

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA  
INEZ MARIA B. S. MIRANDA

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA

APELAÇÃO N.º 0900047-04.2021.8.05.0064

COMARCA DE ORIGEM: CONCEIÇÃO DO JACUÍPE

PROCESSO DE 1.º GRAU: 0900047-04.2021.8.05.0064

APELANTE: TIAGO FREIRE COSTA

ADVOGADO: MARCOS SANTOS SILVA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO

PROMOTOR (A): RUDÁ FIGUEIREDO

RELATORA: INEZ MARIA B. S. MIRANDA

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE. COMPROVADAS A AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CABIMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO APTA À NEGATIVAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º, DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. PERTINÊNCIA. ENUNCIADO Nº 444 DA SÚMULA DO STJ. REDUÇÃO DA PENA DEFINITIVA. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. DIREITO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

Diante da comprovação da autoria e materialidade delitiva do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, incabível a desclassificação para crime

previsto no art. 28 da Lei n.º 11.343/06.

A existência de inquéritos policiais e/ou ações penais em andamento não constitui motivação idônea para afastar a pena-base do mínimo legal, a título de conduta social negativa, a teor do enunciado nº 444 da Súmula do STJ.

A minorante prevista no § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, deve ser analisada à luz de elementos concretos que indiquem, ou não, a dedicação habitual do agente ao exercício da criminalidade. A existência de ações penais não transitadas em julgado em desfavor do agente, não detém o condão de afastar a aplicação da minorante, quando ausente outros elementos que corroborem a dedicação do réu à criminalidade e/ou o seu envolvimento com organização criminosa.

Estabelecido o regime aberto para cumprimento inicial da reprimenda, revoga-se a prisão preventiva do agente, tendo em vista a desproporcionalidade entre o regime dosado e o cárcere cautelar.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 0900047-04.2021.8.05.0064, da comarca de Conceição do Jacuípe, em que figura como apelante Tiago Freire Costa e apelado o Ministério Público.

Acordam os Desembargadores componentes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme certidão de julgamento, em conhecer e dar provimento em parte ao recurso, nos termos do voto da Relatora.

Salvador, data e assinatura registradas no sistema.

INEZ MARIA B. S. MIRANDA  
RELATORA

(02) APELAÇÃO N.º 0900047-04.2021.8.05.0064

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

Adoto, como próprio, o relatório da sentença de fls. 88/92 – SAJ 1.º grau, prolatada pelo Juízo de Direito da 1.ª Vara Criminal da comarca de Conceição do Jacuípe. Findada a instrução processual, o Juízo a quo julgou “procedente a pretensão punitiva estatal deduzida na denúncia (...) para condenar o réu Tiago Freire Costa (...) como incurso nas penas do art. 33, caput, da Lei de Drogas”, à pena definitiva de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime semiaberto, com pena de multa de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso.

Inconformados com o r. decisio, a Defesa interpôs recurso de Apelação com suas razões, às fls. 99 e 105/108 – SAJ 1.º grau, pelas quais requer a desclassificação do delito sentenciado para o crime do art. 28 da Lei de Drogas, a fixação da pena-base no mínimo legal, o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 e/ou a concessão ao Réu do direito de recorrer em liberdade.

Em sede de contrarrazões, o Ministério Público pugna pelo “provimento parcial do apelo defensivo (...) reformando-a apenas para redução da pena-base, nos termos supra delineados” (fls. 114/132 – SAJ 1.º grau).

A Procuradoria de Justiça opinou pelo “conhecimento do presente Recurso de Apelação e, no mérito, por seu provimento parcial, alterando-se a sentença vindicada somente em relação à dosimetria na primeira fase, afastando a circunstância judicial da conduta social, vez que exasperou a pena com base utilizando fundamentos inidôneos, inerentes ao próprio delito, como dito alhures” (id. 35249091).

É o relatório.

Salvador, data e assinatura registradas no sistema.

