

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500083-95.2020.8.05.0113 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Uendel Coutinho da Cruz e outros Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECORRENTE CONDENADO A CUMPRIR 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, ALÉM DO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA. RECURSO DA DEFESA. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE, AUTORIA E ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO CONFIGURADOS. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE SE REVESTEM DE ESPECIAL RELEVÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE POSSE DE ENTORPECENTES PARA CONSUMO PESSOAL. INVIABILIDADE. COMPROVADA A MATERIALIDADE E AUTORIA DO CRIME DE TRÁFICO, NÃO HÁ COMO ACOLHER A PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA INCOMPATÍVEL COM A ALEGADA DESTINAÇÃO PARA CONSUMO PRÓPRIO. APLICAÇÃO DO REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. DEFINIDA A PENA CORPORAL EM 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, RESTOU ESTABELECIDO O REGIME SEMIABERTO, CONSOANTE TEOR DO ART. 33, § 2º, B, DO CÓDIGO PENAL. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INADMISSIBILIDADE. ACUSADO QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. INALTERADAS AS CIRCUNSTÂNCIAS QUE JUSTIFICARAM A CUSTÓDIA PREVENTIVA. NÃO HAVENDO QUE SE FALAR EM REVOGAÇÃO DA PRISÃO OU SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DO CÁRCERE, POR SE REVELAREM ABSOLUTAMENTE INSUFICIENTES E INADEQUADAS. ISENÇÃO, REDUÇÃO OU PARCELAMENTO DA PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. A FIXAÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA DECORRE DE EXPRESSA PREVISÃO LEGAL, POIS INTEGRA O PRECEITO SECUNDÁRIO DO TIPO PENAL, NÃO HAVENDO PREVISÃO LEGAL QUE POSSIBILITE O SEU AFASTAMENTO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE EXECUÇÕES PENAIS. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal, tombada sob o n.

0500083-95.2020.8.05.0113, proveniente da Comarca de Itabuna-BA, em que figura como apelante Uendel Coutinho da Cruz, e como apelado o Ministério Público do Estado da Bahia. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Colenda Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER PARCIALMENTE do recurso interposto e, nesta extensão, NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos exatos termos do voto do Relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 11 de Setembro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500083-95.2020.8.05.0113 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Uendel Coutinho da Cruz e outros Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação Criminal interposto em face da sentença de fls. 78-83, ID 168703741, por meio da qual o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Itabuna/BA julgou procedente a pretensão punitiva oferecida pelo Ministério Público, para o fim de condenar o réu Uendel Coutinho da Cruz como incurso nas sanções do art. 33 da Lei 11.343/2006, a cumprir uma reprimenda de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Inconformada, a Defesa do Réu interpôs presente Recurso de Apelação. Em suas razões recursais (ID 168703754), a Defesa postulou o provimento do recurso para: "a) Absolver o Apelante, reformando-se a sentença do juízo de primeiro grau, dada a fragilidade do acervo probatório, com fulcro no art. 386, VII, do CPP. Caso assim não

