

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA INEZ MARIA B. S. MIRANDA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA APELAÇÃO nº: 0511193-39.2020.8.05.0001 Comarca de Origem: salvador PROCESSO DE 1º GRAU: 0511193-39.2020.8.05.0001 rECORRENTE: jean rocha pereira dos reis defensoria pública: rita de cássia moure orge lima RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO PROMOTOR (A): wilson henrique figueirêdo de andrade Relatora: INEZ MARIA B. S. MIRANDA APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE AUTORIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO. CONDIÇÃO DE USUÁRIO NÃO DEMONSTRADA. PROVAS CARREADAS AOS AUTOS QUE EVIDENCIAM ATIVIDADE ILÍCITA DE MERCANCIA. DOSIMETRIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. UTILIZAÇÃO DE AÇÃO PENAL NÃO TRANSITADA EM JULGADO PARA AFASTAR A MINORANTE. IMPOSSIBILIDADE. REDUTOR APLICÁVEL NO GRAU MÁXIMO, DIANTE DA DIMINUTA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. PENA DE MULTA REDUZIDA. REGIME ABERTO FIXADO. REVOGAÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR DETERMINADA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. Provada a autoria delitiva pela convergência do inquérito policial com as provas produzidas em juízo, impõe-se a condenação. A mera alegação de ser usuário não conduz a desclassificação do delito, pois tal fato, não o impede a traficância, simultaneamente. Ações penais em curso, sem o devido trânsito em julgado, não podem ser utilizados para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/06, sob pena de ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. A diminuta quantidade de entorpece apreendido justifica a aplicação da minorante na fração mais benéfica. A pena pecuniária deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade. Estabelecido o regime aberto para cumprimento inicial da reprimenda, é imperiosa a revogação da prisão preventiva do agente, tendo em vista a desproporcionalidade entre o regime dosado e o cárcere cautelar. É possível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, em observância ao art. 44, I, do CP. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos a apelação criminal n.º 0511193-39.2020.8.05.0001, da Comarca de Salvador, constituindo-se como apelante Jean Rocha Pereira dos Reis e como apelado o Ministério Público. Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, conforme resultado expresso na certidão de julgamento, em conhecer e dar provimento parcial ao apelo, nos termos do voto da Relatora. Salvador, data e assinatura registradas no sistema. INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATORA M/08 (APELAÇÃO CRIMINAL 0511193-39.2020.8.05.0001) PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 3 de Novembro de 2022. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATÓRIO Trata-se de apelação criminal interposta pelo réu Jean Rocha Pereira dos Reis, por intermédio da Defensoria Pública do Estado da Bahia, contra sentença (id. 34080261), proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Tóxicos de Salvador, que o condenou a uma pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão a ser cumprida em regime inicial semiaberto e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Não concedeu ao réu o direito de recorrer em liberdade por este processo. Em razões de recurso (id. 33181256), pugna pela absolvição, com fulcro no art. 386, V e VII, do CPP. Subsidiariamente, pela desclassificação do crime de tráfico de drogas para o tipo previsto no art. 28, da Lei nº 11343/2006, ou, em caso de condenação, pleiteia a aplicação da causa de

diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11343/2006. O Ministério Público apresentou contrarrazões (id. 34080310), requerendo seja negado provimento ao apelo, mantendo-se a sentença guerreada. A Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso (id.34666588). É o relatório. Salvador, data e assinatura registradas no sistema. INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATORA M/08 (APELAÇÃO CRIMINAL 0511193-39.2020.8.05.0001) TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA INEZ MARIA B. S. MIRANDA VOTO Trata-se de apelação interposta contra a sentença que condenou o réu Jean Rocha Pereira dos Reis como incurso nas penas previstas no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06. Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço do apelo. Consta na denúncia, em síntese, que no dia 21/10/2020, o Réu foi preso em flagrante em local de intenso tráfico de drogas, situado no bairro do Engenho Velho da Federação dessa Capital, pois trazia consigo 22 (vinte e duas) porções de maconha embaladas individualmente, totalizando 20,27g. Processado e julgado, o Recorrente foi condenado à pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos de reclusão a ser cumprida em regime inicial semiaberto e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Inconformado, o Réu manejou a presente apelação, pleiteando, inicialmente, a absolvição, sob o argumento de que a autoria delitiva, pelo crime de tráfico, não restou comprovada nos autos. Não assiste razão ao apelante quanto à condenação, pois todas as provas e demais elementos foram analisados de maneira justificada pelo Julgador primevo, concluindo assim diante do conjunto fático probatório. A materialidade delitiva do crime de tráfico de drogas restou comprovada, conforme auto de prisão em flagrante (id. 34080132 – fls. 02/42); auto de exibição e apreensão (id. 34080132 – fl. 05) e laudo pericial definitivo (id. 34080132 – fl. 37). A autoria, de igual forma, é incontroversa, diante das declarações dos policiais militares prestadas em Juízo, corroborando para ocorrência do crime em apreço, vez que esses agentes públicos participaram das diligências, afirmando: “(...) que em um certo ponto crítico, desembarcaram da guarnição e fizeram o patrulhamento a pé; que o acusado se assustou ao avistar os policiais; que foi dada voz de abordagem; que o acusado foi revistado e flagrantado portando drogas (...) que a droga era maconha; que a droga estava individualizada (...)” (PM Michel Andrade dos Santos Silva – id. 34080240) “(...) que se recorda que o acusado portava maconha, mas não se recorda a quantidade; que a droga estava fracionada em porções; que a abordagem se deu em via pública; que após o flagrante conduziram o acusado para DT (...) que o local dos fatos é de intenso tráfico de drogas; que após a prisão do acusado, obteve a informação de que o acusado faz parte da facção Comando Vermelho, que atua no local da abordagem; que essas informações vieram por meio do dique denúncia (...)” (PM Vagner Santos de Jesus – id. 364080241). Cumpre salientar, ainda, que para configuração do crime de tráfico de drogas não é exigida prova do flagrante do comércio ilícito, devendo-se considerar os elementos indiciários, tais como as circunstâncias da prisão que evidenciam a atitude delituosa, sendo que a droga foi encontrada com o ora Recorrente, em local de intenso tráfico de drogas, além da forma de acondicionamento da maconha apreendida (20,27g fracionada em 22 porções embaladas individualmente com pedaços de filme plástico incolor). Dessa forma, ante as narrações dos fatos pelas testemunhas aliadas aos demais elementos dos autos, não há que se falar em insuficiência de provas para a condenação ou desclassificação da conduta para o tipo previsto no art. 28, da Lei nº 11343/2006 (consumo pessoal),

