

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300286-80.2019.8.05.0079 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Lorrان Victor Costa Santos e outros Advogado (s): NILO CARNEIRO DIAS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSO PENAL. APELANTE CARLOS ROBERTO CARDOSO LEMOS. CONDENAÇÃO PELO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06 MANTIDA. COMPROVADA A POSSE DE 03 (TRÊS) BUCHAS DE "MACONHA" QUANDO DA ABORDAGEM DOS POLICIAIS QUE REALIZARAM SUA PRISÃO EM FLAGRANTE. Fixada, na sentença pena de prestação de serviços à comunidade pelo período de cinco meses. CUMPRIMENTO DE PRISÃO PREVENTIVA POR QUASE 11 MESES. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUE SE IMPÕE. "DETRAÇÃO PENAL ANALÓGICA VIRTUAL" – APLICABILIDADE NO CASO CONCRETO. APELANTE LORRAN VICTOR COSTA SANTOS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 2/3 PARA O TRÁFICO PRIVILEGIADO. ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA NA SENTENÇA PARA APLICAÇÃO DE REDUTOR INFERIOR AO MÁXIMO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA QUE NÃO SE MOSTRA EXCESSIVA. REDUÇÃO DA PENA PARA 01 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO E 166 DIAS-MULTA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO ARTIGO 387, § 2º DO CPP PARA ALTERAR O REGIME INICIALMENTE FIXADO PREJUDICADO. PLEITO DE ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. INADMISSIBILIDADE. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO 1. Restou comprovado que o réu, Carlos Roberto Cardoso Lemos, portava 03 (três) buchas de "maconha" quando foi abordado pelos policiais que realizaram sua prisão em flagrante, os quais se mostraram convictos e seguros, em absoluta harmonia, seja na seara inquisitorial, seja no âmbito processual, confirmando a prática delitiva, não havendo que falar-se em absolvição. Fixada, na sentença pena de prestação de serviços à comunidade pelo período de cinco meses. 2. Levando-se em conta, entretanto, o tempo que o réu permaneceu preso (quase onze meses) diante da conversão do flagrante em prisão preventiva, considero cumprida a pena uma vez que a pena privativa de liberdade é mais gravosa do que a prestação de serviços à comunidade, declarando, assim, extinta a sua punibilidade. Conforme julgado pelo STJ no HC nº 390.038/SP, como no crime do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 o preceito secundário comina somente penas alternativas, é possível aplicar a "detração penal analógica virtual" e considerar que o tempo da prisão provisória foi mais que suficiente para compensar eventual condenação, extinguindo-se a punibilidade. 3. O juiz de piso reconheceu que o réu Lorrان Victor Costa Santos é primário, sua reprovabilidade não excedeu à normal prevista no tipo penal, e não há notícia de que integra organização criminosa voltada para o tráfico ilícito de entorpecentes. Apesar disso, ao reconhecer a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, procedeu à diminuição da pena em apenas um sexto, em razão da quantidade e natureza das substâncias com ele apreendidas. Apesar disso, considerando que foram apreendidas apenas 90 (noventa) gramas de "maconha" e 01 (uma) pedra de "cocaína", pesando 10 gramas, razão não assiste ao magistrado, pois a quantidade não pode ser considerada elevada, fazendo jus o apelante ao redutor em seu grau máximo, aplicando-se a fração de 2/3 para o tráfico privilegiado. 4. Restando fixada a pena em 01 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 dias-multa, com o estabelecimento de regime inicial aberto, o pedido de aplicação do artigo 387, § 2º do CPP para alterar o regime inicialmente fixado restou prejudicado. 5. No que concerne à isenção do pagamento das custas processuais, tal pedido deverá ser formulados junto ao Juízo da Vara de Execuções Penais, na fase de execução da sentença condenatória,

quando então será possível aferir a verdadeira situação econômica do condenado. Recurso não conhecido, neste ponto. 4. Recurso parcialmente conhecido e, nesta extensão, parcialmente provido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0300286-80.2019.8.05.0079, em que figura como apelantes Carlos Roberto Cardoso Lemos e Lorrان Victor Costa Santos e, e como apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO. ACORDAM os Desembargadores componentes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER PARCIALMENTE e, nesta extensão, JULGAR PARCIALMENTE PROVIDO o recurso interposto, pelas razões adiante alinhadas. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 16 de Dezembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300286-80.2019.8.05.0079 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Lorrان Victor Costa Santos e outros Advogado (s): NILO CARNEIRO DIAS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO O ilustre Representante do Ministério Público ofereceu a denúncia de Id 34187801 contra Lorrان Victor Costa Santos e Carlos Roberto Cardoso Lemos, pela prática dos crimes tipificados no art. 33, caput, caput, e 35, da Lei nº 11.343/2006. Narra a denúncia in verbis que: “Consta dos autos do inquérito policial que, no dia 21 de janeiro de 2019, por volta das 17h30min, prepostos da Rondesp Sul realizavam policiamento ostensivo e preventivo pelo bairro Alecrim II, nesta urbe, quando viram passar, pela Avenida Campo Verde, um FIAT/UNO, branco, plotado de táxi, ocupado pelo motorista e dois passageiros. Realizaram, então o acompanhamento tático do veículo por alguns metros e à frente deram ordem de parada ao motorista, que estacionou o carro. Todos desembarcaram do automóvel e foram abordados e revistados, mas nada de ilícito foi encontrado com o taxista, pelo que este foi liberado. No entanto, os policiais acharam, no bolso da bermuda do denunciado CARLOS ROBERTO, 03 (três) buchas de “MACONHA”, embaladas em plástico, já prontas para a comercialização, uma carteira porta cédulas com o documento de identificação do denunciado e um comprovante de depósito bancário no valor de R\$ 700,00 (setecentos reais), destinado a ELINES DE JESUS SANTOS. De igual modo, encontraram 04 (quatro) buchas de “MACONHA” no bolso do short do denunciado LORRان VICTOR.” “Na ocasião, CARLOS ROBERTO confessou aos policiais que era traficante e que o valor depositado era proveniente da venda de drogas que havia realizado mais cedo. LORRان VICTOR, por seu turno, informou que mantinha mais drogas em depósito na sua residência, razão por que a equipe se dirigiu ao endereço comunicado. No local, esta se deparou com a genitora do denunciado, a qual franqueou aos policiais a entrada e autorizou a busca no imóvel” “Durante o procedimento, os militares avistaram, no quintal da residência, um armário de concreto, dividido em alguns compartimentos, e, em um deles, um microondas velho, em cujo interior havia uma sacola plástica com 54 (cinquenta e quatro) buchas de “MACONHA”, pesando 35g (trinta e cinco gramas), 06 (seis) tabletes, ainda não fracionados, da mesma substância entorpecente, com peso total de 60g (sessenta gramas), e ainda uma porção de “COCAÍNA”, pesando cerca de 10g (dez gramas).” “Interrogados na Delegacia, ambos afirmaram que são amigos desde a infância e que foram juntos à Casa Lotérica realizar o depósito bancário, mas no retorno foram interceptados pelos policiais. CARLOS negou seu envolvimento com o tráfico de drogas, bem como refutou que estivesse portando as três buchas de “MACONHA” apreendidas consigo. LORRان, entretanto, confessou que estava traficando “MACONHA” e “COCAÍNA”

para ganhar algum dinheiro.” “Ocorre que a versão trazida pelo denunciado CARLOS não se sustenta, pois a prova indiciária revela que ele e seu comparsa se associaram de forma estável e permanente para praticar a traficância, tanto que foram juntos realizar o depósito dos valores provenientes da venda de entorpecentes, oportunidade em que carregavam consigo frações das mercadorias ilícitas comercializadas. Assim, tudo indica que CARLOS e LORRAN, impelidos pelo liame subjetivo e animus associativo, resolveram estender a relação de amizade de longa data para o campo dos negócios espúrios e se uniram para comercializar drogas. 6 – Isso considerado, os elementos de convicção carreados aos autos são suficientes para sustentar a pretensão acusatória aqui formulada”. Transcorrida a instrução, o d. Juiz julgou procedente em parte a denúncia para condenar o acusado, Lorrان Victor Costa Santos, pelo delito do art. 33 caput, da lei 11.343/2006, à pena de em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias–multa, e o acusado, Carlos Roberto Cardoso Lemos, como incurso nas penas do art. 28, da lei 11.343/2006, por desclassificação do delito do art. 33, caput, da lei 11.343/06, à pena de prestação de serviços a comunidade, pelo período de cinco meses, bem como absolvê-los da imputação do delito do art. 35 da lei 11.343/2006. Inconformada, a Defesa apelou. Nas razões de Id 34188054 requereu: a) quanto ao recorrente Carlos Roberto Cardoso Lemos: 1 – a reversão do julgado para absolver o recorrente da pena imposta, julgado ao final improcedentes os pedidos, nos termos expostos ou 2 – na remota possibilidade de manutenção da decisão de piso, pugna pela declaração de extinção da pena, nos termos