

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0704995-65.2021.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE:

Advogado (s): , ,

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

ACORDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. LEI Nº 11.343/2006, DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELANTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006, TENDO-LHE SIDO NEGADO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE.

RAZÕES RECURSAIS:

1. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS APTAS PARA A CONDENAÇÃO. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. IMPOSSIBILIDADE. PROVAS ROBUSTAS COLHIDAS NO IN FOLIO A LEGITIMAR A CONDENAÇÃO DO APELANTE. IMPORTÂNCIA DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS AGENTES PÚBLICOS. PRECEDENTES.

2. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, PARA AQUELE DISPOSTO NO ARTIGO 28, DA LEI Nº 11.343/2006(USO). IMPROVIMENTO. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS QUE COMPROVEM SER O APELANTE USUÁRIO DE DROGA, O QUAL FOI FLAGRANTEADO COM 116(CENTO E DEZESSEIS) PEDRAS DE CRACK. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE DEMONSTRA A PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006.

3. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA REFERIDA LEI. ACOLHIMENTO EM PARTE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL RELATIVA À QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS ACERTADAMENTE DESVALORADA. APELANTE QUE FAZ JUS À SUPRACITADA CAUSA DE DIMINUIÇÃO EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE AÇÕES PENAIIS EM CURSO, PENDENTES DE DEFINITIVIDADE. RECURSO REPETITIVO STJ. TEMA 1139. SUBSTITUIÇÃO, DE OFÍCIO, DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE IMPOSTA, POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS.

PLEITO RELATIVO AO DIREITO DE O APELANTE RECORRER EM LIBERDADE, RESTA PREJUDICADO.

4. DISPENSA PAGAMENTO DA PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. SANÇÃO IMPOSTA PELO LEGISLADOR. IMPOSSIBILIDADE DE SUPRESSÃO.

5. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA QUE DEVE SER ANALISADA PERANTE O JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIIS. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, PARCIALMENTE PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº. 0704995-65.2021.8.05.0001, oriundos da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador, onde figura como Apelante , e como Apelado, o Ministério Público Estadual.

Acordam os Desembargadores componentes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER PARCIALMENTE DO APELO, PARA, NESTA EXTENSÃO, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO MESMO, de acordo com o voto do Relator.

Sala das Sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato).

Des.

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma

Relator

11

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Provido em parte. Unânime.

Salvador, 3 de Novembro de 2022.

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0704995-65.2021.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE:

Advogado (s): , ,

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

## RELATÓRIO

Cuida-se de apelação interposta por contra a r. sentença proferida pela M.M. Juíza de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador. Narrou o Ilustre Representante do Parquet, em sua preambular acusatória acostada aos presentes autos:

" (...) 2. Noticiam os autos que, no dia 05.06.21, por volta das 18:30h., na rua Domingos Rabelo, Ribeira, nesta, local de intenso tráfico de drogas, policiais, durante ronda, após informados por populares que estaria havendo narcotraficância no interior de uma barbearia local, identificando ali o Denunciado, sendo alcançado, abordado e revistado, encontrando com o Denunciado , num saco plástico, cocaína/crack, dinheiro e pertences, cujas reportadas diligências policiais levaram à comprovação de ilicitude criminal praticada pelo denunciado, notadamente na forma "trazer consigo" [do (s) art (s). 33, da Lei 11.343/06] em razão dos atos concernentes à comercialização de drogas proscritas (Portaria 344/98, do Ministério da Saúde/ANVISA).

3. Estava (m) em poder de RUBENS 116 (cento e dezesseis) pedras de crack/cocaína, relógio, chaveiro e a quantia de R\$ 22,00 (vinte e dois reais), conforme Auto de Exibição e Apreensão (pg., do IP).

4. As drogas foram alvo de perícia preliminar, confirmando respectivo Laudo de Constatação positivo para cocaína, especificando ainda massa total, em cada, de 21,26g (vinte e um gramas e vinte e seis centigramas)

de pedras de crack/cocaína, distribuídas em 116 (cento e dezesseis) porções, acondicionadas em plástico incolor (pg., do IP).  
(...)

6. O denunciado, quando interrogado, negou os fatos (na forma da doutrinária “confissão qualificada”), estava cortando o cabelo numa barbearia, mas não estava na posse das drogas, sem saber o motivo por tentar incriminá-lo; não possui advogado; é usuário de drogas/maconha; já foi preso várias vezes, quatro delas por tráfico de drogas, além de estar com um veículo com restrição em outra ocasião; não integra facção criminosa, nem sabe qual predomina; não suscitou agressões, acostado (s) do Laudo (s) de Exame de Lesões Corporais (in) conclusivo, desacompanhado de causídico, sendo autuado em flagrante (APF homologado e convertido em preventiva, em 07.06.21, pgs., do APF, distribuído à 2ªVT).

7. As provas coligidas nos autos, portanto, demonstram que o (a/s) Denunciado (a/s) trazia (m) consigo o material apreendido, com inequívoco intuito de mercancia. Há ressaltar que o crime de tráfico de entorpecentes, previsto no art. 33, da Lei 11.343/2006, na (s) modalidade (s) “trazer consigo” substâncias entorpecentes, sem abrigo legal, foi devidamente comprovado.

(...)

Assim procedendo, o Denunciado incorreu nas penas do art. 33, da Lei 11.343/06. (...)” (ID 29161593)

A denúncia foi recebida em 05/07/2021 (ID 29161631).

Ultimada a instrução criminal, o pedido constante da denúncia foi julgado procedente, para condenar o apelante como incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 06 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, bem como pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário fixado no mínimo legal (ID 29161789).

Foi negado o direito de o apelante recorrer em liberdade.

