

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000529-21.2016.8.05.0009 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: NELITA PINTO DOS SANTOS e outros (3) Advogado (s): JOSE CORREIA DOS SANTOS, TAIRONE FERRAZ PORTO, CRISTIANO ALMEIDA SANTOS, ROBERVAL LIMA DAMASCENA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DA DEFESA. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06. CABIMENTO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA COMPATÍVEL COM O USO. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS COMPROVADORES DA TRAFICÂNCIA A EXEMPLO DE BALANÇA DE PRECISÃO, CADERNOS DE ANOTAÇÕES, ENTRE OUTROS. RÉUS PRIMÁRIOS. OBSERVÂNCIA DO art. 28, § 2º DA LEI 11.343/06. PROVAS QUE NÃO SÃO SEGURAS PARA UMA CONDENAÇÃO POR TRÁFICO. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. RECURSO PROVIDO. 1. O Laudo de Exame Pericial de Constatação de Id 42749471, fl. 180, consignou que foram apreendidas 09,15g (nove gramas e quinze centigramas), massa bruta de maconha; distribuída em 06 (seis) porções. 2. O art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06 dispõe que, para a constatação de que a droga destina-se ao tráfico ou ao consumo pessoal deve-se levar em conta a natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta social e os antecedentes do agente. No caso dos autos, os réus são primários, tendo sido encontrada pequena quantidade de único entorpecente (maconha), de menor potencial ofensivo, sem outros indícios de traficância como balanças de precisão, cadernos com anotações, sacos plásticos para acondicionamento da droga, entre outros. Ao contrário, foi encontrado um cachimbo artesanal, artefato usado para uso de entorpecentes. 3. Parecer da Procuradoria pela desclassificação. 4. In dubio pro réu. Desclassificação que se impõe. 5. Recurso conhecido e provido. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido Por Unanimidade Salvador, 21 de Agosto de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000529-21.2016.8.05.0009 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: NELITA PINTO DOS SANTOS e outros (3) Advogado (s): JOSE CORREIA DOS SANTOS, TAIRONE FERRAZ PORTO, CRISTIANO ALMEIDA SANTOS, ROBERVAL LIMA DAMASCENA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO O ilustre Representante do Ministério Público ofertou denúncia ID 42749471, contra NELITA PINTO DOS SANTOS, JUSCIARA DE JESUS SANTOS, VITÓRIO TEIXEIRA SANTOS E TALLES HENRIQUE MEDRADO BRITO como incursos nos artigos 33 e 35, ambos da Lei 11.343/2006, e art. 14 da lei 10.826/03. Após regular trâmite, sobreveio a sentença Id 42749485 – que julgou parcialmente procedente o pedido formulado na denúncia condenando os réus Nelita Pinto dos Santos, Jusciara de Jesus Santos, Vitório Teixeira Santos e Talles Henrique Medrado Brito como incursos no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, e o réu Vitório Teixeira Santos nas sanções do artigo 12 da Lei 10.826/03. Inconformados, os réus, por intermédio de seu representante legal, interpuseram recurso de Apelação com razões de Id 42749501. Nas contrarrazões Id 42749505 o Ministério Público requereu o improvimento do Recurso de Apelação. A douta Procuradoria de Justiça, no parecer de Id 46283313, pronunciou-se pelo CONHECIMENTO e PROVIMENTO PARCIAL do apelo, para desclassificar delitivamente a conduta de todos os Recorrentes para a condição de usuário. Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. Salvador, data registrada

no sistema. CARLOS ROBERTO SANTOS ARAÚJO RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000529-21.2016.8.05.0009 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: NELITA PINTO DOS SANTOS e outros (3) Advogado (s): JOSE CORREIA DOS SANTOS, TAIRONE FERRAZ PORTO, CRISTIANO ALMEIDA SANTOS, ROBERVAL LIMA DAMASCENA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Presentes os pressupostos de admissibilidade dos recursos, passo a julgá-lo. Cuida-se de Apelação Criminal interposta contra sentença Id 27877691 visando a desclassificação da conduta delitiva do crime previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/06, para o tipo previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06. Da detida análise da produção probante, verifico que razão assiste à defesa. Narrou a inicial acusatória, basicamente, que: [...] No dia 1º de dezembro de 2016, por volta das 06h00min, os denunciados NELITA PINTO DOS SANTOS, TALLES HENRIQUE MEDRADO BRITO, JUSCIARA DE JESUS SANTOS e VITORIO TEIXEIRA SANTOS foram presos em flagrante delito pelo fato de ter em posse 01 espingarda calibre 44, municiada com 02 cartuchos intactos, 02 cartuchos calibre 38 intactos, 06 trouxinhas de maconha, pesando aproximadamente 10 gramas cada, 01 chip de celular, 03 cartões de memória, 01 aparelho celular Motorola branco, 01 aparelho celular Samsung branco, 01 aparelho celular Samsung cinza, 01 aparelho celular Samsung duos preto, 01 aparelho celular moto g azul, 01 aparelho celular multilaser branco, 01 aparelho celular Samsung duos branco em capa de couro, 01 cachimbo artesanal, conforme Auto de Exibição e Apreensão de fls. 08 do IP. Consta dos autos que, no dia e horário supracitados, a Autoridade Policial foi designada para cumprir mandado judicial de busca e apreensão nas residências dos denunciados, localizada na Rua D, SN, Bairro São João Batista, por suspeita de envolvimento dos mesmos em tráfico de drogas nesta cidade. Chegando ao local, foram cumpridas todas as diligências e formalidades legais, sendo encontrado em posse dos denunciados NELITA PINTO DOS SANTOS, TALLES HENRIQUE MEDRADO BRITO, JUSCIARA DE JESUS SANTOS e VITORIO TEIXEIRA SANTOS; várias armas de fogo e 06 trouxinhas de maconha, conforme Auto de Exibição e Apreensão de fls. 08 do IP, momento em que foi dado voz de prisão todos os envolvidos, tendo os mesmos, juntamente com as drogas, armas e demais objetos apreendidos, sido encaminhados à Delegacia de Polícia para as providências legais Cabíveis. [...] (SIC) Na sentença, o Magistrado reconheceu que a espingarda era de propriedade exclusiva de Vitório, único condenado pela posse do artefato, que foi encontrado em casa distinta dos demais réus, sendo reconhecida, ainda, a inexistência de provas quanto ao crime de associação para o tráfico. Relativamente ao tráfico de drogas, respeitados os argumentos do Ministério Público, forçoso reconhecer que a prova surgiu muito frágil, restando efetivamente possível apenas a desclassificação para o crime de uso. O Laudo de Exame Pericial de Constatação de Id 42749471, fl. 180, consignou que foram apreendidas 09,15g (nove gramas e quinze centigramas), massa bruta de maconha; distribuída em 06 (seis) porções. Verifica-se que fora expedido mandado de busca e apreensão na residência dos denunciados em razão de denúncia anônima acerca de suposta prática de tráfico de drogas no local. Entretanto, os policiais que participaram da prisão e foram ouvidos em juízo não forneceram informações capazes de ensejar a conclusão de que a droga apreendida destinava-se ao tráfico, sendo a pequena a quantidade de entorpecente encontrada, compatível com o consumo pessoal alegado pelos recorrentes. O art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06 dispõe que para a constatação de que a droga destina-se ao tráfico ou ao consumo pessoal deve-se levar em conta a

natureza e a quantidade da substância apreendida, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta social e os antecedentes do agente. Vejamos: Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: § 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. É importante consignar que o flagrante foi proporcionado por atuação de policiais civis, especializados no combate ao tráfico de entorpecentes. Mesmo tratando-se de Polícia Judiciária, especializada em investigações, apesar das informações sobre realização de tráfico no local, não foram colhidas em diligências provas passíveis de confirmar o tráfico, não tendo os milicianos ido no encalço de pessoas que houvessem adentrado ou saído do local, possibilitando identificar e deter compradores ou desbaratar a rede de atuação dos possíveis vendedores. A própria diligência de busca e apreensão realizada na residência dos denunciados (todos da mesma família) não resultou em provas ou indícios suficientes, por si só, para confirmar existência de tráfico no local, ou mesmo sua autoria. Na verdade, o que se encontrou foi uma pequena quantidade de único entorpecente (maconha) de menor potencial ofensivo, sem outros indícios de traficância, como balanças de precisão, cadernos com anotações, sacos plásticos para acondicionamento da droga, entre outros. Ao contrário, foi encontrado um cachimbo artesanal, artefato usado para uso de entorpecente. Ademais, os réus admitiram serem usuários, afirmando que a droga localizada seria para seu uso próprio. Por outro lado, conforme reconhecido pelo Magistrado, na sentença, nenhum dos apelantes possui antecedentes criminais, fator este que também deve ser levando em conta para a formação do juízo de convencimento, nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/06. Saliente-se, ainda, que eventuais conversas obtidas em redes sociais dos acusados não são aptas a gerar certeza acerca da prática do tráfico, especialmente porque é firme a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de considerar ilícita a prova obtida diretamente dos dados constantes de aparelho celular, decorrentes de mensagens de textos SMS, conversas por meio de programa ou aplicativos (WhatsApp), mensagens enviadas ou recebidas por meio de correio eletrônico, decorrentes de flagrante, sem prévia autorização judicial" (AgRg no AREsp 1.573.424/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 15/9/2020). Assim, não havendo nos autos prova segura e incontestada da prática do crime de tráfico ilícito de drogas, impõe-se a desclassificação do delito ora imputado para o de porte de drogas para uso próprio, previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06 com a imediata remessa dos autos ao Juizado Especial Criminal, por tratar-se de infração de menor potencial ofensivo. Nesse sentido: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE PROVAS INEQUÍVOCAS DE COMÉRCIO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 28, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Diante das circunstâncias fáticas, a forma como foi apreendida a droga não demonstra inequivocamente a sua destinação para a comercialização, além de não afastar a circunstância de ter sido apreendida quantidade não relevante. 2. Quanto ao material encontrado na posse no acusado, que afirmou ser usado na sua profissão de tatuador, também não restou categoricamente comprovado que fosse usado para o tráfico e não para a sua

profissão. A quantidade de droga apreendida não é expressiva, tratando-se de 11g de cocaína e 9g de maconha o que caracteriza mais o consumo do que a traficância. 3. Considerando a apreensão de quantidade não expressiva de droga e a ausência de juízo de certeza quanto aos elementos indicativos da comercialização do entorpecente, afigura-se mais razoável, considerando-se o princípio da presunção de inocência, adotar-se a interpretação mais favorável ao imputado. 4. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no HC: 701456 SC 2021/0337916-3, Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 29/03/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/04/2022) APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006). DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE PORTE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO (ART. 28 DA LEI Nº 11.343/2006). POSSIBILIDADE. QUANTIDADE COMPATÍVEL COM O USO. FALTA DE ELEMENTOS COMPROVADORES DO TRÁFICO. PROVAS QUE NÃO SÃO SEGURAS PARA UMA CONDENAÇÃO PELO TRÁFICO. PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. USO DE ENTORPECENTES. CRIME DE MENOR POTENCIAL OFENSIVO. ENCAMINHAMENTO DOS AUTOS AOS JUIZADOS ESPECIAIS CRIMINAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. 1. Cabe a desclassificação do crime de tráfico de entorpecentes para o de porte de drogas para uso próprio quando a quantidade da droga apreendida é compatível para tal, o acusado alega ser usuário e as testemunhas confirmam a apreensão da droga, mas não apontam outros elementos comprovadores do tráfico. 2. Sendo o crime de porte de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei nº 11.343/2006) de menor potencial ofensivo, devem os autos ser encaminhados ao Juizado Especial Criminal, por ser o Juízo competente para o seu processamento. (TJ-BA – APL: 03068114920148050113, Relator: NAGILA MARIA SALES BRITO, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 05/05/2017) EMENTA: APELAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA POR CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, "CAPUT", DA LEI Nº 11.343/06) RECURSO DEFENSIVO REQUERENDO DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA PREVISTA NO ART. 28 DO MESMO DIPLOMA (PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL) OU AFASTAMENTO DA PENA DE MULTA, ALÉM DA ISENÇÃO DO PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS RECURSO PROVIDO. DESCLASSIFICAÇÃO DAS ACUSAÇÕES REFERENTES AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O CRIME DE PORTE PARA USO, COM A DEVIDA REMESSA AO JUIZADO ESPECIAL CRIMINAL. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 48, § 1º, DA LEI ANTIDROGAS C/C ARTIGO 383, § 2º, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. RECURSO PROVIDO. SENTENÇA REFORMADA. I Sentença que julga procedente a pretensão punitiva para condenar MAXSUEL DIAS DOS SANTOS pelo crime de tráfico (art. 33, caput, da Lei de Regência), aplicando a pena de 01 (um) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, e 165 (cento e sessenta e cinco) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, substituindo, ao final, a pena privativa de liberdade por duas penas restritiva de direitos. II Recurso da defesa requerendo a reforma de edito condenatório, pra que haja a desclassificação delitiva para o tipo penal do art. 28, da Lei nº 11.343/06; o afastamento da pena de multa ou subsidiariamente, a sua redução ou parcelamento, além da isenção do pagamento de custas processuais (fls. 128/138). III – Materialidade encontra-se devidamente comprovada, constante no Auto de Prisão em flagrante (fls. 05/15); Auto de Apreensão (fls. 10), laudo de constatação preliminar (fls. 39/40), ratificado pelo Laudo Pericial definitivo constante às fls. 42, apontando a apresentação de 07 (sete) pedras de "crack" com massa total de 1,58g (uma grama e cinquenta e oito centigramas). IV – Incabível a condenação por Tráfico de Drogas, pois há dúvidas de que o réu tenha concorrido para a prática deste crime, mormente quando suas declarações em juízo foi

consistente no sentido de que seria usuário de drogas, que se encontra em total harmonia com todo o caderno probatório carreado aos autos, inclusive pelos depoimentos dos policiais que se limitaram a afirmar que o Acusado foi flagrado portando a ínfima quantidade de entorpecente. V – A ausência de elementos suficientes à comprovação inequívoca de que as drogas apreendidas em poder do Réu destinavam-se à difusão ilícita impõe, por força do princípio do in dubio pro reo, desclassificação referente ao crime estampado no artigo 33, da Lei de Drogas, para o tipo descrito no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. VI – Nos termos do art. 383, § 2º, do Código de Processo Penal, tratando-se de infração da competência de outro Juízo, a este devem ser encaminhados os autos. In casu, o feito deve ser enviado ao Juizado Especial Criminal competente para fins de aplicação dos benefícios da Lei 9.099/95, ex vi do artigo 48, § 1º, da Lei de Regência, devendo ser expedido o competente Alvará de Soltura. VII – RECURSO PROVIDO. Desclassificação das acusações relativas ao crime elencado no artigo 33, caput, da Lei Antidrogas para o crime de Uso próprio, tipificado no artigo 28 da Lei Antidrogas, que se impõe. (TJ-BA – APL: 00029004420138050079, Relator: PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 03/03/2020) Conforme consignado pela d. Procuradoria de Justiça: “A quantidade de entorpecente é uma elementar para o alcance da qualidade a ser atribuída ao indivíduo que é encontrado portando-o. Revela-se, portanto, senão o principal, um dos núcleos de exame pelo julgador (...) e que, por muitas vezes, conduz ao reconhecimento da culpabilidade do agente. Ora, nesse sentido, se assim o é para condenar, também deve ser para absolver ou, como in casu, para reconhecer a condição de usuário do processado. ” Acerca do prequestionamento apresentado pelo apelante em suas razões recursais, saliento nenhuma ofensa aos dispositivos de lei invocados (arts. 157 e 386, II, do CPP e, para fins de interposição de Recurso Extraordinário, as normas do inc. LV, do art. 5º, e do inc. IX, do art. 93 da CRFB), porque posicionamento deste decisio representa a interpretação da colenda Turma Julgadora quanto à matéria em discussão, conforme seu convencimento, não se cogitando negativa de vigência a tais dispositivos. Desnecessária a abordagem pelo órgão julgador de todas as matérias debatidas ou de dispositivos legais suscitados pelas partes, mesmo diante do prequestionamento. Ante o exposto, CONHEÇO do recurso de apelação interposto pela Defesa, DANDO-LHE PROVIMENTO, para o fim de desclassificar a conduta imputada aos denunciados relativamente ao tráfico de drogas, prevista no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, para a inculpada no art. 28 da Lei 11.343/2006, determinando o encaminhamento dos autos ao Juizado Especial Criminal, para fins de aplicação dos benefícios da Lei 9.099/95, conforme dispõe o art. 48, § 1º, da Lei 11.343/06 c/c art. 383, § 2º, do Código de Processo Penal. É como voto. Salvador, data registrada no sistema. CARLOS ROBERTO SANTOS ARAÚJO DESEMBARGADOR RELATOR