expostos; b) quanto ao recorrente Lorrان Victor Costa Santos 1 – a reforma da sentença de 1º grau, para o emprego da redução máxima prevista no § 4º da lei nº. 11.343, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, nos termos expostos; 2 – Aplicação da detração prevista no artigo 387, § 2º do CPP, nos termos expostos; c) Conceder aos recorrentes os benefícios da assistência judiciária gratuita. Em contrarrazões (Id 34188057), o Ministério Público rebateu os argumentos defensivos, pugnando pelo desprovemento da apelação. A d. Procuradoria de justiça, no parecer de Id 33766535, opinou pelo conhecimento e não provimento, recurso de Lorrان Victor Costa Santos e conhecimento e provimento parcial do recurso de apelação de Carlos Roberto Cardoso lemos, tão somente para aplicar a detração penal, modificando o regime de cumprimento de pena. Eis o relatório. Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300286–80.2019.8.05.0079 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Lorrان Victor Costa Santos e outros Advogado (s): NILO CARNEIRO DIAS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Presentes o pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, recebo o recurso em seu efeito devolutivo. Uma análise acurada do caderno processual permite extrair do conjunto probatório coligido a prática dos crimes tipificados no art. 28 e 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. A materialidade em relação aos crimes da Lei 11.343/06 está demonstrada pelo auto de exibição e apreensão e pelos laudos de exame pericial das substâncias apreendidas, que consignam, respectivamente, in verbis: “61 (sessenta e uma) buchas de uma substância análoga a droga entorpecente maconha; 06 (seis) taletes de tamanhos variados de uma substância análoga a droga entorpecente maconha, pesando no total 96,5 gr (noventa e seis e meio gramas); 01 (uma) pedra de cor

branca, supostamente da droga entorpecente cocaína. Pesando no total 10gr (dez gramas); 01 (um) recibo de depósito em conta poupança, (ag. 0075 co. 3114-6, op. 13) no valor de R\$ 700,00 (setecentos reais); 01 (um) aparelho celular, de cor verde, motorola; 01 (um) relógio de cor prateada; 01 (um) cordão de cor prateada" "RESULTADO: Detectada a substância Tetrahydrocannabinol (THC) no material analisado, um dos princípios ativos da do vegetal Cannabis sativa, L. o qual se encontra relacionado na Lista F-2 da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde ora em vigor" (fls.77). "RESULTADO: Detectada a substância Benzoilmetilecgonina (cocaína) no material analisado. O alcaloide da cocaína é uma substância de uso proscrito no Brasil e constante na Lista F-1 da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, ora em vigor" (fls.78). A autoria também restou incontroversa, como se pode extrair dos depoimentos prestados na fase inquisitorial e em juízo. As testemunhas Marcelo Conceição Ribeiro e Darlei da Silva Santos relataram à autoridade policial, o último também em juízo, que estavam realizando rondas ostensivas no Bairro Alecrim III, nesta cidade, mais precisamente na Avenida Campo Verde, quando avistaram um táxi, transportando passageiros que estavam em atitude suspeita. Disseram que tinham três pessoas dentro do referido veículo e fizeram a abordagem. Continuaram dizendo que realizaram buscas pessoais nos ocupantes do táxi e apreenderam com o acusado Carlos Roberto Cardoso Lemos 03 (três) buchas de "maconha", um comprovante de depósito no valor de R\$700,00 em favor de Elines de Jesus Santos e sua carteira. Disseram, ainda, que o acusado Carlos Roberto Cardoso Lemos entrou em contradição em relação ao beneficiário do depósito e ele acabou revelando que o citado valor era proveniente da "venda de drogas mais cedo". Relataram que apreenderam também com o acusado Lorrán Victor Costa Santos 04 (quatro) buchas de "maconha" e que, questionado se teria mais substâncias entorpecentes, Lorrán confessou que tinha mais drogas em sua residência. Relataram, ainda, que foram na residência de Lorrán e, com a entrada autorizada por sua mãe, a qual acompanhou a diligência, apreenderam mais drogas, precisamente 54 (cinquenta e quatro) buchas de "maconha", pesando aproximadamente 35 gramas, fracionadas e embaladas prontas para comercialização, 06 (seis) tabletes da mesma substância, pesando aproximadamente 60 gramas e, ainda, 01 (uma) pedra de "cocaína", pesando 10 gramas (fls.08-09, 12-14 e 153). A testemunha policial Hannan Lemos Tourino declarou os fatos à autoridade policial em harmonia com os depoimentos das testemunhas Marcelo Conceição Ribeiro e Darlei da Silva Santos. Disse