

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA INEZ MARIA B. S. MIRANDA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA APELAÇÃO CRIMINAL (417) 8000407–82.2022.8.05.0259 COMARCA DE ORIGEM: TERRA NOVA PROCESSO DE 1.º GRAU: 8000407–82.2022.8.05.0259 APELANTE: JOSE LEANDRO DOS SANTOS NEVES ADVOGADOS: EDUARDO ESTEVAO CERQUEIRA BITTENCOURT FILHO, ANA KAROLINA BRAZ GONCALVES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO PROMOTOR (A): SAMARA M. V. DE OLIVEIRA PROCURADOR DE JUSTIÇA: NIVALDO DOS SANTOS AQUINO RELATORA: INEZ MARIA B. S. MIRANDA APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. CONDIÇÃO DE USUÁRIO NÃO DEMONSTRADA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO INVIÁVEL. DEMONSTRADA A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME FECHADO. CRIME EQUIPARADO A HEDIONDO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REGIME SEMIABERTO. CABÍVEL. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NÃO CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. DE OFÍCIO, ALTERADA A REFERÊNCIA PARA PAGAMENTO DA PENA DE MULTA. Quando as peculiaridades do caso concreto demonstrarem a irrefutável perpetração da traficância pelo agente, faz-se incabível o acolhimento da pretensão desclassificatória. Não incide a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 quando o agente é afeito à atividade criminosa, o que pode ser comprovado por seu envolvimento em outros ilícitos e pela sua vinculação a organização criminosa. A obrigatoriedade do regime inicial fechado aos sentenciados por crimes hediondos não mais subsiste, diante da declaração de inconstitucionalidade. Inexiste razão em permitir que o réu, encarcerado durante toda a instrução criminal, aguarde em liberdade o trânsito em julgado da causa, quando corroborados os motivos segregadores. Modificado o regime de cumprimento mde pena para menos gravoso, necessária a sua compatibilização. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando inadimplido o requisito temporal, ex vi art. 44, inciso I, do Código Penal. O parâmetro utilizado para o cômputo do valor do dia-multa deve ter como referência o salário mínimo vigente à época do fato, nos termos do art. 49, § 1º, do Código Penal. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação criminal nº 8000407–82.2022.8.05.0259, da comarca de Terra Nova, em que figuram como recorrente José Leandro dos Santos Neves e recorrido o Ministério Público. Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme resultado expresso na certidão de julgamento, em conhecer, dar provimento em parte ao recurso, e, de ofício, alterar o indexador da pena pecuniária, nos termos do art. 49, § 1º, do Código Penal, nos termos do voto da Relatora. Salvador, data e assinatura registradas no sistema. INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATORA (12 APELAÇÃO CRIMINAL (417) 8000407–82.2022.8.05.0259) PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 30 de Outubro de 2023. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATÓRIO Adoto, como próprio, o relatório constante da sentença de id. 51866670, acrescentando que esta julgou procedente o pedido formulado na denúncia para condenar o réu, José Leandro dos Santos Neves, como incurso nas sanções previstas no art. 33, caput, da Lei Federal nº 11.343/2006, aplicando-lhe a pena definitiva de 5 (cinco) anos de reclusão, a ser inicialmente cumprida no regime fechado, cumulada com o pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, “cada uma no valor de 1/30 do salário mínimo vigente”. Irresignado, o Réu manejou a presente apelação no id. 51866675, com razões no id. 51866676, pleiteando a desclassificação da conduta do art. 33, da Lei n. 11.343/2006 para a do

art. 28, do mesmo diploma. Subsidiariamente, pugnou pelo reconhecimento do tráfico privilegiado, em seu patamar máximo e, ainda, a aplicação de regime prisional mais benéfico e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Por fim, requer seja concedido o direito de recorrer em liberdade. Em sede de contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo improvimento do recurso. (id. 51866681). A Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e parcial provimento do apelo, apenas para modificar o regime de cumprimento inicial de pena (id. 52088200). É o relatório. Salvador, data e assinatura registradas no sistema. INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATORA (12) (APELAÇÃO CRIMINAL (417) 8000407-82.2022.8.05.0259) TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA INEZ MARIA B. S. MIRANDA VOTO Trata-se de apelação interposta contra a sentença que condenou o réu José Leandro dos Santos Neves como incurso nas penas previstas no art. 33 da Lei n.º 11.343/06. Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço do apelo. Narra a denúncia que, no dia 19 de agosto de 2022, por volta das 19h00, no bairro Terra Nova Velha, município de Terra Nova/BA, o denunciado transportava, trazia consigo e guardava drogas, em desacordo com determinação legal e regulamentar. Consta que uma guarnição da polícia Militar fazia rondas ostensivas pela localidade, quando avistou o denunciado, que tentou evadir ao notar a presença da viatura. Realizada a abordagem pessoal, foram encontrados em seu poder, uma porção da substância conhecida como "maconha", 13 (treze) pinos cheios com uma substância conhecida como "cocaína" e um celular da marca LG, sendo, então preso em flagrante e conduzido à autoridade policial. Processado e julgado, o Réu foi condenado à pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos de reclusão, a ser inicialmente cumprida no regime fechado, cumulada com o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente. Inconformado, o Réu manejou a presente apelação, pedindo, inicialmente, a desclassificação do crime de tráfico para o delito de posse para uso próprio, afirmando ser usuário. Não se discute a materialidade delitiva, eis que registrada no auto de prisão em flagrante (id. 51866596, fl. 5), Auto de Exibição e Apreensão (id. 51866596, fl. 15) e no Laudo pericial constante no id. 51866659, que atestou resultado positivo para cocaína e maconha. A autoria, de igual forma, restou demonstrada pelos depoimentos das testemunhas inquiridas, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, além dos demais elementos informativos encartados aos autos. Nesse contexto, os agentes públicos, ouvidos perante o Juízo, apresentaram detalhes da apreensão e as circunstâncias da prisão, conforme transcrição do comando sentencial em estrita consonância com a gravação audiovisual da audiência de instrução e julgamento (id. 51866630): "(...) que no dia estavam cumprindo um B0 na cidade de Terra Nova; que estavam realizando ronda normal na área conhecida como tráfico de drogas, no bairro da Terra Nova Velha; que visualizaram o indivíduo; que percebeu que ele ficou assustado com a presença da viatura; que resolveram realizar a abordagem e com o mesmo foi encontrado o material; que o acusado aparentava nervoso, porém, não chegou a fugir; que quando a viatura se aproximou, ele ia para uma direção, depois voltou para outra e parou na porta de um pessoal que estava sentado na frente; que mudou abruptamente a direção; que foi abordado na via pública; que tinha outras pessoas perto, que foram as pessoas que ele se aproximou, mas não estavam com ele; o acusado não resistiu a abordagem; que não se recorda do material encontrado; que não realizou a busca pessoal; que o material estava embalado em um objeto plástico, que acumula

substância; que era uma substância branca aparentando ser cocaína; que não se recorda se foi encontrado maconha; que estavam na guarnição o declarante, Washington e o soldado Miranda; que não eram de Terra Nova, estavam apenas em rondas ostensivas no local conhecido de tráfico de drogas; que não conhecia o réu; que não foi encontrado com o réu apetrecho que caracterizava traficância; que só foi encontrado a droga; que não lembra a quantidade apreendida, se dava para caracterizar grande ou pequena; que a substância foi encontrada no bolso do réu.”. (SD/PM DAYAN DARLE SANTOS SOUZA); “(...) que a guarnição estava em ronda em Terra Nova, especificamente em Terra Nova Velha, localidade conhecida por tráfico de drogas; que ao entrarem em certa rua, se depararam com o indivíduo; que ao perceber a viatura/a guarnição, o indivíduo tentou evadir; que conseguiram alcançá-lo e o abordaram; que com o indivíduo foi encontrado, salvo engano em uma pochete que estava junto ao corpo, uma certa quantidade de drogas; que o conduziram à delegacia e finalizaram a ocorrência; que não se recorda se foi o declarante que fez a abordagem pessoal; que com indivíduo foi encontrado certa quantidade de cocaína e substância análoga a maconha; que conseguiram abordá-lo logo; que a rua é pequena; que é uma viela; que ao entrarem na rua, o denunciado tentou primeiramente se aproximar de um pessoal desconhecido que estavam na rua e depois tentou evadir; que fizeram a curva já próximo a ele; que não deu tempo ele correr ou esboçar outra reação; que no momento da abordagem o réu não resistiu; que a guarnição não costuma trabalhar em Terra Nova; que cobrem 09 cidades e esporadicamente vão a Terra Nova; que não conhecia o réu por abordagem anterior, apenas conheciam por histórico; que não sabia quem era a pessoa do réu; que na abordagem o réu falou que duas facções que dominavam a cidade, que agora era apenas uma facção domina a cidade, salvo engano comando vermelho; esclareceu que o réu no momento da abordagem fez menção de correr e se aproximou de um pessoal que estava na rua; salientou que o indivíduo tentou correr, porém não conseguiu por se tratar de uma rua estreita, e a distância entre os policiais e o acusado era curta; que não deu tempo ele correr antes da abordagem; que fez menção de correr; que salvo engano a droga encontrada com o réu estava em uma pochete; que não se recorda a quantidade exata de droga encontrada; que não se recorda se foi encontrado algum apetrecho de tráfico; que com o réu foi encontrado dois tipos de drogas; que não sabe informar se usuários de drogas costumam transitar no local da abordagem; que o réu estava sozinho; que no momento da prisão o réu confessou que traficava; que o réu falou que tendo em vista que apenas uma facção dominava a cidade, ele pertencia essa facção; que o réu falou que comercializava drogas; que o réu disse que anteriormente haviam duas facções que dominavam a cidade, porém, naquele momento apenas uma facção domina a cidade, salvo engano comando vermelho.”. (SD/PM WASHINGTON SANTOS RIBEIRO). O Recorrente ao ser ouvido em Juízo, declarou: “(...) que foi na "boca" comprar droga para usar; que quando estava saindo se deparou com a guarnição do PET0; que eles o abordaram e encontraram a droga; que a droga encontrada foi cocaína; que não tinha maconha; que só tinha comprado cocaína para usar; que comprou na faixa de uns 05 ou 06 pinos; que já foi preso anteriormente por drogas; que também estava comprando drogas para usar; que só foi preso essas duas vezes; que no outro processo foi preso em fevereiro; que estava com cocaína; que no outro processo foi liberado na audiência de custódia; que no outro processo também estava com drogas; que acha que a quantidade no outro foi uns 13 ou 14 pinos; que no momento da abordagem falou com os policiais que na cidade antigamente existiam duas facções, mas que

atualmente só existe uma facção na cidade que é o comando vermelho; que nunca fez parte de facção nenhuma; que sabe da existência do nome da facção por rolar comentários na cidade; que não tem nada a ver com negócio de facção; que só vai na boca para comprar droga; que é usuário de cocaína; que é usuário há uns 05 anos; que atualmente tem 24 anos; que nunca tentou entrar em um centro de reabilitação para tentar se livrar do vício, porém, pretende parar; informou que tem um filho de 4 anos e cria juntamente com sua esposa uma menina de 6 anos, sendo esta filha apenas da sua esposa; que moram todos juntos; que toda a sua família é de Terra Nova; que nasceu e foi criado em Terra Nova”. Destaque-se que, apesar de ter alterado, em parte, sua narrativa em juízo, o Apelante, quando ouvido na etapa policial, embora tenha alegado que a droga apreendida era para consumo, informou que já havia atuado para o Comando Vermelho, oportunidade em que, inclusive, forneceu detalhes acerca do comércio das drogas e sua vinculação à aludida facção criminosa: “QUE reside com sua companheira e dois filhos na localidade de Dendezeiro na de Terra Nova desde pequeno; QUE apesar de ter companheira, mãe de um de seus dois filhos, saiu para encontrar-se com uma namorada no bairro Terra Nova Velha e quando andava por uma das ruas do citado bairro, próximo a uma esquina "encontrou-se" com uma viatura da Policia Militar; QUE de prontidão parou e levantou as mãos; QUE foi abordado pelos policiais e feita a vistoria pessoal foi encontrado na pochete que levava na cintura urna pequena porção de maconha, para seu uso pessoal, 04 (quatro) pinos contendo cocaína e um saquinho contendo, segundo o interrogado sal fornecido pela igreja evangélica que frequenta; QUE afirma tinha somente quatro pinos contendo cocaína na sua pochete, para seu uso e não sabe dizer como "apareceram" o restante de pinos apresentados pela Policia Militar; QUE a droga foi adquirida com o "pessoal" da facção Comando Vermelho, da qual fazia parte, mas toda a droga era para seu uso apesar de já ter vendido drogas para a facção sendo os valores arrecadados dividido entre o interrogado e a facção; (...) QUE vendeu antes de ser preso pela primeira vez (fevereiro de 2022) e daí por diante deixou de vender drogas e cortou vínculo com a facção Comando Vermelho; QUE cada "pino" era vendido por R\$25,00 QUE convive com a atual companheira há cerca de quatro anos e com ela tem um filho; QUE ela sabe que o interrogado consome drogas mas que não trafica;(...)" (id. 51866596, fls. 18/19) Embora tenha aduzido em juízo que não mais atuava junto ao Comando Vermelho, a sua vinculação com a facção criminosa dominante na localidade se mostra evidente, sobretudo porque o acusado narra que havia comprado o material ilícito na “boca de fumo” comandada pela facção e um dos policiais ouvidos corrobora a versão apresentada. Ademais, a sua narrativa sobre a posse da droga para uso não é crível. Veja-se que em sede policial, alegou que quando fora preso na primeira ocasião (em fevereiro de 2022, fato pelo qual responde a outra ação penal), estava vinculado ao Comando Vermelho, abandonando o tráfico a partir de então; já em sede judicial, alegou que nas duas oportunidades em que foi preso estava com droga para consumo próprio. A versão apresentada pelo Apelante, em juízo, portanto, não encontra amparo nos demais elementos probatórios coligidos aos autos, restando isolada em relação às demais provas colhidas na instrução criminal, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Oportuno ressaltar que é permitido ao julgador a análise concatenada de toda a prova produzida no processo, à luz do disposto no art. 155 do CPP, sendo-lhe defeso o exercício do juízo condenatório baseado, isoladamente, em provas inquisitoriais. Nesta direção, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: “(...) 4. Nos

termos do art. 155 do CPP, é vedada a condenação fundada exclusivamente em elementos informativos do inquérito policial, não submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa. 5. A existência de prova judicializada a amparar a condenação afasta a violação do art. 155 do Código de Processo Penal.” (AgRg no AREsp 1630001 / MG, da Sexta Turma. Rel. Ministro Nefi Cordeiro, j. 16/06/2020, DJe 23/06/2020 – grifei). Na situação sob exame, o Juízo a quo se valeu primordialmente da apreciação das provas judicializadas, com especial destaque para a prova testemunhal, laudos periciais e do interrogatório extrajudicial do Apelante, que aliados às circunstâncias da prisão e a variedade e forma de acondicionamento do material ilícito apreendido denotam a traficância. Assim, não merece acolhida o pleito de desclassificação do crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 para a conduta de posse para uso próprio. Da leitura dos arts. 28 e 33, da Lei nº 11.343/2006, observa-se que as expressões “trazer consigo” aparece em ambos dispositivos, tanto para usuário como para traficante, sendo que a destinação da droga os diferencia e, consequentemente, define em que tipo penal será a incidência. A finalidade mercantil das substâncias ilícitas, repita-se, foi demonstrada pelas peculiaridades do caso, consoante § 2º do art. 28 da Lei nº 11.343/06. Ademais, em nenhum momento a defesa apresentou qualquer documento comprobatório da dependência química do Acusado. Até mesmo quando perguntado pela defesa, em juízo, se já teria buscado tratamento para o suposto vício, respondeu negativamente (7min40seg). Logo, não há como desclassificar a conduta do Apelante para o art. 28 – posse para uso próprio –, devendo ser mantida a sua condenação na sanção prevista no caput, art. 33 da Lei 11.343/2006. Passo à dosimetria, ex vi art. 68 do Código Penal. Na primeira fase de aplicação da pena, verifica-se que o Sentenciante, em observância aos artigos 59 do CP e art. 42 da Lei n.º 11.343/06, fixou a pena-base no mínimo legal, nada tendo a alterar. Na segunda fase, a pena intermediária restou mantida, ante a ausência de circunstâncias atenuantes e agravantes. Também, nada a alterar. Na terceira etapa, insurge-se a Defesa quanto a não aplicação do § 4º, art. 33 da Lei nº 11.343/06, pleiteando o reconhecimento do tráfico privilegiado em grau máximo. Sem razão, contudo. Isso porque o Magistrado Sentenciante, ponderou as circunstâncias do caso concreto para afastar a minorante: as circunstâncias da prisão; o fato de o Apelante, mesmo estando em liberdade provisória por fato da mesma natureza, ter retornado à criminalidade, com especial destaque para o seu envolvimento com a facção Comando Vermelho, que domina o tráfico na localidade. Todas as circunstâncias aventadas, por óbvio, evidenciam a sua dedicação ao crime, além da variedade e forma de acondicionamento das drogas apreendidas, razão pela qual não há como acolher a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2003. Logo, mantenho afastado o tráfico privilegiado, pelo que fica ratificada a pena definitiva imposta ao Apelante, em 5 (cinco) anos de reclusão, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Quanto à pena pecuniária imposta, verifico que o juízo de primeiro grau fixou o dia-multa “no valor de 1/30 do salário mínimo vigente, em face da condição econômica do réu”. Nesta particularidade, em consonância com o art. 49, § 1º, do Código Penal, altero, de ofício, o parâmetro indexador da pena pecuniária, para fazer constar como referência o salário mínimo vigente à época do fato. Por força do art. 44, I do Código Penal, incabível o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da pena aplicada – superior a quatro anos. No tocante ao regime inicial para cumprimento de pena, o Juízo fixou a

aplicação do regime mais gravoso – fechado – por se tratar de crime hediondo. Ocorre que o Supremo Tribunal Federal, em julgamento do HC n. 111.840/ES, por maioria de votos, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a nova redação dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para os condenados pela prática de crimes hediondos e dos demais delitos a eles equiparados. Assim, reputo inidonea a fundamentação exarada, razão pela qual fixo o regime inicial semiaberto. Pugna, ainda, a defesa que seja concedido ao Apelante o direito de recorrer em liberdade. Sem razão, contudo. Isto porque, firmados os motivos segregadores pela condenação exarada, resta escorreita a manutenção da prisão provisória sentenciada, sobretudo quando mantidos os requisitos da custódia, fundamentados na garantia da ordem pública, dado o risco de reinteração delitiva, como na hipótese. (STJ, AgRg no HC 83 9041/SP, da Quinta Turma, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, j. 09/10/2023, DJe 11/10/2023). Vale ressaltar que a imposição do regime semiaberto não é incompatível com o instituto da prisão cautelar, bastando a adequação da constrição ao regime carcerário fixado, ex vi STJ, AgRg no RHC 178447/MG, da Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, j. 15/05/2023. DJe 22/05/2023. Assim, indefiro o pleito de recorrer em liberdade, todavia determino a imediata inserção do Apelante no novo regime aplicado, se por outra razão estiver custodiado. Observo que o acusado foi preso em flagrante, no dia 19/08/2022 e não há nos autos informações sobre o início da sua execução penal, em que pese constar no BNMP duas guias de recolhimento provisórias (alusivas à ação penal nº 8000229-36.2022.8.05.0259 e a estes autos de nº 800000407.82.2022.8.05.0259). Desse modo, não havendo, nos autos, elementos aptos a uma análise segura acerca da detração penal aplicável ao Apelante, com fulcro no art. 66, III, alínea c, da Lei 7.210/84, relego ao Juízo da Execução Penal o exame da detração do efetivo tempo de prisão provisória cumprido pelo Apelante, por deter grau mais elevado de consolidação das informações pertinentes ao apenado. Por oportuno, deve o juízo sentenciante – caso não tenha diligenciado nesse sentido – proceder à imediata remessa da guia de execução provisória e das peças pertinentes ao setor competente, para formação da execução do apenado, de modo que possa usufruir os benefícios assegurados pela LEP. Ante o exposto, conheço e dou provimento parcial ao recurso, para alterar o regime inicial de cumprimento da pena para semiaberto, e, de ofício fixar o parâmetro indexador da pena pecuniária, nos termos do art. 49, § 1º, do CP, mantendo a sentença recorrida em seus demais termos. É como voto. Sala de Sessões, data e assinatura registradas no sistema. INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATORA (12 APELAÇÃO CRIMINAL (417) 8000407-82.2022.8.05.0259)