

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0546432-80.2015.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: Fábio Silva Xavier

Advogado (s):

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

Advogado (s):

ACORDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. LEI ANTIDROGAS. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELANTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006, À PENA DE 05(CINCO) ANOS, 07(SETE) MESES E 15(QUINZE) DIAS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA INICIALMENTE EM REGIME SEMIABERTO, BEM COMO PAGAMENTO DE 562(QUINHENTOS E SESSENTA E DOIS) DIAS-MULTA, NO VALOR UNITÁRIO ARBITRADO NO MÍNIMO LEGAL. FOI CONCEDIDO AO APELANTE O DIREITO DE ESTE RECORRER EM LIBERDADE.

RAZÕES RECURSAIS:

ABSOLVIÇÃO DO APELANTE POR AUSÊNCIA DE PROVAS APTAS PARA A CONDENAÇÃO, COM FULCRO NO ARTIGO 386, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ARTIGO 28 DA SUPRACITADA LEI. IMPOSSIBILIDADE. PROVAS COLHIDAS NO IN FOLIO QUE DEMONSTRAM QUE O APELANTE PRATICOU O CRIME QUE LHE FOI IMPUTADO. POLICIAIS MILITARES QUE RATIFICARAM AS DECLARAÇÕES PRESTADAS NA DELEGACIA. AGENTES QUE NÃO DEMONSTRARAM NENHUM MOTIVO PARA PREJUDICAR O APELANTE. VALIDADE DOS MENCIONADOS DEPOIMENTOS.

PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL. CORRÉU QUE, EM AMBAS AS FASES DECLAROU QUE CONHECIA O APELANTE, AFIRMANDO, INCLUSIVE, QUE, NO MOMENTO EM QUE FORAM PRESOS, ESTE ESTARIA VENDENDO SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES (MACONHA), ALÉM DE SER CONHECIDO NO BAIRRO DO CALABETÃO COMO TRAFICANTE. INEXISTÊNCIA NOS AUTOS DE ELEMENTOS QUE COMPROVAM SER O REFERIDO APELANTE USUÁRIO DE DROGA. EM QUE PESE A QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA CONSIGO NÃO SE MOSTRAR MUITO EXPRESSIVA – 43 (QUARENTA E TRÊS) TROUXINHAS DE MACONHA –, A FORMA COMO ESTA ESTAVA ACONDICIONADA, BEM COMO O LOCAL NO QUAL O APELANTE FORA PRESO EM FLAGRANTE – DE ALTA INCIDÊNCIA DE TRÁFICO DE DROGAS –, DEMONSTRA A TRAFICÂNCIA E NÃO PODE SER DESCONSIDERADO. CONJUNTO PROBATÓRIO APTO À CONDENAÇÃO DO APELANTE PELA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/2006, NA MODALIDADE TRAZER DROGAS CONSIGO SEM AUTORIZAÇÃO OU EM DESACORDO COM DETERMINAÇÃO LEGAL OU REGULAMENTAR.

REANÁLISE DA DOSIMETRIA DA PENA, PARA FIXAR A PENA BASE DO APELANTE NO MÍNIMO LEGAL E APLICAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/2006. INACOLHIMENTO. DESVALORAÇÃO ACERTADA DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL RELATIVA AOS ANTECEDENTES DO APELANTE, O QUAL OSTENTA CONTRA SI OUTRA AÇÃO PENAL, TOMBADA SOB O Nº 0551525-24.2015.8.05.0001, ACUSADO DA PRÁTICA DO MESMO CRIME OBJETO DO PRESENTE RECURSO, CUJA CONDENAÇÃO TRANSITOU EM JULGADO, CONFORME CERTIDÃO LAVRADA EM 19/12/2016, O QUE DEMONSTRA A SUA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REQUISITOS CUMULATIVOS CONSTANTES DO SUPRAMENCIONADO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/2006, NÃO PREENCHIDOS. PRECEDENTE. DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA PELA MAGISTRADA A QUO O AFASTAMENTO DA REFERIDA CAUSA DE DIMINUIÇÃO, NÃO HÁ FALAR EM APLICAÇÃO DA MESMA.

PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE MENCIONAR EXPRESSAMENTE CADA DISPOSITIVO. REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO QUE SE SATISFAZ, NESTE JULGAMENTO, COM A EXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO SOBRE AS MATÉRIAS QUE SE PRETENDE SUBMETTER AO CRIVO DA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal de nº. 0546432-80.2015.8.05.0001, oriundos da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador, onde figura como Apelante FÁBIO SILVA XAVIER e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL.

Acordam os Desembargadores componentes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER DO APELO E NEGAR PROVIMENTO AO MESMO, de acordo com o voto do Relator.

Sala das Sessões(data registrada no sistema no momento da prática do ato).

Des. JOÃO BOSCO DE OLIVEIRA SEIXAS  
Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma  
Relator

11

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

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e não provido Por Unanimidade  
Salvador, 12 de Maio de 2022.

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0546432-80.2015.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: Fábio Silva Xavier

Advogado (s):

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

Advogado (s):

RELATÓRIO

“Cuida-se de Apelação interposta por Fábio Silva Xavier contra a r. sentença proferida pela M.M. Juíza de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador.

Narrou o Ilustre Representante do Parquet em sua preambular acusatória acostada aos autos originários (ID 168495199), que no dia 12 de junho de 2015, por volta das 12h00min, Policiais Militares realizavam rondas ostensivas, pelo bairro do Calabetão, Salvador/BA, local de grande incidência de tráfico de drogas, quando, após avistaram dois indivíduos em

atitude suspeita, identificados como Luís Carlos Purificação Rocha e Fábio Silva Xavier, resolveram abordá-los, tendo sido encontrado com estes 43 (quarenta e três) porções de erva, acondicionadas em saco plástico transparente, contidas em uma bolsa de tecido, cor vermelha, totalizando 76,26g (setenta e seis gramas e vinte e seis centigramas), substância essa que o laudo pericial atestou ser maconha.

Diante do exposto, foram os acusados Luís Carlos Purificação Rocha e Fábio Silva Xavier, este último ora Apelante, denunciados como incursos nas penas do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

A denúncia foi recebida em 10/04/2016 (ID 168495484).

Ultimada a instrução criminal, o pedido constante da denúncia foi julgado procedente para condenar o Apelante como incurso nas penas do artigo supracitado, à pena de 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, bem como pagamento de 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias-multa, no valor unitário arbitrado no mínimo legal (ID 168495631, autos originários).

Fora concedido ao Apelante o direito de recorrer em liberdade.

Registre-se que o acusado Luís Carlos Purificação Rocha foi absolvido nos termos do artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Irresignada, a defesa do Apelante interpôs o presente recurso (ID's 168495636 e 168495643, autos originários), pleiteando, no mérito, a reforma da sentença condenatória para absolver o Apelante por ausência de provas, com a consequente desclassificação da conduta que lhe foi imputada para aquela prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. Subsidiariamente, requer o redimensionamento da pena-base deste para o mínimo legal, bem como a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da supramencionada lei.

Foram prequestionados, para fins de eventual interposição de Recursos Especial e/ou Extraordinário, a contrariedade da sentença recorrida aos seguintes dispositivos: artigos 28 e 33, § 4º, ambos da Lei 11.343/06, consoante legislação especial apontada; 5º, incisos XLVI e LVII, da Constituição Federal, pela violação ao princípio da individualização da pena e da presunção de inocência.

Em Contrarrazões, o Órgão Ministerial pugnou pelo conhecimento e improvimento do recurso (ID 168495647, autos originários).

Distribuídos por sorteio para minha relatoria (ID 24664221), cumpridas as diligências determinadas, os autos foram encaminhados à douta Procuradoria de Justiça, que se manifestou pelo conhecimento e improvimento do apelo (ID 24664229, autos originários).

Elaborado o presente relatório, submeto o exame dos autos ao eminente Desembargador Revisor, para os devidos fins.

É o Relatório.

Salvador, (data registrada no sistema no momento da prática do ato).

Des. JOÃO BOSCO DE OLIVEIRA SEIXAS

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma

Relator

11

Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0546432-80.2015.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: Fábio Silva Xavier

Advogado (s):

APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia

Advogado (s):

VOTO

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade recursal, conheço da Apelação interposta por Fábio Silva Xavier. A materialidade delitiva encontra-se comprovada através do Auto de Exibição e Apreensão (ID 168495200 – Fls. 11) e de Constatação de nº 2017 00 LC 033135-01, e do Laudo Pericial de nº 2015 015817 01 (ID 168495200 – Fls. 14), com resultado positivo para a substância -9-tetrahydrocannabinol (THC).

Feitos tais esclarecimentos, não havendo preliminar arguida, passa-se, de logo, à análise das teses meritórias.

Do pleito absolutório, nos termos do artigo 386, inciso VII do Código de Processo Penal. Desclassificação para a conduta prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

Em síntese, sustenta a defesa do Apelante a inexistência de provas aptas a lastrear a sua condenação, principalmente considerando-se que este, ao ser ouvido em Juízo, declarou que a substância ilícita apreendida consigo era para uso próprio.

Assevera que a condenação do Apelante foi lastreada unicamente nas declarações prestadas pelos agentes públicos, inexistindo outros elementos que corroborem a tese de que ele estaria envolvido com o tráfico de drogas.

Requer, pois, a reforma da sentença vergastada para absolver o Apelante do crime de tráfico de drogas, com a consequente desclassificação para a conduta prevista no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

A pretensão defensiva, porém, não merece guarida, pelos motivos a seguir aduzidos.

Ab initio deve ser ressaltado que o artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, dispõe o que segue:

Artigo 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) dias-multa.

(...)