Irresignada, a sua defesa interpôs o presente recurso de apelação (ID 29161820), pleiteando, no mérito, a sua absolvição nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, a) a desclassificação do crime que lhe foi imposto, para a conduta prevista no artigo 28, da Lei nº 11.343/2006; b) aplicação de sua pena-base no mínimo legal; c) aplicação da causa de diminuição de pena, inserta no § 4º, do artigo 33, da supracitada Lei, em seu patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços); d) concessão do direito de o apelante recorrer em liberdade; e, e) dispensa do pagamento das custas e da pena de multa, em face da hipossuficiência do apelante.

Em Contrarrazões, o Órgão Ministerial pugnou pelo improvimento do recurso (ID 29161843).

Distribuídos por sorteio para minha relatoria (ID 29304868), os autos foram encaminhados à douta Procuradoria de Justiça (ID 29330393), que se manifestou pelo conhecimento parcial do apelo, e, nesta extensão, pelo improvimento do recurso, mantendo-se em sua integralidade os termos da sentença guerreada (ID 30116273).

Examinados os autos, elaborei o presente relatório e o submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor, para os devidos fins. É o Relatório.

Salvador, (data registrada no sistema no momento da prática do ato).

Des.

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma

Relator  
11

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0704995-65.2021.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE:

Advogado (s): , ,

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

VOTO

"Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conhece-se da apelação interposta por .  
A materialidade delitiva encontra-se comprovada através do Auto de Exibição e Apreensão (ID 29161594 – Fls. 09) e dos Laudos de Constatação nº 2021 00 LC 018965-01 e Pericial nº 2021 00 LC 018965-02 (ID's 29161594 – Fls. 29, e 29161653).  
Feitos tais esclarecimentos, não havendo preliminar arguida, passa-se, de logo, à análise das teses meritórias.

1. Do descabimento do pleito absolutório

Em síntese, defende a defesa do apelante a inexistência de provas aptas a lastrear a sua condenação, por entender que os fatos ocorrerem como uma

forma de represália após este ter denunciado a atuação de policiais militares contra si à Corregedoria da Polícia Militar e perante o Ministério Público.

Registra que as outras três ações penais registradas em desfavor do referido apelante são provenientes das denúncias supracitadas, sendo que, no que se refere à de nº 0503061-61.2018.8.05.0001, este foi absolvido, enquanto as demais estão em curso, ressaltando que os fatos ali arguídos, assemelham-se àqueles ocorridos no caso em exame.

Requer, pois, a sua absolvição nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, privilegiando, assim, o princípio do in dubio pro reo.

A pretensão defensiva, porém, não merece guarida, pelos motivos a seguir aduzidos.

Inicialmente deve ser registrado que as denúncias feitas pelo apelante junto à Corregedoria da Justiça da Polícia Militar e do Ministério Público não estão sendo objeto de exame no presente recurso.

No que se refere às ações penais tombadas sob os nos.

0532984-98.2019.8.05.0001 e 0510461-58.2020.8.05.0001, que tramitam no Juízo da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador, nas quais o referido apelante foi denunciado pela prática do mesmo crime objeto deste apelo, observa-se que além de ambas se encontrarem na fase de formação da culpa, as mesmas, assim como aquela registrada sob o nº

0503061-61.2018.8.05.0001, não possuem qualquer relação com os fatos em análise, sendo irrelevante as semelhanças por ventura existentes com a ação penal que originou o presente recurso.

Quanto à possibilidade de que a prisão flagrancial do apelante, no caso concreto, tenha sido forjada, necessário se faz o exame das provas colhidas no in folio.

Conforme se depreende da dicção do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, o crime ali tipificado, trata-se de delito de ação múltipla, cuja consumação se dá com a prática de quaisquer dos verbos nele descritos, sendo dispensável, desse modo, a sua finalidade de comercialização.

Nestes termos, o julgado abaixo descrito:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. CONDENAÇÃO. PROVA ACERCA DA TRAFICÂNCIA. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 2. O tráfico ilícito de entorpecentes, crime plurinuclear ou de condutas múltiplas, formal, consuma-se com a prática de qualquer um de seus verbos (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). 3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consuma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, inclusive o depósito, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização. (...) 6. Sendo dispensável a comprovação da destinação comercial da droga e as circunstâncias que ocorreram o delito, fica o acusado condenado pela prática de conduta prevista no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, por manter em depósito 50 pedras de crack, pesando 10, 25g. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp n. 1.992.544/RS, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022.) Grifos do Relator

Dito isso, da análise dos autos digitais originários, verifica-se que os

policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante do apelante, ratificaram, exceto no que se refere à policial, que não foi ouvida na fase inquisitorial, as declarações prestadas na Delegacia, nos seguintes termos:

(ASP PM): "(...) que se recordava do fato em apuração; que a guarnição estava em ronda rotineira na localidade do fato, que possui um histórico de denúncias sobre tráfico de drogas; (...) que no referido dia foi informado por populares a respeito de que tinha um indivíduo praticando tráfico de drogas no interior de uma barbearia; que compareceram a essa barbearia, fizeram a busca pessoal em todos os presentes, e com um indivíduo foi encontrada certa quantidade de drogas no bolso de sua bermuda; que foi a pessoa que se encontra presente que foi preso no dia dos fatos; que o depoente o reconhece; que a droga estava fracionada em pequenos pacotes; que tinha droga e um valor em dinheiro que o depoente não se recorda qual o valor; que no momento o acusado não soube explicar qual a procedência da droga, qual a destinação; que até o momento da condução à delegacia, o acusado permaneceu em silêncio; que trabalha na região há aproximadamente dez meses; que é considerado um local recorrente de tráfico de drogas, por ser perigoso; que no local recorrentemente tem notícias de tráfico de drogas e muitos homicídios no local; que após a prisão, o acusado foi conduzido para a Central de Flagrantes para apresentação, dele e do material; (...) que a denúncia citou características da pessoa que estaria traficando; indivíduo negro, de estatura mediana, sem camisa; que estavam na barbearia, o indivíduo preso, o dono da barbearia, e o depoente se recorda de uma outra pessoa no momento em que os policiais entraram; que o acusado estava sentado em uma das cadeiras da barbearia; que não se recorda se o acusado estava cortando o cabelo ou não, que lembra que estava no interior da barbearia; que a rua em si seria ponto de comercialização de drogas; (...) que o depoente tem ciência de que o acusado já fez várias denúncias contra policiais na Corregedoria, em razão de abordagens falsas, e que ele fez ameaças nas redes sociais a policiais e à Companhia; que tem ciência também que o acusado foi até o Ministério Público em razão de uma denúncia falsa; (...)” (Depoimento colhido em Juízo – Link ID 29161754) Grifos do Relator

dos Santos (SD PM): "(...) que se recorda do fato relatado pela Juíza; que estavam trabalhando um dia à noite, quando receberam um chamado, da CICOM, que populares informavam que tinha um indivíduo fazendo tráfico no interior de uma barbearia, ao lado de uma padaria, na localidade; que quando deslocaram para averiguar a situação, que segundo o informe era um indivíduo que fazia tráfico de drogas, que estava no interior da barbearia, negro, altura mediana; que foram até a localidade e, ao chegar, que encontraram o mesmo no interior da barbearia; que fizeram a busca e encontraram com o acusado, uma certa quantidade de entorpecentes; material análogo a entorpecentes no interior da barbearia; que reconhece o réu que aparece na câmara como a pessoa que ele conduziu; que a droga estava em papелotes, divididos em pequenas quantidades; que não se recorda muito qual era o tipo de droga porque o depoente ficou um pouco na externa da situação, mas o depoente lembra que era dividida em quantidades; que, além da droga, o depoente se recorda que só tinha uma quantidade em dinheiro com o mesmo; (...) que em nenhum momento o acusado falou nada; que ele ficou calado até a condução para a Central de Flagrantes; que o local onde o acusado foi detido, é conhecido como um local um pouco perigoso, local de venda de drogas; que naquela localidade ali como (...), ; (...) que a

localidade onde o acusado foi apreendido com entorpecentes é conhecido como local de tráfico de drogas; (...) que o depoente atua como PM há três anos e meio aproximadamente; (...) que é provável que o barbeiro tenha presenciado a abordagem policial porque o mesmo estava no interior do seu estabelecimento; que não se recorda se o barbeiro presenciou a revista que foi feita no acusado, pois como dito, inicialmente estava fazendo a externa da segurança da guarnição; (...) que não tinha ciência de que o acusado já fez denúncias contra os policiais; que não sabe dizer quem encontrou as drogas com o acusado; (...) que não tem recordação exata de quem encontrou com o acusado os materiais ilícitos; que receberam denúncias de populares, pessoalmente; (...) que a guarnição fazia rondas na localidade e o pessoal informou essa situação; (...)” (Depoimento colhido em Juízo – Link ID 29161754) Grifos do Relator

da Silva (SD PM): “ (...) que participou da prisão do acusado; que recordava ter sido informado ao Aspirante da PM por uma senhora que o réu estava em uma barbearia e que era traficante; que a depoente participou da prisão do acusado; que a substância era maconha e estava no bolso do acusado, salvo engano, ele estava somente com bermuda; que não se recordava a quantidade da substância ilícita encontrada, mas pelo seu acondicionamento em balinhas indicava ser própria para tráfico; que o réu é muito conhecido na região, sendo preso por diversas vezes; que não houve necessidade de uso da força policial; que o dono da barbearia não rejeitou a entrada da guarnição; que havia uma mulher na barbearia, mas não expôs nenhuma rejeição a prisão do réu; que a depoente não efetuou nenhuma outra prisão do réu; (...) que a informação foi recebida primeiramente pelo Aspirante e ele posteriormente passou para a guarnição, mas não tinha conhecimento do meio em que a informação foi enviada; que o TEN PM não deu as características físicas do acusado; que o acusado foi preso dentro da barbearia; que o réu estava sentado na barbearia; que o barbeiro presenciou o fato; que a droga foi encontrada no bolso da bermuda e ele estava somente com ela; que a depoente não tinha ciência sobre as denúncias feitas pelo acusado; que não tinha conhecimento se a barbearia era ponto de comercialização de drogas; que a depoente é PM há 4 anos; que havia populares fora do imóvel presenciando o fato. (...)” (Depoimento prestado em Juízo – ID 29161679) Grifos do Relator

É possível inferir dos referidos depoimentos, que no momento em que estavam fazendo ronda nas proximidades do local em que o apelante foi abordado, receberam informações de populares, dando conta de que naquela localidade, um indivíduo negro, de estatura mediana, sem camisa, estaria vendendo drogas.

De posse dessa informação, os policiais se dirigiram à barbearia e lograram êxito em encontrar o apelante, tendo, após abordá-lo, encontrado em seu poder certa quantidade de entorpecentes, devidamente embaladas e fracionadas.

Observa-se, pois, que os policiais militares prestaram depoimentos harmônicos, firmes e em consonância com os fatos narrados na denúncia, inexistindo motivos para que falseassem a verdade.

Assim, embora as testemunhas não se recordem claramente da quantidade de drogas apreendida em poder do apelante e de outros detalhes narrados na fase inquisitorial, estas confirmam que foram apreendidas as substâncias entorpecentes detalhadas na denúncia em poder do mencionado apelante, assim como a forma como os fatos ocorreram, configurando as suas afirmações muito mais uma preocupação em não serem traídos por" falsas



memórias ", considerando as inúmeras diligências que realizam em relação a crimes de diversas naturezas, o que denota a honestidade e credibilidade dos seus depoimentos.

Nestes termos, vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, senão veja-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. URGÊNCIA DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS DENEGADO. (...) 4. Na hipótese vertente, a não produção da prova equivaleria a praticamente condenar o processo – como meio de obter a verdade dos fatos – à inutilidade, haja vista ser inexorável o esquecimento dos fatos por parte das testemunhas arroladas, por serem policiais que se deparam com inúmeros casos similares ao longo de suas carreiras, circunstâncias que, naturalmente, dificulta a reconstrução precisa dos fatos. (...) 6. Não há constrangimento ilegal quando verificado que o Juiz singular, ao determinar a produção antecipada da prova oral – oitiva das testemunhas arroladas pela acusação – reportou-se aos fundamentos lançados na cota ministerial, salientando" que os depoimentos dos policiais devem ser antecipados pois atuam constantemente em situação semelhantes, o que colocará em risco a produção da prova no futuro pois terão dificuldade para lembrar dos fatos ". Consignou, ainda,"que já [havam] se passa[do] dois anos desde os fatos"e que,"quando o réu citado por edital for localizado, [poderia] ouvir novamente as vítimas e testemunhas, se assim for do interesse das partes para o esclarecimento da verdade". (...) 8. Ordem denegada, cassada a liminar. (HC 342.114/SC, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017) Grifos do Relator

De outro giro, conforme amplamente confirmado por esta Corte, os depoimentos dos policiais são plenamente válidos, não se podendo atacar tais declarações pelo simples fato da profissão que exercem. Realmente, a doutrina majoritária e a jurisprudência adotam o entendimento de que os policiais não tem qualquer impedimento em depor sobre crimes, mesmo quando efetuaram a prisão em flagrante.

Este é o entendimento pacífico também no Superior Tribunal de Justiça: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NULIDADE. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. NÃO INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO DE LEI VIOLADO. PARADIGMAS FIRMADOS EM HABEAS CORPUS, MANDADO DE SEGURANÇA E RECURSOS ORDINÁRIOS EM MANDADO DE SEGURANÇA E HABEAS CORPUS E CONFLITOS DE COMPETÊNCIA. DIVERGÊNCIA NÃO CONHECIDA. PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. CONFRONTO ENTRE OS ELEMENTOS OBTIDOS NAS FASES EXTRAJUDICIAL E JUDICIAL. CRIVO DO CONTRADITÓRIO. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS EM JUÍZO.

PRECEDENTES. AGRAVO DESPROVIDO. (...) 4. São válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. (AgRg no Ag 1336609/ES, Rel. Ministra , SEXTA TURMA, DJe 14/08/2013). 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.970.832/PR, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 4/4/2022.) Grifos do Relator

Expostas as provas, percebe-se que as declarações prestadas pelos policiais, em ambas as fases da persecução criminal, demonstram a ocorrência do crime.

Pontue-se que é cediço que o crime de tráfico de drogas não é, em regra,

cometido em locais públicos; ao revés, a venda de drogas é frequentemente praticada na clandestinidade, sendo as operações policiais essenciais para a repressão deste tipo de delito.

De outra banda, o apelante, em juízo, prestou declarações em consonância com aquelas prestadas na Delegacia, informando que a sua prisão teria sido fruto da perseguição que estariam sofrendo por parte dos policiais militares, perseguição essas que lhe obrigou a fazer denúncias junto à Corregedoria da Polícia Militar e ao Ministério Público. Veja-se:

:"(...) que nesse dia o interrogado foi pela manhã na barbearia, colocou o seu nome na lista para cortar o cabelo, e que passou o dia na sua rua, onde mora; que mais tarde, quando foi cortar o cabelo no horário reservado, o interrogado estava lá esperando, a viatura passou direto pela barbearia; que logo, uns segundos, um minuto, eles voltaram, pararam na porta da barbearia, desceram, lhe deram voz de abordagem; que o interrogado levantou da cadeira, eles lhe revistara, que o interrogado não tinha nada, apenas os vinte e dois reais do corte do cabelo; que falaram que iam lhe levar para averiguação, lhe algemaram, lhe colocaram na viatura e lhe levaram; que chegando lá na Central de Flagrantes, a PEFEM ficou com o acusado no fundo da viatura; que esse policial que deu o depoimento, soldado Bráulio, estava mais a frente da viatura; que por isso a soldada não soube distinguir a droga que foi pego com o interrogado, nem a quantidade, nem como estava, porque ela estava com o interrogado no fundo da viatura, quando os policiais foram para a porta da Central de Flagrantes para preparar a droga para poder lhe forjar; que antes dele lhe levar para a viatura, ficou conversando com alguém no celular; que é usuário de drogas há muito tempo; que apenas fuma maconha, mas parou com o pó; (...) que responde a outros processos; que o interrogado não sabe por quê nem para quê os policiais fizeram essa denúncia contra ele; que não foi agredido, porque assim que lhe tiraram da viatura, lhe levaram para a Central de Flagrantes; (...) que já fez denúncia contra policiais militares na Corregedoria da Polícia e no Ministério Público; que fez a denúncia, após ter sido conduzido várias vezes por eles, por meio dessas abordagens deles abusivas; que lhes abordam na rua, vêem que o interrogado não tem nada, começam a lhe agredir; (...) que aí dessa vez, que depois que fez a denúncia na Corregedoria, quando o interrogado estava em casa, (...), quando o interrogado avistou, os policiais já entrando em sua casa; (...) que acha que essa situação da barbearia, teria sido provocada como represália pela denúncia que o interrogado fez na Corregedoria; (...) que nesse dia, que foi cortar o cabelo, e aconteceu que os policiais lhe abordaram e lhe forjaram; (...)” (Interrogatório realizado em Juízo – Link 29161754) Grifos do Relator

Infere-se do teor do interrogatório supratranscrito que, embora o apelante negue a prática delitiva, narrou os fatos de forma semelhante aos agentes públicos, ainda que informe que no momento em que foi abordado, não estava portando nada ilícito, e que a sua prisão, repita-se, foi fruto de uma perseguição policial orquestrada contra si.

A testemunha de defesa, a qual teria presenciado o momento em que o apelante foi abordado e preso, declarou o que segue:

: “(...) que só conhece o acusado; não tem amizade com ele; que a depoente viu o acusado cortando o cabelo, que estava em frente à barbearia; sentado, sem nada; que quando a depoente foi para casa e voltou, os policiais já estavam com ele algemado, em pé; que não tinha nada com ele; que estava passando para imprimir documento, a depoente viu; (...) que viu o acusado dentro e fora da barbearia; que os policiais colocaram o acusado

para fora, empurrando-o e o algemaram; que os policiais revistaram o acusado e não tinha nada; que o acusado estava com uma bermuda preta, sem camisa; que viu os policiais o revistando; (...) que eram quatro policiais; que não viu se os policiais estavam com alguma coisa na mão quando abordaram o acusado; que não ouviu falar que o acusado é envolvido com o tráfico; (...) que estava em frente ao salão; que dentro do salão, só tinha o acusado e o barbeiro; não tinha nenhum outro cliente; que a porta da barbearia é de vidro; que quando os policiais entraram na barbearia, a depoente estava em frente; que não ouviu o que os policiais falaram com o acusado; (...) que três policiais ficaram rodeando o acusado e um mandou ele colocar a mão na cabeça; que a depoente presenciou os fatos; que os policiais saíram com o acusado; que o colocou na mala da viatura; (...) que o local onde ia tirar xerox, era do lado; que enquanto estava tirando a xerox, dava para ver os policiais e o acusado; (...) que não sabe informar se o acusado responde ou já respondeu processo criminal; que conhece o acusado de vista, não tem amizade; que conhecia o acusado pelo nome; que moram no mesmo bairro, que o bairro é pequeno, todo mundo se conhece; (...) que o conhece de vista há um ano, quando a depoente foi morar na rua de trás; (...)” (Depoimento prestado em Juízo – Link ID 29161754) Grifos do Relator

Constata-se que a depoente, em um primeiro momento, relatou que o apelante estava na barbearia, sentado, cortando o cabelo, sem camisa e sem portar nenhum objeto nas mãos, e que quando os policiais militares chegaram ao local, o abordaram e a depoente foi para casa e, ao retornar, ele já estava algemado. Posteriormente, informou que viu o momento em que os agentes revistaram o apelante, não encontrando nada consigo, uma vez que a porta da barbearia era de vidro, o que permitia a visualização do que ocorria em seu interior, alegando, ainda, que no momento dos fatos estavam o proprietário da barbearia e o apelante, descrevendo a roupa que este estava trajando.

A mencionada testemunha fez questão de salientar que conhecia o apelante apenas de vista em virtude de morarem no mesmo bairro.

Lado outro, o proprietário do estabelecimento, , declarou que estava trabalhando no salão, que, ao contrário do quanto afirmado pela testemunha , estavam presentes no momento dos fatos, uma cliente e o apelante aguardando, e que, quando este último sentou para cortar o cabelo, os policiais chegaram e pediram para saírem do local, permanecendo, apenas, o apelante. Que o depoente não presenciou a revista, não visualizou os fatos, não observou se o apelante estava com algum volume na bermuda, nem tampouco tinha conhecimento se o apelante era envolvido com coisas ilícitas (ID 29161680), não trazendo, portanto, informações que possam infirmar as declarações prestadas pelos agentes públicos.

Dito isso, deve ser salientado que não se pode perder de vista que, para a configuração da traficância, não é exigível prova flagrancial, bastando que o agente seja surpreendido portando, trazendo consigo, guardando ou transportando a substância e que os elementos indiciários e as circunstâncias da apreensão evidenciem a atividade delituosa.

Não se deve perder de vista, ainda, que vigora em nosso ordenamento jurídico pátrio o Princípio do in dubio pro reo, segundo o qual, não havendo absoluta certeza de ter o réu cometido um crime, deve este ser absolvido, com fundamento, inclusive, no Princípio Constitucional da Presunção de Inocência. Dessa forma, havendo dúvidas da autoria de um delito, esta deve sempre ser resolvida em favor do acusado, o que não é a

hipótese dos presentes autos.

De fato, no caso em análise, deve ser enfatizado que o pleito absolutório é absolutamente impossível, uma vez que os elementos probatórios colhidos na investigação policial foram confirmados durante a instrução processual. Portanto, não havendo qualquer fragilidade ou ausência de lastro probatório apto à condenação, imperiosa se torna a manutenção do decreto condenatório.

Por tudo quanto exposto, observa-se que inexistem ilegalidades a serem reconhecidas na conduta dos policiais militares e, por conseguinte, na prisão do apelante, não havendo que se falar em flagrante forjado, uma vez que ficou comprovado nos autos que o referido apelante trazia consigo expressiva quantidade de entorpecente – 116 (cento e dezesseis) porções de crack, restando caracterizado o crime disposto no supramencionado artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

Assim sendo, sem a necessidade de maiores ilações, entende-se estar demonstrado que o apelante trazia consigo drogas para fins de traficância, praticando, destarte, a conduta tipificada no artigo supramencionado.

## 2. Do despropósito do pleito de desclassificação para uso de drogas (artigo 28, da mesma Lei).

A defesa do apelante requer, subsidiariamente, a desclassificação da conduta que lhe foi imputada, para aquela prevista no artigo 28, da Lei nº 11.343/2006.

Melhor sorte não teve o apelante nesse particular.

Realmente, sobre a pretendida desclassificação, sabe-se que é desnecessário para a configuração do crime de tráfico de entorpecentes, que o acusado seja efetivamente preso praticando a mercancia da droga, posto que o delito descrito no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, é multifacetário, bastando que a conduta se subsuma a um dos verbos ali discriminados.

O simples fato de não ter sido o apelante preso em flagrante vendendo a droga, fazendo-a circular, nem tampouco com nenhum apetrecho, não importa dizer que ser usuário. Aliás, é de curial sabença que é muito comum usuários de drogas exercerem a mercancia a fim de conseguir manter o vício.

In casu, analisando-se detidamente o caderno processual, percebe-se que os depoimentos colhidos no in folio, os quais foram outrora transcritos, demonstram que os policiais abordaram o apelante quando faziam ronda de rotina no bairro da Ribeira, momento em que foram informados que, na barbearia localizada nas proximidades, estaria ocorrendo tráfico de drogas. De posse de tal informação, para ali se dirigiram, logrando êxito em prender o apelante trazendo consigo 116 (cento e dezesseis) porções de crack.

Registre-se que, em Juízo, o apelante declarou ser usuário de drogas há muito tempo, mas que apenas fumava maconha, pois havia parado com o pó, razão pela qual inexistia justificativa para a significativa quantidade de entorpecentes. Ademais, o fato deste ter admitido ser usuário, por si só, não afasta a possibilidade de ele ser, também, traficante.

A legislação pátria discrimina o que deve ser valorado para classificar uma conduta como uso de entorpecente. É a literalidade do § 2º, do artigo 28, da Lei Antidrogas, in verbis:

Art. 28, § 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. No caso vertente, depreende-se do teor do Auto de Exibição e Apreensão (ID 29161594 – Fls. 29), que foram apreendidas com o apelante, dentre outras coisas, 116 (cento e dezesseis) porções de substância sólida (crack), sob a forma de pedras amareladas, pesando 21.26 g (vinte e um gramas e vinte e seis centigramas), tendo o Laudo de Exame Pericial nº 2021 00 LC 018965-02 (ID 29161653), detectado a presença da substância benzoilmetilecgonina (cocaína) no material apreendido. A forma como a droga estava acondicionada também não deve ser desprezada.

Outrossim, em que pese a defesa do apelante ter afirmado ser o mesmo usuário de drogas, constata-se que esta não se desincumbiu do ônus de acostar, aos presentes autos, prova contundente que comprove a referida condição.

Analisando os presentes autos, nota-se que a douda Procuradoria de Justiça ao se pronunciar sobre a desclassificação pretendida, teceu os seguintes comentários:

“ (...) Demais, como se sabe, ser usuário de drogas, por si só, não exclui a traficância de substâncias entorpecentes, para a qual é prescindível prova da mercancia, já que o art. 33 da Lei nº 11.343/2006 caracteriza-se como tipo misto alternativo, contendo dezoito núcleos. Logo, existem outras condutas previstas, dentre as quais aquela imputada ao apelante que trazia consigo, transportava drogas. (...) Portanto, o acervo probante dos autos está apto a lastrear a sentença, nos moldes como proferida, eis que comprovado, durante a instrução processual, que o apelante trazia consigo quantidade razoável de droga, cujas circunstâncias e forma de acondicionamento indicam a destinação para a traficância. Diante disso, considerando a robustez do acervo probante, não há que se falar em reforma da sentença, seja para absolvição ou para desclassificação do crime para aquele contido no art. 28 da Lei nº 11.343/2006. (...)” (ID 30116273 – Fls. 6) Grifos do Relator

Diante do exposto, não há que se falar em desclassificação da conduta imposta ao apelante para aquela prevista no artigo 28, da Lei nº 11.343/2006.

### 3. Da reanálise da dosimetria da pena

Requer a defesa do apelante a reanálise da dosimetria da sua pena, a fim de que sua pena-base seja fixada no mínimo legal e a causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, aplicada em seu patamar máximo, qual seja 2/3 (dois terços).

A pretensão do apelante deve ser parcialmente acolhida.

Realmente, examinando detidamente o édito condenatório (ID 29161789), constata-se que, após proceder ao exame das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, c/c o artigo 42, da Lei nº 11.343/2006, a pena-base do apelante foi fixada acima do mínimo legal, em virtude da desvalorização da circunstância judicial relativa à quantidade e natureza da droga, sob o argumento de que “há de se destacar a quantidade da droga apreendida (116 porções de crack), verificando-se, então, a razoável potencialidade de venda, razão pela qual se faz necessário exasperar a pena nesta primeira fase”, o que se mostra fundamento idôneo. A pena-base abstratamente imputada aos crimes de tráfico de drogas está estabelecida entre 05 (cinco) e 15 (quinze) anos de reclusão. Logo, tendo sido desvalorada a circunstância judicial supracitada, a qual é

considerada preponderante, a pena-base do apelante deveria ter sido acrescida em 1 (um) ano e 8 (oito) meses.

Entretanto, considerando-se que na primeira fase da dosimetria da pena tenha sido desvalorada, apenas, a circunstância judicial relativa à natureza e quantidade da droga, a pena deveria ser estabelecida em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão. Todavia, em respeito ao princípio da non reformatio in pejus, já que apenas a defesa do apelante recorreu, a pena-base deste deve ser mantida nos termos constante da sentença vergastada, ou seja, em 06 (seis) anos de reclusão.

Na segunda fase da dosimetria da pena, não foi reconhecida, acertadamente, a presença de atenuantes, agravantes e/ou causas de aumento.

No que se refere à aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, a pretensão defensiva deve prosperar.

De fato, infere-se da supracitada sentença condenatória, que a Magistrada sentenciante afastou a aplicação da referida causa de diminuição, sob os seguintes fundamentos:

“(...)À vista da análise anteriormente explicitada, pode-se afirmar, ainda, que o réu NÃO faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11. 343/06, por não preencher todos os requisitos legais exigíveis. Conforme acima pontuado, o acusado responde a dois outros processos por tráfico de droga, números

0532984-98.2019.8.05.0001 e 0510461-58.2020.8.05.0001, o que demonstra comportamento voltado à prática de atividades criminosas e deve ser levado em consideração pelo magistrado na análise da possibilidade de aplicação do redutor do § 4º do artigo 33, vez que os requisitos ali estabelecidos são cumulativos. Assim, indefiro o pedido formulado pela Defesa para a aplicação do redutor acima citado. (...)” (ID 29161789 – Fls. 10/11)

Sabe-se que a citada causa de diminuição deve ser reconhecida quando se tratar de indivíduo com bons antecedentes, primário, que não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa, ou seja, trata-se de diminuição de pena que deve ser reconhecida para aquele pequeno traficante, que não faz do tráfico ou do crime o seu modo de vida, a exemplo do usuário que, a fim de pagar alguma dívida com o traficante e para manter o seu vício, passa a vender pequenas quantidades de entorpecentes.

Sobre o tema, ensinam , e :

“(...) como já mencionado, a causa de diminuição de pena deve beneficiar aquele que não faz do crime um meio de vida, não age com habitualidade. Se restar comprovado que o agente dedicava-se a atividades criminosas, para além do tráfico a que responde, impossível a incidência da causa de diminuição. Importante destacar que não há necessidade de se comprovar que o agente foi condenado por outros crimes. Não. Pode ocorrer de, no curso da instrução, haver a comprovação do envolvimento do agente em outras atividades criminosas e a prova produzida nesse processo, ainda que em relação a outros crimes, já será suficiente para afastar o benefício penal.” (in Legislação Criminal para concursos: LECRIM – Salvador: Juspodivm, 2016. p. 548) Grifos do Relator

No caso sub judice, nota-se que Juíza a quo afastou a incidência da supracitada causa de diminuição, em virtude de o apelante ostentar contra si, além da ação penal que deu origem ao presente recurso de apelação, outros registros criminais.

Todavia, esse não se mostra o melhor caminho a ser seguido, haja vista que o entendimento consolidado nos tribunais superiores é de que ações penais

pendentes de definitividade não podem ser utilizadas para afastar a aplicação do tráfico privilegiado.

Registre-se que o tema supracitado foi objetivo de Recurso Repetitivo – Tema 1139, no Superior Tribunal de Justiça, nos termos abaixo transcritos: RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais.

2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso.

3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza.

4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena.

5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles.

6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante.

7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de

institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis.

8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto.

9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para fins penológicos.

10. Não se deve confundir a vedação à proteção insuficiente com uma complacência diante da atuação insuficiente dos órgãos de persecução penal. É certo que não podem ser criados obstáculos injustificáveis à atuação do Estado na defesa dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada, todavia isso não legitima a dispensa do cumprimento dos ônus processuais pelos órgãos de persecução penal, não autoriza a atuação fora da legalidade e não ampara a vulneração de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir provas concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice.

11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma "análise de contexto" para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, não há que se recorrer a inquéritos e ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e ações penais em curso na tentativa de demonstrar a dedicação criminosa, é porque os demais elementos de prova são insuficientes, sendo necessário formular a ilação de que o Acusado "não é tão inocente assim", o que não se admite em nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a ilicitude do fundamento, que decorre do raciocínio presuntivo contra o Réu que ele encerra, não se altera em face de outros elementos dos autos.

12. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06". A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017).



13. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022.) Grifos do Relator

Diante do quanto exposto, a causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, deve ser aplicada em favor do apelante em seu patamar máximo – 2/3 (dois terços) – conforme pretende a sua defesa, razão pela qual a sua pena resta fixada nesta terceira fase, em 02 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente, nos termos do artigo 22, § 2º, alínea c, em regime aberto.

Constatando-se que o apelante preenche os requisitos previstos no artigo 44, do Código Penal, a referida pena deve ser substituída, de ofício, por duas penas restritivas de direitos, devendo uma delas, preferencialmente, ser cumprida em estabelecimento voltado para tratamento de toxicômanos, e a remanescente a critério da CEAPA – Central de Acompanhamento às Penas e Medidas Alternativas.

Registre-se que diante da substituição da pena privativa de liberdade imposta ao apelante por pena restritiva de direitos, o pleito concernente ao direito deste recorrer em liberdade, resta prejudicado.

Quanto à pena de multa, esta deve ser fixada proporcionalmente à pena corporal, motivo pelo qual deve ser estabelecida em 200 (duzentos) dias-multa, no valor unitário arbitrado no mínimo legal.

#### 4. Da dispensa do pagamento da pena de multa

No que tange ao pleito de dispensa da pena de multa, impende ressaltar que, assim como a pena privativa de liberdade, a esta constitui sanção imposta pelo legislador, razão pela qual se afigura como impossível a sua supressão, sob o argumento de impossibilidade econômica do pagamento, cabendo ao Juízo da Execução apreciar a referida questão, inclusive no que se refere ao seu parcelamento.

Nesse sentido, já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. INOVAÇÃO RECURSAL. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. OFENSA AO ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CPP. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA NÃO AFASTA A IMPOSIÇÃO DE PENA DE MULTA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 6. No que tange à violação ao art. 60 do CP, "(...) nos termos do entendimento pacífico desta Corte, a impossibilidade financeira do réu não afasta a imposição da pena de multa, inexistindo previsão legal de isenção do preceito secundário do tipo penal incriminador" (HC 298.169/RS, Rel. Ministro, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 28/10/2016). 7. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no AREsp 1667363/AC, Rel. Ministro, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2020, DJe 09/09/2020) Grifos do Relator

De igual forma, vem decidindo esta Corte de Justiça, senão veja-se:

"(...) DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES ACUSATÓRIA E DEFENSIVA (RECORRENTE). ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS, POR RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA E PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO – ARTIGO 157, § 2º, INCISOS II E V E § 2º-A, INCISO I DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. RECORRENTE CONDENADO, APLICANDO-LHE A REPRIMENDA 10 (DEZ) ANOS, 4 (QUATRO) MESES E 11 (ONZE) DIAS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIALMENTE FECHADO, BEM COMO O PAGAMENTO DE 3731 (TRÊS MIL, SETECENTOS E TRINTA E UM) DIAS-MULTA, NO VALOR DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA

DOS FATOS. PLEITOS RECURSAIS. (...) IV – O AFASTAMENTO DA PENA DE MULTA. NOS TERMOS DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ, NÃO SE ADMITE A ISENÇÃO DA PENA DE MULTA PREVISTA NO PRECEITO SECUNDÁRIO DA NORMA PENAL INCRIMINADORA, POR FALTA DE PREVISÃO LEGAL. A IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA DO RÉU NÃO AFASTA A IMPOSIÇÃO DA PENA DE MULTA, INEXISTINDO PREVISÃO LEGAL DE ISENÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO TIPO PENAL INCRIMINADOR"(HC 298.169/RS, REL. MINISTRO , SEXTA TURMA, JULGADO EM 11/10/2016, DJE 28/10/2016). (...)” (Apelação nº 0000092-51.2020.8.05.0231, Relatora: , Publicado em: 04/11/2021) Grifos do Relator

Assim, o pleito supracitado não deve ser acolhido.

#### 5. Da concessão da gratuidade judiciária

Quanto ao pleito de concessão de Justiça Gratuita, entende-se que o mesmo não deve ser conhecido.

Ressalte-se que diante do quanto disposto no artigo 804, do Código de Processo Penal, c/c o artigo 98, §§ 2º e 3º do Código de Processo Civil, deve a sentença condenar nas custas o apelante, ainda que este seja assistido pela Defensoria Pública ou beneficiário da justiça gratuita, podendo, entretanto, ficar suspensa a exigência do pagamento, pelo prazo de 05 (cinco) anos, após avaliação das condições econômico-financeiras do condenado, pelo Juízo da Execução Penal, e, findo o referido prazo, ficará prescrita a obrigação.

Todavia, resta claro que o exame da hipossuficiência do apelante não pode ser analisada por este Relator, pois tal matéria é afeta ao Juízo das Execuções Penais, consoante orientação predominante no Superior Tribunal de Justiça e neste Tribunal de Justiça, senão veja-se:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. ADEQUAÇÃO AO PATAMAR DE 1/6. TESE TRAZIDA SOMENTE NO AGRAVO REGIMENTAL. INOVAÇÃO RECURSAL. 1. (...) PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. ADEQUAÇÃO À SITUAÇÃO ECONÔMICA DO RÉU. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. CONCESSÃO. MOMENTO ADEQUADO. FASE DE EXECUÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO. (...) 2. O momento de verificação de miserabilidade do condenado, para fins de suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais, é na fase de execução, visto que é possível que ocorra alteração na situação econômica do réu entre a data da condenação e a da execução do decreto condenatório. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1857040/RS, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 18/05/2020) – Grifos do Relator APELAÇÃO CRIMINAL. APELANTE CONDENADO A 02 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO, SOB REGIME ABERTO, E 10 (DEZ) DIAS-MULTA PELA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 14, DA LEI Nº 10.826/2003. (...) I. PLEITO DE CONCESSÃO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL PARA AFERIR A HIPOSSUFICIÊNCIA DO ACUSADO E DEFERIR A ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS, EM QUE PESE A ASSISTÊNCIA DO RÉU PELA DEFENSORIA PÚBLICA. (...) III. APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NA EXTENSÃO, IMPROVIDA. (Apelação nº 0542774-48.2015.8.05.0001, Relatora: , Publicado em: 19/11/2020)– Grifos do Relator

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. 1) BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. NÃO CONHECIMENTO. QUESTÃO AFETA AO JUÍZO DE EXECUÇÃO PENAL. 2) PEDIDO ABSOLUTÓRIO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. IMPROVIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO.

ESPECIAL RELEVÂNCIA DO DEPOIMENTO DA VÍTIMA. TESTEMUNHO INDIRETO. INCREMENTO AO STANDART PROBATÓRIO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO.3) CONCLUSÃO: CONHECIMENTO PARCIAL E IMPROVIMENTO. (Apelação nº 0300743-47.2015.8.05.0146, Relator: , Publicado em: 16/11/2020) Grifos do Relator

Dessa forma, não deve ser conhecido o pedido, sob pena de supressão de instância.

Tendo sido a pena privativa de liberdade imposta ao apelante , substituída por penas restritivas de direito, entendo cabível a expedição do competente alvará de soltura no Banco Nacional de Monitoramento de Prisões, que deverá ser encaminhado à instituição onde este se encontra recolhido, para o devido cumprimento, salvo se estiver preso por outro crime ou houver mandados de prisão expedidos em seu desfavor.

O voto é, portanto, no sentido de conhecer parcialmente do presente recurso de apelação, para, na parte conhecida, julgá-lo parcialmente provido, em virtude da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, em seu patamar máximo – 2/3 (dois terços) –, redimensionando as penas corporal e de multa do apelante para 02 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, pena esta substituída, de ofício, por duas penas restritivas de direitos, bem como pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, restando mantidos os demais termos da sentença combatida”.

Diante do exposto, acolhe esta Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia o voto, através do qual se conhece parcialmente do apelo, para, nesta extensão, julgá-lo parcialmente provido, em face da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, em seu patamar máximo – 2/3 (dois terços) –, redimensionando as penas corporal e de multa do apelante para 02 (dois) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, pena esta substituída, de ofício, por duas penas restritivas de direitos, bem como pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, devendo a sentença hostilizada ser mantida em todos os seus demais termos.

Sala das Sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato).

Des.

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma

Relator

11