

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0510200-93.2020.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: e outros

Advogado (s): , registrado (a) civilmente como

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

Advogado (s):

ACORDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. PENAL, PROCESSO PENAL E LEI 11.343/2006. APELANTES CONDENADOS COMO INCURSOS NAS SANÇÕES DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006, AO CUMPRIMENTO DE UMA PENA, CADA UM, DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, E DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, NO VALOR DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO CRIME. NEGADO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE.

PRETENSÕES RECURSAIS:

1. ABSOLVIÇÃO PRETENDIDA PELOS DOIS APELANTES. INACOLHIMENTO. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS MILITARES SEGUROS E HARMÔNICOS, NO SENTIDO DE QUE AVISTARAM OS APELANTES, QUE EMPREENDERAM FUGA, MAS FORAM CAPTURADOS. ENCONTRADAS PORÇÕES DE MACONHA, CRACK E COCAÍNA EM BUSCA PESSOAL. VERSÕES DOS RECORRENTES ISOLADAS NOS AUTOS. MATERIALIDADE DELITIVA E AUTORIA SOBEJAMENTE COMPROVADAS. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES. CONDENAÇÕES QUE DEVEM SER MANTIDAS.

2. AFASTAMENTO DA SÚMULA 231 DO STJ EM FAVOR DO APELANTE ERLAN, DIANTE DA RECONHECIDA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO ACATADA. ENTENDIMENTO CONTIDO NA SÚMULA 231 PACIFICADO EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA,

DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA POR ESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

3. APLICAÇÃO DO REDUTOR INSCULPIDO NO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006. IMPROVIMENTO PARA O APELANTE ERLAN E PROVIMENTO PARA O APELANTE LUCAS. RECORRENTE ERLAN QUE OSTENTA DUAS CONDENAÇÕES COM TRÂNSITO EM JULGADO EM SEU DESFAVOR, PELA PRÁTICA DE CRIMES DE RÓUBO. REQUISITOS DO CITADO § 4º NÃO PREENCHIDOS. MINORANTE AFASTADA, PARA O APELANTE LUCAS, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE AÇÃO PENAL PENDENTE DE DEFINITIVIDADE. ARGUMENTO INIDÔNEO. OFENSA À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES PÁTRIOS. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO EM 2/3 (DOIS TERÇOS). REGIME INICIAL MODIFICADO PARA O ABERTO E SANÇÃO PRIVATIVA SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS PARA O RECORRENTE LUCAS E CONSEQUENTE CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE EM FAVOR DESTES.

4. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE MENCIONAR EXPRESSAMENTE CADA DISPOSITIVO. REQUISITO QUE SE SATISFAZ, NESTE JULGAMENTO, COM A EXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO SOBRE AS MATÉRIAS QUE SE PRETENDE SUBMETTER AO CRIVO DAS INSTÂNCIAS EXTRAORDINÁRIAS. PRECEDENTES.

APELAÇÃO INTERPOSTA EM FAVOR DE E IMPROVIDA.

APELAÇÃO INTERPOSTA EM FAVOR DE E PARCIALMENTE PROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 0510200-93.2020.8.05.0001, oriundos da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador, tendo como Apelantes e e como Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER E JULGAR IMPROVIDA A APELAÇÃO INTERPOSTA EM FAVOR DE e CONHECER E JULGAR PARCIALMENTE PROVIDA A APELAÇÃO INTERPOSTA EM FAVOR DE , de acordo com o voto do Relator.

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

Des.  
Relator  
05

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade  
Salvador, 5 de Maio de 2022.

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0510200-93.2020.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: e outros

Advogado (s): , registrado (a) civilmente como

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

Advogado (s):

## RELATÓRIO

"Trata-se de Apelação interposta por e por contra sentença condenatória proferida pela douta Magistrada da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador.

Segundo a Denúncia, no dia 08/09/2020, por volta das 18:30h, na Vila Paraíso, Engelho Velho de Brotas, cidade de Salvador, o ora Apelante trazia consigo, para fins de tráfico, 33,14g (trinta e três gramas e quatorze centigramas) de cocaína, 15,20g (quinze gramas e vinte centigramas) de crack, enquanto o Apelante trazia consigo 174,29g (cento e setenta e quatro gramas e vinte e nove centigramas) de maconha. Detalhou o Ministério Público que, no dia e local citados, Policiais Militares em rondas de rotina avistaram um grupo de quatro indivíduos que, ao perceberem a aproximação da guarnição, empreenderam fuga. Houve perseguição e os denunciados e foram alcançados. Em busca pessoal, com , foi apreendida uma sacola de cor preta contendo 101 (cento e uma) trouxinhas de maconha. Com Erlan, foram encontrados, no cós de sua bermuda, 25 (vinte e cinco) pinos de cocaína e 96 (noventa e seis) pedras de crack, individualmente embaladas em plástico incolor. Também foram

apreendidos um aparelho celular da marca Motorola e um relógio marca Invicta.