INEZ MARIA B. S. MIRANDA  
RELATORA

(02) APELAÇÃO N.º 0900047-04.2021.8.05.0064

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA  
INEZ MARIA B. S. MIRANDA

VOTO

O recurso é tempestivo e estão presentes os pressupostos de admissibilidade.

Relata a denúncia, que no “dia 21 de fevereiro de 2021, por volta das 19:50h, na Praça Benjamin Constant, Centro, Conceição do Jacuípe/BA, o denunciado, voluntária e conscientemente, trouxe consigo substância entorpecente ilícita (...) com o fim de comercializá-la”.

Aduz o Ministério Público, que, em razão de fundada suspeita, pelo fato de terem recebido a notícia de um transeunte de que o denunciado estaria traficando na Praça Benjamin Constant, Centro, Conceição do Jacuípe/BA, os Policiais Militares deslocaram-se até o local supramencionado, e na oportunidade, após TIAGO FREIRE COSTA tentar empreender em fuga, foi encontrado sob sua posse substância psicotrópica denominada maconha, individualizada em 10 (dez) trouxinhas de saco plástico, com massa bruta total de 10g (dez gramas)”. (fls. 01/02 – SAJ 1.º grau).

Quanto à desclassificação do delito sentenciado para o crime do art. 28 da Lei de Drogas, firme-se que os elementos produzidos na persecução penal são claros ao demonstrar a existência de autoria e materialidade delitivas pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, no caso concreto, rechaçando-se a desclassificação pretendida. Vejamos.

Judicialmente, em audiência videogravada (Lifesize), as testemunhas Anderson Bruno Souza e Diógenes Miranda Maciel confirmaram as peculiaridades que circundaram a prisão em flagrante do Recorrente, as circunstâncias da apreensão realizada e o cenário que compõe a consumação do delito em análise, conforme resumo sentencial:

SD/PM ANDERSON BRUNO SOUZA: “(...) estava de serviço no dia dos fatos, quando a guarnição recebeu uma denúncia de que o acusado estava na praça Benjamin Costa traficando drogas. Que na referida denúncia foi passada as características físicas do réu e este foi abordado, momento em que foi encontrado em seu poder uma certa quantidade de maconha. (...)” (fl. 89 – SAJ 1.º grau – grifei);

SD/PM DIÓGENES MIRANDA MACIEL: “(...) recebeu uma denúncia anônima, não se recordando se de um transeunte ou da CICOM, noticiando que o acusado estava vendendo drogas na praça e ao ser realizada revista pessoal, com ele foi encontrado drogas, vale dizer, maconha. Que levaram o acusado na viatura, junto com os policiais, já que a guarnição estava completa, momento em que o acusado resistiu à prisão, inclusive chegou a agredir os policiais. Relatou que tinha conhecimento de que o acusado já havia sido

preso por tráfico de drogas em outras oportunidades” (fl. 89 – SAJ 1.º grau – grifei).

Na fase inquisitiva, o Recorrente declarou: “(...) estava na praça Benjamin Constant em Conceição do Jacuípe tomando cerveja na companhia de sua companheira e de seu amigo conhecido por Galego quando a Polícia Militar chegou e passou a fazer a vistoria pessoal no conduzido (...) afirmaram que receberam denúncia de que ele estava na praça traficando drogas (...) a droga apresentada não estava em sua posse (...) já foi preso por tráfico de drogas há cerca de um ano (...) não sabe a quem pertence a droga (...)” (fls. 12/13 – SAJ/1.º grau).

Perante a Autoridade Judiciária, o Apelante relatou, conforme resumo sentencial:

“(...) o acusado, em síntese, alegou que já foi usuário de drogas, mas a droga apreendida pelos policiais não lhe pertencia, bem assim que a referida droga estava em um quiosque da praça. Aduziu que foi agredido pelos policiais, inclusive ficou com um hematoma aparente no rosto, em face das agressões sofridas. Por fim, relatou que estava na praça bebendo, na companhia de sua namorada e de um encarregado da prefeitura e que não tinha nenhuma droga em seu poder. Afirmou que ao ser abordado pelos policiais informou que estava sem seus documentos e que tinha passagem pela polícia, razão pela qual os policiais o colocaram na viatura e o agrediram, antes de levá-lo para Delegacia. (...)” (fls. 89/90 – SAJ 1.º grau).

