita) para terceiros, mas visando apenas ao consumo próprio, responderá segundo o art. 28, na forma de adquirir, transportar ou trazer consigo droga.”

Juarez Cirino dos Santos esclarece uma questão relevante sobre o concurso de condutas: “A conduta preexistente de ter em depósito ou de guardar drogas aparece no contexto de um concurso aparente de leis penais, porque está prevista em dois tipos legais da Lei 11.343/06: no art. 33, que define o tipo de tráfico; e no art. 28, que define o tipo de uso pessoal de drogas. O dilema de interpretação é óbvio: como saber se a conduta preexistente de ter em depósito ou de guardar drogas é subsumível no art. 33, como tráfico de drogas, ou no art. 28, como uso pessoal de drogas? O concurso aparente é resolvido pelo critério da especialidade: o tipo especial (art. 28) exclui o tipo geral (art. 33), porque contém todos os caracteres do tipo geral e mais alguns caracteres especiais, que afastam o tipo geral, segundo o princípio *lex specialis derogat legi generali* (Jescheck; Weigend, 1996; Santos, 2022, p. 447). Assim, se não existe indicação probatória da ação de ter em depósito ou de guardar droga para comercialização, então o tipo especial menos grave (art. 28) exclui o tipo geral mais grave (art. 33) da Lei de Drogas. Logo, a opção judicial de subsunção da conduta preexistente no tipo legal mais grave do art. 33, ignorando idêntica conduta no tipo legal menos grave do art. 28, infringe o princípio da especialidade, o mais importante critério do concurso aparente de tipos penais.”

Estabelecendo os critérios para definir se a pessoa deve ser punida pelo uso pessoal ou pelo tráfico, o art. 28, § 2º da Lei 11.343/2006 faz a seguinte previsão: “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”.

A análise do enquadramento do tipo penal, se tráfico ou consumo próprio, deve levar em consideração a quantidade e natureza da droga, o contexto em que o acusado fora flagrado com as substâncias ilícitas, se o agente já fora condenado anteriormente por crime do mesmo jaez, dentre outras circunstâncias sociais e pessoais.

Na situação examinada, alias, como já mencionado em tópico anterior, no momento do flagrante, encontrava-se em movimento de fuga, para furtar-se à abordagem policial, que percebeu estava ocorrendo no local onde trafegava.

Ademais, duas pessoas desceram do seu carro e empreenderam fuga por um matagal.

Destaque-se que, durante o flagrante, foi encontrado no veículo do apelante uma barra prensada de 702,94g (setecentos e dois gramas e noventa e quatro centigramas) da substância entorpecente maconha.

Ademais, constam dos autos, ainda, as certidões de antecedentes de ids 63970049/63970050, que demonstram que o réu responde outras ações por tráfico de drogas.

Portanto, a configuração como ocorreu o delito afastam as dúvidas quanto ao seu enquadramento ser de traficância e não de uso pessoal.

No mesmo sentido, o Parecer da Ilustre Procuradora de Justiça, Maria Adélia Bonelli, encartado nestes autos, ao id 66096633:

“A negativa de autoria apresentada pelo Acusado não encontra o mínimo suporte nas provas e elementos de convicção angariados, razão por que a tese de absolvição por insuficiência probatória se afigura frágil e desarrazoada.

Cumprе mencionar, ademais, que o Acusado figura como Réu em outras ações penais – algumas pela prática de crimes da mesma natureza, consoante documentos de IDs. 63970049 e 63970050 –, aspecto que, somado à significativa quantidade da droga apreendida – repita-se: 702, 94 g (setecentos e dois gramas e noventa e quatro centigramas) de “maconha” –, reforça o entendimento quanto à impossibilidade da almejada desclassificação do delito de tráfico para aquele inserto no art. 28, da Lei n. 11.343/2006 ”

Do exposto, o total da droga apreendida (702, 94 g (setecentos e dois gramas e noventa e quatro centigramas) de “maconha”) em conjunto com as demais circunstâncias e objetos apreendidos (dinheiro) demonstram suficientemente o intuito da mercancia, afastando o pedido de desclassificação para crime de uso pessoal, do art. 28 da Lei de Drogas.

Do tráfico privilegiado – art. 33, § 4º da lei 11.346/2006 – Pedido de aplicação da redução da pena no patamar máximo (2/3)

Pleiteia o recorrente o reconhecimento, em seu benefício, do patamar máximo (2/3) da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, correspondente ao tráfico privilegiado.

A sentença combatida, considerando os elementos dos autos, reconheceu o tráfico privilegiado, tendo fixado a redução na 1/3. Veja-se:

DOSIMETRIA Nos autos, não há elementos que autorizem a valoração negativa da culpabilidade, dos antecedentes, da conduta social, da personalidade do agente, dos motivos, e das consequências do crime.

Todavia, as circunstâncias do crime permitem a fixação da pena-base em montante superior ao mínimo legal, na medida em que o réu, ao avistar policiais militares, empreendeu fuga, deixou duas pessoas escaparem do seu automóvel, o qual só parou em razão de colisão ocorrida com uma viatura policial, isso em área urbana da cidade.

Em razão disso, na primeira fase de aplicação da pena, fixo a pena-base em 6 anos e 3 meses de reclusão (acréscimo de 1/8 da diferença entre as penas mínima e máxima).

Inexistem agravantes e atenuantes a considerar. Pena, portanto, inalterada na segunda fase.

Não há causas de aumento. Presente a causa de diminuição prevista no § 3º do art. 33 da Lei 11.343/2006, mas, em decorrência da grande quantidade de droga apreendida com o réu, diminuo 1/3 da pena anteriormente fixada, daí por que fixo definitivamente a pena em 4 anos e 2 meses de reclusão.

O acusado se encontra preso preventivamente há 5 meses e 12 dias, daí por que fixo o regime aberto para cumprimento da pena, forte no art. 33, § 2º, c, do Código Penal.

Estabelecido o regime aberto, concedo ao réu o direito de recorrer em liberdade. Expeça-se alvará de soltura.

Não se vislumbram vícios na sentença, que aplicou de forma criteriosa e razoável a redução da pena em razão do tráfico privilegiado, em 1/3 (um terço).

Com efeito, foi apreendida com o apelante grande quantidade de maconha e muito dinheiro, elementos que podem ser utilizado para orientar o magistrado nos parâmetros para fixação da referida causa de diminuição de pena.

Esta, aliás, foi a linha de intelecção do Parecer da d. Procuradoria de Justiça, cujo pertinente excerto se transcreve:

A escolha da fração de 1/3 mostrou-se acertada, na medida em que os tribunais pátrios possuem consolidado entendimento no sentido de que a quantidade e/ou a natureza da droga apreendida, quando não utilizada ao incremento da pena-base, como na hipótese, justifica a imposição da sobredita causa de diminuição em patamar inferior ao máximo. Sobre o tema, cumpre a colação dos arestos: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ARTIGOS 33, § 4º, E 40, V, DA LEI Nº 11.343/2006. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE INDEFERIU LIMINARMENTE O WRIT IMPETRADO PERANTE O SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. INADMISSIBILIDADE. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR HABEAS CORPUS: CRFB/88, ART. 102, I, D E I. HIPÓTESE QUE NÃO SE AMOLDA AO ROL TAXATIVO DE COMPETÊNCIA DESTA SUPREMA CORTE. SUPERVENIÊNCIA DE JULGAMENTO COLEGIADO DO HABEAS CORPUS IMPETRADO PERANTE A CORTE SUPERIOR. NOVO TÍTULO PRISIONAL. PREJUDICIALIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADAS NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. REFORMA DA REPRIMENDA PELA CORTE SUPERIOR. PERDA DE OBJETO DA IMPETRAÇÃO. AFASTAMENTO DO BIS IN IDEM. DECISÃO CONSOANTE ENTENDIMENTO DO PLENO DESTA CORTE. HC N.º 112.776/MT. REDISCUSSÃO DE CRITÉRIOS DE DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DISCRICIONARIEDADE DO JUÍZO. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INADMISSIBILIDADE NA VIA ELEITA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 2. É cediço na Corte que configura bis in idem considerar, na terceira etapa do cálculo da pena do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da substância ou do produto apreendido, quando essas circunstâncias já tiverem sido apontadas na fixação da pena-base, ou seja, na primeira etapa da dosimetria, para graduação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, bem como que não há impedimento a que essas circunstâncias recaiam, alternadamente, na primeira ou na terceira fase da dosimetria, a critério do magistrado, em observância ao princípio da individualização da pena. (...) 7. Agravo regimental desprovido.” (STF HC 129555 AGP, Primeira Turma, Relator: Ministro Luiz Fux, Publicação: 27/10/2016) PENAL. AGRAVO

REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.434/06 APLICADA NO PATAMAR DE 2/3. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA UTILIZADA NA PENA-BASE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum da redução do benefício do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC n. 529.329/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 19/9/2019, DJe 24/9/2019). Precedentes. 2. A Terceira Seção, no julgamento do HC n. 725.534/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, realizado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022, reafirmou seu posicionamento anterior, conforme estabelecido no ARE 666.334/AM, do Supremo Tribunal Federal, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido consideradas na primeira fase do cálculo da pena, o que configuraria o indevido bis in idem. 3. No presente caso, tendo sido a quantidade da droga utilizada para exasperar a pena-base, não pode ser novamente sopesada para fins de modular a minorante do tráfico privilegiado, sendo necessário o reconhecimento da incidência da causa do tráfico privilegiado, no patamar de 2/3 (dois terços). 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 2.014.355/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022.)

Assim é que, na ausência de vetor legal a nortear o quantum de redução da pena quando da aplicação da minorante em debate, e tendo a Sentenciante valorado a quantidade da droga – mais de setecentos gramas de maconha – em uma única fase da dosimetria, perfeitamente possível a diminuição da pena em 1/3 (um terço), tal qual levado a efeito na sentença recorrida.

Dessarte, não merece acolhimento o recurso do apelante, haja vista a dosimetria da pena ter sido realizada de forma acertada e devidamente fundamentada.

### 3. DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, voto no sentido de CONHECER PARCIALMENTE E NEGAR PROVIMENTO aos recursos de Apelação, mantendo incólume a sentença objurgada.

Salvador, data da assinatura eletrônica.

Des. Geder Luiz Rocha Gomes  
Relator

GLRG I (242)

[1] Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1597.

[2] Idem, p. 1596.

[3] DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. Manuale di Diritto Processuale Penale. Milano, CEDAM, 1997. p. 685.

[4] Curso de direito processual penal / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1418.

[5] “O termo apelação deriva do vocábulo latino *appellationem*, no sentido de recurso de juiz inferior para superior, oriundo do verbo *appellare*, recorrer a tribunal superior. A apelação sempre teve como característica a natureza definitiva da sentença de que se recorre para instância superior e nisso se distingue do recurso em sentido estrito, que é interposto, em regra, das decisões interlocutórias” (Câmara Leal, Comentários ao Código de Processo Penal , v. IV , p. 78). Na mesma ótica, Florêncio de Abreu (Comentários ao Código de Processo Penal , v. V, p. 280).

[6] Manual dos recursos penais / Gustavo Henrique Badaró. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.235.

[7] Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020., p. 1709–1710.

[8] LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.

[9] BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da Republica Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2024].

[10] LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020.



[11]op.cit.

[12]op.cit.

[13] op.cit.

[14]op.cit.

[15] Lei de Drogas: aspectos penais e processuais / Cleber Masson, Vinícius Marçal. – [2. Reimp.] – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, pp. 40–41.

[16] “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (...)”

[17] “A legislação penal brasileira não faz qualquer distinção, para efeito de configuração típica do delito de tráfico de entorpecentes, entre o comportamento daquele que fornece gratuitamente e conduta do que, em caráter profissional, comercializa a substância tóxica. A cessão gratuita de substância canabica (‘maconha’) equivale, juridicamente, ao fornecimento oneroso de substância tóxica, pelo que ambos os comportamentos realizam, no plano da tipicidade penal, a figura delituosa do tráfico de entorpecentes” (STF, HC 69.806/G0, rel. Min. Celso de Mello, 1ª Turma, j. 04.06.1993).”

[18] QUEIROZ, Paulo; Lopes, Marcus Mota Moreira. Comentários à Lei de drogas. Salvador: JusPODIVM, 2018. p23