em juízo que ratifica seu depoimento prestado à autoridade policial, mas que não se recorda dos detalhes da diligência, mas confirma que realizou as buscas pessoais nos acusados e que na casa de um deles, o Comandante Marcelo encontrou mais drogas semelhantes à "cocaína" (fls.15-18 e 153). A testemunha Alexsandro da Conceição Santos relatou em juízo que não presenciou os fatos. Disse que conhece o acusado Lorrán desde quando ele era criança e que trabalhava com o pai do referido acusado. Por fim, disse que Lorrán também trabalhava com o pai e que nunca o viu andando com o acusado Carlos (fls.165). A testemunha Aline Santos da Silva declarou em juízo que é amiga do acusado Carlos e que o conhece desde criança. Disse que o acusado Carlos trabalhou no "limão" com ela e que ele também trabalhava como ajudante de pedreiro com o pai (fls.164). O acusado Carlos Roberto Cardoso Lemos negou à autoridade policial e em juízo a prática dos crimes imputados na denúncia. Disse na fase policial que no dia dos fatos chamou seu amigo Lorrán para lhe acompanhar, pois

estava indo no centro da cidade fazer um depósito de R\$700,00 para a filha de sua vizinha conhecida pelo apelido "Coroa". Disse que voltaram de táxi e, durante o trajeto, foram interceptados por policiais militares da Rondesp-Sul que obrigaram o interrogado e Lorrان a desembarcarem do veículo, momento em que todos foram revistados. Continuou dizendo que os policiais apreenderam o comprovante de depósito bancário no valor de R\$700,00 e o valor em espécie de R\$300,00, fruto do seu trabalho como ajudante de pedreiro. Por fim, disse que não foi encontrada "maconha" em sua posse e não viu os policiais apreenderem drogas com Lorrان (fls.23-26). Em juízo, o acusado Carlos Roberto Cardoso Lemos disse que foi ao centro da cidade trocar uma bermuda que havia comprado e depositar um dinheiro para sua vizinha chamada "Lica", momento em que pegou uma "lotação" para voltar para casa. Disse que entrou na "lotação" e ficou aguardando preencher o número de pessoas para seguirem viagem. Relatou que o acusado Lorrان e uma mulher embarcaram no veículo e todos seguiram viagem. Relatou, ainda, que a mulher ficou no Bairro Paquetá e, com o acusado Lorrان, foram em direção ao Bairro Alecrim, onde moram. Continuou dizendo que os policiais os abordaram no ponto em que desce para a sua casa e que não portava drogas, sendo que os policiais apresentaram as drogas já na Delegacia de Polícia. Relatou que o comprovante de depósito no valor de R\$700,00 apreendido era do dinheiro que depositou para sua vizinha "Lica", mas que não arrolou "Lica" porque a sua mãe disse que ela se mudou para o Bairro Tiago de Melo. Continuou relatando que conhecia a sua vizinha há três meses e que não conhece os policiais que lhe prenderam e nem o Delegado de Polícia, sendo que não tem nada a alegar contra eles. Por fim, disse que os policiais apreenderam R\$300,00 que lhe pertenciam (fls.162). O acusado Lorrان Victor Costa Santos confessou na fase policial que estava traficando drogas. Disse que a "maconha" e a "cocaína" apreendidas eram apenas "para adiantar o lado, ou seja, ganhar dinheiro". Continuou dizendo que, no dia dos fatos, Carlos Roberto Cardoso Lemos, seu amigo de infância, chamou-o para fazer um depósito para uma pessoa que não conhece e que na volta foram abordados por policiais militares. Disse, ainda, que não foi encontrado drogas com o interrogado e nem com o acusado Carlos, mas que foram encontradas drogas na sua residência. Relatou que a "maconha" encontrada na sua residência era destinada ao seu consumo, mas que a cocaína era para venda. Relatou, ainda, que um pino de cocaína é vendido por R\$20,00 e uma "bucha" de "maconha" por R\$5,00. Por fim, disse que acredita que o acusado Carlos não é traficante de drogas. Em juízo, Lorrان confessou a propriedade apenas das drogas apreendidas na sua casa, com exceção dos tabletes de "maconha". Disse que a droga estava dentro do micro-ondas, mas que ela era destinada ao seu consumo. Disse, ainda, que não estava com drogas na "lotação" e que encontrou o outro acusado por acaso, mas que não eram amigos, só conhecidos porque já estudaram juntos e moram no mesmo Bairro. Por fim, disse que trabalhava com o pai, fazendo artesanatos, e que comprou toda a droga por R\$300,00. Andou bem o juízo de piso ao condenar Carlos Roberto Cardoso Lemos pela prática do crime previsto no art. 28 do CP. Para determinar-se se a droga se destinava a consumo pessoal, o juiz observará a natureza e quantidade da droga apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e aos antecedentes do agente (art. 28, § 2º, Lei 11.343/06). No caso dos autos, verifica-se que o apelante Carlos Roberto Cardoso Lemos portava 03 (três) buchas de "maconha" quando foi abordado pelos policiais que realizaram sua prisão em flagrante, os quais se mostraram convictos e seguros, em absoluta

