

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000110-55.2020.8.05.0172 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: WESLEY SOARES DA SILVA Advogado (s): LUCIANA FRANCESCA PEREIRA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, DA LEI 11.343/2006). CONDENAÇÃO DO RÉU EM 05 (CINCO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO E 583 (QUINHENTOS E OITENTA E TRÊS) DIAS–MULTA, EM REGIME SEMIABERTO. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA USO (ART. 28, DA LEI Nº 11.343/2006)– RÉU FLAGRADO NA POSSE DE 20,24G (VINTE GRAMAS E VINTE E QUATRO CENTIGRAMAS) DE COCAÍNA; 1.414,82G (MIL QUATROCENTOS E QUATORZE GRAMAS E OITENTA E DOIS CENTIGRAMAS) DE MACONHA; E 21,99G (VINTE E UM GRAMAS E NOVENTA E NOVE CENTIGRAMAS) DE CRACK – TRAFICÂNCIA COMPROVADA – PLEITO NÃO ACOLHIDO. DOSIMETRIA DA PENA. AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, II, J, DO CP – AUSÊNCIA DE RELAÇÃO CONCRETA ENTRE A PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS E A PANDEMIA DO COVID-19 – DEFERIMENTO. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006 – COMPROVADA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PENAS DEFINITIVAS REDIMENSIONADAS PARA 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO E 500 (QUINHENTOS) DIAS MULTA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Réu preso em flagrante na sua residência com 20,24g (vinte gramas e vinte e quatro centigramas) de cocaína, 1.414,82g (mil quatrocentos e quatorze gramas e oitenta e duas centigramas) de maconha e 21,99g (vinte e um gramas e noventa e nove centigramas) de crack. 2. Autoria e materialidade suficientemente demonstradas nos autos, através do Inquérito Policial, laudos toxicológicos e prova oral judicializada. 3. Pleito desclassificatório da conduta prevista no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, para aquela prevista no art. 28, do mesmo diploma legal – inviabilidade. Além da confissão do Apelante, as demais provas coligidas aos autos não deixam dúvidas de que as drogas apreendidas seriam comercializadas, de modo que não há espaço para acolher o pleito de desclassificação para uso. 4. Afastamento da atenuante genérica de prática do crime durante a pandemia da COVID-19– acolhimento. Não há provas de que o Réu tenha se favorecido da situação de pandemia para praticar o crime de tráfico. 5. Tráfico Privilegiado – não preenchimento dos requisitos. Réu já conhecido da polícia pela prática do crime de tráfico de drogas. Somado a isso, tem-se a apreensão de expressiva quantidade de droga e variedade, circunstâncias que denotam dedicação à atividade criminosa, mais especificamente, ao comércio de substâncias ilícitas, e, por conseguinte, veda a incidência do tráfico privilegiado 6. Penas redimensionadas para 05 (cinco) anos de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias–multa RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000110-55.2020.8.05.0172, da Comarca de Mucuri, no qual figura como Apelante WESLEY SOARES DA SILVA e Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER DO RECURSO E DAR–LHE PROVIMENTO PARCIAL, nos termos do voto da Relatora. Sala das Sessões, de de 2022. Presidente Desa. ARACY LIMA BORGES Relatora Procurador (a) PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Procedente em parte Por Unanimidade Salvador, 29 de Março de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000110-55.2020.8.05.0172 Órgão Julgador:

Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: WESLEY SOARES DA SILVA Advogado (s): LUCIANA FRANCESCA PEREIRA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ALB/01 RELATÓRIO O MINISTÉRIO PÚBLICO ofereceu denúncia contra WESLEY SOARES DA SILVA, qualificado nos autos como incurso nas penas do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Narra a peça acusatória (ID 22704159): "Consta dos inclusos autos de Inquérito Policial que, no dia 1º do fevereiro de 2020, às 11h30, na Av Marieta Gazzinelli e no interior da residência situada no nº 721 da mesma avenida, Gazzinelandia no distrito de Itabatã, neste município e comarca de Mucuri/BA, o denunciado trazia consigo e guardava, com o fim de tráfico uma porção de cocaína pulverizada, com peso bruto auferido de 20,24g (vinte gramas e vinte e quatro centigramas), uma porção pequena e uma sacola, contendo a substância popularmente conhecida como maconha, com peso bruto auferido de 1.414,82g (mil quatrocentos e quatorze gramas e oitenta e duas centigramas), além de uma pedra de cocaína em forma de crack, com peso bruto auferido de 21,99g (vinte e um gramas e noventa e nove centigramas), substâncias consideradas droga, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, tudo conforme auto de exibição e apreensão de fls. 13 e laudo de exame químico-toxicológico a ser oportunamente acostado." A Denúncia foi instruída com o Inquérito Policial nº 08/2020 (ID 22704160/22704218); e recebida em 02.07.2021 (ID 22704261). Defesa prévia acostada no ID 22704260. Finda a instrução, as partes apresentaram alegações finais (ID 22704317 e 22704322). Em seguida, foi prolatada a sentença condenatória, que julgou procedente a Denúncia, para condenar WESLEY SOARES DA SILVA, pela prática do crime previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, fixando-lhe a pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo, em regime semiaberto (ID 22704324). Irresignada, a Defesa interpôs Recurso de Apelação, postulando pela desclassificação do crime de tráfico de drogas para aquela prevista no art. 28, da Lei 11.343/2006. Alternativamente, pugna pela aplicação da atenuante da confissão espontânea e afastamento da agravante da calamidade pública, bem como seja reconhecida a incidência do tráfico privilegiado, com a redução da pena no patamar máximo. (ID 22704349) O representante do parquet no primeiro grau deixou de apresentar suas contrarrazões, alegando tratar-se de uma faculdade, conforme o Enunciado nº 15 do CONCRIM do Ministério Público do Estado da Bahia, pugnando pela remessa do feito para o segundo grau (ID 22704352). Instada, a douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pela sua improcedência em parte. (ID 23512357) É o relatório. Salvador/BA, 4 de fevereiro de 2022. Desa. Aracy Lima Borges – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000110-55.2020.8.05.0172 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: WESLEY SOARES DA SILVA Advogado (s): LUCIANA FRANCESCA PEREIRA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ALB/01 VOTO I – PRESSUPOSTOS RECURSAIS DEVIDAMENTE CONFIGURADOS – CONHECIMENTO. Conheço do recurso, visto que atendidos os pressupostos para sua admissibilidade e processamento. II – MÉRITO a) DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28, DA LEI Nº 11.343/2006 A Defesa pugna pela desclassificação do crime de tráfico para o tipo previsto no art. 28, da Lei nº 11.343/2006. Destaca, neste ponto, que a quantidade da droga apreendida com o Réu é compatível com o consumo. Ademais, assevera que a intenção de difundir ilicitamente a droga deve ser

adequadamente comprovada, não sendo suficientes indícios ou em meras presunções, como é a hipótese em exame. Ainda que não questionada a materialidade delitiva está devidamente comprovada através do auto de prisão em flagrante (ID 22704160), auto de exibição e apreensão (ID 22704163- fl. 05) e laudos toxicológicos (ID's 22704218 e 22704314), destacando-se que foram apreendidas em poder do Apelante - 20,24g (vinte gramas e vinte e quatro centigramas) de cocaína em forma de pó; 1.414,82g (mil quatrocentos e quatorze gramas) de maconha prensada; e 21,99g (vinte e um gramas e noventa e nove centigramas) de crack. A autoria, por sua vez, também está demonstrada, eis que a prova oral é contundente e não deixa dúvidas de que as drogas apreendidas em poder do Réu seriam destinadas a comercialização. A propósito, vale conferir os depoimentos colhidos em juízo. Interrogado, o Réu confessou a propriedade das drogas apreendidas, salientando, que as substâncias foram encontradas em seu quarto; que foi preso na sua residência; que é usuário de maconha; que parte da droga era para vender; que adquiriu a droga por R\$1.000,00 (mil reais) e que faria R\$3.000,00 (três) mil reais; que não chegou a comercializar porque foi preso logo após a compra das substâncias ilícitas. Link da audiência (<https://playback.lifesize.com/#/publicvideo/fd10b306-104f-4405-bddd8dac9a574d69?vcpubtoken=d602a7e5-ec34-4b48-a12c-bd1d463ef814>) Como se não bastasse, a confissão do Acusado fora corroborada pela testemunha Policial Militar Sidley Pires Barbosa, que participou da diligência que culminou na sua prisão em flagrante. Nesse sentido, disse que já conhecia o Réu pela prática do crime de tráfico de drogas. Prosseguiu, esclarecendo que já havia abordado o Réu anteriormente e que outras guarnições também já o teriam conduzido para a Delegacia. Relatou que no dia dos fatos, o Réu foi abordado quando saía de casa e com ele foi encontrada uma bucha de maconha; que adentraram a residência do Réu com autorização dos moradores da casa (avós do Réu) e no quarto por ele utilizado foram encontrados maconha, cocaína e crack. Link da audiência: (<https://playback.lifesize.com/#/publicvideo/c6b99825-3f83-40fc-8a0c-82c01258b0a6?vcpubtoken=50126454-a0b4-44eb-87d6-54d23b3d0293>) Nessas circunstâncias, não remanesce dúvidas de que as drogas apreendidas pertenciam ao Réu e não tinham a finalidade única e específica de consumo próprio, como alega a Defesa. Ademais, para a caracterização do crime de tráfico não é necessário que o agente seja flagrado comercializando a substância ilícita, basta tão somente que ele realize uma das 18 (dezoito) condutas, previstas no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, verbis: "Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar" In casu, a prática das condutas de "trazer consigo" e "guardar", com vontade livre e consciente, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, se amoldam ao tipo penal em debate. Anote-se também, que o fato de o Apelante ser usuário de drogas não exclui a sua condição de traficante, aliás isso é muito comum, pois o dependente químico, normalmente, para sustentar seu próprio vício, também comercializa as substâncias ilícitas. Diante desse contexto, conclui-se que as provas produzidas nestes autos são suficientes para manter a condenação do Apelante pela prática do crime de tráfico de drogas, e, por consequência lógica, resta descabida a desclassificação para o crime previsto no art. 28, da Lei nº 11.343/2006. b) Dosimetria da Pena No processo de

individualização da pena, deve o juiz fixá-la dentro dos limites estabelecidos pela norma definidora do tipo, observando-se o quanto previsto nos arts. 59 e 68, do CP. No caso em tela, depreende-se de uma simples leitura da sentença, que o Réu teve a pena base corretamente fixada acima do mínimo legal – 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias – multa, em virtude da quantidade e variedade das drogas apreendidas – 20,24g (vinte gramas e vinte e quatro centigramas) de cocaína, 1.414,82g (mil quatrocentos e quatorze gramas e oitenta e duas centigramas) de maconha e 21,99g (vinte e um gramas e noventa e nove centigramas) de crack – fatores preponderantes que autorizam o recrudesimento inicial do tráfico de drogas, conforme dispõe o art. 42, da Lei nº 11.343/2006. Já na segunda fase, verifica-se que o Juiz a quo reconheceu a incidência da atenuante da confissão espontânea, entretanto, a compensou com a agravante prevista no art. 61, II, j, do CP, em razão do crime ter sido praticado em momento de calamidade pública – COVID-19. A respeito da agravante prevista no art. 61, II, j, do CP, leciona Cleber Masson[1]: “(...) Nessa alínea, o CP mais uma vez se utiliza da interpretação analógica ou intra legem. Essa agravante genérica justifica-se pela insensibilidade moral do agente, que não observa os mais comecinhos postulados de fraternidade e de solidariedade humana e se aproveita de situações calamitosas ou de desgraça particular da vítima, que se encontra em posição de inferioridade, para praticar um crime. Calamidade pública é o acidente generalizado, a tragédia que engloba um número indeterminado de pessoas. Exemplo: roubo cometido durante incêndio em uma universidade durante o período letivo. Desgraça particular do ofendido, por outro lado, é o acidente ou tragédia relativo a uma pessoa ou a um grupo determinado de pessoas. Exemplo: saque dos bens da vítima logo após o capotamento do seu automóvel.”(Grifou-se) Nota-se que, para a incidência da mencionada agravante é necessário haver provas de que o agente se aproveitou de uma tragédia pública ou particular para cometer o crime. Ocorre que no caso em tela, não se evidencia qualquer relação direta entre o cometimento do crime de tráfico de drogas e o estado de calamidade pública decorrente da pandemia do COVID-19, razão pela qual deve ser excluída da condenação. Acerca dessa matéria, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que a aplicação da agravante em questão em decorrência da vigência do estado de calamidade pela pandemia do novo coronavírus exige a demonstração de que o agente se valeu do contexto de pandemia para a prática do delito, ou seja, exige nexos causal entre o estado de calamidade pública e o crime perpetrado. Confira-se: “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. IRRESIGNAÇÃO MINISTERIAL. ROUBO SIMPLES. AGRAVANTE DO CRIME PRATICADO EM ESTADO DE CALAMIDADE PÚBLICA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUE O AGENTE SE PREVALECEU DESSA CIRCUNSTÂNCIA PARA A PRÁTICA DO DELITO. AGRAVANTE AFASTADA, COM A CONSEQUENTE REDUÇÃO DA PENA E ABRANDAMENTO DO REGIME INICIAL. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A incidência da agravante da calamidade pública pressupõe a existência de situação concreta dando conta de que o paciente se prevaleceu da pandemia para a prática delitiva (HC 625.645/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 04/12/2020). No mesmo sentido, dentre outros: HC 632.019/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, DJe 10/2/2021; HC 629/981/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, DJe 9/2/2021; HC 620.531/SP, Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, DJe 3/2/2021. 2. Hipótese em que a agravante prevista no art. 61, inciso II, alínea j, do Código Penal foi aplicada apenas pelo fato de o delito ter sido praticado na vigência do Decreto Estadual nº 64.879 e do Decreto Legislativo nº 06/2020, ambos de 20.03.2020, que reconhecem estado de

calamidade pública no Estado de São Paulo em razão da pandemia da COVID-19, sem a demonstração de que o agente se aproveitou do estado de calamidade pública para praticar o crime em exame, o que ensejou o respectivo afastamento, com o redimensionamento da pena e o abrandamento do regime inicial. 3. Agravo regimental não provido." (STJ – AgRg no HC 655.339/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe 19/04/2021) Destarte, considerando que não há provas de que o Réu tenha se favorecido da situação de pandemia para praticar o crime de tráfico, afasto da condenação a incidência da agravante do art. 61, II, j, do Código Penal. Diante disso, considerando a incidência da atenuante da confissão espontânea, reduzo a pena para o mínimo legal– 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias–multa. Na terceira etapa, busca a Defesa o reconhecimento do tráfico privilegiado com a aplicação da fração redutora no grau máximo, ao argumento de que o Apelante faz jus ao benefício. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado por tráfico de drogas poderá ter as penas reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa, ou seja, o acusado deverá preencher de forma cumulativa esses requisitos. A razão de ser dessa minorante é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que inicia sua vida no comércio ilícito de entorpecentes, muitas das vezes até para viabilizar seu próprio consumo, e não para os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida. Os requisitos da primariedade e bons antecedentes se submetem a uma avaliação objetiva, bastando verificar a Certidão de Antecedentes Criminais do agente, para chegar à conclusão se ele preenche ou não esses requisitos. Quanto a saber se o agente é ou não "dedicado às atividades criminosas" e se "integra organização criminosa", faz-se necessário um exame mais cauteloso dos elementos constantes dos autos. No caso em tela, observa-se que a Certidão de Antecedentes Criminais acostada no ID 22704166, atesta que em desfavor de Wesley Soares da Silva está em curso o Inquérito Policial nº 0000721-76.2018.805.0272 (Tráfico Drogas e Condutas Afins), razão pela qual é correto afirmar que o Réu é primário e possuidor de bons antecedentes. Todavia, a testemunha ouvida em juízo afirmou que já conhecia o Réu pela prática do crime de tráfico de drogas, inclusive já tinha feito sua abordagem anteriormente. O Réu também confirma já ter sido preso pela prática do crime de tráfico de drogas, declarando ter permanecido por 10 (dez) dias no cárcere. A esse respeito, a certidão de antecedentes criminais aponta registro policial em que o Réu é investigado pela prática do crime de tráfico de entorpecentes (IP 0000721-76.2018.805.0272), sendo forçoso concluir que esta não é a primeira vez que ele teve contato com a traficância. Somado a isso, a expressiva quantidade de droga apreendida e sua variedade amparam a conclusão de que o Apelante se dedica à atividade criminosa, mais especificamente, ao comércio de substâncias ilícitas, e, por conseguinte, veda a incidência do tráfico privilegiado. Nesse sentido, colaciono recente julgado do Superior Tribunal de Justiça: "PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. HABITUALIDADE DELITIVA EVIDENCIADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem

a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas. 2. Hipótese em que a instância antecedente negou o redutor do tráfico privilegiado com fundamento nos depoimentos dos policiais e de usuários de droga que confirmaram a traficância realizada habitualmente pelo agente no "Beco do Tuca". Foi destacada, ainda, a apreensão de variada quantidade de entorpecente na residência do acusado (aproximadamente 33,1 g de maconha e 15 g de crack), de dinheiro em espécie (R\$ 255,00) e de um rádio comunicador, o que indicaria não ser ele pessoa iniciante no comércio de drogas. 3. Concluído pelo Tribunal de origem que o paciente se dedica a atividade criminosa, com fundamento em elementos colhidos nos autos, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. 4. Agravo regimental não provido."(AgRg no HC 705.771/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe 17/12/2021). Portanto, demonstrado que o Recorrente se dedica a atividade criminosa, não há como aplicar ao mesmo a minorante do tráfico privilegiado. Assim sendo, torno definitiva as penas em 05 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão mínima legal, em regime semiaberto. III- CONCLUSÃO Ante o exposto, conheço do recurso e DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO, para excluir da condenação a agravante prevista no art. 61, II, j, tonando definitivas as penas em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão mínima, mantendo-se os demais termos da sentença impugnada. [1] MASSON, Cleber. Código Penal Comentado. 2. Ed. Rio de Janeiro Forense; São Paulo: Método, 2014. Salvador/BA, 4 de fevereiro de 2022. Desa. Aracy Lima Borges – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relatora