Por tais fatos, e foram denunciados pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 (ID 175717837 da Ação Penal). Após regular instrução, a Autoridade Judiciária de Primeiro Grau julgou procedente a pretensão deduzida na Denúncia, condenando e pelo cometimento do delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006. Para cada um deles, foi imposta uma pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do crime. Foi negado, aos dois, o direito de recorrer em liberdade (ID 175718232 da Ação Penal). Irresignados, e interpuseram a presente Apelação, por meio da qual pretendem: 1) a absolvição de ambos por fragilidade probatória, argumentando que os depoimentos dos Policiais devem ser valorados com cautela e, no caso concreto, são vagos, enquanto as versões dos Recorrentes são objetivas e coincidentes entre si; 2) o afastamento do Súmula 231 do STJ para o Apelante, principalmente por ofender a individualização das penas; 3) a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 em sua fração máxima de 2/3 (dois terços) para os dois Recorrentes, defendendo que ambos possuem condições pessoais favoráveis e que ações penais em curso não podem ser argumento para afastar a minorante. Consequentemente, pedem que seja substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; 4) por fim, prequestionam o art. 5º, LVII da CF, o art. 44 e o art. 65, caput e III, 'd' ambos do CP, o art. 386, VII do CPP e o art. 33, caput e § 4º da Lei 11.343/2006 (ID 175718237 e ID 175718268 da Ação Penal). Em contrarrazões, o Ministério Público refuta as teses da defesa e pugna pelo conhecimento e improvimento da Apelação (ID 175718271 da Ação Penal). Encaminhado o Recurso a esta Corte de Justiça, os autos foram com vista à douta Procuradoria de Justiça, que se manifestou pelo conhecimento e pelo improvimento da Apelação, para que seja mantida a sentença integralmente (ID 25891987). Após a análise deste caderno processual, elaborei o presente relatório e o submeti à censura do nobre Desembargador Revisor, para os devidos fins. É o relatório.

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

Des.  
Relator  
05

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

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: e outros

Advogado (s): , registrado (a) civilmente como

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

Advogado (s):

#### VOTO

Devidamente observados os pressupostos de admissibilidade recursal, conhece-se da Apelação e, inexistentes arguições de preliminares, adentra-se o mérito recursal.

##### 1. Absolvição por fragilidade probatória:

Segundo os Apelantes, os depoimentos dos Policiais, por serem as pessoas que efetuaram a prisão, devem ser valorados com cautela, sendo que, no caso concreto, eles ainda foram vagos, ao contrário dos Apelantes, que teriam apresentado versões coerentes e objetivas.

Inicialmente, registre-se que a materialidade delitiva é incontroversa e pode ser extraída do Auto de Exibição, do Laudo de Constatação Preliminar (ID 175717838, páginas 17 e 34) e do Laudo Pericial Definitivo (ID 175718114), que atestaram a apreensão de 174,29g (cento e setenta e quatro gramas e vinte e nove centigramas) de maconha dividida em 101 (cento e uma) porções; 33,14g (trinta e três gramas e quatorze centigramas) de cocaína em 25 (vinte e cinco) porções embaladas individualmente em microtubos plásticos incolores e azuis, além de 15,20g (quinze gramas e vinte centigramas) de pedras de crack em 96 (noventa e seis) porções embaladas individualmente em sacos plásticos incolores.

Sobre a autoria, em juízo foram ouvidos três Policiais Militares responsáveis pela prisão em flagrante dos Apelantes, sendo que apenas dois deles lembravam da ocorrência. O Policial Militar Condutor, , em juízo, confirmou os fatos narrados da Denúncia, descrevendo como tudo ocorreu da seguinte maneira:

