

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA – TJBA. APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0500460-05.2020.805.0004. ORIGEM: ALAGOINHAS-BA. (2ª Vara Criminal). APELANTE: GIL HÉLIO TAVARES SILVA. ADVOGADO: BEL. PABLO OTTO MENDES DE SANTANA. APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. PROMOTOR DE JUSTIÇA: BEL. PEDRO COSTA SAFIRA ANDRADE. PROCURADORA DE JUSTIÇA: BELA. MARILENE PEREIRA MOTA. RELATOR – MARIO ALBERTO SIMÕES HIRS. ACORDÃO APELAÇÃO CRIME. DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006 (LEI ANTITÓXICOS). CONDENAÇÃO: 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, CADA UM EQUIVALENTE A UM TRIGÉSIMO DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO FATO DELITUOSO (SENTENÇA – ID. 168598196 – EM 10.02.2021). RECURSO DEFENSIVO (ID. 168598206): ABSOLVIÇÃO (FRAGILIDADE PROBATÓRIA) E/OU DESCLASSIFICAÇÃO (MERO USUÁRIO – ARTIGO 28); DIMINUIÇÃO DO CASTIGO (APLICAÇÃO DO § 4º, DO ARTIGO 33); ISENÇÃO DE CUSTAS E APELO EM LIBERDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE ROBUSTAS. PROVA TESTEMUNHAL RELEVANTE. PRISÃO DO RECORRENTE, EM FLAGRANTE DELITO, PORTANDO DROGAS: 08 TROUXINHAS DE MACONHA, 02 PINOS DE COCAÍNA E 21 TROUXINHAS DE COCAÍNA, PARA COMERCIALIZAÇÃO, BEM COMO 66 EPPENDORFS VAZIOS E A QUANTIA DE R\$ 25,05 REAIS (AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO DE FOLHAS 11; LAUDO PERICIAL DEFINITIVO DE FOLHAS 50/51 – Nº 2020.02.PC.005446-01). ANÁLISE CONCLUSIVA A QUO. CIRCUNSTÂNCIAS AFIRMATIVAS DE QUE O DESTINO DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS ERA O COMÉRCIO ILÍCITO. ATENUANTE DA CONFISSÃO RECONHECIDA. APLICABILIDADE DO § 4º DO ARTIGO 33, DA LEI ANTITÓXICOS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. JULGADO REALIZADO NO DIA 18.04.2022 (CERTIDÃO DE JULGAMENTO Nº 27460300). APELO EM LIBERDADE. ANÁLISE PREJUDICADA, EM FACE DO CASTIGO INDICADO SUBSTITUÍDO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ISENÇÃO DE CUSTAS A SER ANALISADA NO JUÍZO DE EXECUÇÕES PENAS. MANIFESTAÇÃO MINISTERIAL PELO IMPROVIMENTO DO RECURSO (Parecer ID. 24617513). RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE. ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 0500460-05.2020.805.0004 da 2ª Vara Criminal de Alagoinhas-BA, tendo como Apelante Gil Hélio Tavares Silva e Apelado o Ministério Público Estadual. Acordam, à unanimidade de votos, os Desembargadores integrantes da 2ª Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em conhecer o presente Recurso e julgá-lo provido parcialmente, em obediência à decisão contida no id. 33837831, oriunda da 2ª Vice-Presidência, desse PJBA, referente ao REsp nº 1977027/PR e 1977180/PR – Tema 1139 (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), pelos seguintes argumentos

expostos: PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 15 de Dezembro de 2022. RELATÓRIO Gil Hélio Tavares Silva foi Denunciado pelo Órgão de Execução Ministerial junto ao Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Alagoinhas-BA e após regular instrução, condenado como incurso nas iras do artigo 33, caput, da Lei Antitóxicos (Lei nº 11.343/2006) pesando-lhe a reprimenda de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso (Sentença de folhas 141/153/id. 168598196 – em 10.02.2021, Bela. Ana Queila Loula), em razão de “dia 17/06/2020, por volta de 15h00min, policiais militares receberam informação de que dois indivíduos estariam promovendo o tráfico de drogas na Central de Abastecimento de Alagoinhas, próximo ao setor das barracas de beiju. A guarnição se dirigiu até o local apontado, onde encontraram Cleibson Rosa Santos e o ora acusado. Procedida à abordagem, durante a

revista, somente foi apreendido com o réu, no bolso da bermuda dele, 08 trouxinhas de maconha, 02 pinos de cocaína e 21 trouxinhas de cocaína, para comercialização, bem como 66 eppendorfs vazios e a quantia de R\$ 25,05 reais” (grifos nossos). Insatisfeita, Apelou a Defesa (folha 163 e razões às folhas 164/169, Bel. Pablo Otto Mendes de Santana, em 20.02.2021 – ID. 168598206) pugnando pela absolvição (fragilidade probatória) e/ou desclassificação (mero usuário – artigo 28); diminuição do castigo (aplicação do § 4º, do artigo 33); isenção de custas e apelo em liberdade. Em Contrarrazões Recursais (folhas 199/207, Bel. Pedro Costa Safira Andrade, em 30.03.2021, ID. 168598212) buscou o Parquet rechaçar o Apelo Defensivo, pugnando pelo total improvimento do recurso. Instada a se pronunciar, a douta Procuradoria de Justiça, através da Procuradora de Justiça, Bela. Marilene Pereira Mota (Parecer – ID. 24617513 – em 13.12.2021), manifestou-se pelo improvimento do recurso. Submetido a julgamento no dia 18.04.2022 (certidão de julgamento 27460300), negou-se provimento ao apelo, por unanimidade, recorrendo a defesa técnica, conforme oposição do Recurso Especial (id. 27616211), vindo o Parquet a contraindiciar o recurso, protestando pelo seu não conhecimento e em caso de conhecimento, pelo total improvimento (id. 28476915). Em decisão, a douta 2ª Vice-Presidente, Desembargadora Márcia Borges Faria, no id. 33837831, suscitando divergência do presente julgado ao entendimento firmado pelo E. STJ em precedente obrigatório (REsp nº 1977027/PR e 1977180/PR – Tema 1139 – 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.), determinou o retorno dos autos, a essa Relatoria para que a 2ª Turma exercesse o juízo de retratação a amoldar-se ao sobredito tema. Assim, trago os presentes autos ao reexame da 2ª Turma, do quanto, outrora, decidido, é o relatório: VOTO Como dito, Gil Hélio Tavares Silva foi Denunciado pelo Órgão de Execução Ministerial junto ao Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Alagoinhas-BA e após regular instrução, condenado como incurso nas iras do artigo 33, caput, da Lei Antitóxicos (Lei nº 11.343/2006) pesando-lhe a reprimenda de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso (Sentença de folhas 141/153/ID. 168598196 – em 10.02.2021, Bela. Ana Queila Loula), em razão de “dia 17/06/2016, por volta de 15h00min, policiais militares receberam informação de que dois indivíduos estariam promovendo o tráfico de drogas na Central de Abastecimento de Alagoinhas, próximo ao setor das barracas de beiju. A guarnição se dirigiu até o local apontado, onde encontraram Cleibson Rosa Santos e o ora acusado. Procedida à abordagem, durante a revista, somente foi apreendido com o réu, no bolso da bermuda dele, 08 trouxinhas de maconha, 02 pinos de cocaína e 21 trouxinhas de cocaína, para comercialização, bem como 66 eppendorfs vazios e a quantia de R\$ 25,05 reais” (grifos nossos). Meritum Causae: Absolvição/desclassificação – mero usuário (fragilidade probatória); diminuição do castigo (aplicação do § 4º, do artigo 33); apelo em liberdade e isenção de custas: A primeira tese a ser enfrentada é a da absolvição, sendo necessário rechaçá-la, de logo. A materialidade é robusta, bastante a verificação do quanto trazido no Laudo Pericial de folhas 50/51 (definitivo – 2020 01 PC 005446-01) e Inquérito Policial nº 130/2020, positivado para maconha e cocaína, substâncias de uso proscrito no Brasil e constante da lista F-1 da Portaria 344/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde. Por sua vez, a autoria é indiscutível, dès que restou provada que as substâncias apreendidas (08

trouxinhas de maconha, 02 pinos de cocaína e 21 trouxinhas de cocaína) eram para fins mercantis, sendo preso, o Recorrente, em flagrante delito, momento em que, ouvido em sede inquisitorial, confessou que “a única coisa que tem para falar é que esta droga estava em seu bolso e é exclusivamente sua e não aceita explicar porque estava com essa droga no local”, bastante é verificar o interrogatório dele às folhas 19/20, do IP nº 130/2020. Já em juízo, acrescenta a sua confissão, o destino da droga, vejamos: “que não vendeu a droga; que havia comprado a droga; que comprou por R\$ 800,00 (oitocentos reais); que teria R\$300,00 (trezentos reais) de lucro; que não tinha vendido a droga ainda; que foi abordado assim que chegou na Central de Abastecimento; que Cleidson é um conhecido do réu; GIL HÉLIO TAVARES SILVA, fls. 130: “que assim que se encontraram foram abordados pelos policiais; que Cleidson não estava envolvido em venda de drogas; que a quantia em dinheiro que foi encontrada do réu foi dada a ele por sua genitora; que confirma a propriedade das oito trouxinhas de maconha e dois pinos eppendorf contendo cocaína”. Acrescenta-se que com o Recorrente foram apreendidos 66 eppendorfs vazios e a quantia de R\$ 25,05 reais, elementos a convencer esse julgador que o Apelante encontrava-se em plena atividade mercantil ilícita, sendo, portanto, acertada sua condenação nas iras do artigo 33, da Lei Antitóxicos. Nunca é demais esclarecer as adequações fáticas ao tipo em testilha, fundamentados pela doura a quo: Interpretação realizada no artigo 33, da Lei nº 11.343/2006 conduz ao entendimento de que não é necessário ser o agente efetivamente encontrado praticando atos de mercancia de drogas, bastando, para configurar o crime de tráfico, a subsunção da conduta a quaisquer dos verbos descritos no tipo penal. Trata-se de tipo penal tido como alternativo porque embora preveja diversas condutas como formas de um mesmo crime, só é aplicável uma vez quando no mesmo contexto fático, resultando na unidade de crime. Dispensa-se, inclusive, a finalidade lucrativa já que admitida a difusão ilícita de entorpecente a título gratuito. Assim, é prescindível a visualização direta e ocular da comercialização de droga, a condução de usuários e apreensão de dinheiro ou demais apetrechos relacionados. Logo, analisados os suso critérios em confronto com as evidências arregimentadas na fase preliminar da persecução penal e as provas colhidas ao longo da instrução, é possível reconhecer que o réu se insere na conduta típica “oferecer, entregar ao consumo, guardar, trazer consigo drogas”, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. (sentença de folhas 141/153). Por outra vertente, considera-se, ainda, se não bastante, o quanto narrado através dos testemunhos milicianos, para esclarecer e apontar o recorrente como o autor do crime, aqui em apuração, ex vi: “que participou da diligência dos fatos narrados na denúncia; que receberam uma denuncia anônima; que a central de abastecimento é um local conhecido pela comercialização de entorpecentes; que um dos comerciantes da central de abastecimento fez a denúncia de que estaria ocorrendo a venda de drogas no momento; que o comerciante disse as características, vestimentas e que estariam duas pessoas juntas com bicicletas; que, salvo engano, um dos indivíduos abordados é o réu apresentado em tela do sistema audiovisual; que foi encontrada droga com os indivíduos abordados; que se recorda das drogas apreendidas serem maconhas em formas de trouxinha e pinos de cocaína; que alguns dos pinos estavam vazios; que não se recorda a quantidade de droga; que foi encontrado dinheiro, mas não se recorda a quantidade; que não se recorda se o réu assumiu propriedade da droga ao serem abordados na central de abastecimento, porém, um deles assumiu a

propriedade da droga em sede de Delegacia; que deduz que houve algum acordo entre os indivíduos durante o transporte; que não presenciou o acordo (SGT/PM Flávio Oliveira Mota, fls. 128) – grifos nossos. "que participou da diligência que resultou na prisão do réu Gil Hélio; que estava de ronda com os outros guardas quando receberam uma denúncia anônima; que a denúncia informou que iria ocorrer uma venda de drogas dentro da central de abastecimento; que foi encontrada droga no bolso do réu; que lembra[1]se que tinha maconha, porém não se recorda de outras drogas; que, salvo engano, havia uma quantia de dinheiro; que a droga foi encontrada com Gil Hélio; que a denúncia anônima passou características físicas e descreveu vestimentas; que as informações da denúncia anônima batiam com as características de Gil; que não houve resistência no momento da abordagem de Gil; que Gil tentou disfarçar e sair andando, mas não ofereceu resistência" (CB/PM Adenilton Correia da Silva, fls. 129). Nesta toada, não se pode acatar qualquer tese de que o testemunho policial é inservível, ao contrário, é totalmente, como dito, harmônico com a robustez dos autos. A Jurisprudência é farta nesse sentido: Os depoimentos dos Policiais são valorados como quaisquer outros e dotados do mesmo poder de convencimento, estando de há muito superada a corrente jurisprudencial que entendia serem tais depoimentos suspeitos pela natureza das funções exercidas por tão nobre funcionário público (TACRSP – RJTACRIM 46/282); A simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita (STF, RTJ 68/64 e 168/199). Assim, como já foi decidido, é "inaceitável a preconceituosa alegação de que o depoimento de policial deve ser sempre recebido com reservas, porque parcial. O policial não está legalmente impedido de depor e o valor do depoimento prestado não pode ser sumariamente desprezado. Como todo e qualquer testemunho, deve ser avaliado no contexto de um exame global do quadro probatório (TACRIM-SP, RT 530/372). Repita-se, nunca se deve afastar entendimento de que o crime capitulado no artigo 33, da Lei 11343/2006, se consuma com a simples prática de quaisquer das condutas elencadas no mencionado artigo, como, por exemplo, estar na posse, para fins de mercancia. Merece transcrição o quanto afirmado pelos presentantes do Ministério Público, nas duas instâncias: "Destarte, para a condenação de um traficante não se faz necessário que o policial ou qualquer outra pessoa o flagrem no exato momento em que esteja comercializando a droga, o que é extremamente difícil de ocorrer na prática" (folha 205/ID. 168598212). "Assim, comprovado o crime de tráfico de drogas, inviável o acolhimento do pleito desclassificatório apresentado pela Defesa, mantendo-se a sentença condenatória, nos termos do art. 33, caput, da Lei 11.343/06" (Parecer Ministerial – id. 24617513, em 13.12.2021). Finalizou a Julgadora precedente: Dessa forma, a natureza, a quantidade e variedade de substâncias proscritas, o local e as condições em que o denunciado foi encontrado, fornecendo, trazendo consigo e guardando para distribuição clandestina, somadas à assunção de responsabilidade, prova oral produzida e laudo toxicológico, constituem-se em provas da traficância – grifos nossos. Penso, portanto, que a tese da absolvição é divorciada do probatório dos autos e assim merece ser debelada, mantendo-se, neste particular, o decisum primevo, porque acertado, não se podendo sequer pensar em uma desclassificação porque tanto em seu interrogatório em sede administrativa, quanto em juízo não há registro de que o suplicante seja usuário de drogas, inclusive inexistindo qualquer pedido defensivo de realização de exame toxicológico no início e/ou durante a instrução

criminal, vindo a fazê-lo de forma flagrante extemporânea, a causar imediato reproche por esse julgador, ademais, mesmo que assim fosse, tal condição de mero usuário, não o eximiria da conduta marginal de mercenciar drogas, como já visto. Portanto, repilo as teses da absolvição e

desclassificação trazidas pela Defesa em seu arrazoado de folhas 164/169/168598206. Dosimetria: Da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei Antitóxicos, isenção de custas e Apelo em Liberdade: Em julgado outrora (em 18.04.22), entendi da seguinte forma sendo acompanhado por meus pares, à unanimidade, inclusive, citando julgados do próprio STJ, vejamos: “De outro giro, verifica-se que o castigo restou em grau mínimo (pena-base – 05 anos de reclusão), ainda, incabível a aplicação da causa redutora da sanção prevista no artigo 33, § 4º, da Lei Antidrogas, porque em harmonia com o normativo legal, resta provado que o Apelante conta em seu desfavor com uma ação penal nº 506348-23.2018.805.0004, porque acusado de praticar crime de roubo majorado, em tais circunstâncias (análise do caso em tela), prudente é a não aplicação de tal minorante (§ 4º), em face da dedicação do recorrente ao crime, bastante é verificar os fundamentos tracejados: “Tendo em vista as condições objetivas e subjetivas estabelecidas no parágrafo 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, verifica-se que o sentenciado não faz jus ao reconhecimento desta causa de diminuição da pena, a qual tem por objetivo privilegiar o indivíduo,” ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização” (REsp 1329088), pois, conforme ponderado pela Promotoria de Justiça, e confirmado pelo próprio réu em inquisição em Delegacia, e a certidão do SAJ de fls. 42, GIL HÉLIO responde a outra ação penal por roubo majorado, perante este Juízo. O que revela não se tratar o envolvimento com a movimentação clandestina de estupefacientes de vivência delitiva isolada, ou seja, elemento concreto, juntamente à variedade e quantidade de entorpecentes, para não aplicar o redutor.” (grifos nossos). Nesse sentido, mutatis mutandis, julgou o Tribunal da Cidadania: “Embora a primariedade e os bons antecedentes exijam sentença condenatória com trânsito em julgado, a aferição da dedicação à atividade criminosa pode ser extraída pelo julgador a partir de outros elementos de prova constantes dos autos (AgRg no AREsp 101.913/CE, 5ª Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 15/02/2013), – No caso, o fato de a paciente responder a outro processo pelo crime de apropriação indébita, à época da sentença, e de ter sido identificada como autora de crime de roubo, inclusive, no dia dos fatos que deram origem a presente ação penal, revelam sua reiterada conduta delitiva, impedindo a aplicação da benesse legal prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006...” (HC 214.220/RS, Rel. Ministra Marilza Maynard – Desembargadora Convocada do TJ/SE – 5ª Turma, J. 11/04/2013, DJe 19.04.2013). “A existência de inquéritos e ações penais em andamento, embora não maculem os antecedentes criminais do acusado, por expressa disposição da Súmula 444, do STJ, constitui circunstância apta a evidenciar a dedicação a atividades criminosas...” (AgRg no AREsp 1570313 SP 2019/0256091-4, Relator Ministro Nefi Cordeiro, data de Julgamento 18.02.2020, T6, Sexta Turma, data de Publicação – DJe. em 27.02.2020, grifos nossos). Entretanto, em face, da multicitada decisão oriunda da 2ª Vice-Presidência do PJBA em que remeteu a esse Relator os autos para que a 2ª Turma pudesse exercer o juízo de retratação no tocante á aplicabilidade do § 4º, do artigo 33, da Lei Antitóxicos, em seguimento ao tema 1139 – 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.), decido: Portanto, ao que se tem da orientação firmada no Tribunal da Cidadania (STJ), que veda 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, revejo meu entendimento e aplico a causa de diminuição na sua expressão maior de 2/3 (dois terços) para tornar o castigo definitivo para Gil Hélio Tavares Silva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis dias multa), possibilitando, ainda, ao apenado a substituição da sanção por restritivas de direitos, dès que o recorrente faz jus a tal benefício (réu tecnicamente primário, reconhecido, inclusive em sede de Sentença, tal condição – id. 168598196), a ser observado junto ao Juízo da Vara de Execuções Penais e Penas Alternativas, aliás, como vem reiteradamente os Tribunais Superiores: Penal e Processo Penal. Tóxicos. Substituição da Pena. No tocante à impossibilidade teórica da substituição requerida, registrou-se a jurisprudência do STF no sentido de não haver empecilho à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em crime de tráfico de entorpecentes cometidos antes da vigência da Lei 11.343/2006, desde que presentes os requisitos do art. 44 do CP. (Informativo nº 539 do STF – HC 96112/RS, Rel. orig. Min. Ellen Gracie, Rel. p/ o Acórdão, Min. Cezar Peluso, 17.3.2009; Tráfico de drogas e redução do § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006. Penal. Substituição. Pena. Em fato anterior à vigência da Lei n. 11.343/2006, uma vez atendidos os requisitos dispostos no art. 44 do CP, é possível a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direito, mesmo em crime de tráfico de entorpecentes, já que o STF julgou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990 (Lei dos Crimes Hediondos), devendo o juízo das execuções criminais promover a execução daquelas (art. 147 e segs. da Lei n. 7.210/1984). Precedentes citados do STF: CC 84.715-SP, DJ 29/6/2007; do STJ: HC 66.722-MS, DJ 19/3/2007; HC 67.481-DF, DJ 26/3/2007, e HC 97.933-RJ, DJ 25/4/2008. (HC 83.254-RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, julgado em 03/6/2008 – Informativo nº 358 do STJ). Por derradeiro, observando tais alterações, por lógica, deve o recorrente ser posto em liberdade (qualificação contida no id. 168598107), salvo se por AL deva o mesmo continuar encarcerado, havendo assim, prejudicialidade no pedido de apelo em liberdade. Por fim e ao derradeiro, tem-se que o pedido de isenção de custas, deve ser analisado em sede de execução penal, seguindo orientação também do Tribunal da Cidadania, sendo desnecessária a citação de julgados acerca de tal matéria, repetidamente, decidida nessa 2ª turma. Nesta toada e devidamente fundamentado, em acolhida a determinação oriunda da 2ª Vice-Presidência (id. 33837831, de 31.08.2022 – REsp nº 1977027/PR e 1977180/PR – Tema 1139 – 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), decido pelo conhecimento do recurso e seu provimento parcial. É como penso e decido.