

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8019466-45.2021.8.05.0080 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: DANILO SANTOS COELHO Defensoria Pública do Estado da Bahia APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Procuradora de Justiça: AUREA LUCIA SOUZA SAMPAIO LOEPP ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. PENAL E PROCESSO PENAL. RECORRENTE CONDENADO COMO INCURSO NA SANÇÃO DO ART. 33 C/C ART. 40, INCISO III DA LEI Nº. 11.343/2006 AO CUMPRIMENTO DE UMA PENA DE 6 (SEIS) ANOS, 09 (NOVE) MESES E 20 (VINTE) DIAS DE RECLUSÃO NO REGIME INICIAL FECHADO, MAIS O PAGAMENTO DE 680 (SEISCENTOS E OITENTA) DIAS-MULTA, NA FRAÇÃO DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. PRETENSÃO RECURSAL QUE VISA A DESCLASSIFICAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS PARA A CONDUTA INSCULPIDA NO ART. 28 DA LEI Nº. 11.343/2006. PROVIMENTO. INEXISTÊNCIA DE PROVAS QUANTO À PRÁTICA DO TRÁFICO DE DROGAS. A AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA MERCANCIA ILÍCITA, CUMULADA COM A NÃO APREENSÃO DE PETRECHOS PARA O TRÁFICO, ALÉM DE QUANTIDADE NÃO RELEVANTE DE DROGAS ATRIBUÍDA AO RÉU, AUTORIZA A DESCLASSIFICAÇÃO DO TRÁFICO PARA A CONDUTA CAPITULADA NO ART. 28 DA LEI Nº. 11.343/2006, DEVENDO SER ADOTADA A INTERPRETAÇÃO MAIS BENÉFICA AO RÉU, SEGUNDO DISPÕE O PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. APELAÇÃO CONHECIDA E JULGADA NÃO PROVIDA. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime de nº. 8019466-45.2021.8.05.0080 oriundos da Vara dos Feitos Relativos a Tóxico e Acidente de Veículo da Comarca de Faria de Santana/BA, tendo como apelante DANILO SANTOS COELHO e como apelado 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 E JULGAR PROVIDO o apelo interposto pela Defensoria Pública do Estado da Bahia, desclassificando a imputação prevista no art. 33 da Lei nº. 11.343/2006 para o art. 28 da mesma lei, de acordo com o voto da Relatora, nos seguintes termos: Salvador, .

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido Por Unanimidade Salvador, 30 de Maio de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8019466-45.2021.8.05.0080 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: DANILO SANTOS COELHO Defensoria Pública do Estado da Bahia APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Procuradora de Justiça: AUREA LUCIA SOUZA SAMPAIO LOEPP RELATÓRIO Cuida-se de Apelação Criminal interposta por DANILO SANTOS COELHO, em face da r. Sentença de ID 44333690, cujo relatório adoto, prolatada pelo Juízo da Vara dos Feitos Relativos a Tóxico e Acidente de Veículo da Comarca de Faria de Santana/BA, que condenou o apelante pela prática do delito tipificado no artigo 33 c/c art. 40, inciso III, da Lei nº. 11.343/06 à pena definitiva de 06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, e 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato. Segundo narra a denúncia, no dia 28/09/2021, por volta das 16:00hs, policiais penais do Complexo Penal de Feira de Santana/BA, destinaram-se à cela 35, do pavilhão 09, a fim de realizar transferência do custodiado Danilo Santos Coelho para outro pavilhão devido à alteração de regime. Durante revista na cela do denunciado, os agentes penitenciários encontraram 28 (vinte e oito) trouxinhas de "maconha" acondicionadas em saco plástico, escondidas dentro do colchão deste. Deflagrada a ação penal e percorrida a instrução processual, sobreveio sentença penal condenatória nos termos acima

especificados. Irresignado com a condenação, DANILO SANTOS COELHO, por intermédio da Defensoria Pública do Estado da Bahia, interpôs o presente apelo, pugnando em sede de razões recursais de ID 44333701, pela reforma da sentença, a fim de que seja desclassificada a imputação do art. 33 para o art. 28 da Lei nº. 11.343/2006, aduzindo a ausência de prova quanto ao suposto tráfico, não tendo o órgão acusatório provado que a droga encontrava destinava-se ao tráfico, devendo prevalecer o princípio do in dubio pro reo. Prequestionou para fins de interposição de Recurso Especial e/ou Recurso Extraordinário perante as Cortes Superiores o art. 28 da Lei nº. 11.343/2006. O Ministério Público do Estado da Bahia, em sede de contrarrazões acostada ao caderno processual digital ID 44333706, requereu a manutenção integral da sentença condenatória, considerando suficientemente demonstrada a comprovação da justa causa penal, não havendo retificações a serem feitas. A Procuradoria de Justiça, por meio do opinativo de ID 44698491, manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do recurso, a fim de que seja mantida integralmente a sentença fustigada, posto que o acervo probatório colhido mostrou-se apto e suficiente para sustentar o édito condenatório. Na condição de Relatora os presentes autos vieram conclusos e, após análise processual, elaborei o presente relatório e o submeti à censura do Nobre Desembargador Revisor, que solicitou sua inclusão em pauta de julgamento. É o Relatório. Salvador/BA, de de 2023. Des. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8019466-45.2021.8.05.0080 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: DANILO SANTOS COELHO Defensoria Pública do Estado da Bahia APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Procuradora de Justiça: AUREA LUCIA SOUZA SAMPAIO LOEPP VOTO Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do recurso, conheço da Apelação. Ultrapassada a análise de admissibilidade recursal, passa-se ao enfrentamento meritório, que visa a desclassificação da imputação prevista no art. 33 para o art. 28 da Lei nº. 11.343/2006. Compulsando os presentes autos, verifica-se que o recorrente foi condenado uma pena de 6 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão em regime fechado, mais 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa pelo tráfico de drogas, por ter sido encontrado no interior do seu colchão, no Complexo Penal de Feira de Santana, 28 (vinte e oito) “trouxinhas” contendo maconha, com massa total de 68 gramas. Segundo se infere da prova oral consistente no depoimento do policial penal Adriano de Jesus Ribeiro do Amaral e do interrogatório do réu, no dia 28/09/2021, por volta das 16:00hs, os policiais penais se dirigiram à cela 35 do pavilhão 09, no Complexo Penal de Feira de Santana, para realizar a transferência do recorrente para outro setor do estabelecimento penal, diante da mudança do regime fechado para o semiaberto. Narrou a testemunha acima referida que: Adriano de Jesus Ribeiro Amaral – testemunha de acusação – em Juízo: “foi quem achou o material entorpecente que a propriedade foi atribuída a Danilo; que era uma transferência de regime, ele estava no pavilhão do fechado e foi transferido para o semiaberto; que ao chegarem no pavilhão, fazem a revista dos pertences e, ao revistarem o colchão foram encontradas as trouxinhas; que imediatamente perguntou se o colchão era dele, ele confirmou que sim, perguntou se a droga era dele e ele afirmou que sim; que o encaminhou para a segurança e ele foi encaminhado para a delegacia; que os pertences que averiguam são trazidos pelo próprio custodiado; que foi ele quem entregou esse material para fazer a averiguação, o material

vem com ele e quando chega na porta do pavilhão revistam, antes de entrar no pavilhão; que ele assumiu que era de propriedade dele, mas não explicou de que modo houve o ingresso desse material entorpecente no sistema prisional, só disse que era dele; que o material entorpecente era umas bucinhas, aparentemente maconha; que estava dentro do colchão, o colchão estava rasgado; que já era o entorpecente fracionado, umas bolinhas; que o depoente foi quem achou o material, o outro colega estava só olhando; que o interno saiu do pavilhão, acompanharam ele até o outro pavilhão que ele iria e antes dele entrar no pavilhão fizeram a revista; que além do colchão ele trazia outros materiais, tinha um balde com merenda, material de higiene, lençol e o colchão; que ele tinha uma quantidade de material higiênico normal; que não foi apreendido com ele mais alguma estranha além do material que foi localizado no colchão". O recorrente revelou ao juízo da instrução que a droga encontrada em seu colchão efetivamente lhe pertencia, sendo destinada, no entanto, ao próprio consumo, uma vez que é usuário de maconha desde os 10 anos de idade. Danilo Santos Coelho – apelante – em Juízo: "que está preso há 08 anos; que não foi preso alguma vez por tráfico de drogas; que é usuário de substância; que no dia que foi revistado estava no pavilhão 09, 'na porta' do regime semiaberto; que encontraram com o depoente só algumas trouxinhas de maconha; que essas trouxinhas eram para seu uso; que fuma maconha desde os 10 anos de idade; que não fez tratamento para esse vício; que não venderia alguma parte do material dentro do presídio, era só para seu uso; que o rapaz foi embora, fez uma troca do que tinha de produto de limpeza com ele e recebeu essa droga; que adquiriu para seu uso, trocando por material higiênico; que o depoente recebe visita; que tem material higiênico além do que a casa dá; que adquiriu a droga para seu uso através dessa troca; que nunca vendeu droga dentro do presídio; que falou na delegacia que a droga era para seu uso." Depreende-se do édito condenatório que o elemento de prova ensejador da condenação do réu pelo tráfico de drogas se deu com base no modo de acondicionamento da droga encontrada, tendo a magistrada afirmado que o fato de o apelante ter se declarado usuário de maconha não elide a possibilidade de ser, também, traficante. Arrematou, ainda, que a alegada condição de usuário não foi "comprovada pela Defesa e cujo ônus, indubitavelmente, lhe competia, nos termos do art. 156 do CPP". Com efeito, dispõe o art. 156 do Código de Processo Penal que "a prova da alegação incumbirá a quem a fizer". Não obstante, cuidando-se o Brasil de um Estado Constitucional de Direito, deve a legislação nacional referenciar-se a partir da escolha eleita pelo constituinte originário declarada na Constituição Federal de 1988. Neste sentido, conforme pontuado pela Defensoria Pública do Estado da Bahia em suas razões de apelação, a leitura do mencionado artigo do Código de Processo Penal deve observar, antes, o princípio da não culpabilidade, corolário lógico e histórico do Favor Rei. Diante da afirmativa realizada, questiona-se então: a apreensão de quantidade não expressiva de maconha, localizada no interior do colchão de um detento, sem que haja elemento de prova indicativo da traficância, é suficiente para a condenação pelo tráfico de drogas? A testemunha de acusação ouvida em Juízo limitou-se a narrar a apreensão do entorpecente no colchão do réu, não tendo fornecido nenhuma informação adicional sobre o histórico do comportamento de Danilo no ambiente prisional. Ademais, ressaltou que a quantidade de materiais de higiene portata pelo réu era "normal", não sendo encontrado com ele "alguma coisa estranha além do material que foi localizado no colchão". Os antecedentes do recorrente, por sua vez, não apontam para prática do

tráfico de drogas, cumprindo pena, em verdade, por crimes contra o patrimônio, roubo e latrocínio tentado. Malgrado a acusação afirme que a condição de usuário não afaste o tráfico, não logrou indicar elementos outros que autorizem o raciocínio da prática do crime capitulado no art. 33 da Lei nº. 11.343/2006, constando como prova, exclusivamente, a apreensão do entorpecente. O cenário processual, diante da debilidade probatória apontada, não permite ao Judiciário manter uma condenação penal pelo tráfico de drogas, sendo imperiosa a incidência do princípio norteador do Direito Penal, o in dubio pro reo, enquadrando a conduta do apelante no art. 28 da Lei nº. 11.343/2006, nos termos da insurgência manifestada pela Defensoria Pública. Dispõe o § 2º do art. 28 da Lei de Drogas que: § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. A natureza do entorpecente atribuída ao recorrente corresponde ao tipo de droga utilizada por ele, segundo consta de sua confissão tando na delegacia quanto em Juízo; as condições em que a ação se desenvolveu não lograram comprovar a prática do tráfico, inexistindo testemunhas que afirmem um histórico de comercialização de drogas no estabelecimento penal, por exemplo. A quantidade, conforme constata-se do auto de apreensão, e laudos periciais, (ID 15102470 e 173121952), não é considerada pela jurisprudência do STJ como elevada, não havendo no histórico de vida pregressa do réu, segundo analisado dos autos de origem, indicação de envolvimento com o tráfico de drogas ou organizações criminosas. Em situações como a ora posta a julgamento, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido pela adoção de uma interpretação mais favorável e razoável ao réu, reconhecendo a desclassificação do tráfico para a conduta do art. 28 da Lei nº. 11.343/2006, destacando que: “Na espécie em julgamento, não constam dos autos elementos mínimos capazes de embasar a condenação por tráfico de drogas, haja vista a pequena quantidade de substância entorpecente apreendida com o acusado, bem como a ausência de provas concretas sobre a traficância, na medida em que ele foi abordado sozinho, e os policiais não presenciaram nenhum ato concreto de mercancia. O réu não foi pego fornecendo nem negociando drogas com terceiros. Também não foi encontrado em poder dele nenhum apetrecho ligado à narcotraficância, tal como balança de precisão ou material para embalar drogas.” (AgRg no AREsp n. 2.134.120/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 28/10/2022.) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. LASTRO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. É possível examinar em habeas corpus a legitimidade da condenação imposta desde que não seja necessário que se proceda à dilação probatória. 2. Para a imposição de uma condenação criminal, faz-se necessário que seja prolatada uma sentença, após regular instrução probatória, na qual haja a indicação expressa de provas suficientes acerca da comprovação da autoria e da materialidade do delito, nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal. 3. Insta salientar, ainda, que a avaliação do acervo probatório deve ser realizada balizada pelo princípio do favor rei. Ou seja, remanescendo dúvida sobre a responsabilidade penal do acusado, imperiosa será a sua absolvição, tendo em vista que sobre a acusação recai o inafastável ônus de provar o que foi veiculado na denúncia. 4. A apreensão da droga em poder do acusado, por si só, não indica a realização do tipo inserto no art. 33 da Lei de Drogas,

notadamente se considerada a pouca quantidade que foi encontrada. Além disso, não foram localizados petrechos comuns a essa prática (balança de precisão, calculadora, recipientes para embalar a droga, etc). Em suma, baseou-se a sentença apenas na apreensão dos entorpecentes, cuja quantidade, a meu ver, "42,2 gramas de maconha, em 50 porções; 2,38 gramas de cocaína, em 12 porções; e 4,34 gramas de crack, em 22 porções"(e-STJ fls. 151/152), ajusta-se ao que prescreve o art. 28 da Lei de Drogas, autorizando concluir que o réu a tinha para uso próprio. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC n. 687.674/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 15/2/2022, DJe de 18/2/2022.) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENÇÃO. LASTRO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. 1. É possível examinar em habeas corpus a legitimidade da condenação imposta desde que não seja necessário que se proceda à dilação probatória. 2. Para a imposição de uma condenação criminal, faz-se necessário que seja prolatada uma sentença, após regular instrução probatória, na qual haja a indicação expressa de provas suficientes acerca da comprovação da autoria e da materialidade do delito, nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal. 3. Insta salientar, ainda, que a avaliação do acervo probatório deve ser realizada balizada pelo princípio do favor rei. Ou seja, remanescendo dúvida sobre a responsabilidade penal do acusado, imperiosa será a sua absolvição, tendo em vista que sobre a acusação recai o inafastável ônus de provar o que foi veiculado na denúncia. 4. A apreensão da droga em poder do acusado, por si só, não indica a realização do tipo inserto no art. 33 da Lei de Drogas, notadamente se considerada a pouca quantidade que foi encontrada. Além disso, não foram localizados petrechos comuns a essa prática (balança de precisão, calculadora, recipientes para embalar a droga, etc). Ademais, os policiais, únicas testemunhas do fato, ao serem questionados, nada acrescentaram sobre a apuração dos fatos. Em suma, não foram encontradas evidências do comércio ilícito. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC n. 586.513/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 1/9/2020, DJe de 4/9/2020.) AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. RECONSIDERAÇÃO. MATÉRIA PREQUESTIONADA. REVALORAÇÃO JURÍDICA DE FATOS INCONTROVERSOS. NÃO INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/2006. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DA MERCANCIA ILÍCITA. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE DE DROGAS. SEMI-IMPUTABILIDADE RECONHECIDA PELO JUÍZO DE ORIGEM. 1. Devidamente prequestionada a matéria, é de ser reconsiderada a decisão que não conheceu do agravo. 2. Tratando-se da atribuição de nova qualificação jurídica a fatos incontroversos registrados pelas instâncias ordinárias em suas respectivas decisões, fica afastada a aplicação da Súmula n. 7/STJ. 3. O quadro fático dos autos autoriza a conclusão de que, apesar de os depoimentos dos policiais serem merecedores de credibilidade como elementos de convicção, não demonstram inequivocamente, acerca da droga, a sua destinação para a comercialização, além de ter sido apreendida quantidade não relevante, tratando-se de apenas 0,45 gramas de crack e 32,67 gramas de cocaína. 4. O fato de o sentenciado já ter sido preso em outra ocasião pelo mesmo delito não é suficiente para demonstrar que a droga apreendida era destinada ao comércio, especialmente por não ter sido flagrado vendendo ou expondo à venda a droga, bem como por não ter havido a apreensão, em sua residência, de balança de precisão ou de petrechos para a comercialização de drogas. 5. Considerando a apreensão de

quantidade não expressiva de drogas, o reconhecimento pelo Juízo de origem da semi-imputabilidade do réu e a ausência de juízo de certeza quanto aos elementos indicativos da comercialização do entorpecente, afigura-se mais razoável adotar a interpretação mais favorável ao imputado, com a desclassificação da conduta delituosa para o tipo previsto no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. 5. Agravo regimental provido. Agravo conhecido para prover o recurso especial a fim de desclassificar a conduta para o tipo previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, devendo o Juízo de origem aplicar as sanções nele cominadas, como entender de Direito. (AgRg no AREsp n. 2.115.939/MG, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 25/10/2022, DJe de 28/10/2022.) Neste sentido, diante do quanto fundamentado, acolhe-se o pedido formulado pela Defensoria Pública do Estado da Bahia para desclassificar a conduta imputada ao recorrente do art. 33 para o art. 28 da Lei nº. 11.343/2006, porquanto a acusação não se desincumbiu de provar a prática do tráfico de drogas, não sendo suficiente a mera apreensão do entorpecente, havendo que se adotar a interpretação mais benéfica ao réu, nos termos da jurisprudência do STJ. Por fim, fica consignado que o pedido de isenção das custas processuais deverá ser analisado pelo Juízo das Execuções Penais, na forma do entendimento jurisprudencial adotado pelo STJ, segundo se infere da edição nº. 148 da Jurisprudência em Teses, que firmou os seguintes entendimentos: “3) Em se tratando de ação penal pública, compete ao Juízo da Execução Penal a análise do estado de miserabilidade jurídica do condenado, visando à concessão do benefício de gratuidade da justiça. 4) A concessão do benefício de gratuidade da justiça não exclui a possibilidade de condenação do acusado ao pagamento de custas processuais, mas tão somente a suspensão de sua exigibilidade pelo prazo de cinco anos (art. 804 do Código de Processo Penal – CPP)”¹ Deste modo, diante de tudo quanto fundamentado, vota-se no sentido de que o Apelo seja conhecido e julgado, no mérito, provido, desclassificando a conduta do apelante para o art. 28 da Lei de Drogas, devendo o feito ser encaminhado para uma das varas dos Juizados Especiais, na forma do art. 48, § 1º da Lei nº. 11.343/2006. Ex positis, acolhe esta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o voto pelo qual CONHECE E JULGA PROVIDO o Apelo da defesa. Salvador/BA, de de 2023. Des. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora 1<https://scon.stj.jus.br/SCON/jt/toc.jsp?edicao=EDICA0+N.+148%3A+GRATUIDADE+DA+JUSTICA+-+I>