

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CRIMINAL n. 8033017-04.2022.8.05.0001.1.EDCrim Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma EMBARGANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): MARCELO BONFIM DOS SANTOS EMBARGADO: DEIVIDE DE SANTANA MOREIRA ACORDÃO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO. MANEJO DOS ACLARATÓRIOS PELA PROCURADORIA DE JUSTIÇA CONTRA O ACÓRDÃO QUE JULGOU NÃO PROVIDA A APELAÇÃO INTERPOSTA PELO RÉU, A FIM DE QUE SEJA SANADA OMISSÃO QUANTO À ANÁLISE DO PEDIDO FORMULADO PELO PARQUET PARA QUE SEJA RECONHECIDA, DE OFÍCIO, A DESCLASSIFICAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS PARA O TIPO DO ART. 28 DA LEI Nº. 11.343/2006. ACOLHIMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS MODIFICATIVOS. ASSISTE RAZÃO A INSURGÊNCIA DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA APRESENTADA NO PARECER DOS AUTOS DE APELAÇÃO ACERCA DA INEXISTÊNCIA DE PROVAS QUANTO À PRÁTICA DO TRÁFICO DE DROGAS POR PARTE DO EMBARGADO. A AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA MERCANCIA ILÍCITA, CUMULADA COM A NÃO APREENSÃO DE PETRECHOS PARA O TRÁFICO, ALÉM DE QUANTIDADE NÃO RELEVANTE DE DROGAS ATRIBUÍDA AO RÉU, AUTORIZA A DESCLASSIFICAÇÃO DO TRÁFICO PARA A CONDUTA CAPITULADA NO ART. 28 DA LEI Nº. 11.343/2006, DEVENDO SER ADOTADA A INTERPRETAÇÃO MAIS BENÉFICA AO RÉU, SEGUNDO DISPÕE O PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração em Apelação, registrados sob o nº. 8033017-04.2022.8.05.0001.1.EDCrim, tendo como Embargante o Ministério Público do Estado da Bahia. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em acolher os Embargos de Declaração para fazer cessar a omissão no acórdão que negou provimento ao apelo interposto pela Defesa de DEIVIDE DE SANTANA MOREIRA, reconhecendo o pleito formulado pela Procuradoria de Justiça para desclassificar a conduta do art. 33 da Lei nº. 11.343/2006 para o tipo do art. 28 da mesma lei, nos termos do voto da Relatora: Salvador, .

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Acolhido Por Unanimidade Salvador, 7 de Março de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CRIMINAL n. 8033017-04.2022.8.05.0001.1.EDCrim Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma EMBARGANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): MARCELO BONFIM DOS SANTOS EMBARGADO: DEIVIDE DE SANTANA MOREIRA RELATÓRIO Cuida-se de Embargos de Declaração em recurso de Apelação opostos pelo Ministério Público do Estado da Bahia em face da alegada omissão constante no acórdão que julgou não provida a apelação manejada por Deivide de Santana Moreira. O julgamento colegiado desta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia negou provimento à Apelação interposta por Deivide de Santana Moreira, afastando o pretense reconhecimento de nulidade processual diante da revista pessoal realizada no réu, sem que se fizessem presentes as fundadas suspeitas da prática de um crime, sustentando a vedação da busca com motivação exploratória e, consequentemente, a nulidade a ensejar a absolvição do embargado. Diante do julgamento da apelação, a Procuradoria de Justiça aventou os presentes aclaratórios aduzindo a existência de omissão no referido acórdão, porquanto, embora não tenha sido objeto de requerimento da Defesa nas razões de apelação, a Procuradoria de Justiça havia formulado no parecer o pedido de reconhecimento, de ofício, da desclassificação do crime capitulado no art. 33 da Lei nº. 11.343/2006 para a conduta do art. 28 da

mesma Lei, tendo em vista a inexistência de prova na ação penal da prática do tráfico de drogas. É o Relatório. Decido. Salvador/BA, de de 2023. Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CRIMINAL n. 8033017-04.2022.8.05.0001.1.EDCrim Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma EMBARGANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): MARCELO BONFIM DOS SANTOS EMBARGADO: DEIVIDE DE SANTANA MOREIRA VOTO De início, cumpre asseverar que os presentes Embargos de Declaração comportam conhecimento, uma vez que preenchem os requisitos de admissibilidade. Compulsando os autos, verifica-se que assiste razão a insurgência manifestada pela Procuradoria de Justiça, acolhendo esta Relatora os Embargos de Declaração, a fim de fazer cessar a omissão no acórdão que negou provimento à apelação, afastando a arguição de nulidade, deixando, no entanto, de enfrentar o pleito do Parquet quanto ao enquadramento jurídico da conduta do agente. Com efeito, analisando os elementos probatórios constantes na ação penal de origem, verifica-se que o embargado, Deivide de Santana Moreira, foi abordado por policiais militares que faziam rondas de rotina no bairro de Itapuã, no dia 23/02/2022, por volta das 07:40hs, por ter ele dispensado um material que continha 62 (sessenta e duas) porções de crack, com massa bruta de 49,07g (quarenta e nove gramas e sete decigramas). No curso na persecução penal realizada em Juízo, as testemunhas relataram que visualizaram o embargado dispensando a droga, assim relatando: SD/PM JORGE SOARES BISPO (Pje Mídias): Que em fevereiro desse ano estava lotado na 15ª Delegacia de Polícia com atuação no Bairro de Itapuã; que lembra de ter feito a abordagem e prisão do acusado justamente nessa área; que foi na Baixa do Soronha; que estava em ronda pela localidade; que é comum o tráfico de drogas lá; que quando o denunciado avistou a viatura, empreendeu fuga, sendo alcançado um pouco mais à frente, e foi encontrado uma certa quantidade de uma substância aparentando ser droga; que salvo engano parecia ser crack; que o denunciado trazia a droga na mão dele; que quando avistou a guarnição, jogou de lado; que viu o momento que o denunciado jogou a droga; que foi a primeira vez que abordou o denunciado; que estava acompanhado do policial João Paulo; que o denunciado tentou evadir do local além de dispensar a droga; que em nenhum momento saiu do campo de visão do depoente; que ao ser abordado, o denunciado falou que estava com mais dois indivíduos; que com certeza viu o denunciado dispensando as drogas no solo; que a abordagem ocorreu em via pública; que não se recorda se foi apreendido outro material; que o depoente era o comandante e motorista da moto; que o depoente fez a busca pessoal no acusado; que o acusado não reagiu a prisão. SD/PM JOÃO PAULO OLIVEIRA SANTOS e SANTOS (Pje Mídias): Que se recorda do denunciado; que em fevereiro do corrente ano estava lotado no moto patrulhamento da Polícia Militar, com o colega Jorge Soares, com atuação em Itapuã, 15ª CPI; que se recorda da abordagem que culminou na prisão do acusado na Baixa do Soronha em Itapuã; que desceram para fazer a incursão de costume e, ao avistar a guarnição, o denunciado evadiu mas conseguiram alcançar o mesmo; que o acusado ao ver os policiais jogou uma porção de substância no chão; que quando verificaram, se não se engana, era pedra de crack; que o local é conhecido pelo tráfico de drogas; que em nenhum momento o acusado fugiu da visão dos policiais pois eles estavam de moto; que viu com certeza na hora que o acusado dispensou a droga; que foi a primeira vez que abordou o acusado; que a abordagem foi por causa da evasão do acusado; que o denunciado não

reagiu; que o policial Jorge Soares foi quem fez a busca pessoal; que na localidade tem muito usuário e também tem muito tráfico de drogas; que quando foi dada a voz de abordagem ao acusado, ele evadiu e então eles seguiram o denunciado até alcançá-lo; que a voz de abordagem foi dada em função do local Baixa da Soronha é contumaz em tráfico de drogas; que é conhecido como “Biqueira”, “Boca de Fumo”; que ele estava num local onde outros elementos também já foram presos por tráfico; que o local é suspeito; que a abordagem foi rotineira; que se não se engana foi feita a abordagem no horário da manhã. Como bem pontuado pela Procuradoria de Justiça, o cenário probatório observado dos autos não aponta, com a certeza necessária, que os entorpecentes atribuídos ao embargado se destinavam ao tráfico de drogas. A prova testemunhal produzida em Juízo não logrou comprovar que a posse de tal substância destinava-se ao tráfico de entorpecentes, tendo o policial João Paulo afirmado que a localidade onde o embargado foi preso é, inclusive, frequentada por usuários: “na localidade tem muito usuário e também tem muito tráfico de drogas”. Veja. As testemunhas responsáveis pela diligência não forneceram elementos indispensáveis e robustos para a confirmação do crime descrito no art. 33 da Lei nº. 11.343/2006, cingindo-se em narrar que visualizaram o réu dispensar um saco contendo pedras de crack. O só fato de ter sido apreendido psicotrópico com o embargado não induz à automática conclusão de que este se destinava ao tráfico, não tendo sido encontrado nenhum elemento que corroborasse a versão descrita na denúncia, como petrechos para o comércio ilegal, anotações de venda ou mesmo testemunhas que indicassem ser Deivide traficante. Embora o réu tenha negado a propriedade das drogas, aduzindo que a dispensa do material foi realizada por outras pessoas, confessou nas duas oportunidades em que se manifestou nos autos ser ele usuário de drogas, especificamente crack e cocaína, confessando à magistrada da instrução ser morador da região onde a prisão ocorreu. ID 34494150: “(...) PERG; SE O INTERROGADO É USUARIO DE DROGAS? RESP: CRACK E COCAINA, CERCA DE 02 ANOS.” Deivide de Santana Moreira (Pje mídia): Que não é verdade; que estava na localidade e é usuário; que estava só com o celular; que os outros rapazes que estavam na região correram e que não tinha nada com o depoente; que a droga estava lá; que não sabe ler direito e a delegada pediu para assinar o papel; que não conhecia os policiais; que é morador da região e é usuário, que já tinha passagem na polícia; que os policiais acharam a substância no chão quando os caras correram. O cenário processual, diante da debilidade probatória apontada, não autoriza o Judiciário a manter uma condenação penal pelo tráfico de drogas, sendo imperiosa a incidência do princípio norteador do Direito Penal, o in dubio pro reo, enquadrando a conduta do embargado no art. 28 da Lei nº. 11.343/2006, nos termos da insurgência manifestada pela Procuradoria de Justiça. Dispõe o § 2º do art. 28 da Lei de Drogas que: § 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. A natureza do entorpecente cuja propriedade foi atribuída ao embargado corresponde ao tipo de droga utilizada por ele, segundo consta de sua confissão; o local onde a abordagem foi realizada, malgrado apontado pelos policiais como região de tráfico e de frequência por usuários, é próximo à residência do embargado, segundo verifica-se dos autos (ID 34494150); as condições em que a ação se desenvolveu não lograram comprovar a prática do tráfico, inexistindo elementos outros que apontem a comercialização ilícita, como anotações de

compradores ou petrechos. A quantidade, conforme oportunamente destacado pela Procuradoria de Justiça, não pode ser considerada elevada, não havendo no histórico de vida do embargado, segundo analisado dos autos de origem, indicação de envolvimento com o tráfico de drogas ou organizações criminosas. Em situações como a ora posta a julgamento, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido pela adoção de uma interpretação mais favorável e razoável ao réu, reconhecendo a desclassificação do tráfico para a conduta do art. 28 da Lei nº. 11.343/2006, destacando que: “Na espécie em julgamento, não constam dos autos elementos mínimos capazes de embasar a condenação por tráfico de drogas, haja vista a pequena quantidade de substância entorpecente apreendida com o acusado, bem como a ausência de provas concretas sobre a traficância, na medida em que ele foi abordado sozinho, e os policiais não presenciaram nenhum ato concreto de mercancia. O réu não foi pego fornecendo nem negociando drogas com terceiros. Também não foi encontrado em poder dele nenhum apetrecho ligado à narcotraficância, tal como balança de precisão ou material para embalar drogas.” (AgRg no AREsp n. 2.134.120/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 28/10/2022.) AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA.

RECONSIDERAÇÃO. MATÉRIA PREQUESTIONADA. REVALORAÇÃO JURÍDICA DE FATOS INCONTROVERSOS. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/2006. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA MERCANCIA ILÍCITA. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE DE DROGAS. SEMI-IMPUTABILIDADE RECONHECIDA PELO JUÍZO DE ORIGEM. 1. Devidamente prequestionada a matéria, é de ser reconsiderada a decisão que não conheceu do agravo. 2. Tratando-se da atribuição de nova qualificação jurídica a fatos incontroversos registrados pelas instâncias ordinárias em suas respectivas decisões, fica afastada a aplicação da Súmula n. 7/STJ. 3. O quadro fático dos autos autoriza a conclusão de que, apesar de os depoimentos dos policiais serem merecedores de credibilidade como elementos de convicção, não demonstram inequivocamente, acerca da droga, a sua destinação para a comercialização, além de ter sido apreendida quantidade não relevante, tratando-se de apenas 0,45 gramas de crack e 32,67 gramas de cocaína. 4. O fato de o sentenciado já ter sido preso em outra ocasião pelo mesmo delito não é suficiente para demonstrar que a droga apreendida era destinada ao comércio, especialmente por não ter sido flagrado vendendo ou expondo à venda a droga, bem como por não ter havido a apreensão, em sua residência, de balança de precisão ou de petrechos para a comercialização de drogas. 5. Considerando a apreensão de quantidade não expressiva de drogas, o reconhecimento pelo Juízo de origem da semi-imputabilidade do réu e a ausência de juízo de certeza quanto aos elementos indicativos da comercialização do entorpecente, afigura-se mais razoável adotar a interpretação mais favorável ao imputado, com a desclassificação da conduta delituosa para o tipo previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. 5. Agravo regimental provido. Agravo conhecido para prover o recurso especial a fim de desclassificar a conduta para o tipo previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, devendo o Juízo de origem aplicar as sanções nele cominadas, como entender de Direito. (AgRg no AREsp n. 2.115.939/MG, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 28/10/2022.) Neste sentido, diante do quanto fundamentado nos presente aclaratórios com efeitos modificativos, diante do reconhecimento da omissão quanto ao pedido formulado pela Procuradoria de Justiça no parecer acostado aos autos da apelação de mesma numeração, tendo em vista que a medida judicial

adotada neste processo implica no deslocamento de competência para uma das varas do juizado especial criminal, nos termos do art. 48, § 1º da Lei nº. 11.343/2006, determina-se a redistribuição para uma das varas competentes. Ex positis, acolhe esta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, os Embargos de Declaração com efeitos modificativos para sanar omissão do acórdão ID 40320466 dos autos de Apelação nº. 8033017-04.2022.8.05.0001, fazendo constar os fundamentos expostos no presente voto, reconhecendo a desclassificação do art. 33 para o art. 28 da Lei nº. 11.343/2006 atribuída a Deivide de Santana Moreira. Salvador/BA, de de 2023. Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora