

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0301207-05.2020.8.05.0079

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: IGOR FRANCA DE JESUS

Defensor Público: Vitor Rego

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Promotor : João Alves da Silva Neto

ACORDÃO

DIREITO PENAL. APELAÇÃO DEFENSIVA. TRÁFICO "PRIVILEGIADO" – ARTIGO 33, § 4º, DA LEI FEDERAL Nº. 11.343/06, APLICANDO-LHE A REPRIMENDA 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIALMENTE ABERTO, BEM COMO O PAGAMENTO DE 166 (CENTO E SESSENTA E SEIS) DIAS-MULTA, NO VALOR DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS, SENDO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE CONVERTIDA EM RESTRITIVAS DE DIREITOS, NOS TERMOS DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL PÁTRIO.

PLEITOS RECURSAIS.

DO PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO TIPO PARA O ARTIGO 28 DA LEI FEDERAL Nº. 11.343/06. IMPROVIDO. CONFISSÃO INQUISITORIAL. DEPOIMENTO DAS TESTEMUNHAS. INEXISTE ÓBICE NO FATO DE ESTAR A CONDENAÇÃO EMBASADA NO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELO FLAGRANTE DO CORRÉU, MORMENTE QUANDO COLHIDOS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO E EM HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA. A PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA, POR SI SÓ, NÃO É SUFICIENTE PARA ENSEJAR A DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO, AINDA MAIS QUANDO HÁ OUTROS ELEMENTOS APTOS À CONFIGURAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO.

CONCLUSÃO: APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. MANTIDA CONDENAÇÃO EM 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIALMENTE ABERTO, BEM COMO O PAGAMENTO DE 166 (CENTO E SESSENTA E SEIS) DIAS-MULTA, NO VALOR DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS, PELO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI FEDERAL Nº. 11.343/06, SENDO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE CONVERTIDA EM RESTRITIVAS DE DIREITOS, NOS TERMOS DO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal, tombados sob nº. 0301207-05.2020.8.05.0079, oriundos da 1ª Vara Criminal de Eunápolis/BA, tendo como recorrente IGOR FRANÇA DE JESUS e como recorrido 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 CONHECER da apelação, julgando-a IMPROVIDA, de acordo com o voto da Relatora, que foi vertido nos seguintes termos:

Salvador, .

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

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e não provido Por Unanimidade  
Salvador, 13 de Setembro de 2022.

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0301207-05.2020.8.05.0079

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: IGOR FRANCA DE JESUS

Defensor Público: Vitor Rego

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Promotor : João Alves da Silva Neto

## RELATÓRIO

Trata-se de apelação criminal interposta por IGOR FRANÇA DE JESUS, devidamente assistido pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA, contra a referida sentença ao id. 30847198, págs. 01/06, em 29/04/2021, prolatada pelo M.M. Juízo da 1ª Vara Criminal de Eunápolis/BA, a qual o condenou como incurso nas penas do artigo 33, § 4º, da Lei Federal nº. 11.343/06, impondo-lhe a reprimenda de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente ABERTO, bem como o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, sendo a pena privativa de liberdade convertida em penas restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do

Código Penal.

Consta da exordial acusatória, ao id. 30847055, págs. 01/04, em 20/11/2020, com base no Inquérito Policial nº 0262/2020, advindo da Delegacia de Polícia de Eunápolis/BA, em suma, que no dia 07/11/2020, por volta das 09h30min, na Rua Arnaldo Pereira, Bairro Juca Rosa, no município de Eunápolis/BA, o suplicante foi flagrado trazendo consigo 17 (dezessete) pinos da droga ilícita conhecida por “cocaína”, com massa aproximada de 11g (onze gramas)

Nestes termos, o Parquet ofereceu denúncia em desfavor daquele, a qual fora recebida via decisão interlocutória ao id. 30847072, págs. 01/02, em 22/02/2021, deflagrando a marcha processual da qual adveio sentença penal condenatória, decretando a procedência da ação, conforme supracitado.

Ciente do teor da sentença, o apelante irresigna-se com o decism, juntando as razões do presente recurso de apelação ao id. 30847246, págs. 01/06, em 10/05/2021, nas quais requer, exclusivamente, a desclassificando do tipo pelo qual fora originalmente condenado para aquele previsto no artigo 28 da Lei Federal nº. 11.343/06. Prequestiona, ao fim, a aplicação dos artigos 28 e 33, ambos da Lei Federal nº. 11.343/06; o artigo 155 do Código de Processo Penal, e; o artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal.

Já o Ministério Público, igualmente inteirado da decisão, apresenta suas contrarrazões, ao id. 30847314, nas quais, tenciona refutar os argumentos da peça defensiva, requerendo seu improvimento e consequente manutenção da sentença vergastada. Ao fim prequestiona, com fins recursais: o artigo 105, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal e; os artigos 28 e 33, caput, ambos da Lei Federal 11.343/06.

Encaminhados os autos à Douta Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, esta se manifestou por meio do parecer ao id. 32890943, argumentando, em termos similares, pelo conhecimento e improvimento do apelo defensivo, prequestionando, para efeito de recurso especial, o artigo 33 da Lei nº. 11.343/06 e os artigos. 44 e 59, ambos do Código Penal.

Relatados os autos, encaminhei-os ao douto desembargador revisor, o qual solicitou a inclusão do feito em pauta para julgamento.

É o Relatório.

Salvador/BA, de de 2022.

Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma  
Relatora

Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0301207-05.2020.8.05.0079

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: IGOR FRANCA DE JESUS

Defensor Público: Vitor Rego

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Promotor : João Alves da Silva Neto

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, conheço da apelação.

I – DO PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO TIPO PARA O ARTIGO 28 DA LEI FEDERAL Nº. 11.343/06.

Conforme relatado alhures, requer o Apelante a desclassificação do tipo penal pelo qual fora originalmente condenado – art. 33, §4º da Lei Federal nº. 11.343/06 – para aquele previsto no artigo 28 do mesmo diploma legal.

Acerca do assunto, sabe-se que a legislação pátria atual não fixa uma quantidade que possa ser considerada consumo ou não, apenas estabelece parâmetros que devem ser observados pelo julgador para classificar uma conduta como consumo de entorpecente, tais como a quantidade e a natureza da droga apreendida. Observemos a literalidade do § 2º, do art. 28, da Lei Antidrogas, in verbis:

"(...) § 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.

No caso debatido, mister realçar que a materialidade delitiva jamais fora posta em questão, sendo confirmada pelos laudos aos ID's 30847272 e 30847050. Além disso, conforme auto de exibição e apreensão, ao id. 30847014, o paciente fora preso em flagrante trazendo consigo um telefone celular e 17 (dezessete) pinos de cocaína, os quais somavam 11g (onze gramas):

AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO, AO ID. 30847014, PÁG. 01, EM 07/11/2020: "(...) Aos sete dias do mês de novembro de dois mil e vinte, nesta Plantão Policial de EUNÁPOLIS, onde presente se encontravam o Delegado de Polícia Civil ICERO DANIEL FEITOSA DE MACEDO, MATRÍCULA 20373281 e o Escrivão de Polícia EVENILSON SANTOS SILVA, MATRÍCULA 20302698, EM EXERCÍCIO NA, que, na presença das testemunhas SD FHILLIPE RONCONI WAGMOCHER e SD JOSEMAR PASSOS DA SILVA, apresentou os objetos a seguir relacionados, arrecadados na Rua Arnaldo Pereira, bairro Juca Rosa, Eunápolis., vinculados a Igor França de Jesus.

#### BENS APRESENTADOS:

APARELHO DE TELEFONE CELULAR, SAMSUNG/Gram Prime Duo, cor cinza, número de série: xx;

DROGA: 17 (DEZESSETE) pinos de COCAÍNA, totalizando aproximadamente 11 (onze) gramas;

Nada mais havendo a ser registrado, mandou a autoridade policial encerrar o presente termo, que, depois de lido e achado conforme, segue devidamente assinado. (...)"

Em seu favor destaca o recorrente que, conforme documento supra colacionado, não foram encontrados, em sua posse, quaisquer petrechos normalmente empregados no tráfico de drogas, como balança de precisão ou invólucros para difusão e preparação das substâncias. Neste diapasão, frisa ter admitido, em seu interrogatório judicial, ser usuário de cocaína, que trazia apenas para seu uso pessoal.

Dos depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação, exsurge que nenhuma delas lembra ter apreendido quaisquer outros objetos ilícitos além dos dezessete pinos de cocaína mencionados. Ainda, nenhuma relatou, em juízo, ter presenciado o apelante comercializando drogas. Porém, omite a defesa, que os três são harmônicos em relatar que o apelante lhes disse que pretendia vender cada um dos pinos pelo valor de R\$ 20, somando todo o material o valor de R\$ 300:

DEPOIMENTO DA TESTEMUNHA PAULO HENRIQUE CARDOSO DE ALMEIDA, AO ID. 32890943, PÁG. 02: "(...) Que participou da prisão do acusado; que era o comandante da guarnição; que estavam em ronda; que o acusado avistou a viatura e tentou retornar; que observaram que o acusado soltou algo no chão; que o abordaram e com ele não foi encontrado nada; que ao averiguar

o que ele tinha jogado ao solo encontraram 15 recipientes com cocaína dentro e também farinha dentro do saco; que também foram encontrados dois soltos fora; que foram encontrados no local 17 pinos no total; que o acusado lhe falou que cada um seria vendido por 20 reais, que faria no total 300 reais; que o acusado falou para guarnição que alguns dias atrás tinha sido preso com algum produto ilícito, acredita que maconha; que não sabe se ele pertence a alguma organização criminoso; que depois de conversar com o acusado descobriu que conhecia o irmão dele; que o irmão do acusado não é envolvido com nada, é trabalhador; que o acusado dispensou as drogas em via pública; que no momento que encontraram o acusado o viram abandonando o objeto no chão; que o local que ele foi preso era perto de onde encontraram as drogas, uns 5 ou 10 metros; que se não se engana a residência do acusado também era perto do local. (...)"

DEPOIMENTO DA TESTEMUNHA FHILLIPE RONCONI WAGMOCHER, AO ID. 32890943, PÁG. 02: "(...) Que participou da prisão do acusado; que não se recorda se era motorista ou patrulheiro; que estavam em ronda; que o acusado cruzou a esquina e ao ver a viatura voltou rápido; que conseguiram alcançar ele e na abordagem fizeram a busca pessoal e encontraram próximo a ele o saquinho contendo cocaína; que levaram ele para casa e ele falou com a mãe que estaria sendo conduzido para delegacia e foi apresentado ao delegado; que viram o momento em que o acusado dispensou a droga; que não lembra se o acusado falou que ia vender os pinos por 20 reais mas que geralmente é o que eles fazem, vendem por esse valor mesmo; que já havia abordado o acusado uma outra vez; que não se recorda pelo que foi, só se recorda do rosto dele; que quem encontrou a droga foi o colega Josemar, que estava bem perto dele; que quando o acusado tentou fugir não deu tempo dele se distanciar muito do local; que a sacola estava bem próxima do local da abordagem dele, um palmo de distância. (...)"

DEPOIMENTO DA TESTEMUNHA JOSEMAR PASSOS DA SILVA, AO ID. 32890943, PÁGS. 02/03: "(...) Que a guarnição estava em patrulhamento de rotina no momento em que saíram da ladeira do Vista Alegre, subindo para o Juca Rosa, na entrada da rua Arnaldo Pereira, avistaram o acusado caminhando sentido contra a viatura e no momento em que ele viu a viatura tentou retornar e foi o momento em que observaram que ele jogou um objeto no chão; que após fazer a aproximação tática, na abordagem pessoal com ele não foi encontrado nada; que na proximidade de onde ele tava, mais ou menos uns 3 a 4 m, 5 no máximo, encontraram a sacolinha plástica; que o acusado falou numa conversa com o comandante da guarnição que comercializaria a droga e faria uns 300 reais; que visualizou o momento em que o acusado dispensou o objeto no chão; que não o conhecia anteriormente; que o acusado contou que uma outra guarnição havia o conduzido por portar entorpecentes há pouco tempo; que a sacola estava em via pública; que o acusado tentou mudar de direção quando viu a viatura, mas andando normal. (...)"

Vale lembrar, por oportuno, que não existem razões para se tratar os testemunhos de policiais com cautela, simplesmente por serem aqueles responsáveis pela prisão em flagrante. Não há, nos autos, qualquer evidência de que as testemunhas arroladas pela acusação, comprometidas com a verdade em juízo, teriam a intenção de prejudicar o apelante. Ademais, a jurisprudência atual encontra-se assente no sentido de que o depoimento policial prestado em juízo é prova idônea:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO EM SEGUNDO GRAU. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS COLHIDOS EM JUÍZO. CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS. VALIDADE. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTO CONCRETO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE DESPROPORÇÃO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. CONCLUSÃO DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. QUANTIDADE DE DROGA. VALORAÇÃO DE OUTROS ELEMENTOS. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. ORDEM DENEGADA. 1. Inexiste óbice no fato de estar a condenação embasada no depoimento dos policiais responsáveis pelo flagrante do corréu, mormente quando colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de prova. precedente. 2. Concluindo a instância ordinária, soberana na análise das circunstâncias fáticas da causa, que a acusada praticou tráfico de drogas, porquanto foi vista entregando a sacola com maconha e cocaína ao corréu preso em flagrante, o alcance de entendimento diverso implica no revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de habeas corpus. 3. Na linha do entendimento esposado por reiterados precedentes deste Tribunal, é permitido ao julgador mensurar com discricionariedade o quantum de aumento da pena-base a ser aplicado, desde que seja observado o princípio do livre convencimento motivado. Precedentes. 4. Não caracteriza bis in idem a utilização das circunstâncias da quantidade ou natureza da droga na primeira e terceira fases da dosimetria da pena, nos casos em que a instância ordinária tenha fundamentado a negativa da causa especial de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em outras circunstâncias concretas, sendo imprópria a via do habeas corpus à revisão do entendimento. 5. Estabelecidas as penas acima de 5 anos de reclusão e havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, cabível a aplicação do regime inicial fechado, imediatamente mais grave que o correspondente ao quantum da sanção aplicada, nos exatos termos do art. 33, § 2º, a, e § 3º, do CP. 6. Ordem denegada.

(HC 418.529/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/04/2018, DJe 27/04/2018) (grifos nossos).

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. PALAVRA DE POLICIAIS. PROVA PARA A CONDENAÇÃO. VALIDADE. INSUFICIÊNCIA DO ACERVO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. WRIT NÃO CONHECIDO. I – A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II – O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes. III – Ademais, no caso dos autos, constou do v. acórdão vergastado que os depoimentos dos policiais são corroboradas por outros elementos probatórios, notadamente a apreensão de considerável quantidade de crack, de forma a demonstrar que a droga tinha por destinação o tráfico ilícito. IV – Afastar a condenação, in casu,



demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória. Habeas corpus não conhecido.

(HC 404.507/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 18/04/2018) (grifos nossos).

Ademais, em seu interrogatório inquisitorial, frisa-se, acompanhado por advogado, o apelante admitiu que trazia a droga com o objetivo de vendê-la, que a havia comprado “fiado” pelo valor de R\$ 200, que venderia cada pino pelo valor de R\$ 20 e que era usuário, sim, de maconha, não de cocaína, em clara contradição ao seu interrogatório judicial, motivo pelo qual a defesa se esforça tanto para que este interrogatório não seja analisado:

TERMO DE INTERROGATÓRIO DO FLAGRANTEADO, IGOR FRANÇA DE JESUS, AO ID 30847030, PÁG. 01, EM 07/11/2020: “(...) Informado pela autoridade policial acerca da imputação que lhe é conferida nestes autos, ao ser interrogado, na presença de advogado Luiz Sebastião, OAB, DISSE QUE, nesta data, dia 07/11/2020, por volta das 09:00min, seguia a pé pela Rua Arnaldo Pereira, Bairro Juca Rosa, já próximo a sua residência, e na oportunidade percebeu a aproximação em sentido contrário de uma Viatura da PM, ato contínuo se assustou e tentou jogar no chão, um saquinho contendo PINOS PLÁSTICOS COM COCAÍNA, ao todo eram 17 (dezesete) Pinos; Que foi parado e submetido a abordagem pessoal e como já tinha dispensado o entorpecente, nada de ilícito foi encontrado em seu poder; Que o interrogado apontou, indicou no chão onde estava o saquinho com os Pinos de COCAÍNA, sendo localizado pela PM; Que no dia 30/08/2020, foi apresentado na DT-Eunapolis-BA, devido ao fato de ter sido flagrado na posse de 09 (nove) buchas de MACONHA; Que tendo em vista a situação flagrancial foi apresentado na DT-Eunapolis-BA; QUE CONFIRMA QUE A COCAINA ERA PARA SER COMERCIALIZADA E QUE CADA PINO SERIA PELO VALOR DE R\$20,00; que comprou a droga “fiado”, no Bairro Juca Rosa e com a vende quitaria a dívida, algo em torno de R\$ 200,00. Perguntado se já foi preso ou processado criminalmente; RESPONDEU negativamente; PERGUNTADO se o interrogado é usuário de drogas; RESPONDEU que é usuário de MACONHA; PERGUNTADO se o interrogado é casado ou possui companheira; RESPONDEU negativamente; PERGUNTADO se o interrogado possui filhos ou dependentes menores de idade e/ou deficiente; e, em caso positivo, a idade e os dados do responsável pelos cuidados; RESPONDEU negativamente. (...)”