entenda Vossas Excelências, requer-se, por cautela, a desclassificação da imputação, sendo o Apelante reconhecido como usuário de droga, e não traficante, desclassificando assim, o tipo do art. 33 para o art. 28, da mesma Lei, bem como reconhecendo a insignificância da conduta imputada ao réu, absolvendo-o com fulcro no inciso III do art. 386, do CPP; b) Por derradeiro, requer seja revogada a prisão preventiva do acusado, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. Caso este não seja o entendimento, subsidiariamente, requer seja a prisão preventiva do Apelante revogada, aplicando-se-lhe a medida cautelar diversa da prisão que V.Exa. entender mais adequada; c) Sucessivamente, requer que a pena de multa ao qual foi condenado seja AFASTADA, ou não sendo o entendimento, seja reduzida ou mesmo parcelada, pois o Apelante é pessoa pobre, conforme demonstrado, havendo, assim, consonância ao disposto no art. 60, caput, c/ c, § 2o, art. 50, todos do Código Penal, aliado ao reconhecimento da gratuidade da justiça nos termos do art. 98 e seguintes da Lei 13.105/2015; d) Promover a intimação pessoal dos membros da Defensoria Pública Estadual, contando-lhes todos os prazos em dobro, na forma da Lei Complementar Federal 80/94 e estadual 26/06; e) Analisar expressamente as questões legais e constitucionais acima apontadas, na forma do prequestionamento realizado no tópico 5. Em sede de contrarrazões (Id. 168703758), o parquet se manifestou pela manutenção da decisão guerreada, e improvimento do recurso. Nesta instância, a d. Procuradoria de Justiça, em seu parecer, se pronunciou pelo conhecimento e não provimento do recurso. Vindo-me conclusos, lanço o presente relatório, submetendo-o à análise do eminente Desembargador Revisor, em atendimento à redação do art. 166, I, do RI/TJBA. Salvador/BA, data registrada no sistema. Des. Jefferson Alves de Assis – 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500083-95.2020.8.05.0113 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Uendel Coutinho da Cruz e outros Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): VOTO Os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do apelo estão presentes na hipótese, ensejando seu conhecimento. 1. Dos Fatos. Colhe-se dos autos que no dia 10 de janeiro de 2020, por volta das 17 horas, na rua principal do bairro Bananeira, na cidade de Itabuna, uma guarnição de policiais militares estavam realizando patrulhamento de rotina, quando avistaram o denunciado em atitude suspeita, segurando uma mochila infantil do "Peter Joe Raing". Ato contínuo, os policiais procederam a uma abordagem pessoal no denunciado. Ao revistarem a referida mochila, foram encontradas: 07 (sete) pedras de crack; 09 (nove) papелotes pequenos com cocaína; 02 (dois) sacos plásticos grandes contendo cocaína; a quantia de R\$1.002,55 (mil e dois reais e cinquenta e cinco centavos); 02 (duas) folhas de papel (com anotações de provável vendas de drogas); 01 (um) carregador portátil da marca Inova; e três aparelhos de celulares da marca Samsung, Motorola e LG. Diante das circunstâncias, o acusado foi autuado em flagrante e conduzido ao Complexo Policial. Eis os fatos que deram ensejo à deflagração da Ação Penal em desfavor do acusado. 2. Mérito. 2.1. Da absolvição por insuficiência probatória, com fulcro no art. 386, VII, do CPP. A Defesa do apelante postula sua absolvição alegando insuficiência de provas da autoria delitiva. Subsidiariamente, requer a desclassificação para o delito de uso de entorpecentes (art. 28, da Lei 11.343/2006). Contudo, razão não lhe assiste. Em que pesem os argumentos lançados nas razões do Recurso de Apelação, o acervo probatório colacionado aos autos revela-se suficiente e