SD/PM : se recorda dos fatos descritos na denúncia; que consegue visualizar os acusados presentes na audiência; que reconhece os acusados presentes na audiência; que se recorda que no dia dos fatos a guarnição do depoente estava fazendo policiamento na localidade mencionada por se

tratar de um local recorrente no tráfico de drogas quando alguns elementos notaram a presença da guarnição e tentaram evadir e sendo dois deles alcançados; que ao serem alcançados foram abordados e foi encontrado material entorpecente com os acusados; que os dois acusados estavam portando material entorpecente; que com certeza foi especificado na delegacia o que cada um trazia consigo; que foi encontrado com os acusados cocaína, crack e maconha embalados para venda; que a quantidade encontrada com cada um dos acusados era indicativa de tráfico; que o depoente não conhece os acusados; que não tem conhecimento do envolvimento dos acusados com outro fato delituoso; que os acusados não reagiram a prisão, apenas tentaram evadir; que a diligência ocorreu em via pública; que o material que foi apreendido foi conduzido para a delegacia juntamente com os acusados; que não se recorda se os acusados se machucaram durante a tentativa de fuga; que os policiais que participaram da diligência foi o Sd Gelásio que foi o motorista da guarnição e o Sd que foi patrulheiro; que um dos acusados trazia as drogas em uma sacolinha e outro estava com as drogas nas suas vestes; que se recordando da fisionomia dos acusados presente na audiência, que estava com as drogas na sacola; que o acusado trazia consigo as drogas nas vestes (...) quem fez a busca pessoal nos acusados foi o Sd ; que no dia dos fatos correram em torno de 4 a 5 elementos; que os acusados foram presos em via pública; que a diligência ocorreu no final do dia, mas não se recorda o horário exato; que o fato ocorreu no Engenho Velho de Brotas na localidade Vila Paraíso; que não se recorda se os acusados deram informações sobre essas drogas; que não houve resistência por parte dos acusados, apenas tentativa de fuga; que a cor da sacola que o acusado trazia consigo contendo as drogas era de cor preta. (ID 175718218) – Grifos deste Relator.

O Policial Militar , também em juízo, confirmou a versão acima narrada, embora não se lembre com tantos detalhes sobre a natureza, quantidade e forma em que as drogas eram trazidas. Veja-se:

SD/PM : se recorda vagamente dos fatos descritos na denúncia; que como de costume estavam em ronda e adentraram a localidade que é contumaz no tráfico de drogas e visualizaram que alguns elementos evadiram do local e tentaram alcançar os dois acusados presentes na audiência; que todos os elementos estavam juntos, entretanto o que dava indício é que estavam fazendo comércio de entorpecentes antes de correrem; que não dava pra identificar se eles estavam em uma roda; que não se recorda quem foi alcançado primeiro; que não se recorda o local exato em que os acusados estavam quando foram encontrados; que não se recorda se o local que os acusados estavam era uma casa ou um terreno baldio; que não se recorda quem dos acusados foi encontrado primeiro; que os acusados foram abordados e foi encontrado todo material que consta nos autos; que não se recorda se foi especificado na delegacia o que foi encontrado com cada um dos acusados; que o material que foi apreendido foi apresentado na delegacia; que é de costume que se fale na delegacia o que foi encontrado com cada um mas o depoente não se recorda se foi especificado o que foi encontrado com cada um dos acusados; que se recorda vagamente da fisionomia dos acusados; que possivelmente os acusados não reagiram a prisão; que não conhece os acusados; que não tem conhecimento do envolvimento dos acusados com outro fato delituoso; que não se recorda o tipo de droga que foi encontrado e nem como estavam acondicionadas; que não se recorda onde as drogas estavam; que o comandante da guarnição foi o Sd ; que participou dessa diligência apenas três policiais; que eram aproximadamente 4 a 5

elementos; que não houve tiros contra a guarnição; que o único material ilícito que foi encontrado com os acusados foram drogas (...) não se recorda o horário que ocorreu essa diligência; que não se recorda quem fez a busca pessoal nos acusados. (ID 175718183)– Grifos deste Relator.

O terceiro Policial Militar que depôs em juízo, , disse que não se recordar dos fatos e nem da fisionomia dos acusados, embora tenha afirmado que trabalhava com os outros Policiais ouvidos (ID 175718184).

Pelo conteúdo dos depoimentos acima expostos, não se pode falar em vazios ou em incoerência nas narrativas apresentadas pelos agentes públicos, pois os dois Policiais que narraram como os fatos se sucederam assim o fizeram de forma objetiva e harmônica.

Nesse contexto, ressalte-se que o Policial Militar Condutor ainda forneceu detalhes sobre como a droga estava sendo trazida pelos Apelantes, além de lembrar da natureza dos entorpecentes apreendidos (crack, maconha e cocaína).

Já o Policial Gelásio se lembrou da ocorrência, da apreensão de drogas com os dois acusados, mas não soube detalhar qual deles trazia drogas em um saco e qual trazia nas vestes e nem que tipo de entorpecente foi apreendido. Entretanto, tal ausência de detalhes não leva a conclusão de que não há provas de autoria, pois foi confirmada a apreensão de drogas com os dois Recorrentes.

Ora, Policiais Militares efetuam diligências e apreensões como a presente diuturnamente, sendo compreensível que não se forneça detalhes sobre todas as diligências efetuadas ou que haja pequenos conflitos entre as versões apresentadas. O que deve ser imprescindível é que não haja dúvidas sobre a apreensão de material ilícito com os acusados, que deve estar devidamente descrito no Auto de Exibição e Apreensão, como ocorreu, de forma satisfatória, no presente caso.

Importa salientar que, no Inquérito Policial, os três Policiais que depuseram em juízo também narraram como os fatos ocorreram de forma harmônica, confirmando a apreensão de crack, maconha e cocaína em poder dos Apelantes (ID 175717838, páginas 03/04, 06/07 e 08/09 da Ação Penal). Os Recorrentes, por sua vez, em juízo, negaram a prática do crime, apresentando a versão de que não se conheciam e de que estavam no local apenas para comprar drogas para uso próprio. Suas versões foram as seguintes:

Interrogatório de : os fatos narrados na denúncia não são verdadeiros; que o material descrito na denúncia não lhe pertencia; que no dia dos fatos estava trabalhando em um lava jato quando desceu para a boca de fumo para comprar drogas, por ser usuário de maconha; que quando chegou na boca de fumo visualizou meninos correndo e o interrogado também correu quando a guarnição chegou, porém por não conhecer a localidade se perdeu e foi alcançado; que não estava na posse das drogas mencionadas na inicial; que não conhecia o acusado ; que não conhecia os policiais que lhe prenderam; que já havia sido preso anteriormente por tráfico de drogas e não está respondendo a processo por isso; que não sofreu nenhum tipo de agressão durante essa abordagem (...) correu com os outros indivíduos, mas como não conhecia o local se perdeu; desceu para comprar maconha pois é usuário (...) quando a polícia prendeu o acusado , o interrogado já estava dentro da viatura; que não foram os policiais presentes na audiência que lhe prenderam. (ID 175718219)– Grifos deste Relator.

Interrogatório de Erlan: os fatos narrados na denúncia não são

verdadeiros; que tinha acabado de sair da cadeia e tinha ido na boca de fumo comprar drogas quando a polícia chegou; que a polícia chegou com o acusado já dentro da viatura; que os policiais colocaram o interrogado dentro da viatura porque estava indo na boca de fumo; que outros indivíduos correram quando notaram a presença policial; que já tinha comprado uma bala de maconha quando a polícia chegou ao local; que só estava com essa bala de maconha; que não sabe dizer de onde apareceu essas drogas e que só viu essas drogas na delegacia; que nunca se envolveu com tráfico de drogas; que não conhecia os policiais que lhe prenderam; que já havia sido preso anteriormente por assalto e não está mais cumprindo pena por isso; que não sofreu agressões durante essa diligência (...) no dia dos fatos já tinha sete dias solto pois havia saído da prisão; que no dia dos fatos desceu sozinho para a boca de fumo; que só viu o acusado quando o mesmo já estava na viatura; que não viu na boca de fumo e não sabe dizer porque estava preso, pois não o conhecia (...) que os policiais que lhe prenderam foram outros e não os policiais que foram ouvidos na audiência; que a diligência ocorreu por volta de 16h da tarde; que quando visualizou o mesmo estava dentro da viatura; que quando chegou na boca de fumo visualizou pessoas empreendendo fuga. (ID 175718220) – Grifos deste Relator.

Na fase policial, também negou a autoria do crime e, ao contrário do relatado em juízo, afirmou que “em seu poder ou posse nenhum entorpecente foi encontrado pelos militares.” (ID 175717838, página 10)

Já o Apelante, na fase policial, permaneceu em silêncio (ID 175717838, página 12).

Expostas todas as provas contidas nos autos, percebe-se ser absolutamente incabível a absolvição, pois os depoimentos dos Policiais foram objetivos e convergentes, no sentido de que viram os Apelantes fugindo e, quando foram capturados, foram encontradas as drogas já descritas. Não se pode falar, como pretende a defesa, em depoimentos vagos ou inseguros, pois as circunstâncias da prisão foram devidamente narradas e são suficientes para confirmar os fatos criminosos conforme acusação descrita na denúncia.

Veja-se que a afirmativa levantada pelos Apelantes, de que os Policiais que efetuaram a prisão em flagrante não foram os que depuseram, não tem nenhum suporte probatório e não pode ser aceita, sobretudo porque foram os referidos Policiais que apresentaram a droga na Delegacia de Polícia Civil, assim como apresentaram os flagranteados, para que o Delegado de Polícia lavrasse o Auto de Prisão em Flagrante.

Ainda sobre os depoimentos dos Policiais, enfatize-se que eles foram prestados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa e, indagados em Juízo, eles disseram desconhecer os Apelantes de diligências anteriores. Nesse contexto, deve ser salientado que a doutrina majoritária e a jurisprudência adotam o entendimento de que os Policiais não têm nenhum impedimento em depor sobre crimes, mesmo quando efetuaram o flagrante, sendo seus depoimentos válidos para embasar um decreto condenatório. Nesse sentido:

“(...) 2. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese (AgRg no AREsp 875.769/ES, Rel. Ministro, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, DJe 14/3/2017; AgRg no AREsp 926.253/SP, Rel. Ministro, QUINTA TURMA, julgado



em 18/8/2016, DJe 26/8/2016).

3. Agravo regimental não provido." (AgRg no AgRg no AREsp 1598105/SC, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 23/03/2020)

Repise-se que os Policiais ouvidos disseram que não conheciam os Apelantes de diligências anteriores, sendo que a prisão decorreu de rondas de rotina, e os Recorrentes não trouxeram nenhum elemento de prova que possa fragilizar as versões dos agentes públicos.

Dessa forma, comprovada a apreensão de drogas em poder dos Apelantes, na forma descrita na Denúncia, deve a condenação de ambos pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006 ser mantida.

2. Afastamento do Súmula 231 do STJ para o Apelante :

Mantida a condenação, pretende o Apelante que, na segunda fase da dosimetria, seja afastado o entendimento contido na Súmula 231 do STJ, para que a sanção seja reduzida aquém do mínimo legal.

Da leitura da sentença, vê-se que a basilar foi aplicada no mínimo de 05 (cinco) anos de reclusão e que, na segunda fase da dosimetria, foi reconhecida a atenuante da confissão espontânea, tendo sido a pena intermediária, contudo, mantida, em razão do impedimento trazido pela Súmula 231 do STJ.

Inicialmente, deve ser destacado que, muito embora tenha sido reconhecida a atenuante da confissão espontânea em favor do Apelante , de seus interrogatórios (nas fases policial e judicial) não se observa qualquer confissão. Na Delegacia de Polícia, ele disse que tinha ido comprar maconha quando foi preso e que "em seu poder ou posse nenhum entorpecente foi encontrado pelos militares". Em juízo, ele confirmou que tinha ido à boca de fumo para compra drogas, narrando que só estava com uma "bala de maconha" quando foi abordado.

Todavia, como a atenuante da confissão foi reconhecida e não pode ser excluída por se tratar de recurso exclusivo da defesa, cumpre analisar a questão de direito contida na citada Súmula 231, cujo entendimento já foi sedimentado em sede de julgamento de Recurso Especial Repetitivo de nº. 1117073/PR, conforme ementa a seguir transcrita:

"RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ESTUPRO. PENAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ENUNCIADO DA SÚMULA N.º 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIOLAÇÃO AOS ART. 59, INCISO II, C.C. ARTS. 65, 68, CAPUT, E 213 DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DIMINUIÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO.

1. É firme o entendimento que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior.

2. O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal.

3. Cabe ao Juiz sentenciante oferecer seu arbitrium iudices dentro dos limites estabelecidos, observado o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, sob pena do seu poder discricionário se tornar arbitrário, tendo em vista que o Código Penal não estabelece valores determinados para a aplicação de atenuantes e agravantes, o que permitiria a fixação da reprimenda corporal em qualquer patamar.

4. Recurso especial conhecido e provido para afastar a fixação da pena abaixo do mínimo legal. Acórdão sujeito ao que dispõe o art. 543-C do

Código de Processo Civil e da Resolução STJ n.º 08, de 07 de agosto de 2008." (REsp 1117073/PR, Rel. Ministra, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 29/06/2012)

Trata-se, assim, de hipótese de observância obrigatória do entendimento da Corte Superior, nos termos dos artigos 926 e 927, incisos III e IV, do Código de Processo Civil c/c art. 3º do Código de Processo Penal, in verbis:

"Art. 926. CPC. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente."

"Art. 927, CPC. Os juízes e os tribunais observarão:

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional."

"Art. 3º, CPP. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito."

Decerto, há discussões doutrinárias a respeito da possibilidade de o Código de Processo Civil ter previsto eficácia vinculante a Acórdãos em julgamento de Recursos Especial ou Extraordinário Repetitivos. Entretanto, parcela majoritária da doutrina entende que a definição de precedentes obrigatórios, sobretudo quando emanados dos Tribunais Superiores, gera isonomia e segurança jurídica. Nos ensinamentos de :

"A harmonização dos julgados é essencial para um Estado Democrático de Direito. Tratar as mesmas situações fáticas com a mesma solução jurídica preserva o princípio da isonomia. Além do que a segurança no posicionamento das cortes evita discussões longas e inúteis, permitindo que todos se comportem conforme o Direito. Como ensina a melhor doutrina, a uniformização de jurisprudência atende à segurança jurídica, à previsibilidade, à estabilidade, ao desestímulo à litigância excessiva, à confiança, à igualdade perante a jurisdição, à coerência, ao respeito à hierarquia, à imparcialidade, ao favorecimento de acordos, à economia processual (de processos e de despesas) e à maior eficiência." (in Novo Código de Processo Civil Comentado.– 2.ed.– Salvador:ED.JusPodivm, 2017 p. 1522)

Dessa forma, a pena intermediária do Apelante deve ser mantida em 05 (cinco) anos de reclusão.

3. Aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 para ambos os Apelantes:

Segundo os Recorrentes, eles fazem jus à aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 na fração máxima de 2/3 (dois terços), com consequente substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, pois são detentores de condições pessoais favoráveis. Enfatizam que ações penais em curso não podem servir de argumento para afastar a minorante.

A fim de salvaguardar a individualização das penas, a insurgência deve ser analisada isoladamente para cada Recorrente.

Para o Apelante, a basilar foi aplicada no mínimo legal de 05 (cinco)

anos, que foi mantida na segunda fase da dosimetria. A causa de diminuição ora pretendida foi afastada sob os seguintes fundamentos:

“Há registro de antecedentes criminais do denunciado , pois responde a outros dois processos criminais, um perante a 5ª Vara Criminal e outro na 13ª Vara Criminal, nesta Capital, em ambos com condenação, não fazendo jus à causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas.

(...) A vida pregressa do Acusado não o recomenda, pois responde a outros dois processos criminais, um perante a 3ª Vara Criminal e outro na 6ª Vara Criminal, nesta Capital, não existindo, assim, causa especial de diminuição de pena para ser reconhecida, de forma que não faz "jus" ao benefício previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de drogas s.”

De fato, nos autos de n.º 0562464-92.2017.8.05.0001, há condenação com trânsito em julgado certificado em 18/12/2019 (fls. 523 da Ação Penal no SAJ de 1º grau), pela prática do delito previsto no art. 157, § 2º, II e V do CP. Nos autos de n.º 0555267-57.2015.8.05.0001, há condenação com trânsito em julgado em 20/01/2020 (fls. 192 da Ação Penal no SAJ de 1º Grau), pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, I do CP.

Logo, para o Apelante , não há como se acatar o pedido de reconhecimento do denominado tráfico privilegiado, em razão da sua comprovada reincidência.

Com efeito, sabe-se que a causa de diminuição a que se refere § 4º do art. 33 da lei Antidrogas deve ser reconhecida quando se tratar de indivíduo com bons antecedentes, primário, que não se dedique às 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.

Dessa forma, havendo maus antecedentes e não comprovada a primariedade, deve ser negado provimento ao pedido de reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 em favor do Apelante . Portanto, a pena definitiva do Apelante deve ser mantida em 05 (cinco) anos de reclusão e em 500 (quinhentos) dias-multa, no regime inicial semiaberto, por ser vedada a reformatio in pejus em recurso exclusivo da defesa.

Para o Apelante , a basilar foi aplicada no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão, que se tornou definitiva. A minorante ora pretendida foi negada sob os seguintes argumentos:

“Há registro de antecedentes criminais do denunciado , pois responde a outro processo por tráfico de drogas, perante a 2ª Vara de Tóxicos, nesta Capital, não fazendo jus à causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas.

(...) A vida pregressa do Acusado não o recomenda, pois responde a outro processo por tráfico de drogas, perante a 2ª Vara de Tóxicos, nesta Capital, não existindo, assim, causa especial de diminuição de pena para ser reconhecida, de forma que não faz "jus" ao benefício previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de drogas s.

De fato, o referido Recorrente não ostenta condenação criminal contra si, somente respondendo a uma Ação Penal na 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de

Salvador pela prática de um crime de tráfico de drogas.

Isto posto, recai sobre o Apelante a presunção de inocência e, logo, o fato de ele responder a uma outra ação penal, sem trânsito em julgado, não é fundamento hábil para afastar a minorante pretendida.

Nessa linha de idéias, o Superior Tribunal de Justiça, acompanhando entendimento do Supremo Tribunal Federal, em recentes e sucessivos julgados, tem entendido que a existência de ações penais em trâmite, pendentes de definitividade, não constitui motivo apto para afastar a aplicação da causa de diminuição em debate, justamente por ferir o princípio da presunção da inocência. Nesse sentido:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. ALEGADA OMISSÃO NA APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. OMISSÃO NÃO EVIDENCIADA. EMBARGOS REJEITADOS.

I – Os embargos de declaração são cabíveis somente nas hipóteses do art. 619 do Código de Processo Penal, isto é, nos casos de ambiguidade, obscuridade, contradição ou omissão no acórdão embargado. São inadmissíveis, portanto, quando, a pretexto da necessidade de esclarecimento, aprimoramento ou complemento da decisão embargada, objetivam, em essência, o rejugamento do caso.

II – Conforme consta no acórdão ora embargado, a Corte de origem, acerca da questão, bem exarou que “no caso presente, embora primário (ev. 4 e 5) e, ao que se sabe, não integrante de organização criminosa, o acusado praticava o ilícito de forma habitual, circunstância que não permite a aplicação da benesse”. O Tribunal de origem também consignou que o paciente “está respondendo a outros processos por crimes de tráfico de narcóticos (autos n. 0022945–91.2018.8.24.0038 e 0006799–38.2019.8.24.0038)” (fl. 426). Nesse compasso, considerando que a alegação de que “as ações penais outrora em andamento, tornaram-se condenações transitadas em julgado em face do paciente”, não foram objeto de irresignação ministerial, eis que sequer foram arguidas em sede de embargos, ou apelação na origem, esta Corte Superior fica impedida de se debruçar sobre a matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância.

III – No presente caso, a fundamentação levada a efeito pela Corte a quo, está em afronta ao entendimento deste Tribunal, pois “a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020)” (HC n. 664.284/ES, Quinta Turma, Rel. Min., DJe de 27/9/2021).

Embargos rejeitados.” (EDcl no HC 705.536/SC, Rel. Ministro (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 29/03/2022, DJe 04/04/2022) – grifos deste Relator.

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA AFASTAR O BENEFÍCIO. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A mais recente orientação de ambas as turmas do Supremo Tribunal

Federal é a de que, em regra, inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem fundamentação idônea apta a respaldar a não aplicação do redutor especial de pena relativo ao reconhecimento da figura privilegiada do crime de tráfico de drogas. Além disso, a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em recente pronunciamento, apresentou entendimento alinhado à Suprema Corte.

2. No caso, o pretendido redutor foi afastado pelo fato de possuir inúmeros e denúncias, relacionados ao crime de tráfico, em seu desfavor.

3. Concedida a minorante na fração máxima, considerando a quantidade de pena final imposta – 1 ano e 8 meses de reclusão –, sendo as circunstâncias judiciais favoráveis ao réu, bem como diante do montante de entorpecente apreendido – 20,24g (vinte gramas e vinte e quatro centigramas) de maconha e 0,72g (setenta e dois centigramas) de cocaína –, o regime prisional foi alterado para o aberto e a pena privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos, nos moldes do art. 44 do CP.

4. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no HC 666.859/MG, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 08/03/2022, DJe 14/03/2022) – grifos deste Relator.

Cite-se, por oportuno, julgado do Supremo Tribunal Federal acerca do tema: “EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. PRESENTE SITUAÇÃO APTA A EXCEPCIONAR ESSE ENTENDIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AÇÃO PENAL EM CURSO. INVIABILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL.

1. Inadmissível o emprego do habeas corpus como sucedâneo de recurso ou revisão criminal, ressalvado, nesta última hipótese, serem os fatos incontroversos e presente situação excepcional de flagrante ilegalidade ou teratologia que autorize a concessão da ordem de ofício. Precedente.

2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a existência de inquéritos ou ações penais em andamento não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Precedentes.

3. Considerada a primariedade, a não incidência de antecedentes criminais ostentados pelo Recorrente, a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (fixada a pena-base no mínimo legal), a quantidade de droga não expressiva e a inexistência de fortes indícios de envolvimento, ou de maior responsabilidade com organização criminosa, ou de dedicação ao crime, impõe-se o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, no patamar de 2/3 (dois terços), e a fixação do regime prisional aberto

4. Agravo regimental conhecido e não provido.” (RHC 205080 AgR, Relator (a): , Primeira Turma, julgado em 04/10/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-200 DIVULG 06-10-2021 PUBLIC 07-10-2021) – grifos deste Relator.

Como o único fundamento utilizado na sentença para afastar o tráfico privilegiado foi a existência de uma ação penal sem trânsito em julgado, ausentes outras circunstâncias que justificam o afastamento da minorante, deve ela ser reconhecida em favor do Apelante .

No que diz respeito à fração de redução, considerando as circunstâncias da prisão em flagrante (rondas de rotina), que os Policiais não conheciam o Recorrente, não havendo qualquer indício de seu envolvimento em grupos

criminosos e, mais, que a quantidade e a natureza da droga não revelam gravidade que extrapola a inerente ao tipo (174,29g de maconha), deve a fração ser imposta no seu máximo de 2/3 (dois terços).

Diante da pena intermediária de 05 (cinco) anos, a sanção definitiva a ser cumprida pelo Recorrente deve ser de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, mantido o valor unitário mínimo fixado na sentença.

Considerando o quantum de pena e diante da análise favorável das circunstâncias previstas no art. 59 do CP, em obediência ao art. 33, § 2º, alínea 'c' do mesmo diploma legal, o regime inicial de cumprimento de pena, para o Apelante, deve ser o aberto.

Preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 44 também do Código Penal, a sanção privativa de liberdade do Apelante deve ser substituída por duas restritivas de direitos, sendo que uma delas deve ser de prestação de serviços à comunidade ou a entidade pública, preferencialmente voltada para o tratamento de toxicômanos. A outra pena restritiva de direitos e as demais condições devem ser impostas pelo Juízo das Execuções Penais competente.

Diante das alterações acima realizadas, descabida a manutenção da prisão preventiva do Recorrente, que deve ser, de imediato, colocado em liberdade.

Concluindo, para o Apelante, deve ser negado provimento ao pedido de reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006.

Para o Apelante, deve ser provido o referido pleito, cuja pena, redimensionada, deve ser de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos e com consequente reconhecimento do direito de recorrer em liberdade.

#### 4. Prequestionamento:

Por fim, os Apelantes prequestionam dispositivos normativos, para fins de eventual interposição de Recursos Especial ou Extraordinário. Todavia, consoante entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, o pronunciamento explícito acerca das matérias argüidas para fins de prequestionamento se mostra desnecessário, senão veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – RECOLHIMENTO EFETIVADO ANTECIPADAMENTE – BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – REDISCUSSÃO DA MATÉRIA – PREQUESTIONAMENTO – I – Os embargos de declaração enfitam eliminar obscuridade, omissão ou contradição do julgado embargado, vedada sua utilização para suscitar novos questionamentos ou mesmo rediscutir a matéria. II – 'O requisito do prequestionamento se satisfaz com a existência de pronunciamento sobre as matérias que se pretende submeter ao crivo da instância extraordinária, somente sendo exigido menção expressa dos dispositivos tidos por violados na fundamentação do recurso, consoante, neste particular, já decidiu o STF (AGREGAG nº 193.772, DJ 24/10/1997)'. (EDROMS nº 14.444/MG, Relator Ministro ). III – Embargos declaratórios rejeitados." (STJ – EEROMS 11927 – MG – 1ª T. – Rel. Min. )". – Grifos do Relator

Devidamente efetuada a escorreita análise e aplicação dos dispositivos legais necessários e atinentes à espécie, despicienda revela-se (neste julgamento) a menção expressa da adequação da sentença recorrida a cada um dos dispositivos supracitados, para fins de prequestionamento e eventual

interposição de recursos às instâncias superiores.

**CONCLUSÃO:**

Pelas razões esposadas, voto pelo conhecimento e improvimento da Apelação interposta em favor de e pelo conhecimento e parcial provimento da Apelação interposta em favor de , para que seja reconhecida a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, com correção da sua pena, que deve ser fixada em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e em 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos e, conseqüentemente, determinando a sua imediata soltura."

Ex positis, acolhe esta Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, o voto através do qual se CONHECE E SE JULGA IMPROVIDA A APELAÇÃO INTERPOSTA EM FAVOR DE e SE CONHECE E SE JULGA PARCIALMENTE PROVIDA A APELAÇÃO INTERPOSTA EM FAVOR DE .

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

DES.

SEGUNDA TURMA – SEGUNDA CÂMARA  
RELATOR

\*Cópia do presente Acórdão servirá como Alvará de Soltura em favor do Apelante , brasileiro, solteiro, natural de Salvador/BA, nascido em 20/02/2001, CPF 091.644.385-03, RG 20.233.909-23, filho de e de , residente na Ladeira da União, n. 11 A, Engenho Velho de Brotas, Salvador/BA (qualificação extraída da Denúncia), que deve ser cumprido pela autoridade que detém o controle do estabelecimento prisional onde o referido Apelante se encontra encarcerado, colocando-o, imediatamente, em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, tudo nos termos do art. 260, § 3º do RITJBA, da Resolução nº 417/2021 do CNJ, e do Pedido de Providências nº 0006795-95.2013.200.0000, também do CNJ, devendo as anotações sobre a soltura serem devidamente informadas no BNMP (Banco Nacional de Monitoramento de Prisões)."