Não se olvida, por fim, que o Superior Tribunal de Justiça, ao considerar o contexto fático e a baixa quantidade do entorpecente (similar à do processo sub judice, 12, 89 gramas de cocaína), concedeu a desclassificação para o delito previsto no artigo 28 da Lei Federal nº. 11.343/06:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. EXCEPCIONALIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS CONCLUSIVAS ACERCA DO NARCOTRÁFICO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. É entendimento pacífico da jurisprudência – tanto deste Superior Tribunal quanto do Supremo Tribunal Federal – de que a pretensão de

desclassificação de um delito exige, em regra, o revolvimento do conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência incabível, em princípio, em recurso especial, consoante o enunciado na Súmula n. 7 do STJ.

2. No caso, embora o réu haja sido preso em flagrante em local conhecido por intenso tráfico de drogas, ele, em nenhum momento, foi pego vendendo, expondo à venda ou oferecendo drogas a terceiros (aliás, nem vendendo, nem comprando drogas); ou seja, ele não foi encontrado, na rua, em situação de traficância. Também não se tratava de averiguação de denúncia robusta e atual acerca da prática de tráfico de drogas pelo recorrente; não houve, ainda, uma investigação anterior que apontasse o réu como traficante.

Apenas houve a apreensão de pequena quantidade de drogas em seu poder (12, 89 gramas de cocaína). De outro lado, a própria defesa não negou a propriedade da droga, afirmando, no entanto, que era para consumo próprio. Ainda, mas não menos importante, vale o registro que o réu, ao tempo do delito, era tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes.

3. A conclusão das instâncias de origem (e do próprio Ministério Público Federal) de que o réu seria traficante pelo simples local em que foi preso em flagrante – em bairro conhecido por intenso tráfico de drogas – foi firmada com base apenas em indício de que ele seria traficante de drogas, e não em elementos robustos e conclusivos de que estaria havendo a prática do crime de tráfico. Vale dizer, o que se tem dos elementos coligidos aos autos é apenas a intuição acerca de eventual traficância praticada pelo agravado. Somente aliado a outros meios de prova é que o local da abordagem do réu poderia basear o convencimento do juiz acerca da traficância. Não há, pois, como subsistir a conclusão de que houve a prática do crime de tráfico de drogas.

4. Nada impede que um portador de 12 gramas de cocaína, a depender das peculiaridades do caso concreto, seja um traficante, travestido de usuário, ocasião em que, "desmascarado" pelas provas efetivamente produzidas ao longo da instrução criminal, deverá ser assim condenado. No entanto, na espécie ora em análise, a apreensão de apenas essa quantidade de drogas e a ausência de diligências investigatórias que apontem, de maneira inequívoca, para a narcotraficância evidenciam ser totalmente descabida a condenação pelo delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, o que conduz à desclassificação da conduta imputada ao recorrido para o delito de posse de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei n. 11.343/2006).

5. Especificamente no caso dos autos, a conclusão pela desclassificação da conduta imputada ao réu não demanda o revolvimento de matéria fático-probatória, procedimento vedado em recurso especial, a teor do enunciado na Súmula n. 7 do STJ. O caso em análise, diversamente, requer apenas a reavaliação de fatos incontroversos que já estão delineados nos autos e das provas que já foram devidamente colhidas ao longo de toda a instrução probatória, bem como a discussão, meramente jurídica, acerca da interpretação a ser dada sobre os fundamentos apontados pelas instâncias ordinárias para condenar o réu pela prática do crime de tráfico de drogas.

6. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 1.636.869/AM, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 28/5/2020.)

Entretanto, o mesmo STJ possui jurisprudência consolidada afastando a tese segundo a qual a pequena quantidade de drogas apreendida importaria, por si

só, a desclassificação, "sobretudo quando presentes outros elementos probatórios destacados pelas instâncias ordinárias, que evidenciam a comercialização das referidas substâncias.”:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO E DESCLASSIFICATÓRIO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Tendo o Tribunal de origem concluído pela manutenção da condenação, ante a suficiência dos elementos probatórios, torna-se incabível a revisão do aludido entendimento, diante da necessidade do reexame do conjunto fático-probatório dos autos, vedado conforme Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça STJ.

2. O fato de ter sido apreendida pequena quantidade de drogas não impõe, por si só, a absolvição criminal, sobretudo quando presentes outros elementos probatórios destacados pelas instâncias ordinárias, que evidenciam a comercialização das referidas substâncias.

3. "Alterar a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias e decidir pela desclassificação do delito de tráfico de drogas para o previsto no art. 28, caput, da Lei n. 11.343/2006, conforme pretende o agravante, demandaria, necessariamente, revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, procedimento que encontra óbice na Súmula 7/STJ, que dispõe: "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (AgRg no AREsp 1596085/T0, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 10/3/2020).

4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AgRg no AgRg no REsp n. 1.912.753/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19/10/2021, DJe de 26/10/2021.)

HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. LIBERDADE PROVISÓRIA. VEDAÇÃO EXPRESSA CONTIDA NA LEI N.º 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA E SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR O INDEFERIMENTO DO PLEITO.

1. Na linha do entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, a vedação expressa do benefício da liberdade provisória aos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, disciplinada no art. 44 da Lei n.º 11.343/06 é, por si só, motivo suficiente para impedir a concessão da benesse ao réu preso em flagrante por crime hediondo ou equiparado, nos termos do disposto no art. 5.º, inciso LXVI, da Constituição Federal, que impõe a inafiançabilidade das referidas infrações penais.

2. A decisão que indeferiu a liberdade provisória, de todo modo, entendeu que existe prova da materialidade do delito e indícios suficientes de autoria do crime de tráfico, restando configurado no caso em exame os requisitos ensejadores da prisão cautelar, sendo necessária a manutenção da custódia com vistas a garantia da ordem pública.

3. A pequena quantidade de droga apreendida, por si só, não é suficiente para ensejar a desclassificação do delito, ainda mais quando há outros elementos aptos à configuração do crime de tráfico.

4. Precedentes dos Tribunais Superiores.

5. Ordem denegada.

(HC n. 132.464/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 2/6/2009, DJe de 13/10/2009.)

Assim, frente às provas colhidas no processo, entendo que, no caso em comento, deve concluir-se que a conduta imputada ao recorrente se enquadra

como o delito previsto no artigo 33 (tráfico) da Lei Federal nº 11.343/06, não a do artigo 28 (consumo), afinal, apesar da pequena quantidade apreendida, verifica-se da confissão do apelante e dos depoimentos policiais elementos suficientes para levar à conclusão de que o réu praticava a mercancia.

Portanto, o pleito recursal deve ser improvido para condená-lo pela prática do crime descrito no artigo 33, § 4º da Lei Federal nº. 11.343/06.

## II – DO DISPOSITIVO.

Diante do exposto e de tudo quanto fundamentado, vota-se no sentido de que o apelo seja CONHECIDO, julgando no mérito, IMPROVIDO, mantendo-se sua pena definitiva 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente ABERTO, bem como o pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pelo crime previsto no artigo 33, § 4º, da Lei Federal nº. 11.343/06, sendo a pena privativa de liberdade convertida em restritivas de direitos, nos termos do artigo 44 do Código Penal.

Ex positis, acolhe esta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o voto através do qual CONHECE e julga IMPROVIDO o apelo interposto por IGOR FRANÇA DE JESUS.

Salvador/BA, de de 2022.

Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma  
Relatora