inconteste, para a condenação do réu pelo delito de tráfico de drogas. Na espécie, a materialidade do crime de tráfico de drogas restou sobejamente demonstrada através do Auto de Prisão em Flagrante (fl. 210, ID 168703064), Boletim de Ocorrência DTE ITABUNA BO 20 00012 (fl. 211, 168703064), Auto de Exibição e Apreensão (fl. 220, 168703064), Laudo de Constatação Provisório de Substância Entorpecente (fl. 487, ID 35530026) e Laudos Periciais de (fls. 226–233, 168703064), registrando a apreensão de 07 (sete) pedras de crack; 01 (um) saco plástico contendo pó branco (produto tipo mistura para as drogas); 09 (nove) papелotes pequenos e 01 (um) saco plástico grande, todos contendo cocaína, substância psicotrópica de uso proscrito no Brasil e constante da lista F-1 da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde. A autoria delitiva também se encontra suficientemente comprovada no conjunto probatório pelos depoimentos testemunhais prestados pela equipe de policiais participantes da diligência, que culminou na prisão em flagrante do Apelante e na apreensão dos entorpecentes, todos uníssonos ao reproduzirem as circunstâncias da prisão de maneira clara, detalhada firme e coincidente; pela confissão de Uendel Coutinho da Cruz perante a Autoridade policial. Ao ser interrogado em sede policial (fl. 221, ID 168703064), o réu confessou a propriedade das drogas: "(...) PERG.: O INTERROGADO RECONHECE QUE, HOJE, DIA 10/01/20, POR VOLTA DAS 17:00H, FOI PRESO POR POLICIIAS MILITARES, POR ESTAR NA POSSE DROGAS? RESP.: QUE o interrogado não estava segurando a mochila, mas reconhece que as drogas são suas. PERG.: O dinheiro também estava na mochila? RESP.: Positivamente. QUE metade do dinheiro apreendido pelos policiais militares foi proveniente da venda de drogas, durante alguns dias, e a outra parte do dinheiro é proveniente de um "bico" que fez como ajudante de pedreiro. PERG.: Com quem pegou essas drogas? RESP.: QUE foi um "pivetinho" que lhe entregou na ponte do bairro Bananeira, onde o interrogado foi detido. QUE não pode dizer o nome da pessoa que mandou o "pivetinho" lhe entregar as drogas. QUE se falar, o interrogado morre. PERG.: Há quanto tempo vende drogas? RESP.: QUE está vendendo drogas há dois meses. PERG.: Qual o valor da droga que vende? RESP.: QUE vende cada pedra de "crack" por R\$5,00 (cinco reais). QUE a trouxinha de "cocaína" vende por R\$20,00 (vinte reais), cada. PERG.: Pertence a qual facção criminosa de Itabuna/BA ? RESP.: QUE pertence ao "Raio A". PERG.: Já foi preso? RESP.: Positivamente. QUE já foi preso, no final de 2018, acusado de tentativa de roubo. PERG.: Já foi preso? RESP.: Usa drogas? Positivamente. QUE fuma "maconha" (...)" . Por outro lado, conforme excerto extraído da sentença (ID 168703741, p. 80), em juízo, o réu se retratou, in verbis: "(...) estava saindo do serviço; que é usuário; que estava indo comprar a substância, que quando chegou perto do local o policial o abordou; que quando o abordaram não havia nada com ele, que estava apenas com o dinheiro dele para comprar a substância para fumar; que estava indo para o serviço após o horário de almoço; os policiais o abordaram e não encontraram nada; os policiais andaram uma distância boa de 15 metros; que entraram em uma residência; que saíram com um menino e com uma mochila cheia de drogas; que não entra em nada quanto as drogas, que é usuário, que foi apenas comprar etc." (...)" . Como se vê, sob o crivo do contraditório o acusado buscou se escusar da responsabilidade penal, sob o argumento de que os entorpecentes apreendidos não lhe pertenciam, e tentou desconstituir os fatos narrados na denúncia. Todavia, as argumentações empregadas não encontram respaldo nos autos. Em que pese a versão apresentada pelo réu, suas declarações contrastam com as informações dos policiais que efetuarão a prisão em