Assim, conforme se depreende da dicção do artigo supratranscrito, o crime ali tipificado trata-se de delito de ação múltipla, cuja consumação se dá com a prática de quaisquer dos verbos nele descrito, sendo dispensável, desse modo, a sua finalidade de comercialização.

Nestes termos, o julgado abaixo descrito:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. FLAGRANTE PREPARADO. NÃO OCORRÊNCIA. CONDOTA ILÍCITA PREEXISTENTE À ATUAÇÃO POLICIAL. ILEGALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Não se pode falar em flagrante preparado quando a atividade policial não provoca nem induz o cometimento do crime, sobretudo em relação ao tipo do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, que é de ação múltipla, consumando-se, no presente caso, já pela conduta preexistente de transportar e trazer consigo a substância entorpecente. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1954924/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 03/11/2021)

Grifos do Relator

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA. CONFIGURAÇÃO. PRESCINDÍVEL A COMPROVAÇÃO DA FINALIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO. REVALORAÇÃO DA PROVA. NÃO INCIDÊNCIA DO VERBETE N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. De acordo com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, a figura típica do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, trata de delito de ação múltipla, que se consuma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização. (...). 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1587747/GO, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/05/2020, DJe 03/06/2020) Grifos do Relator Dito isso, da análise dos autos digitais originários, verifica-se que os policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante do Apelante, com exceção do Policial Luiz Mário Sampaio Andrade, cuja oitiva o Ministério Público desistiu (ID 168495599), ouvidos em Juízo, declararam o seguinte: Antonio Lazaro de Amorim Moreira (SD/PM): “(...) que se recorda dos fatos apesar de não reconhecer a fisionomia dos réus; que, no dia dos fatos narrados na denúncia, a guarnição que o depoente compunha estava realizando ronda de rotina na região do Calabetão e, ao entrarem em uma das vielas, avistaram os dois acusados em atitude suspeita, razão pela qual o comandante da guarnição determinou que fosse feita a abordagem; que o depoente era o motorista da guarnição e por isso foi o último a desembarcar; que se recorda que foi apreendida maconha; que não se recorda

a quantidade da droga apreendida; que não sabe precisar com qual dos denunciados a droga foi encontrada, pois foi o último a desembarcar da viatura; que, no momento da abordagem, os dois acusados estavam juntos; que acredita que foi apreendido dinheiro nessa diligência; que não sabe informar se os acusados aparentavam ter feito uso de droga; que o depoente não havia realizado outras abordagens nos acusados; que o depoente não se recorda o que os acusados declararam em relação as drogas apreendidas; que o soldado responsável pela revista pessoal dos acusados foi o Soldado Sampaio. (...) que não sabe precisar se o réu Luis Carlos ou o outro réu correu quando avistou-se a viatura; que a viatura não tem acesso a viela em que foram presos os réus; que a incursão tem que ser feita a pé; que quando visualizou os presos na viela ambos já estavam detidos pelo patrulheiro acima referido; que após terem entregues os réus na DT a guarnição não retornou a mesma para dar outras informações a autoridade policial. (...) que não se recorda da quantidade de dinheiro apreendido; que não foram apreendidos apetrechos comumente relacionados a venda de drogas; que só foram apreendidos dois celulares. (...) que o policial Luis Mario encontra-se de férias, mas continua lotado na 48ª CIPM; que não sabe quando retorna de férias; que o policial Jorge Emanuel encontra-se de licença premium, não sabendo informar quando a mesma finda. (...)” (Declarações prestadas em Juízo – ID 168495502, autos originários) Grifos do Relator

Jorge Emanuel Santos Silva (Cabo PM): “(...) que se recorda dos fatos narrados na denúncia bem como, reconhece os réus presentes nessa assentada; que no dia dos fatos faziam ronda na parte de baixo do Calabetão, quando avistaram os dois acusados juntos; que ambos estavam numa praça e havia outras pessoas; que o acusado Luiz Carlos, ao perceber a aproximação da guarnição, manteve-se no local, enquanto que Fábio adiantou o passo, distanciando-se de Luiz Carlos; que, feita a abordagem, foi apreendida certa quantidade de drogas com Fábio; que salvo-enganho a droga apreendida era maconha; que o depoente não se recorda a quantidade da droga apreendida; que a droga foi apreendida no bolso do acusado Fábio; que ambos os acusados negaram a posse e propriedade da droga; que o depoente não sabe precisar se os acusados estavam sob efeitos de uso de drogas; que o depoente se recorda que com o acusado Luiz Carlos foi apreendido um celular; que o depoente não se recorda se foi apreendido drogas com o acusado Luiz Carlos; que a polícia recebe muitos informes de tráfico de drogas no local onde os acusados foram abordados, sendo esta a razão pela qual haviam intensificado as diligências naquela localidade; (...)” (Declarações prestadas em Juízo – ID 168495573, autos originários) Grifos do Relator

Registre-se que os referidos policiais militares, ratificaram em Juízo as declarações prestadas na Delegacia, aduzindo que o Apelante foi flagrantado quando faziam rondas de rotina, no momento em que estava acompanhado por um outro indivíduo, tendo sido flagrado trazendo consigo certa quantidade de entorpecentes, qual seja, 43 (quarenta e três) trouxinhas de maconha, dentre outros objetos.

Do teor dos depoimentos supratranscritos, pode-se afirmar que os policiais militares prestaram depoimentos harmônicos e em consonância com os fatos narrados na denúncia. Tais depoimentos mostram-se, portanto, idôneos, pois, além de inexistirem motivos nos presentes autos para que falseassem a verdade, os referidos policiais foram firmes em suas versões fáticas, informando fatos relevantes ao deslinde do crime.

Assim, embora as testemunhas não se recordem claramente da quantidade de

drogas apreendida em poder do Apelante e de outros detalhes narrados na fase inquisitorial, estas confirmam que foram apreendidas as substâncias entorpecentes detalhadas na denúncia em poder do Apelante e do corréu, assim como a forma como os fatos ocorreram, configurando as suas afirmações muito mais uma preocupação em não serem traídos por "falsas memórias", considerando as inúmeras diligências realizadas pelos mesmos diariamente em crimes de diversas naturezas, o que denota a honestidade e credibilidade dos seus depoimentos.

Nestes termos, vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça, senão veja-se:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 366 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRODUÇÃO ANTECIPADA DE PROVAS. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. URGÊNCIA DEMONSTRADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS DENEGADO. (...) 4. Na hipótese vertente, a não produção da prova equivaleria a praticamente condenar o processo – como meio de obter a verdade dos fatos – à inutilidade, haja vista ser inexorável o esquecimento dos fatos por parte das testemunhas arroladas, por serem policiais que se deparam com inúmeros casos similares ao longo de suas carreiras, circunstâncias que, naturalmente, dificulta a reconstrução precisa dos fatos. (...) 6. Não há constrangimento ilegal quando verificado que o Juiz singular, ao determinar a produção antecipada da prova oral – oitiva das testemunhas arroladas pela acusação – reportou-se aos fundamentos lançados na cota ministerial, salientando "que os depoimentos dos policiais devem ser antecipados pois atuam constantemente em situação semelhantes, o que colocará em risco a produção da prova no futuro pois terão dificuldade para lembrar dos fatos". Consignou, ainda, "que já [havam] se passa[do] dois anos desde os fatos" e que, "quando o réu citado por edital for localizado, [poderia] ouvir novamente as vítimas e testemunhas, se assim for do interesse das partes para o esclarecimento da verdade". (...) 8. Ordem denegada, cassada a liminar. (HC 342.114/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/06/2017, DJe 01/08/2017) Grifos do Relator

De outro giro, conforme amplamente confirmado por esta Corte, os depoimentos dos policiais são plenamente válidos, não se podendo atacar tais declarações pelo simples fato da profissão que exercem. Realmente, a doutrina majoritária e a jurisprudência adotam o entendimento de que os Policiais não têm qualquer impedimento em depor sobre crimes, mesmo quando efetuaram a prisão em flagrante.

Este é o entendimento pacífico também no Superior Tribunal de Justiça: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. DESNECESSIDADE DE REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. REVALORAÇÃO DE PROVAS. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DA SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O entendimento firmado nesta Corte Superior é o de que "a reavaliação dos elementos fático-probatórios delineados pelas instâncias ordinárias não encontra óbice na Súmula n. 7/STJ." (AgRg no REsp 1678599/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 7/11/2017, DJe 14/11/2017). (...) 4. Ademais, "Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal." (AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 1.619.050/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/4/2020, DJe 4/5/2020). 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1683073/MG, Rel. Ministro



RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 19/10/2020)  
Grifos do Relator

Expostas as provas, percebe-se que as declarações prestadas pelos policiais em ambas as fases da persecução criminal, demonstram a ocorrência do crime.

Pontue-se que é cediço que o crime de tráfico de drogas não é, em regra, cometido em locais públicos; ao revés, a venda de drogas é frequentemente praticada na clandestinidade, sendo as operações policiais essenciais para a repressão deste tipo de delito.

De outra banda, o Apelante, tanto na fase inquisitorial, quanto na judicial, negou a prática delituosa, embora em Juízo, contradizendo as informações prestadas na Delegacia, informou ser usuário de drogas desde os seus 13 (treze) anos de idade. Veja-se:

Fábio Silva Xavier: "(...) que, de fato, foi preso em flagrante delito em posse de 19 balas de maconha; que essa droga havia sido comprada na Engomadeira no mesmo dia, sendo cada bala R\$ 5,00; que as adquiriu com dinheiro auferido de seu trabalho na sinaleira como limpador de vidros; que essa droga era destinada a seu uso pessoal, vez que é viciado desde os 13 anos de idade; que fuma todos os dias; que não fuma dentro de sua casa pois respeita sua mãe e sobrinhas; que fuma na rua, mas não compartilha droga com ninguém; que não conhecia o outro denunciado e que, no dia da prisão, não teve qualquer contato com este; que não conhecia até então os policiais que efetuaram a sua prisão; que já havia sido preso anteriormente por estar também em posse de maconha, aproximadamente umas 20 balas de maconha; que nunca fez qualquer tratamento para se livrar de seu vício; que nunca precisou traficar droga para sustentar seu vício; que o pessoal da localidade chama o interrogando de "Capenga"; que quando foi preso estava também em poder de "30 conto", que seriam levados para sua família; que os 30 reais estavam em uma nota de R\$ 20,00 e outra nota de R\$ 10,00; que nunca teve contato com seu advogado, para o qual a sua família pagou R\$ 1,000.00 para defendê-lo; (...) que quando a polícia chegou o interrogando estava passando na frente do outro denunciado; que não estava vendendo drogas momentos antes da polícia chegar; que não conhece o outro denunciado e não sabe dizer porque o mesmo informou que havia visto o interrogando vendendo drogas naquele dia; (...) que no momento da prisão só estava portando as 19 balas de maconha, conforme já se referiu acima; que no momento da prisão não foi pego com balança ou nenhum outro tipo de petrecho usado para venda de drogas; que os 30 reais que foram apreendidos no momento da prisão lhe pertencia pois foram frutos do trabalho realizado na sinaleira como limpador de vidros; que tem interesse em fazer um tratamento para parar de usar droga; que só usa maconha; que não é envolvido com nenhum tipo de facção e não integra nenhuma organização ou associação criminosa; (...)” (Interrogatório colhido em Juízo – ID 168495560, autos originários). Grifos do Relator

Do teor do interrogatório supratranscrito, é possível constatar que, embora o Apelante negue a traficância, este confirma que foi preso nos termos informados pelos policiais militares, trazendo consigo determinada quantidade de substâncias entorpecentes – maconha –, em que pese defender que tais substâncias eram para consumo próprio, haja vista ser dependente químico desde quando contava com 13 (treze) anos de idade.

Deve ser ressaltado que, para a configuração do crime de tráfico de entorpecentes, é dispensável que o acusado seja efetivamente preso praticando a mercancia da droga, posto que o delito descrito no supramencionado artigo, repita-se, é multifacetário, bastando que a

conduta se subsuma a um dos verbos ali discriminados.

O simples fato de não ter sido o Apelante preso em flagrante vendendo a droga, fazendo-a circular, não importa dizer que este é usuário. Aliás, é de curial sabença que é muito comum usuários de drogas exercerem a mercancia a fim de conseguir manter o vício.

In casu, infere-se do caderno processual, que os depoimentos colhidos no in folio, os quais foram outrora transcritos, demonstram que os policiais abordaram o Apelante quando faziam ronda de rotina no bairro do Calabetão, quando este, acompanhado pelo corréu, apresentou atitude suspeita.

Procedida à revista, foi encontrada em seu poder, uma determinada quantidade de maconha. O fato de o Apelante confessar em Juízo que comprava drogas para uso próprio, sendo que aquelas que foram encontradas consigo teriam sido adquiridas naquele mesmo dia, no bairro da Engomadeira, por si só, não afasta a possibilidade de ele ser, também, traficante.

A legislação pátria discrimina o que deve ser valorado para classificar uma conduta como uso de entorpecente. É a literalidade do § 2º, do artigo 28, da Lei Antidrogas, in verbis:

"Art. 28, § 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 vertente, depreende-se do teor do Auto de Exibição e Apreensão (ID 168495200 – Fls. 11, autos originários), que foram apreendidas com o Apelante e o corréu, Luís Carlos Purificação Rocha, dentre outras coisas, 43 (quarenta e três) trouxinhas de maconhas, tendo o Laudo de Exame Pericial nº 2015 015817 01 (ID 168495200 – Fls. 14, autos originários) detectado a presença da substância –9-tetrahydrocannabinol (THC), com massa bruta total de 76,26g (setenta e seis gramas, e vinte e seis centigramas). A forma como a droga estava acondicionada, também não deve ser desprezada.

Acerca do tema, o julgado abaixo transcrito:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS OU DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. USO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. INVIABILIDADE. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. No que tange ao pleito de desclassificação da conduta para o delito do art. 28 da Lei n.

11.343/2006, o acórdão combatido, ao manter a condenação pelo tráfico de drogas, consignou que o conjunto probatório aponta para a prática do crime, não somente em razão das substâncias apreendidas (36 invólucros de cocaína e 11 de maconha, embaladas individualmente), mas também diante da prova testemunhal e circunstâncias da apreensão, tendo sido o agravante surpreendido em movimentação típica de tráfico de entorpecentes, conforme relato dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante e a confissão do próprio réu. 2. (...) 10. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1880906/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 29/03/2022, DJe 01/04/2022) Grifos do Relator

Outrossim, em que pese a defesa do Apelante ter afirmado ser o mesmo usuário de drogas, constata-se que esta não se desincumbiu do ônus de acostar, aos presentes autos, prova contundente que comprove a referida condição.

Com efeito, embora o Apelante em Juízo tenha se predisposto a fazer um tratamento contra dependência química, não foi acostado aos autos nenhum documento que comprove que este tenha em momento anterior tentado se livrar da referida dependência, mesmo tendo confessado que fuma maconha desde os seus 13 (treze) anos de idade.

Saliente-se, ainda, que, embora o Apelante negue conhecer o corréu Luís Carlos Purificação Rocha, este, ratificando as declarações prestadas na fase inquisitorial, informou em Juízo conhecer o Apelante há pouco tempo, acrescentando que, no momento da ocorrência dos fatos, presenciou ele vendendo maconha na Rua do Calabetão.

Veja-se como o corréu se pronunciou:

Luis Carlos Purificação Rocha: "(...) que no dia em que foi preso injustamente não portava qualquer tipo de substancia ilícita; que em verdade estava sentado na porta de sua casa ouvindo música, pois neste dia não trabalhava, quando viu o outro denunciado nas imediações vendendo drogas; que em certo momento algumas pessoas da rua desceram as escadas avisando que os policiais estavam entrando no bairro; que em seguida aproximou-se do interrogando o outro denunciado pedindo-lhe para que baixasse algumas músicas em seu celular; que o interrogando disse que não o faria" pois nada tinha a ver com o seu celular "; que acredita que os policiais já estavam observando o movimento do denunciado Fábio, também conhecido como" Capenga ", que, por sua vez, com a aproximação da polícia saiu correndo; que três PM's foram atrás de Capenga, enquanto o condutor da viatura desceu desta e foi abordar o interrogando; que este prontamente colocou sob uma cadeira seu RG, seu celular, corrente e seu boné; que a revista pessoal efetuada foi presenciada pelos vizinhos, cujos nomes não sabe informar; que mesmo dizendo que não tinha nenhuma ligação com o outro denunciado e mesmo os vizinhos pedindo para que não fosse levado os policiais colocaram o interrogando na viatura, sob alegação de que também estava junto com o flagranteado Fábio; que não viu o outro denunciado sendo revistado; que só foi ver a droga supostamente apreendida na delegacia; que a droga que foi mostrada foi maconha; que, confirmando o acima dito, viu o denunciado Fábio vendendo maconha na rua do Calabetão; que foi junto a Fábio conduzido para a 11ª DT/Sussuarana; que não conhecia até então os policiais que efetuaram sua prisão; que não tem nada contra os policiais; que estes em momento algum lhe ameaçaram ou lhe lesionaram; que em seu poder não foi apreendida qualquer quantia em dinheiro; que essa foi a primeira vez que foi preso em flagrante delito; (...) que conhece o outro denunciado apenas de vista; (...) que todos no bairro conhecem Fábio como traficante; que Fábio trafica drogas no bairro há mais de dois anos. (...)” (Interrogatório prestado em Juízo – ID 168495561, autos originários) Grifos do Relator

Do supracitado excerto pode-se observar que o corréu foi taxativo ao informar que quando foram presos, o Apelante estava vendendo entorpecente – maconha –, no bairro do Calabetão, bem como que o Apelante é conhecido naquela localidade como traficante haja vista que ali trafica há mais dois anos.

Constata-se, pois, que o pleito absolutório é absolutamente impossível, uma vez que os elementos probatórios colhidos na investigação policial foram confirmados durante a instrução processual. Portanto, não havendo qualquer fragilidade ou ausência de lastro probatório apto à condenação, imperiosa se torna a manutenção do decreto condenatório.

Assim sendo, sem a necessidade de maiores ilações, entende-se estar demonstrado que o Apelante trazia consigo drogas para fins de traficância,

praticando, destarte, uma das condutas tipificadas no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, não havendo falar em desclassificação da referida conduta para aquela disposta no artigo 28, da supramencionada Lei. Assim, agiu com acerto a Ilustre Magistrada a quo quando, ao apreciar a prova e os critérios valorativos, formou seu convencimento e reconheceu a conduta do Apelante como subsumível a uma das modalidades descritas no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, não havendo reparo a ser feito na sentença quanto a este aspecto, e, por conseguinte, em desclassificação da conduta que lhe foi imputada, para uso (artigo 28 da mencionada Lei).

Da reanálise da dosimetria da pena

Requer a Defesa do Apelante, subsidiariamente, a reanálise da dosimetria da pena, a fim de que a sua pena-base seja fixada no mínimo legal, bem como que seja aplicada em seu favor a causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Melhor sorte não teve o Apelante nesse particular.

Realmente, infere-se do édito condenatório acostado aos presentes autos (ID 168495631, autos originários), que, após proceder ao exame das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, bem como no artigo 42, da Lei nº 11.343/2006, a pena base do Apelante foi fixada acima do mínimo legal. Veja-se:

“(...) Passo à análise das circunstâncias judiciais, para fins de estabelecer a dosimetria das penas a serem aplicadas, em atendimento aos requisitos insertos no artigo 59 do Código Penal e, também, ao disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/06. Em cotejo com os elementos existentes no processo, constata-se que o acusado, no que tange à culpabilidade, praticou ato que merece reprovação, uma vez que o tráfico de drogas, sob qualquer forma, não põe em risco somente a vida e a saúde do usuário que vier a consumi-las, mas a sociedade como um todo. Quanto aos antecedentes, verifica-se que o réu, conforme consulta realizada ao SAJ, possui uma condenação transitada em julgado datada de 11/01/2017, por crime de mesma natureza, perante a 1ª Vara de Tóxicos, desta capital, servindo tal fato para atestar que o mesmo é contumaz na prática do tráfico de drogas (processo n. 055152524.2015.8.05.0001, fl. 204). No que tange à personalidade não tem este Juízo informações para valorar. Quanto à conduta social, as informações são controversas (fls. 66/70 e 115/116). O motivo do crime é o comum inerente ao tipo penal reconhecido, qual seja, lucro fácil. Quanto às circunstâncias e às consequências do crime, nada há a destacar. A quantidade de drogas não é expressiva. (...)” (ID 168495631, autos originários).

Percebe-se, pois, que a pena-base do Apelante foi fixada acima do mínimo legal, qual seja, 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em virtude da desvalorização da circunstância judicial relativa aos antecedentes deste, haja vista o registro de condenação transitada em julgado, o que se mantém.

A pena-base abstratamente imputada aos crimes de tráfico de drogas está estabelecida entre 05 (cinco) e 15 (quinze) anos de reclusão. Logo, tendo sido mantida a desvalorização da circunstância judicial relativa aos antecedentes, a qual não deve ser considerada preponderante, a pena-base do Apelante deveria ter sido acrescida em 10 (dez) meses.

Entretanto, considerando-se a desvalorização de uma única circunstância judicial – os antecedentes –, a referida pena deveria ser estabelecida em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. Todavia, em respeito ao

princípio da non reformatio in pejus, já que apenas a defesa do Apelante recorreu, a sua pena-base deve ser mantida nos termos constantes da sentença vergastada, ou seja, em 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Não foram consideradas circunstâncias atenuantes, agravantes e causas de aumento a repercutirem na pena do Apelante. Não há reparos a serem feitos nesse particular.

No que se refere à aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, melhor sorte não teve o Apelante.

De fato, infere-se, da supracitada sentença condenatória, que a Magistrada sentenciante afastou a aplicação da referida causa de diminuição, sob os seguintes fundamentos: “(...) À vista da análise acima explicitada, pode-se afirmar que o réu NÃO faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11. 343/06, por não preencher os requisitos legais exigíveis. Neste ponto, conforme acima pontuado, destaco que o acusado possui maus antecedentes, haja vista a condenação criminal transitada em julgado, por crime de mesma natureza, perante a 1ª Vara de Tóxicos, o que demonstra comportamento voltado à prática de atividades criminosas, especialmente, ao tráfico de drogas, devendo ser levado em consideração pelo magistrado na análise da possibilidade de aplicação do redutor do § 4º do artigo 33, vez que os requisitos ali estabelecidos são cumulativos (...)” (ID 168495631 – Fls. 11, autos digitais).

Sabe-se que a citada causa de diminuição deve ser reconhecida quando se tratar de indivíduo com bons antecedentes, primário, que não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa, ou seja, trata-se de diminuição de pena que deve ser reconhecida para aquele pequeno traficante, que não faz do tráfico ou do crime o seu modo de vida, a exemplo do usuário que, a fim de pagar alguma dívida com o traficante e para manter o seu vício, passa a vender pequenas quantidades de entorpecentes.

Sobre o tema, ensinam Fábio Roque, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar:

“(...) como já mencionado, a causa de diminuição de pena deve beneficiar aquele que não faz do crime um meio de vida, não age com habitualidade. Se restar comprovado que o agente dedicava-se a atividades criminosas, para além do tráfico a que responde, impossível a incidência da causa de diminuição. Importante destacar que não há necessidade de se comprovar que o agente foi condenado por outros crimes. Não. Pode ocorrer de, no curso da instrução, haver a comprovação do envolvimento do agente em outras atividades criminosas e a prova produzida nesse processo, ainda que em relação a outros crimes, já será suficiente para afastar o benefício penal.” (in Legislação Criminal para concursos: LECRIM – Salvador: Juspodivm, 2016. p. 548) Grifos do Relator

No caso sub judice, nota-se que a Magistrada a quo, fundamentadamente, afastou a incidência da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, em virtude de o Apelante ostentar contra si, além da ação penal que deu origem ao presente recurso de apelação, a ação penal penal de nº 0551525-24.2015.8.05.0001, condenado como incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 06(seis) anos de reclusão a ser cumprida inicialmente em regime fechado, bem como pagamento de 600(seiscentos) dias-multa, cujo acórdão confirmatório da sentença condenatória, foi disponibilizado no dia 14/09/2016, cuja certidão de trânsito em julgado foi lavrada no dia 19/12/2016(fls. 204, dos autos

digitais).

Percebe-se, pois, que o Apelante se dedica a atividade criminosa, o que inviabiliza a incidência do referido redutor previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei Antidrogas, in verbis:

Art. 33

(...)

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Grifos do Relator

Assim, não tendo o Apelante preenchido os requisitos cumulativos previstos no artigo supracitado, notadamente no que se refere à sua primariedade e bons antecedentes, a causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, deve ser afastada.

Tal posicionamento está em sintonia com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende do teor do acórdão abaixo transcrito:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL.

TRÁFICO. INCIDÊNCIA DO ART. 33, §4º, DA LEI Nº 11.343/06. MAUS

ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. INTERESTADUALIDADE.

AFASTAMENTO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. 2. A configuração da reincidência e dos maus antecedentes impede o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por ausência do cumprimento dos requisitos legais. No presente caso, a Corte de origem consignou que o acusado possui maus antecedentes e é reincidente específico, não havendo qualquer ilegalidade no afastamento do referido benefício. (...) 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1676733/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 02/06/2020, DJe 15/06/2020) Grifos do Relator

Em vista de tais considerações, constata-se que agiu acertadamente a nobre Magistrada sentenciante, ao não aplicar a supracitada causa de diminuição em favor do Apelante, em face da notícia de que o mesmo se dedica a atividades criminosas, desatendendo, por consequência, aos requisitos previstos no supracitado dispositivo legal para a obtenção do referido benefício.

Pelos motivos supra demonstrados, a pena do Apelante deve permanecer conforme lançada na sentença combatida, qual seja, 05 (cinco) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, bem como pagamento de 562 (quinhentos e sessenta e dois) dias-multa, no valor unitário arbitrado no mínimo legal.

Registre-se que embora o artigo 33, § 3º, do Código Penal autorize o cumprimento da pena imposta ao Apelante em regime mais gravoso, qual seja, fechado, considerando-se, mais uma vez, tratar-se de recurso exclusivo da defesa, este deve cumprir a referida pena em regime semiaberto, conforme consta da sentença condenatória.

Do prequestionamento

O Apelante prequestiona, para fins de interposição de eventual Recurso Especial ou Extraordinário, a contrariedade da sentença recorrida aos seguintes dispositivos: artigos 28 e 33, §4º, ambos da Lei 11.343/06, consoante legislação especial apontada; 5º, incisos XLVI e LVII, da Constituição Federal, pela violação ao princípio da individualização da pena e da presunção de inocência.

Consoante entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, o pronunciamento explícito acerca das matérias arguidas para fins de prequestionamento se mostra desnecessário, senão veja-se:

"PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – RECOLHIMENTO EFETIVADO ANTECIPADAMENTE – BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – REDISCUSSÃO DA MATÉRIA – PREQUESTIONAMENTO – I – Os embargos de declaração enfitam eliminar obscuridade, omissão ou contradição do julgado embargado, vedada sua utilização para suscitar novos questionamentos ou mesmo rediscutir a matéria. II – "O requisito do prequestionamento se satisfaz com a existência de pronunciamento sobre as matérias que se pretende submeter ao crivo da instância extraordinária, somente sendo exigido menção expressa dos dispositivos tidos por violados na fundamentação do recurso, consoante, neste particular, já decidiu o STF (AGREGAG nº 193.772, DJ 24/10/1997)". (EDROMS nº 14.444/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves). III – Embargos declaratórios rejeitados. (EDcl nos EDcl no RMS 11.927/MG, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/04/2004, DJ 24/05/2004, p. 152, STJ). – Grifos do Relator

Devidamente efetuada a escorreita análise e aplicação dos dispositivos legais necessários e atinentes à espécie, despicienda revela-se (neste julgamento) a menção expressa aos dispositivos supracitados, para fins de prequestionamento e eventual interposição de recurso às instâncias superiores.

O voto é, portanto, na esteira do parecer ministerial, no sentido de conhecer do presente Recurso de Apelação, para julgá-lo improvido, mantendo-se a sentença vergastada em todos os seus termos."

Diante do exposto, acolhe esta Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, o voto através do qual se conhece do Apelo, julgando-o improvido, com a manutenção dos termos da sentença hostilizada em sua integralidade. Sala das Sessões(data registrada no sistema no momento da prática do ato).

Des. JOÃO BOSCO DE OLIVEIRA SEIXAS  
Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma  
RELATOR