sendo plenamente válidos os testemunhos prestados perante a Autoridade Judicial. Nesse sentido vale citar julgado do Superior Tribunal de Justiça: "AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA NAS PROVAS CONSTANTES NOS AUTOS. 1. Devidamente fundamentada a condenação pelo crime de tráfico de drogas com base na prova dos autos, diante das circunstâncias específicas da apreensão, da forma de acondicionamento das drogas, embaladas e individualizadas, prontas para a venda, dos depoimentos de policiais, a pretendida revisão do julgado, com vistas à absolvição ou à desclassificação para o delito de uso de drogas, não se coaduna com a via estreita do writ. 2. Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, "Para a configuração do delito de tráfico de drogas, não é necessária prova da mercancia, tampouco que o agente seja surpreendido no ato da venda do entorpecente – até porque o próprio tipo penal aduz "ainda que gratuitamente" –, bastando, portanto, que as circunstâncias em que se desenvolveu a ação criminosa denotem a traficância (AgRg nos EDcl no AREsp 1917794/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 14/12/2021). 3. Agravo improvido." (STJ; AgRg no HC n. 721.054/GO, Relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 30/8/2022). Logo, as provas carreadas aos autos são suficientes para embasar a condenação pelo crime previsto no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006. No tocante à dosimetria da pena, vê-se que, na primeira fase, a Sentenciante fixou a pena-base no mínimo legal, nada tendo a alterar. Na segunda fase, ausentes circunstâncias atenuantes ou agravantes. Na terceira etapa, assiste razão à Defesa quando pugna pela aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, uma vez que, embora a Juíza a quo tenha afastado o benefício legal por entender que "o acusado foi condenado por crime da mesma natureza, perante o juízo da 1ª Vara de Tóxicos, estando a ação agora em grau de recurso, nos autos nº 0505580-72.2019.8.05.0001", o fundamento utilizado pela Magistrada de primeiro grau não encontra amparo na jurisprudência do STJ. Em recente decisão, a Terceira Seção da Corte Superior fixou tese, em recursos especiais repetitivos (Tema 1.139), vedando a utilização de inquéritos ou ações penais em andamento para impedir a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006: "RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENASIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. (...) 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. (...) 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. (...). 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 1977027 / PR, da Terceira Seção. Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 10/08/2022, DJe 18/08/2022). Assim, merece reforma o r. decisio, a fim de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, em seu grau máximo de 2/3 (dois terços), diante da diminuta quantidade de entorpecentes apreendidos, resultando a pena definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época. Tendo em vista as peculiaridades do caso concreto, sendo o Apelante tecnicamente primário e considerando o quantum de pena aplicado, que não ultrapassa 4 (quatro) anos de reclusão, fixo o regime inicial aberto para cumprimento de pena, em consonância com o art. 33, § 2º, alínea c e § 3º, do Código Penal. Ademais, em face da fixação do regime aberto para cumprimento inicial da reprimenda, revogo a prisão preventiva do Recorrente (id. 34080261), tendo em vista a desproporcionalidade entre o regime dosado e o cárcere cautelar, devendo aguardar o trânsito em julgado da condenação em

liberdade. Por força do art. 44, § 2º, do CP, substituo a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos a serem definidas pelo Juízo da Execução. Diante do exposto, voto pelo conhecimento e parcial provimento do apelo, redimensionando a pena definitiva para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão a ser cumprida em regime inicial aberto e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época, substituindo-se, ainda, a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos a serem definidas pelo Juízo da Execução, devendo o Apelante aguardar o trânsito em julgado da condenação em liberdade, se por outro motivo não estiver custodiado. Sentença mantida em seus demais termos. É como voto. Serve o presente como ofício e alvará de soltura em favor Jean Rocha Pereira dos Reis brasileiro, solteiro, nascido em 29/04/1996, portador da cédula de identidade de n.º 2033676773 SSP/BA, filho de Luiz Alberto Pereira dos Reis e Edileuza Rocha de Assis Santana, residente e domiciliado na Rua das Palmeiras, nº 38, fundo – Engelho Velho da Federação, nesta Capital, devendo ser imediatamente posto em liberdade, se por outro motivo não estiver preso. Sala de Sessões, data e assinatura registradas no sistema. INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATORA M/08 (APELAÇÃO CRIMINAL 0511193-39.2020.8.05.0001)