harmonia, seja na seara inquisitorial, seja no âmbito processual, confirmando a prática delitiva, não havendo que falar-se em absolvição. DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE (apelante Carlos Roberto Cardoso Lemos) Requer o apelante, na possibilidade de manutenção da pena imposta, seja declarada extinta a punibilidade em razão do cumprimento total do quanto fixado. Ressalta que foi preso em 21.01.2019 e só foi solto em 07.11.2019 (fls. 205/208), tendo ficado preso durante quase 11 meses até ser posto em liberdade. Assim, não possui mais pena a cumprir, devendo a mesma ser declarada extinta em razão do cumprimento total. De fato, foi fixada, na sentença, pena de prestação de serviços à comunidade pelo período de cinco meses. Considerando, entretanto, o tempo que o réu permaneceu preso (quase onze meses) diante da conversão do flagrante em prisão preventiva, considero cumprida a pena uma vez que a pena privativa de liberdade é mais gravosa do que a prestação de serviços à comunidade e foi cumprida por maior período, declarando, assim, extinta a sua punibilidade. Impossível desprezar que o Art. 28 da Lei de Drogas não prevê pena privativa de liberdade e que o apelado foi preso preventivamente por quase 11 (onze) meses em razão do fato apurado nos presentes autos. Inegável, portanto, a ausência de justa causa para prosseguimento da ação, ainda que pelo rito do Juizado Especial, pois nada poderá ser mais grave do que já imposto e sofrido pelo réu ab initio. Veja-se, ainda, que, até mesmo a oferta de transação penal seria gravosa no contexto dos autos, pois ainda condicionada ao cumprimento das medidas impostas. Isto, na verdade, seria postergar a reprimenda estatal quando o mais grave e incabível, na hipótese, – segregação – já foi imposto. Desse modo, a jurisprudência pátria, a fim de cessar a coação e eventual excesso na persecução penal, vem aplicando o instituto da “detrção penal virtual analógica”. Detração penal, pois houve cumprimento de pena antecipadamente. Analógica, uma vez que o artigo 28 da Lei de Drogas não prevê pena de prisão. E virtual, porque foi descontado o tempo, mesmo sem ser condenado. Nesse sentido: APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE POSSE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO (ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06). APELO DEFENSIVO. PROVIMENTO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO PARA O DE USO. Caso dos autos em que o conjunto probatório não demonstra que o réu detinha entorpecentes com o objetivo da narcotraficância, e sim para consumo próprio, restando comprovado que é apenas usuário de crack. Existência de suporte probatório para reformar a sentença que condenou o denunciado pela prática da conduta prevista no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, a fim de desclassificar o delito para aquele previsto no art. 28 da mesma Lei, pois se trata de posse de drogas para uso próprio, e não tráfico de entorpecentes, impondo-se o provimento do apelo defensivo. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. Considerando o tempo que o réu permaneceu preso, diante da conversão do flagrante em prisão preventiva, considero cumprida qualquer advertência que pudesse lhe ser dada a respeito dos efeitos nocivos do entorpecente, justificando-se que seja considerada extinta a sua punibilidade, de ofício. APELO DEFENSIVO PROVIDO. PUNIBILIDADE EXTINTA DE OFÍCIO. UNÂNIME. (Apelação Crime Nº 70075114322, ... Segunda Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Mello Guimarães, Julgado em 12/04/2018). (TJ-RS – ACR: 70075114322 RS, Relator: Luiz Mello Guimarães, Data de Julgamento: 12/04/2018, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/05/2018) Grifei PENAL E PROCESSUAL PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL – DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL –

INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06 – NÃO OCORRÊNCIA – TIPICIDADE DA CONDUTA – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – PRISÃO PREVENTIVA DESPROPORCIONAL – DETRAÇÃO PENAL ANALÓGICA VIRTUAL – APLICABILIDADE NO CASO CONCRETO – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1) Deve ser afastada qualquer alegação de inconstitucionalidade do crime de posse de drogas para uso próprio, previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06, pois o tipo visa coibir a difusão da droga e proteger a saúde pública e não o usuário individualmente, pelo que o agente que pratica tal conduta coloca em risco direto à coletividade, não havendo falar em ofensa à intimidade. 2) Se o conjunto probatório dos autos se mostra irrefutável quanto à apreensão da droga para consumo próprio, não se cogita de fragilidade probatória quanto à autoria e materialidade, especialmente diante da comprovação colhida durante a instrução processual. 3) Conforme julgado pelo STJ no HC nº 390.038/SP, como no crime do art. 28 da Lei nº 11.343/2006 o preceito secundário comina somente penas alternativas, é possível aplicar a detração penal analógica virtual, considerar que o tempo da prisão provisória foi mais que suficiente para compensar eventual condenação, extinguindo-se a punibilidade. 4) Apelo conhecido e parcialmente provido para extinguir a punibilidade. (TJ-AP – APL: 00269667520198030001 AP, Relator: Desembargador AGOSTINO SILVÉRIO, Data de Julgamento: 23/03/2021, Tribunal) Relativamente ao apelante Lorrان Victor Costa Santos restou incontroverso que o mesmo praticou o delito previsto no art. 33 da Lei 11343, irresignando-se a defesa quanto ao percentual de redução aplicado para o tráfico privilegiado. PLEITO DE REDUÇÃO NA FRAÇÃO DE 2/3 PARA O TRÁFICO PRIVILEGIADO O apelante requereu seja aplicada a redução na fração máxima de 2/3 para o tráfico privilegiado. Para melhor análise, transcrevo abaixo a fundamentação da dosimetria realizada pelo juízo de primeiro grau: "(...) Na primeira fase, não havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, na ausência de prova em sentido contrário, fixo a pena-base no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Na segunda fase, considerando a atenuante da menoridade relativa, reconheço sua aplicação, porém deixo de reduzir a pena do acusado abaixo do mínimo legal diante do previsto na Súmula 231 do STJ. Já na terceira fase, reconheço a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, vez que não ficou cabalmente comprovado ser o condenado Lorrان integrante de organização criminosa ou que se dedicasse ao tráfico de drogas como meio de vida. Com efeito, procedo a diminuição em um sexto, em razão da quantidade e da natureza das substâncias apreendidas com ele (58 buchas de "maconha", 06 (seis) tabletes da mesma substância, pesando aproximadamente 90 gramas e, ainda, 01 (uma) pedra de "cocaína", pesando 10 gramas, substância de alto poder viciante e alto poder econômico, que influência sobremaneira no cometimento de outros crimes, inclusive patrimoniais). Desta forma, torno definitiva a pena do acusado Lorrان Victor Costa Santos em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa. Como não foi objeto de prova a condição econômica do acusado, fixo o valor de cada dia-multa no mínimo legal equivalente a um trinta avos do salário mínimo. O regime inicial de cumprimento de pena, na forma do art. 33, § 2º do CP, é o semiaberto. Ressalte-se que este juízo entende pela inconstitucionalidade do art. 387, § 2º do CPP em função do princípio da igualdade previsto no art. 5º, caput da CF/88, pois dita regra legal trata de forma mais benéfica quem cumpre prisão cautelar, justamente aquele que coloca em risco a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da

lei penal, daquele que responde ao processo criminal em liberdade. Isso fica evidente no exemplo de um condenado a 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão pelo crime de tráfico de drogas privilegiado, com direito a detração penal de 02 (dois) meses, e outro condenado na mesma pena, pelo mesmo crime, porém sem direito à detração penal porque se encontrava em liberdade. Com efeito, aplicando-se a referida regra reputada inconstitucional, o primeiro, digamos "réu mais perigoso", poderia "progredir de regime" para o regime aberto já na sentença, apenas cumprido 02 (dois) meses de reclusão, enquanto que o outro deveria cumprir mais de 08 (oito) meses e 10 (dez) dias de prisão e ter bom comportamento carcerário, segundo a LEP, para conseguir o mesmo benefício. Logo, totalmente despropositada a regra legal do art. 387, § 2º do CPP. " O juízo de piso reconheceu favoráveis todas as circunstâncias do artigo 59 do CP, mantendo a pena no mínimo legal. Passando à análise do "tráfico privilegiado", afirmou que procedia à diminuição em um sexto, em razão da quantidade e da natureza das substâncias apreendidas com ele (58 buchas de "maconha", 06 (seis) tabletes da mesma substância, pesando aproximadamente 90 gramas e, ainda, 01 (uma) pedra de "cocaína", pesando 10 gramas. Como visto, o Magistrado reconheceu favoráveis todas as circunstâncias judiciais, assim como não haver notícia de que o réu integra organização criminosa voltada para o tráfico ilícito de entorpecentes. Entretanto, considerou elevada a quantidade de 90 gramas de maconha e 01 (uma) pedra de "cocaína", pesando 10 gramas. Data máxima venia, o entendimento não merece prosperar. Ao contrário do quanto afirmado pelo magistrado, as referidas quantidades não se mostram excessivas. Desse modo, não há justificativa idônea a afastar o redutor em seu grau máximo, motivo pelo qual deve ser aplicada a fração de 2/3 para o tráfico privilegiado. Nesse sentido é o posicionamento da jurisprudência desta Corte de Justiça: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RECORRENTE SENTENCIADO A CUMPRIR 02 (DOIS) ANOS, 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO, ALÉM DE 250 (DUZENTOS E CINQUENTA) DIAS-MULTA, PELA PRÁTICA DE CONDUTA DELITUOSA PREVISTA NO ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. REPRIMENDA SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO. RECURSO DEFENSIVO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE TRÁFICO PRIVILEGIADO EM PATAMAR MÁXIMO. PROVIMENTO. O parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 é específico ao determinar que as penas definidas no caput e § 1º do artigo 33 da referida lei, podem ser reduzidas, cumpridos os requisitos legais. No caso em análise, a Magistrada singular considerou que "o réu faz jus à redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei de tóxicos", tendo em vista sua primariedade, ausência de antecedentes desabonadores, e inexistência de indícios que se dedique às atividades criminosas ou que integre organização criminosa. Quanto ao índice de amortização, pelo que se extrai da sentença, a juíza a quo optou pela fração de metade. Todavia, o patamar utilizado para reduzir a pena ao reconhecer a forma privilegiada de tráfico não é de livre escolha do julgador sentenciante, devendo ser adequadamente motivado, o que não ocorreu no caso dos autos. Logo, ausente fundamentação idônea que implique na redução abaixo do máximo previsto, a medida mais benéfica ao apelante deve ser considerada. No caso em análise, merece prosperar o pedido, fazendo jus ao apelante o benefício da diminuição da pena em seu patamar máximo, eis que além de preencher todos os requisitos legais constantes no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, foi pequena a quantidade de droga apreendida em sua posse. Desse modo, deve a pena intermediária ser reduzida em 2/3, tornando definitiva a reprimenda em 01 ano e 08 meses de reclusão. Nesse contexto, como a sanção de multa guarda



proporcionalidade com a pena privativa de liberdade aplicada, procedendo-se a redução da pena em 2/3, a multa também sofrerá redução em igual patamar, restando, portanto, consignada em 166 dias-multa. RECURSO CONHECIDO e PROVIDO. (TJ-BA – APL: 03018064120138050126, Relator: JEFFERSON ALVES DE ASSIS, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 27/10/2020) Grifei EMENTA APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 33 DA LEI 11.343/2006 §§ PRELIMINARES DE NULIDADE PELO NÃO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, AUSÊNCIA DE CITAÇÃO VÁLIDA E INVERSÃO DA ORDEM DO OFERECIMENTO DE ALEGAÇÕES FINAIS §§ NÃO ACOLHIMENTO – DOSIMETRIA DA PENA §§ PENA-BASE REDIMENSIONADA PARA O MÍNIMO LEGAL §§ AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL – ACOLHIMENTO §§ TRÁFICO PRIVILEGIADO §§ RECONHECIMENTO EM SEU GRAU MÁXIMO – SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – RECURSO CONHECIDO, COM PRELIMINARES REJEITADAS E PROVIDO. (...) V – Na terceira fase de dosimetria da pena, razão assiste ao Apelante em relação ao pedido de incidência do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, devendo a reprimenda ser minorada em 2/3 (dois terços), porque não verificada qualquer circunstância relevante para a adoção de fração inferior ao aludido redutor. VI §§ Rejeitadas as preliminares de nulidade suscitadas pela Procuradoria de Justiça, julgo provida a Apelação Criminal para redimensionar a pena do réu para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão em regime aberto e pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à base de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, ao qual substituo por 2 (duas) penas restritivas de direitos a serem estabelecidas pelo Juízo de Execuções Penais. RECURSO CONHECIDO, COM PRELIMINARES REJEITADAS E PROVIDO APC. 0000026-74.2019.8.05.0209 §§ RETIROLÂNDIA RELATORA: NARTIR DANTAS WEBER (TJ-BA – APL: 00000267420198050209, Relator: NARTIR DANTAS WEBER, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 13/12/2019) Grifei Aplicando-se, portanto, a fração de 2/3 sobre a pena intermediária, chega-se à pena de 01 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Considerando o quantum da pena privativa de liberdade aplicado, fixo o regime inicial aberto para cumprimento, nos termos do Art. 33, § 2º, c, do Código de Processo Penal. Tendo em vista o preenchimento dos requisitos previstos no art. 44 do CP, substitui-se a pena privativas de liberdade por duas restritivas de direitos a serem escolhidas pelos Juízo da Vara de Execuções Penais. DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 387, § 2º DO CPP PARA ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL Considerando que, com a aplicação do redutor do tráfico privilegiado, o regime inicial foi alterado para o aberto, resta prejudicado o pleito de aplicação do artigo 387, § 2º do CPP para fixação de regime inicial mais brando. DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA No que diz respeito ao pedido de gratuidade da justiça, este não é o momento adequado para sua apreciação. A situação de miserabilidade do sentenciado não impede a condenação no pagamento das custas, consoante disposto no artigo 804, do Código de Processo Penal, in verbis: “a sentença ou o acórdão que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido”. A isenção somente poderá ser concedida ao réu na fase de execução do julgado, sob pena de supressão de instância, sendo esta a fase adequada para se aferir a real situação financeira do condenado. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado: "APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSUAL PENAL. FURTO. RAZÕES DO APELO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ACERVO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA CONDENAÇÃO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA EM AMBAS AS FASES. SÚPLICA PELA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. MOMENTO INADEQUADO. PEDIDO DEVE SER AFERIDO PELO JUÍZO DE EXECUÇÃO. SENTENÇA

CONDENATÓRIA MANTIDA. 1 <sup>00</sup> Apelante denunciado pela prática do delito tipificado no art. 155, caput, do Código Penal, por ter, no dia 29/10/2015, nas imediações do antigo Colégio General Osório, em Ilhéus, subtraído um aparelho celular de propriedade de Rebeca Souza Leal e Santos, tendo sido condenado à 01 (um) ano de reclusão, estabelecido o regime inicial aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, vez que apreendido logo após à prática do furto. Pena substituída por restritiva de direito. 2 <sup>00</sup> Malgrado as considerações sopesadas pelo Douto Defensor, a autoria resta sobejamente evidenciada, aliada à comprovada materialidade delitiva, porquanto, tendo sido contido por populares quando tentava evadir-se após tomar o celular da vítima, o próprio acusado confessa que praticou o ilícito, não havendo nenhuma contradição entre os relatos colhidos tanto na fase inquisitorial como na judicial, além da ofendida ter relatado o fato minuciosamente na fase inquisitorial, tendo sido encontrada a res furtiva com o acusado logo após o crime. 3 – Depreende-se do caderno processual que, mesmo tendo sido dispensado pelo Parquet o depoimento da vítima, nada interferiu na convicção que vinha sendo formada, considerando que o Apelante confessou a prática do ilícito em ambas as fases, tendo ainda acrescentado que furtou o celular da vítima porque estava com uma dívida. Descabida a tese absolutória. 4 – Quanto à súplica pela concessão da gratuidade da justiça, o estado de miserabilidade jurídica do acusado, a fim de viabilizar isenção de qualquer consectário legal, deve ser aferido no Juízo da Execução Penal. 5 – APELO CONHECIDO E IMPROVIDO, nos termos do Parecer ministerial. (TJ-BA – APL: 05035092420158050103, Relator: LUIZ FERNANDO LIMA, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 10/02/2021). (Grifei). Desse modo, não conheço do pedido. Diante do exposto, vota-se pelo CONHECIMENTO PARCIAL e, nesta extensão, pelo PROVIMENTO PARCIAL do Recurso de Apelação para declarar extinta a punibilidade do apelante Carlos Roberto Cardoso Lemos e, quanto ao apelante Lorrán Victor Costa Santos, fixar a fração máxima de 2/3 (dois terços) para o tráfico privilegiado, resultando na reprimenda definitiva de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos, cumulada ao pagamento da pena pecuniária de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Salvador, \_\_\_\_ de \_\_\_\_ de 2022. DES. CARLOS ROBERTO SANTOS ARAÚJO RELATOR