A materialidade restou confirmada pelo auto de exibição e apreensão, laudo provisório e laudo pericial definitiva (fls. 19, 23 e 83 – SAJ 1.º grau).

Assim, indubitosa a materialidade e autoria delitiva, no caso concreto. O Apelante consumou o delito previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343/06. Os depoimentos das testemunhas, policiais militares envolvidos na prisão em flagrante, constituem meios de prova idôneos a consubstanciar a condenação, quando prestados harmonicamente, em consonância com o lastro probatório produzido nos autos, livres de eventual inaptidão e corroborados pelas demais provas colhidas. Patente, que o Recorrente foi preso em flagrante com droga compartimentada, que os policiais o abordaram após denúncia de traficância naquele local, por pessoa com as suas características, e que ele ostenta contra si outra ação penal por tráfico ilícito de entorpecentes naquela Comarca, proc. nº 0700122-61.2020.8.05.0064.

Por outro lado, evidente que a versão exposta pela defesa é frágil e contraditória, que somada à ausência de outros elementos probatórios que a robusteçam, sem dúvida, inviabiliza a desconstituição do édito condenatório.

Desta forma, ausente, in casu, motivo plausível e concreto para modificação do decisio combatido, na esteira do parecer da d. Procuradoria de Justiça (id. 35249091), incabível a desclassificação proposta.

Dosimetria da Pena

Na primeira fase, a Magistrada sentenciante exasperou a pena-base,

negativando a conduta social, expondo:

“Por outro lado, no que se refere à conduta social do sentenciado, esta não lhe favorece, uma vez que é de alta reprovabilidade, posto que faz do crime de tráfico de drogas seu meio de vida, não buscando meios legais de sustento, causando transtornos na comunidade em que reside, o que pode ser comprovado por sua prisão em flagrante no autos da Ação Penal nº 0900043-64.2021.8.05.0064, também pelo crime de tráfico de drogas, não se olvidando de que é investigado na Comarca de Candeias, também por tráfico de drogas.” (fl. 91 – SAJ 1.º grau).

Inegável, que os fundamentos dispostos não são aptos à negativação realizada, haja vista respaldados em apontamentos genéricos e vinculados à existência de outras ações penais não transitadas em julgado, o que ofende o art. 93, IX, da CF e a Súmula n.º 444 do STJ. Neste sentido, consigna a Corte Superior: “É firme o entendimento deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, em observância ao princípio da presunção da inocência, a existência de inquéritos policiais e/ou ações penais em andamento não constitui fundamentação idônea para afastar a pena-base do mínimo legal, seja a título de Maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade. Incidência da Súmula n. 444/STJ.” (AgRg no AREsp n. 1.966.306/G0, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 25/2/2022).

Desta forma, excluída a circunstância judicial negativada, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão.

Na segunda etapa, ausente circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Na terceira fase, vê-se que a Juíza a quo afastou a aplicação da benesse prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06, com fulcro no seguinte fundamento:

“Por oportuno, destaco que deixo de aplicar a minorante atinente ao tráfico privilegiado – § 4º, do caput, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, muito embora o acusado não ostente sentença penal condenatória em seu desfavor, porque não se pode deixar de considerar que responde a outra ação penal neste juízo, autos nº 0900043-64.2021.8.05.0064, também pelo crime de tráfico de drogas e por ser investigado na Comarca de Candeias, também pelo crime de tráfico de drogas”. (fl. 91 – SAJ 1.º grau).

Observe-se, entretanto, que embora realmente exista pelo menos uma ação penal em andamento contra o Recorrente, além da presente, vale pontuar, que este é tecnicamente primário e foi preso em flagrante com diminuta quantidade de entorpecentes – “10 g (dez gramas)” de maconha, não podendo a isolada existência de ações penais não transitadas em julgado conduzir ao afastamento da minorante citada, quando ausente outros elementos que corroborem a sua dedicação à criminalidade e/ou o seu envolvimento com organização criminosa.

Neste sentido, consigna a jurisprudência de ambas as Turmas Criminais do Superior Tribunal de Justiça:

“A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei

n. 11.343/06 foi negada pelas instâncias ordinárias em razão unicamente da existência de ações penais em curso, o que não é mais admitido pela jurisprudência das Cortes Superiores.” (AgRg no HC n. 728.874/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 27/6/2022 – grifei);

“Não obstante a natureza danosa da maioria dos estupefacientes, entende esta Corte Superior que a quantidade não expressiva da droga apreendida e a ausência de circunstâncias adicionais não impedem a aplicação do redutor privilegiado do tráfico. (...) A existência de ações penais em curso, por si só, não constitui fundamento idôneo para afastar a causa de diminuição do tráfico, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, tendo ressaltado o Juízo de origem a primariedade e bons antecedentes do réu. (...)” (AgRg no AREsp n. 2.087.272/BA, relator Ministro Olindo Menezes – Desembargador Convocado do TRF 1ª Região, Sexta Turma, DJe de 24/6/2022 – grifei).

Em igual direção, assevera a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal: “Penal e Processo Penal. 3. Tráfico de drogas. 4. Incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4ª, da Lei 11.343/2006. Fundamentação abstrata para lastrear o afastamento do tráfico privilegiado. 5. À luz do princípio constitucional da presunção da não culpabilidade, a existência de inquéritos ou ações penais em curso não constitui fundamento válido para afastar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Precedentes. 6. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 7. Agravo regimental desprovido.” (HC 211327 AgR, Relator (a): Gilmar Mendes, Segunda Turma, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-054 DIVULG 21-03-2022 PUBLIC 22-03-2022 – grifei).

Diante disto, excluída a singular motivação aplicada pela Sentenciante, aplico a causa de diminuição do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06.

Em face da diminuta quantidade apreendida e ausência de outros elementos que justifiquem o recrudesimento, fixo a fração máxima de 2/3 (dois terços) para a redução aplicada, fixando, por conseguinte, a pena em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão.

Diante do redimensionamento da pena corporal, reduzo a pena de multa para 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso.

Outrossim, estabeleço o regime aberto para cumprimento inicial da reprimenda e concedo ao Réu o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, revogando, por conseguinte, a prisão preventiva ratificada na sentença combatida.

Quanto à benesse do art. 44 do CP, anote-se que a compartimentalização, histórico de ação penal por delito idêntico e demais circunstâncias do caso concreto não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, haja vista não se mostrarem com meios eficazes e suficientes à repressão do delito na hipótese (STJ, HC 513.752/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 20/08/2019).

Ante o exposto, conheço e dou provimento em parte ao recurso, para fixar a pena-base no mínimo legal, aplicar a causa de diminuição do § 4.º do art.

33 da Lei n.º 11.343/06 em sua fração máxima e conceder ao Réu o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação, se por outra razão não estiver custodiado.

É como voto.

Serve o presente como alvará de soltura em favor de Tiago Freire Costa, "brasileiro, solteiro, natural de Santo Amaro/BA, nascido no dia 03/03/2000, filho de Marcos Joaquim Freire Costa e Cláudia Cruz Furtado, RG 13361709 21 SSP/BA, domiciliado na Praça Manoel Teixeira de Freitas, nº. 37, Centro, Conceição do Jacuípe/BA" (fl. 01 – SAJ 1.º grau), devendo ser imediatamente posto em liberdade, se por outro motivo não estiver preso.

Dê-se ciência deste Acórdão ao Juízo a quo. Serve o presente como ofício.

Sala de Sessões, data e assinatura registradas no sistema.

INEZ MARIA B. S. MIRANDA  
RELATORA

(02) APELAÇÃO N.º 0900047-04.2021.8.05.0064