

Tribunal de Justiça do Estado da Bahia Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma Origem do Processo: Comarca de Ilhéus Apelação nº 0500315-74.2019.8.05.0103 Apelante: Vandilson Oliveira Bomfim Defensor Público: Rodrigo Silva Gouveia Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Sílvia Corrêa de Almeida Procurador de Justiça: Antônio Carlos Oliveira Carvalho Relator: Mario Alberto Simões Hirs ACORDÃO APELAÇÃO CRIME. ART. 33, DA LEI 11.343/2006. SANÇÃO FIXADA EM 05 ANOS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDO NO REGIME INICIAL SEMIABERTO, E 500 DIAS-MULTA, À RAZÃO DE 1/30 DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. RECURSO: APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA MENCIONADA LEI NO PATAMAR MÁXIMO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS A SEREM DEFINIDAS NO JUÍZO DE EXECUÇÕES. RECURSO CONHECIDO E JULGADO PROVIDO NOS TERMOS DO VOTO, MANTENDO OS DEMAIS TERMOS DA SENTENÇA. ACÓRDÃO Vistos, Relatados e discutidos os autos da apelação nº 0500315-74.2019.8.05.0103, em que são partes as acima citadas. Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em CONHECER E JULGAR PROVIDO O RECURSO, nos termos do voto do relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido Por Unanimidade Salvador, 23 de Janeiro de 2023. RELATÓRIO Trata-se de apelação interposta pela Defesa em razão da sentença que julgou procedente os fatos narrados na exordial acusatória e condenou Vandilson Oliveira Bomfim, pelos motivos a seguir descritos. Adoto o relatório da sentença, in verbis: [...] O Ministério Público do Estado da Bahia, no uso de uma de suas atribuições legais, com base no incluso inquérito policial de nº 030/2019, ofereceu denúncia contra VANDILSON OLIVEIRA BOMFIM, brasileiro, solteiro, natural de Ilhéus-BA, nascido em 08/05/1985, filho de Célia Oliveira Bomfim, imputando-lhe a prática do delito previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, nos seguintes termos: “Infere-se do presente Inquérito Policial que, no dia 13 de janeiro de 2019, por volta das 23h00min, no Parque Infantil, Malhado, Ilhéus/BA, o denunciado trazia consigo, 27 (vinte e sete) trouxinhas de uma substância, vulgarmente conhecida como cocaína, pesando a massa líquida total de aproximadamente 12,97 g (doze gramas e noventa e sete miligramas), destinados à comercialização (Auto de Exibição e Apreensão a fl. 11 e Laudo Pericial de Constatação Preliminar as fls. 20). Consta dos autos que policiais militares deslocaram-se para realizar uma diligência no Parque infantil, próximo ao Bar Scorpion, objetivando averiguar uma denúncia anônima que informava que um indivíduo com camisa vermelha estava traficando drogas no local. Realizada busca pessoal, os policiais militares apreenderam em poder do denunciado 27 (vinte e sete) trouxinhas de uma substância, vulgarmente conhecida como cocaína. Emerge, ainda, dos autos, que foi apreendida a quantia de R\$ 54,00 (cinquenta e quatro reais), produto da venda de drogas.” (fl. 02). O denunciado foi notificado e apresentou defesa preliminar às fls. 58/59, por meio da Defensoria Pública. Decisão interlocutória recebendo a denúncia, às fls. 60, sendo na mesma oportunidade designada audiência de instrução. Audiência de instrução realizada em 17/05/2022, ocasião em que fora produzida prova testemunhal com oitiva de duas testemunhas de acusação e foi decretada a revelia do réu. Alegações finais orais apresentada pela representante do Ministério Público, em audiência, pleiteando pela procedência da ação penal, condenando-se o acusado nas reprimendas do artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, sem causa de diminuição de pena porque voltou a ser preso e

também já respondeu a processo por homicídio. A defesa apresentou alegações finais, em audiência, pugnando pela condenação com aplicação do regime aberto. Por fim, requereu que a pena seja aplicada no mínimo legal, em consideração à primariedade, bons antecedentes e confissão, bem como a aplicação do art. 33 § 4º da Lei 11343/06 e que seja concedido ao réu o direito de apelar em liberdade” Sobreveio sentença julgando procedente o pedido formulado na denúncia e condenando o réu Vandilson Oliveira Bomfim, como incurso nas sanções previstas pelo art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006, cuja sanção restou fixada em 05 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprido em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade, e condenando-o ao pagamento das custas processuais (Id. 37502242). Irresignada, a Defesa ingressou com o recurso, visando a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. (Id. 37502250) O réu foi intimado acerca da sentença em 07/07/2022, vide Id. 37502252. Certificada a tempestividade do recurso (Id. 37502253). Recurso recebido (Id. 37502256). Em sede de contrarrazões, o Parquet manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do recurso (Id. 37502259). Instado a manifestar-se, o ilustre Procurador de Justiça, Antônio Carlos Oliveira Carvalho, lançou Parecer opinando pelo conhecimento e provimento do recurso, a fim de aplicar o redutor referente ao tráfico privilegiado, e posterior substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, conforme previsto no art. 44 do Código Penal (Id. 38293324). É o Relatório. VOTO Devidamente observados os pressupostos de admissibilidade do recurso, conheço da apelação interposta. Como visto, Vandilson Oliveira Bomfim foi processado e condenado como incurso nas sanções previstas pelo art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006, cuja sanção restou fixada em 05 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprido em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, porque preso na posse de 27 (vinte e sete) trouxinhas de cocaína, com massa total de 12,97 g (doze gramas e noventa e sete miligramas), destinados à comercialização. A apelação visa exclusivamente o reconhecimento e aplicabilidade do redutor previsto no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06. Atento ao efeito devolutivo dos recursos, ressalto que a materialidade e autoria restaram sobejamente demonstradas através do auto de exibição e apreensão, laudo de exame de constatação positivo para a substância benzoilmetilcgonina (cocaína), substância entorpecente de uso proscrito no Brasil e constante da Lista F-1 da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde. O acusado em seu interrogatório, confessou a autoria delitiva. Em seu depoimento extrajudicial afirmou: “que confessa que realmente encontrava-se comercializando substâncias entorpecentes na modalidade “cocaína”, quando fora abordado pelos prepostos da Polícia Militar; que apanhou a droga de um desconhecido na cidade de Itabuna e iria vender há R\$ 20,00 Reais, cada papelote; que o dinheiro que foi arrecadado seria usado para Cirurgia de sua mãe; que interpelado se já possui passagens pela Polícia? Respondeu positivamente, pelo crime de Homicídio.” O policial, João Monteiro de Matos Junior, ouvido em juízo, disse que: “chegou a informação passando característica de uma pessoa de camisa vermelha estaria vendendo drogas; que foram ao local e encontraram o réu com camisa vermelha no bar Scorpion, que já é conhecido por ser movimentado e onde se usa drogas perto do Parque infantil; que lá chegando avistaram o réu de camiseta vermelha, abordaram e encontraram a droga cocaína, uma parte na cintura e outra no bolso do fundo da bermuda; que o

réu disse que respondia a processo por crime de homicídio e estava em liberdade condicional; que nada mais soube sobre o réu.” Em Juízo, o Policial Pablo Magalhães, disse que: “receberam denúncia de que no Parque Infantil havia um elemento em um bar próximo ao Parque infantil que é bem movimentado, dizendo que havia um indivíduo traficando drogas livremente na parte de fora do bar, e dava características de vestimentas; que foram ao local identificaram o réu, fizeram busca pessoal e encontraram no bolso de trás da bermuda e na parte da frente, a quantidade de drogas mencionada na denúncia; que o réu não negou que a droga lhe pertencia e o levaram para a Delegacia; que não se recorda qual Policial encontrou a cocaína em papetes com o réu; que não se recorda se apreenderam dinheiro com o réu; que perguntaram e o réu disse que já tinha sido preso por uma situação de apuração de envolvimento em homicídio.” Assim, na espécie, mais do que comprovado que o apelante agiu como incurso no crime tipificado no art. 33 da Lei 11.346/06, não sendo necessária a prova da mercância, sobretudo, porque sendo o crime de tráfico de drogas, de tipo multinuclear, se caracteriza com a prática de qualquer das condutas descritas no dispositivo, razão pela qual o verbo “trazer consigo” descrito na denúncia é suficiente para caracterizar a prática delitiva. 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: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Neste sentido, demonstrada a materialidade e autoria delitiva, vai mantida a decisão primeva. No que tange à dosimetria, denota-se que o magistrado singular fixou a pena-base no mínimo legal, em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, tornando-a definitiva, vejamos: “Em vista do princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) e em observância ao quanto disposto no art. 68 do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/2006, passo a dosar a pena a ser aplicada. Verifico que o Réu agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar que extrapole os limites previstos pelo tipo incriminador; seus antecedentes são favoráveis, posto que primários; não há elementos para aferir sua personalidade; conduta social sem fatos desabonadores; o motivo foi ditado pela vontade de lucro fácil, o qual já é punido pela própria tipicidade e previsão do ilícito; as circunstâncias do crime são normais; as consequências do crime são desconhecidas, não havendo que se cogitar acerca do comportamento de vítima. Conforme artigo 42 da Lei 11.343/06, deve prevalecer sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, a personalidade, a conduta social, já analisadas, e a natureza e quantidade da droga apreendida, ao que passo analisar: foi um tipo de droga apreendida, fato, por si só, não que enseja uma elevação da pena base. A natureza da droga cocaína é muito grave, mas a quantidade encontrada não foi grande. À vista dessas circunstâncias analisadas individualmente, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Concorre a circunstância atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal, qual seja, a da confissão, mas como a pena-base foi fixada no mínimo legal, deixo de aplicá-la em observância da Súmula 231 do STJ, razão pela qual mantenho a pena anteriormente dosada. Não existem outras atenuantes ou agravantes a serem consideradas. Inexistentes causas de diminuição e aumento da pena, fica a pena definitiva fixada em 05 (cinco) anos de reclusão, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa para o crime

do art. 33, caput, da Lei 11.383/2006, sendo o valor de cada dia-multa corresponde a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, ante a ausência de elementos para averiguar a condição econômica do réu, devendo a multa ser corrigida monetariamente e recolhida ao Fundo Penitenciário, conforme disposições dos artigos 49 e 50 do CP. Em atenção ao art. 387, § 2º, do CPP, deve-se garantir ao réu o direito de detração do tempo da prisão provisória, da prisão administrativa ou de internação, que será realizada na fase executória. No caso dos autos, observa-se que o réu permaneceu preso em razão deste processo na data de 13/01/2019 até a data de 21/01/2019, devendo tal tempo de prisão ser abatido de sua pena somente na fase de execução, pois a detração penal não influencia no regime inicial de cumprimento da pena. A determinação do regime inicial da pena depende de dois fatores: a quantidade de pena fixada (artigo 33, parágrafo 2º, do CP) e as condições pessoais do condenado (artigo 33, parágrafo 3º, do CP). Considerando a pena definitiva, a detração penal e não havendo motivo para a imposição de regime mais severo, impõe-se o regime de cumprimento de pena inicialmente semiaberto. Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direito por não preencher os requisitos objetivos do artigo 44, I, do Código Penal. Na mesma perspectiva, deixo de aplicar o artigo 77, do Código Penal, pela quantidade de pena aplicada. Concedo ao acusado o benefício de poder manejar recurso de apelação em liberdade, por não vislumbrar a presença dos requisitos que autorizam a decretação de prisão preventiva, bem como o fato de que já se encontra em liberdade. Assim, mantenho a pena-base em 05 anos de reclusão, e 500 dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. Verifica-se a presença da circunstância atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal (confissão), no entanto, deixo de aplicá-la em observância da Súmula 231 do STJ, mantendo a basilar inalterada. Na última fase, denota-se a presença da causa de diminuição referente ao tráfico privilegiado, tendo em vista o mais recente entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, de forma que inquéritos ou ações penais em curso, por si sós, não podem ser utilizados em desfavor do agente, sob pena de violação ao princípio constitucional da não culpabilidade. Colaciono julgado neste sentido: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. (...)

1. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão pelo STJ somente em situações excepcionais de notória ilegalidade ou de abuso de poder que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação probatória. 2. Os requisitos específicos para reconhecimento do tráfico privilegiado estão expressamente previstos no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a saber, que o beneficiário seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. 3. O tratamento legal conferido ao crime de tráfico de drogas traz peculiaridades a serem observadas nas condenações respectivas; a natureza desse crime de perigo abstrato, que tutela o bem jurídico, saúde pública, fez com que o legislador elegeisse dois elementos específicos – necessariamente presentes no quadro jurídico-probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas – para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria. 4. No julgamento do RE n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral (Tese n. 712), o STF fixou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes não podem ser utilizadas em duas

fases da dosimetria da pena. 5. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp n. n. 1.887.511/SP (DJe de 1º/7/2021), partindo da premissa fixada na Tese n. 712 do STF, uniformizou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria, para modulação da pena-base. 6. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise dos vetores “natureza e quantidade de drogas apreendidas” para etapas posteriores, já que erigidos ao status de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual. 7. Apenas circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, podem ser utilizadas para modulação da fração de diminuição de pena do tráfico privilegiado, desde que não utilizadas para fixação da pena-base. 8. Inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar o tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral). 9. Configura constrangimento ilegal a presunção de que o agente se dedica a atividades criminosas quando o afastamento do tráfico privilegiado fundou-se na simples existência de inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação criminal definitiva, e na natureza ou quantidade de droga apreendida, especialmente, quando valorada na primeira fase da dosimetria em evidente bis in idem. 10. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 676.516/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 25/10/2021). Conforme consignado acima, e em observância ao recente entendimento do Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, inquéritos ou ações penais em curso, por si sós, não podem ser utilizados em desfavor do agente. Consoante o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, aplica-se a redução em 1/6 a 2/3, vejamos: “(...) § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Sabe-se que o magistrado possui discricionariedade para estabelecer o percentual previsto no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, no entanto, deve explicitar os motivos para escolha do patamar mínimo de redução da pena. Deste modo, demonstrado que o recorrente faz jus ao reconhecimento do tráfico privilegiado e não verificando motivos a afastar o percentual máximo do redutor, aplico nesta oportunidade 2/3 (dois terços), razão pela qual fixo a pena em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprido em regime inicial aberto, bem como ao pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. Em virtude da readequação da pena e em conformidade ao disposto no art. 44, inciso I, do CP, procedo a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. Ante o exposto, conheço o recurso interposto pela Defesa, para julgá-lo provido, em consonância com Parecer Ministerial, para readequar a sanção, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas no juízo de execução das penas. É como voto. Sala das Sessões, data registrada no sistema.

\_\_\_\_\_  
Presidente \_\_\_\_\_ Relator

\_\_\_\_\_  
Procurador de Justiça