flagrante, em absoluta dissonância com a realidade dos fatos. No tocante aos depoimentos das testemunhas, seguem excertos pertinentes da decisão recorrida, no ponto em que esmiuçou a prova oral coligida: SD da PM Clodoaldo Brasil Silva: “(...) estava em patrulhamento pelo bairro da Bananeira e resolveram fazer um ronda num local onde era conhecido por ser ponto de tráfico; o bairro é humilde, na beira do rio Cachoeira, e é muito conhecido com ponto de venda de drogas; só pelo local resolveu fazer a abordagem no réu; abordou o réu e outras pessoas; com o réu foi encontrado material ilícito após a abordagem; fez a busca pessoal e encontrou o material na mochila dele; nunca viu o réu; havia pessoas na rua, mas não sabe se estava acompanhando ele; ele não ofereceu resistência na abordagem; as drogas estavam na mochila, que estava com ele; estavam em moto e, após a abordagem, solicitaram apoio para o conduzir até a delegacia; o motivo da abordagem não foi suspeita dele; fez a abordagem nele porque ele estava num local que é ponto de tráfico; não presenciou venda no momento; não perguntou sobre as drogas; não é seu dever saber o motivo das drogas; seja por tráfico seja por uso faz a prisão e leva para delegacia etc.” SD da PM Jobson Carvalho Aguiar: “(...) viu o réu no bairro e notou um certo nervosismo, então resolveu abordar; na mochila encontrou drogas; também encontrou dinheiro, cerca de mil reais; também viu umas folhas de papel com umas anotações; ele não ofereceu justificativa para as drogas; o motivo da abordagem foi nervosismo; ele aumentou os passos quando viu a guarnição, por isso resolveu abordar; ele estava sozinho; ninguém foi mais abordado, pois somente ele apresentou suspeita; ele não apresentou justificativa para o que estava na mochila etc.” SD da PM Everton Santos de Araújo : “(...) estava em ronda e percebeu a presença do réu com uma mochila infantil e notou que ele mudou de atitude assim que percebeu a viatura policial; deu a voz de parada e fez a busca; encontrou drogas, cocaína, crack e outros objetos e valores na mochila; na localidade é conhecida por ser ponto de venda de drogas; ele falou que o material era dele; havia outras pessoas no local, mas o réu estava sozinho etc.” Nesse contexto, diante do quadro delineado, impossível afastar a validade dos testemunhos prestados pelos policiais, porque tais provas se mostram coerentes com os demais elementos colhidos ao longo da instrução processual. Ademais, não se demonstrou que os policiais tivessem razões próximas ou remotas para se unirem, e, deliberadamente, imputar ao denunciado a prática de um crime. De mais a mais, há de se ponderar que seria ilógico dar poderes para agentes do Estado exercerem suas funções e negar-lhes credibilidade quando da prestação de contas de suas diligências. Insta destacar que esta Egrégia Corte, na linha de entendimento dos Tribunais Superiores, tem decidido, reiteradamente, sobre a importância do testemunho de agentes públicos como elemento de prova efetivo a amparar uma condenação penal, especialmente quando prestados em juízo, sob o crivo da garantia do contraditório; porquanto se revestem de inquestionável eficácia probatória, não podendo ser desqualificado pelo simples fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. (ut, Precedente do STF – HC 73518, Rel. Min. CELSO DE MELLO, 1ª Turma, 26/03/1996). Neste sentido decidiu o Min. Marco Aurélio: “(...) A ordem jurídica em vigor agasalha a possibilidade de policiais que participara de diligência virem a prestar depoimento, arrolados pela acusação. (...)” (STJ – HC 73695, Rel. Min. MARCO AURÉLIO, 2ª Turma, 14/11/1996). Efetivamente, não há dúvidas acerca da tese autoral do crime em questão, porquanto os relatos dos policiais militares, tanto na fase extrajudicial quanto na judicial, são

precisos em discorrer as circunstâncias da apreensão das drogas, bem como da prisão em flagrante de Uendel Coutinho da Cruz. De fato, da análise dos depoimentos dos policiais, não se vislumbra qualquer contradição consistente que possa deslegitimá-los, ou, ainda, suscitasse qualquer dúvida quanto à autoria do delito. Diante dos fatos, percebe-se que a pretensão do Recorrente de se ver absolvido mediante o reconhecimento da precariedade das provas e da nulidade das provas, porque obtidas através de tortura, não se sustenta, por total inexistência de suporte fático-jurídico. Nessa senda, a defesa não se desincumbiu do ônus de provar, nos autos, qualquer interesse pessoal dos policiais militares em incriminar o apelante. Inclusive, no que concerne à alegada agressão policial contra o flagranteado, o Laudo de Exame de Lesões Corporais N.2020 06 PV 000180-01, de f. 240, atestou a ausência de lesões no réu, ID 168703065. Resta, portanto caracterizada a autoria e materialidade delitiva do Apelante consubstanciada nos depoimentos prestados pelas testemunhas e por meio dos Laudos de Exames Periciais, de fls. 231-233, ID 168703064, que detectaram a substância benzoilmetilecgonina (cocaína) no material apreendido sob o poder do acusado. Logo, diante do contexto fático aferido, não há dúvidas de que a conduta do agente se amolda perfeitamente ao crime previsto no art. 33 da Lei Adjetivada, estando enquadrada em um dos núcleos do tipo penal em questão, a saber, "trazer consigo, ..., ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar". Sendo, outrossim, desnecessária a comprovação da efetiva prática de mercancia, porquanto se trata o dispositivo legal de figura múltipla, de conteúdo alternativo, bastando que o Apelante incida em uma das condutas previstas no tipo penal, como no caso concreto. De modo que a manutenção da condenação é medida que se impõe.

2.2. Da Desclassificação do crime de tráfico ilícito de entorpecentes para a conduta delituosa de posse de drogas para consumo pessoal. Nesse ponto, a defesa busca a desclassificação do delito ora imputado ao réu, para aquele previsto no art. 28 da lei 11.343/2006. Todavia, o pleito não merece acolhimento. Explico. É cediço que o crime de tráfico de drogas é um delito de ações múltiplas, não exige atividade específica de venda da droga, para a sua configuração, sendo suficiente que o agente atue com dolo genérico de "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". Enquanto que o tipo descrito no art. 28, do Código Penal, embora preveja 05 (cinco) condutas idênticas com as aquelas previstas no art. 33 (adquirir, guardar, ter em depósito, transportar ou trazer consigo drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar), diferentemente do tráfico de drogas, contém elemento subjetivo específico, consistente na finalidade do exclusivo uso da droga para consumo próprio. Assim, para a sua configuração, são necessários, pelo menos, indícios seguros de que a substância apreendida se destina unicamente ao uso, pelo próprio agente. É nesse sentido a lição de Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, que, ao analisarem o art. 33, da Lei nº. 11.343/2006, afirmam: "O artigo não possui elemento subjetivo do tipo ou dolo específico. O que anteriormente se sustentava, na vigência da redação primitiva do Código de 1940, de que apenas o fim de tráfico ou de comércio caracterizavam o delito, ficou superado em face do Decreto-Lei n. 385 e da Lei 5.726. A mesma interpretação ainda permaneceu sob a vigência da Lei n. 6.368/76 e deve

permanecer em relação à lei nova. O dolo específico aparece apenas no art. 28, de forma que, sendo exclusivamente o porte, a guarda ou a compra, para consumo pessoal, é determinada a aplicação de penas restritivas de direitos especialmente previstas pela Lei. Qualquer outra finalidade do agente determina a incidência do art. 33, inclusive a distribuição gratuita". (Lei de Drogas anotada: Lei n. 11.343/2006 – 3. ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2009, pp. 87/88). Destarte, a afirmação de que o réu trata-se de um mero usuário de drogas exige prova nos autos do quanto alegado, isto é, apresentação de elementos firmes que demonstrem que a droga encontrada sob a posse do acusado, de fato, destinava-se exclusivamente para seu consumo (art. 156 do Código de Processo Penal). Sobretudo, quando as provas colhidas no transcurso da instrução criminal indicam que a conduta do agente se ajusta ao previsto no artigo 33, da Lei de Tóxicos. No caso em tela, os policiais militares Clodoaldo Brasil Silva, Jobson Carvalho Aguiar e Everton Santos de Araújo foram firmes e uníssonos em afirmar que o réu foi flagrado na posse de considerável quantidade de droga no bairro Bananeira, local conhecido pela intensa movimentação de tráfico de drogas. Ora, como já salientado no tópico anterior, os testemunhos de policiais militares, não contraditados, são inteiramente convincentes e idôneos, merecendo crédito até prova robusta em contrário, pois são servidores públicos credenciados a prevenir e reprimir a criminalidade. Não há elementos nos autos que demonstrem que os policiais tinham interesse em prejudicar o Apelante, razão pela qual suas palavras devem ser tomadas como as de qualquer outra testemunha, mormente porque estão harmônicas entre si e em perfeita sintonia com a prova circunstancial, que evidenciam a prática da mercancia ilícita. Ademais, não se pode perder de vista que a simples afirmação de que as substâncias apreendidas eram para consumo próprio não afasta a incidência do crime de tráfico de drogas, porque se faz necessária a demonstração por meio de provas contundentes, e o ônus de provar a tese desclassificatória é exclusivo da defesa, fato que não ocorreu na presente hipótese. Conforme já relatado, da abordagem policial logrou-se apreender em posse do acusado 07 (sete) pedras de crack; 01 (um) saco plástico contendo pó branco (produto tipo mistura para as drogas); 09 (nove) papелotes pequenos e 01 (um) saco plástico grande, todos contendo cocaína. Nesta senda, importante frisar, apesar de o Apelante não ter sido flagrado praticando qualquer ato de mercancia no momento da prisão, tal fato torna-se irrelevante na medida em que se demonstra que as drogas encontradas tinham a finalidade dirigida ao tráfico, visto que para o preenchimento do tipo penal do artigo 33, caput, da Lei de Tóxicos, basta a prática de um dos verbos do preceito primário: "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." Diante do flagrante, restou evidenciado que o Recorrente praticou, ao menos, uma das ações nucleares do tipo penal previstas no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, qual seja, "trazer consigo" substâncias ilícitas entorpecentes, pelo que não há como acolher o pleito de desclassificação. No que toca a tese levantada pela defesa, a jurisprudência deste e. Tribunal de Justiça está a exigir a sua plena demonstração: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS.

DESCCLASSIFICAÇÃO PARA USO PRÓPRIO. IMPOSSIBILIDADE. CONDIÇÃO DE USUÁRIO NÃO DEMONSTRADA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS RESPALDADAS NO ACERVO PROBATÓRIO. DEPOIMENTOS DE AGENTES DE POLÍCIA. VALIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. AFASTAMENTO DA SÚMULA Nº 231 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA MINORANTE ESPECIAL PREVISTA NO § 4º, ART. 33, DA LEI 11.343/06. NÃO CABIMENTO. AGENTE QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Provadas a materialidade e a autoria delitivas pela convergência do inquérito policial com as provas produzidas em juízo, impõe-se a condenação. O fato do agente declarar-se usuário de drogas não o impede de ser, simultaneamente, traficante. Na segunda fase da dosimetria, ainda que reconhecida a atenuante da confissão espontânea, não é possível a redução da reprimenda em patamar inferior ao mínimo previsto legalmente, diante do óbice da Súmula 231 do STJ. A existência de outras ações penais, mesmo pendentes de definitividade, constitui fundamentação idônea a afastar o benefício previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06. (TJ-BA – APL: 05450201220188050001, Relator: INEZ MARIA BRITO SANTOS MIRANDA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 13/12/2019). Desta forma, a assertiva do acusado de que a substância ilícita entorpecente encontrada em sua posse destinava-se ao seu próprio consumo é de ser submetida ao disposto no artigo 156, do Código de Processo Penal: “a prova da alegação incumbirá a quem a fizer [...]”. E da leitura dos autos do processo, observa-se que referida incumbência não foi cumprida a contento pela defesa. Digna de nota é a ponderação trazida pelo Juiz singular na decisão combatida, in verbis: “(...) Muito “estranho” a mudança de versão do réu no interrogatório judicial. Aliás, pela regras da experiência e pelo que ordinariamente acontece é pouco provável que um usuário vá com mais de mil reais a uma boca de fumo para comprar drogas. Também não se vê ordinariamente que um usuário use material para “batizar” a própria droga, ou seja, acrescentar material inerte para render em volume e conseguir mais dinheiro, o que prejudica a qualidade da droga. Afinal, como constatou o laudo das folhas 25 e 26, aquele pó branco encontrado com o réu não era cocaína, provavelmente uma substância semelhante que seria usada na mistura.” De todo modo, ainda que fosse comprovada a condição de usuário do acusado, tal fato por si só não possuiria o condão de afastar a traficância, visto que é muito comum que os usuários de drogas passem a vender entorpecentes para sustentar o próprio vício. Logo, uma vez cabalmente configurado o crime de tráfico de drogas, não há como desclassificar a conduta para a prevista no artigo 28, caput, da Lei nº 11.343/2006.

2.3. Da aplicação do regime aberto para cumprimento de pena. Melhor sorte não socorre à Defesa quanto ao pedido de alteração de regime, do semiaberto para o aberto. Isso porque, no caso concreto, o regime semiaberto corresponde ao adequado para a pena de 05 anos de reclusão fixada na sentença primeva, na forma do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, in verbis: “Art. 33 – A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (...) § 2º – As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso (...) b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda a 8 (oito), poderá, desde o princípio, cumpri-la em regime semi-aberto; (...)”

2.4. Do direito de recorrer em liberdade.

0 Apelante requer seja reconhecido o direito de recorrer em liberdade. Todavia, analisando-se os autos, verifica-se que o pleito não merece acolhimento, posto que mantidos hígidos os motivos que ensejaram a decretação da prisão do condenado, nos termos do artigo 387, § 1º, do CPP, restando presentes os requisitos do artigo 312, do mesmo diploma legal, sendo, além disso, insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, como se infere do Decreto de prisão preventiva (fls. 247-248, dos autos de origem. ID 168703065), viável a execução provisória da pena no regime definido na sentença, e ora ratificado (semiaberto). Não sendo, portanto, caso de se deferir o pleito de recorrer em liberdade, tendo em vista que não houve alteração do quadro fático que conduziu à segregação preventiva do réu, permanecendo presente o fundamento da garantia da ordem pública não só pela gravidade concreta do delito – retratada na natureza, quantidade e diversidade das drogas apreendidas – como também pelo risco de reiteração delitiva, tendo em vista que o sentenciado estava no gozo do benefício da liberdade provisória, concedida nos autos de outro processo criminal sob n. 0505229-88.2018.8.05.0113, quando foi preso em flagrante pela prática do crime de tráfico de drogas, sendo de rigor, neste momento, acautelar o meio social. Ademais, há que se considerar que tendo o réu respondido preso todo o processo, mostra-se incoerente a concessão de soltura agora, após a prolação de sentença condenatória, onde determinada a necessidade de manutenção da segregação. Assim, diante das particularidades já relatadas, a fundamentação esposada pelo juízo sentenciante se apresenta escorregadia e com lastro constante dos autos, razão pela qual não merece acolhimento a insurgência recursal neste ponto.

2.5. Da isenção, redução ou parcelamento da pena pecuniária. Não há como prosperar o pedido de afastamento da responsabilidade pelo pagamento da pena pecuniária, sob o fundamento de ausência de condições financeiras. Como cediço, a pena de multa é uma sanção cumulativa expressamente estabelecida no Código Penal, sendo de aplicação cogente. Com efeito, cumpre ressaltar que o art. 33 da Lei 11.343/2006 prevê expressamente a cominação de pena privativa de liberdade e multa. Assim, a pena pecuniária é um imperativo legal previsto para o tipo penal no qual os acusados se viram incurso. Logo, sua imposição é obrigatória. Ademais, a postulação jurídica apresentada atenta contra o princípio da estrita legalidade penal, por não haver dispositivo legal a lhe dar amparo. Aliás, assim já decidiu o STJ: “RECURSO ESPECIAL. PENAL. REINCIDÊNCIA E MAUS ANTECEDENTES. CONCEITOS DISTINTOS. SUPOSTA OFENSA AO PRINCÍPIO DO NON BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE MAIS DE UMA CONDENAÇÃO DEFINITIVA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CONSIDERADA DESFAVORÁVEL COMPREENDIDA NOPRÓPRIO TIPO PENAL. 1. Consoante orientação pacíficas das Cortes Superiores, a agravante genérica, prevista no art. 61, I, do Código Penal, não afronta a Constituição Federal. Ao contrário, sua incidência reforça os princípios da isonomia e da individualização da pena, visto que objetiva apenas repreender com maior severidade o acusado que volta a delinquir. 2. Denotar que as circunstâncias referidas no art. 59 não se confundem com as circunstâncias legais previstas nos arts. 61, 62, 65 e 66, todos do Código Penal. Com efeito, os maus antecedentes devem ser avaliados na primeira fase da dosimetria da pena, enquanto que a reincidência, na segunda fase, sendo ambos de aplicação obrigatória, como determina claramente a legislação penal. 3. No caso, além de ações penais em curso, o recorrido ostenta duas condenações definitivas, sendo possível utilizar uma para considerar negativos os antecedentes e a outra como agravante da reincidência, com bem ressaltou o Parquet. 4. Observa-se, ainda, a ocorrência de violação à

regra legal contida no art. 59 do Código Penal, que deve ser analisada, de ofício, em favor do recorrido. Com efeito, esta Corte firmou compreensão no sentido de que, "a não restituição da res furtiva não pode justificar o aumento da pena-base a título de consequência do crime por se tratar de aspecto inerente ao próprio tipo penal de roubo." (HC nº 81.656/DF, Relator Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, DJe 23/06/2008). Portanto, essa circunstância judicial deve ser afastada do quantum da pena-base. 5. De outra parte, não há previsão legal que permita ao julgador isentar o réu da pena de multa, imposta cumulativamente à pena privativa de liberdade, em razão da alegada pobreza do mesmo. 6. Recurso especial a que se dá provimento para aplicar o art. 61, inciso I, do Código Penal. Habeas corpus concedido, de ofício, para, afastando a circunstância judicial indevidamente valorada, reduzir apenas a multa sobre o recorrido. Em consequência, fixo, definitivamente, a reprimenda em 7 (sete) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no fechado, e 10 (dez) dias-multa." (Resp 683.122/RS, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 24/11/2009, DJe 03/05/2010). Ressalve-se, no entanto, que eventual impossibilidade de pagamento em razão de estado de pobreza deverá ser invocada no juízo da execução, porquanto é a fase de execução do julgado o momento oportuno para se aferir a real situação financeira do condenado. 2.7. Do reconhecimento da gratuidade da justiça nos termos do art. 98 e seguintes da Lei 13.105/2015. Por derradeiro, quanto ao pedido de assistência judiciária gratuita formulado pela Recorrente, impende registrar que no tocante a este ponto, os recursos não devem ser conhecidos, considerando que compete ao Juízo da Execução Penal, na fase de execução do julgado, no momento adequado para se aferir a real situação financeira do condenado, se deferirá, ou não, a isenção do pagamento das despesas processuais, já que existe a possibilidade de sua alteração após a data da condenação. Isto posto, não é possível, nesta instância recursal, sem dados concretos, analisar a situação dos Réus, cabendo ao Juízo da Execução suspender a cobrança das custas processuais, na hipótese de se conceder a benesse da gratuidade. Nessa diretiva: "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS. INVIABILIDADE. ART. 804 DO CPP. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. ART. 12 DA LEI 1.060/1950. REVOGAÇÃO PELO ART. 175, I, DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. EXAME QUE DEVE SER FEITO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORIENTAÇÃO PACÍFICA DO STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. Não havendo manifestação do Tribunal de origem acerca da alegada revogação do art. 12 da Lei nº 1.060/50 pelo art. 175, I, do CTN, mostra-se incabível a apreciação do pedido por esta Corte, em virtude da ausência do requisito indispensável do prequestionamento. 2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ainda que a parte seja beneficiária da justiça gratuita, o art. 804 do CPP determina a condenação do vencido em custas, devendo ficar suspensa a exigibilidade do pagamento, pelo prazo de 5 (cinco) anos, após o qual ficará prescrita a obrigação, a teor do art. 12 da Lei n.º 1.060/1950. 3. A suspensão de que se trata apenas pode ser concedida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, haja vista ser na fase da execução o momento adequado para aferir a real situação financeira do condenado, diante da possibilidade de alteração após a condenação. 4. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 254.330/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe: 25/03/2013) – grifos da Relatoria. Destarte, por tudo quanto exposto acima, não se conhece do referido pleito. Ante todo o versado, o voto é no

sentido de CONHECER PARCIALMENTE do recurso interposto e, nesta extensão, NEGAR PROVIMENTO ao apelo, mantendo-se incólume a sentença guerreada. Salvador/BA, data registrada no sistema. Des. Jefferson Alves de Assis – 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator