

Tribunal de Justiça do Estado da Bahia Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma Apelação Crime nº 0301357-65.2014.8.05.0250 Origem do Processo: Comarca de Simões Filho Apelante: Jonathan Souza Vieira Defensora Pública: Maya Gelman Amaral Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Alice Alessandra Ataíde Jácome Procuradora de Justiça: Nívea Cristina Pinheiro Leite Relator: Mario Alberto Simões Hirs APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI 11.343/2006). MATERIALIDADE E AUTORIA INDUVÍDUAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO NÃO RECONHECIDO. RÉU QUE OSTENTA OUTRA AÇÃO PENAL QUE APURA DELITO DE MESMA NATUREZA. PROVA ORAL PRODUZIDA NOS AUTOS APONTANDO SEU ENVOLVIMENTO COM O COMÉRCIO DE ILÍCITOS NO LOCAL EM QUE FOI PRESO, RESTANDO EVIDENCIADA SUA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação 0301357-65.2014.8.05.0250, em que são partes as acima citadas. Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em negar provimento ao apelo, nos termos do voto do relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Improcedente Por Unanimidade Salvador, 10 de Março de 2022. RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação, interposto pelo réu Jonathan Souza Vieira, tendo em vista sua irresignação com o conteúdo da sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal e Infância e Juventude da Comarca de Simões Filho nos autos da Ação Penal nº 0301357-65.2014.8.05.0250, que julgou procedente a Denúncia proposta pelo Ministério Público, condenando-o pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006. A fim de evitar desnecessária tautologia, adoto o relatório da sentença de fls. 171/183, in verbis: [...] O Ministério Público do Estado da Bahia, por seu representante neste Juízo, lastreado em Inquérito Policial, ofereceu Denúncia em desfavor de Jonathan Souza Vieira, como incurso nas reprimendas do art. 33 da Lei 11.343/2006, demonstrando o seguinte quadro fático: Narra a peça acusatória que no dia 12 de maio de 2014, por volta das 11h, nas imediações do bairro Big Áurea, neste município, o ora Denunciado foi flagrado levando consigo, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 104 (cento e quatro) trouxinhas de maconha e 37 (trinta e sete) pedras de crack. Relata que o Denunciado tentou desvencilhar-se das drogas quando percebeu a iminência da abordagem policial que ocorria naquela localidade, com outros indivíduos que ali se encontravam, sendo imediatamente reprimido e revistado pelos prepostos da Polícia Militar. Aduziu ainda o Parquet, que o laudo de constatação incluso (fls. 21) confirma a natureza entorpecente das substâncias apreendidas em poder do Denunciado. Auto de Prisão em Flagrante às fls. 03. Auto de Exibição e Apreensão às fls. 16. Fora juntada Folha de Antecedentes Criminais (FAC) atualizada do Acusado às fls. 164/167, bem como informações (de fls. 168/169) junto ao Banco Nacional de Mandado de Prisão (BNMP), de que não consta nenhum Mandado de Prisão ou de Internação pendentes de cumprimento para Jonathan Souza Vieira. Determinada a notificação do Denunciado, às fls. 31, para apresentar Defesa Prévia. O Acusado fora devidamente notificado, apresentando sua Defesa Preliminar (fls. 32/33), deixando de opor qualquer consideração concernente ao mérito. Às fls. 135, foi colacionado aos autos, também, o Laudo Pericial Definitivo de Constatação das substâncias apreendidas. A Denúncia fora recebida no dia 24/09/2014, às fls. 35, determinando a designação da audiência de instrução para o dia 06/11/2014, sendo redesignada para o dia

17/02/2016 (fls. 69), depois para o dia 30/03/2016 (fls. 119). Durante a instrução criminal, duas testemunhas arroladas pela acusação e uma testemunha de defesa foram ouvidas e, em seguida, o Acusado fora qualificado e interrogado, através do sistema de gravação em áudio e vídeo, estando todos os depoimentos gravados na mídia acostada aos autos às fls. 119, momento em que foi dada por encerrada a instrução processual, abrindo-se prazo para Alegações Finais. Em Alegações Finais, o Ministério Público pugnou pela condenação do Réu nas penas do art. 33, caput da Lei 11.343/2006, por restar comprovada a autoria e a materialidade delitiva (fls. 138/141). A Defesa, por sua vez, em sede de Alegações Finais (fls. 145/155), pugnou pela absolvição do Denunciado do delito que lhe é imputado, em face da constatação da insuficiência de provas; que fosse reconhecida a atipicidade relativa da conduta, desclassificando juridicamente o comportamento imputado ao Denunciado para o delitotipificado no art. 28 da Lei de Drogas; que fosse aplicada a pena mínima cominada ao delito imputado; pela aplicação do art. 33, § 4º da Lei nº. 11.343/2006, reduzindo-se a pena em dois terços; que fosse a pena privativa de liberdade substituída por uma sanção restritiva de direitos, conforme dispositivo do art. 44 do Código Penal; que fosse reconhecida e aplicada a circunstância atenuante genérica prevista no art. 65, inciso I do CP, tendo em vista que nasceu no dia 08/02/1996, contando com idade inferior a vinte e um anos data do crime (12/05/2014); e, pelo direito de interpor eventual recurso em liberdade, vez que inexistente qualquer fundamento apto à decretação da custódia cautelar do Denunciado, à luz do que dispõe o art. 312 do Código de Processo Penal. Nesse contexto, vieram-me os autos conclusos para julgamento... Concluída a instrução, foi prolatada a Sentença Condenatória em desfavor do recorrente, julgando procedente a Denúncia, impondo-lhe pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 70 (setenta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato, sanção penal decorrente dos crimes previstos no art. 33 da Lei nº 11.343/06. Inconformada com a condenação, a Defesa interpôs o presente Recurso de Apelação (fl. 191). Em suas razões recursais, requereu o reconhecimento do tráfico privilegiado e consequente aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, adotando-se a fração de dois terços (fls. 194/199). Réu devidamente intimado acerca da Sentença (fls. 245/246). Decisão que recebeu a apelação interposta (fl. 132). Em sede de Contrarrazões, o Ministério Público refutou as alegações defensivas e pugnou pela manutenção da Sentença em todos seus termos (fls. 203/211). Instada a se pronunciar, a douta Procuradoria de Justiça, através da ilustre Procuradora, Nivea Cristina Pinheiro Leite, em seu Parecer, posicionou-se pelo conhecimento e improvemento da Apelação, opinando pela manutenção da Sentença em todos os seus termos. É relatório.

VOTO Presentes os pressupostos recursais objetivos (previsão legal, adequação, regularidade, tempestividade, inexistência de fato impeditivo ou extintivo de direito de recorrer) e subjetivos (interesse e legitimidade), nada obsta que seja conhecido o recurso interposto. Exsurge dos autos a imputação do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/2006), contra o réu Jonathan Souza Vieira, julgada procedente, impondo-lhe pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 70 (setenta) dias-multa. Consta na exordial acusatória que em 12/05/2014, por volta das 11hs00min, nas imediações do bairro Big Áurea, localizado na Comarca de Simões Filho, o réu Jonathan Souza Vieira foi preso em posse de 104 (cento

e quatro) trouxinhas de maconha e 37 (trinta e sete) pedras de crack. Foi noticiado pelo Parquet que o acusado percebeu a iminência da abordagem policial e tentou dispensar os entorpecentes, mas foi flagrantado pelos agentes. Irresignada com o advento da condenação, a Defesa ofereceu o presente Recurso de Apelação. Em suas razões recursais, requereu o reconhecimento do tráfico privilegiado e consequente aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, adotando-se a fração de 2/3 (dois terços), sob o argumento de que ações penais em andamento não podem obstar a concessão de tal benesse. Inicialmente, com relação a materialidade delitiva, muito embora não seja objeto de insurgência defensiva, cumpre elucidar que foi devidamente comprovada através do Auto de Prisão em Flagrante (fl. 02 e ss) e Auto de Exibição e Apreensão (fl. 10). Destaca-se ainda o Laudo de Constatação no qual aponta que a pesagem dos entorpecentes corresponde a 206,10g (duzentos e seis gramas e dez centigramas) e 15,12g (quinze gramas e doze centigramas) de crack, sendo a natureza ilícita ratificada pelo Laudo Definitivo de fl. 135. No tocante a autoria delitiva, ao analisar o teor probatório dos autos, constata-se que efetivamente existem provas suficientes para imposição da condenação ao acusado pelo crime de tráfico de drogas, tendo em vista que os depoimentos das testemunhas, colhidos nas fases investigativa e judicial, apresentam-se aptos para sustentar a condenação nos moldes do édito condenatório. Registra-se que os policiais militares Jonas Santos de Souza e Anderson Queiroz Brito, em juízo (mídia audiovisual – fls. 175/176) foram seguros ao descreverem as circunstâncias da prisão do acusado, deixando suficientemente esclarecido que o réu efetivamente foi preso na posse dos entorpecentes, embora tenha tentado desfazer-se, ao perceber que seria abordado. Avançando para análise do pleito defensivo, mais especificamente o reconhecimento do tráfico privilegiado e consequente aplicação da causa de diminuição prevista art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em que pese os argumentos expostos pela Defesa, não merece acolhimento. Ao afastar a mencionada causa de diminuição, o juízo sentenciante acertadamente consignou: “[...] Muito embora o Acusado tenha negado a autoria do delito, encontram-se presentes nos autos documentos com indícios de que o Réu se dedica à atividade criminosa, no qual responde a outro processo na 1ª Vara Criminal desta Comarca de Simões Filho/BA, sob o nº 0500761-63.2015.8.0250 (Classe: Procedimento Especial da Lei Antitóxicos), consoante se vê nas informações constantes da certidão de fls. 170. Inegável que a ação imputada ao Denunciado revela alto grau de periculosidade, exigindo rigor na sua apuração, trazendo sério risco à ordem pública. O volume de droga apreendida e o modo de armazenamento induzem a confirmar a traficância. [...] Ademais, em referência a benesse do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tenho a dizer que em conformidade com julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06[...]. No tocante a causa de diminuição prevista na Lei nº 11.343/06, art. 33, § 4º, cumpre salientar que a criação dessa minorante (conhecida como “tráfico privilegiado”) encontra raízes em questões de política criminal que buscam favorecer a rápida ressocialização do pequeno traficante que ainda não se acha envolvido de modo mais profundo com o mundo delitivo (DE LIMA, Renato Brasileiro. Legislação Criminal Especial Comentada (Volume Único). 8. ed. rev., atual. e ampl. Juspodvum, 2020, p. 1.069). No caso dos autos, o réu

foi preso em local de alta incidência de tráfico de drogas, sendo apreendido consigo considerável quantidade de entorpecentes, 104 (cento e quatro) trouxinhas de maconha e 37 (trinta e sete) “pedrinhas” de crack, todos embalados e aptos para comercialização, evidenciando a dedicação do acusado ao crime. Ressalta-se ainda que os agentes policiais, em juízo, foram firmes apontando a existência de denúncias de tráfico de drogas naquela localidade, praticado pelo acusado, inclusive ele foi novamente preso, acusado de tráfico de drogas em ocorrência posterior aos fatos em análise, quando estava em gozo de liberdade provisória. O Policial Militar, Jonas Santos de Souza, ao ser ouvido em juízo (mídia audiovisual – fls. 175/176), declarou: “[...] que se recorda da diligência (...), que estavam de serviço no dia citado, que quando houve uma denúncia que na localidade das proximidades do campo do Loteamento Big Áurea estava havendo tráfico de drogas, que deslocando para o local juntamente como Soldado Brito, que constatarem a presença do Acusado que ao ver a guarnição tentou jogar no chão um saco (...), que depois eles viram que o saco continha maconha dividido em tablete para venda, que o saco estava com o Denunciado, que viram a hora que o Acusado tentou dispensar, que ficou próximo do Denunciado, que jogou próximo do Acusado, que estava em cima, que quando eles chegaram já chegou em cima do Denunciado, que era um saco contendo maconha dividido em tablets para venda, que pequenos tablets para venda, que pequenas porções, que se recorde só tinha maconha sim, que não se recorda se tinha outra droga, que maconha tem certeza, que não lembra a quantidade, que era uma quantidade considerável com certeza, que era umas trinta a quarenta nessa faixa, que na verdade eles encontraram a droga com o Acusado, que não se lembra se fez essa pergunta, que como eles viram que o Denunciado jogou no chão, que não se recorda o quê que o Acusado falou (...), que pra tráfico, que tinham pessoas ao redor, que moradores do local, que com o Denunciado exatamente não se recorda, que se lembra que eles apresentaram um celular, que dinheiro não se recorda porque já tem um tempo, que inclusive eles já prenderam o Acusado depois desse fato por tráfico também, que dinheiro não se recorda mas sabe que com certeza tinha um celular, que não conhecia o Denunciado de outras diligências, que essa foi a primeira ocorrência, que posteriormente houve outra ocorrência com o Acusado, que já ouviu falar por nome porque eles trabalham com disque denúncia, que não conhecia a pessoa mas o nome e as características já existiam nos seus registros de dados, que já existiam denúncias envolvendo o Denunciado da prática de tráfico (...), que lá tem locais específicos, que a partir do momento que a polícia faz uma prisão eles param de vender naquele local e migram para outro ponto, que depois que eles fizeram essa prisão com o Acusado que eles passaram pra outro ponto do Big Áurea mas continuam no bairro tendo o consumo e o tráfico de drogas [...]” No mesmo sentido, o Policial Militar, Anderson Queiroz Brito, em juízo (mídia audiovisual – fls. 176/177), relatou: “[...] que se recorda da diligência (...), que lembra que estavam de serviço, que aí receberam uma denúncia anônima que na localidade haveria elementos traficando no local, que sendo que lá já é um bairro contumaz nessa prática de ocorrência, que constantemente tem esse tipo de ocorrência lá, que aí foram fazer a ronda no local, que chegando lá avistaram o Acusado saindo do fundo de um terreno baldio, que do fundo de uma casa onde tinha um terreno baldio, que o Denunciado estava saindo em posse de um saco na mão, que quando o Acusado visualizou a guarnição que tentou disfarçar largando o saco no chão e continuando andando, que eles tiveram a suspeição devido a esse ato do Denunciado, que ele viu na hora

que o Acusado largou o saco e continuou andando normalmente como se nada tivesse acontecido, que os chamaram atenção esse ato do Denunciado, que eles procederam com a abordagem do Acusado, que foram verificar o saco, que constataram que no saco tinha substâncias entorpecentes, que lembra que o tipo da droga predominava maconha, que não lembra os outros tipos que tinha e se tinha outros tipos, que lembra que o que predominava no saco era maconha, que não lembra a quantidade mas que foi quantidade suficiente para o Denunciado ser autuado em flagrante, que crer que tinha pedras de crack sim, que tinha outras substâncias que ele não sabe dizer, que se tinha só crack ou só cocaína, que o que predominava era maconha, que o Acusado não teve o que negar na época (...), que não lembra qual foi o argumento do Denunciado não, que a droga tava embalada individualmente pronta pra venda, que nesse dia foi a primeira vez que eles tiveram ocorrência envolvendo o Acusado, que após essa prisão eles já prenderam o Denunciado novamente pelo mesmo crime, que por tráfico também e posse de munições de arma de fogo, que após essa prisão, que já em outra ocorrência, que inclusive já teve até audiência [...]” Ademais, importante ressaltar que além do contexto delitivo evidenciar a dedicação ao crime, importante frisar que o réu também responde ao processo criminal nº 0500761-63.2015.8.0250, que apura o crime de tráfico de drogas, já condenado em primeira instância, sendo imposta a sanção de 03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 532 dias-multa, em regime aberto. Portanto, embora a citada ação penal não possua o condão de configurar reincidência ou maus antecedentes, efetivamente impossibilita o reconhecimento do tráfico privilegiado, considerando que é indicativo contundente de dedicação às atividades criminosas. Ressalta-se ainda que a inaplicabilidade da referida benesse legal não se encontra exclusivamente baseada na existência de outra ação penal. Em verdade, tal rejeição também foi devidamente amparada na prova oral dos autos, uma vez que restou demonstrado que o réu exercia habitualmente o tráfico de drogas na região em que foi preso, sendo notoriamente reconhecido pelos policiais, conforme pôde ser apurado nos depoimentos prestados pelas testemunhas arroladas pela acusação. Soma-se ainda que naquela ocasião o acusado carregava – 104 (cento e quatro) trouxinhas de maconha e 37 (trinta e sete) “pedrinhas” de crack –, quantidade e forma de acondicionamento que também indica sua evidente dedicação ao comércio de ilícitos. Em consonância com o entendimento exposto, oportuno trazer recentes julgados do Superior Tribunal de Justiça: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO. (...) III – O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. IV – Na espécie, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, pois o agravante

responde a outras duas ações penais por tráfico de drogas, além do presente feito, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que o paciente se dedicava às atividades criminosas. V – É possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedicava às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, nos termos do voto já consignado na Terceira Seção, no julgamento do EResp N. 1.431.091/SP de Relatoria do Ministro Felix Fischer. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 668.023/RS, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 03/11/2021) PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO DO AGENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. AÇÕES PENAIS EM CURSO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. – A incidência da minorante prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. – A Terceira Seção, no julgamento do EResp n. 1.413.091/SP, da relatoria do Ministro Félix Fischer, assentou o entendimento de que é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou de ações penais em curso para a formação da convicção de que o réu se dedica às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. – A Corte local formou o seu convencimento a partir do acervo fático-probatório, a denotar que o tráfico operado não se dava de forma eventual, mas, sim, com habitualidade, ou seja, que o agravante se dedicava a atividades criminosas. Com efeito, a forma como se deu a prisão em flagrante (precedida de investigação pela prática de outro delito que resultou em mandado judicial de busca e apreensão domiciliar), a quantidade e a forma de acomodação do material entorpecente apreendido e o fato de o agravante responder a outras ações penais sugerem a sua dedicação às atividades criminosas, impedindo a aplicação do benefício. Entendimento em sentido contrário demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus. – Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 684.376/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 20/08/2021) Em conclusão, exaurida a análise das questões invocadas pela Defesa, CONHEÇO o Recurso de Apelação e julgo IMPROVIDO, nos termos do Voto. Sala das Sessões, data registrada na certidão de julgamento.

Presidente

Relator

Procurador (a) de Justiça