

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501083-69.2019.8.05.0274 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: ACORDÃO APELAÇÃO MINISTERIAL. LEI DE DROGAS. ESTATUTO DO DESARMAMENTO. APELADO CONDENADO COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART. 12 DA LEI 10826/2003 E ABSOLVIDO DA IMPUTAÇÃO DO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006, NOS TERMOS DO ART. 386, INCISO VII, DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRETENSÕES RECURSAIS: I) REFORMA DA SENTENÇA PARA CONDENAR O APELADO TAMBÉM NO CRIME DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006, COM O AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PROVIMENTO PARCIAL. CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO QUE SE MOSTRA SUFICIENTE A DEMONSTRAR A AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. SUFICIENTE CONVICÇÃO FORMADA DURANTE AMBAS AS FASES DA PERSECUÇÃO PENAL. APELADO FLAGRANTEADO TANTO NA POSSE, QUANTO GUARDANDO EM SUA RESIDÊNCIA, UMA CERTA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES, TOTALIZANDO 30 (TRINTA) PORÇÕES DE MACONHA, COM MASSA BRUTA TOTAL DE 164,69 G (CENTO E SESSENTA E QUATRO GRAMAS E SESSENTA E NOVE CENTIGRAMAS), E 04 (QUATRO) PORÇÕES DE COCAÍNA, COM MASSA BRUTA TOTAL DE 10,41 G (DEZ GRAMAS E QUARENTA E UM CENTIGRAMAS), BEM COMO DE UMA ARMA DE FOGO DEVIDAMENTE MUNICIADA. ELEMENTOS INDICIÁRIOS QUE AINDA TROUXERAM A INFORMAÇÃO DA APREENSÃO DE UMA BALANÇA DE PRECISÃO E SACOS PARA EMBALAGENS. REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA VERGASTADA QUE SE IMPÕE. II) DOSIMETRIA DA PENA. BASILAR QUE DEVE SER FIXADA EM 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO DIANTE DA AUSÊNCIA DA VALORAÇÃO NEGATIVA DE QUAISQUER DOS VETORES DO ART. 59 DO CP. ATENUANTE DA CONFISSÃO QUE NÃO PODE SER RECONHECIDA NOS TERMOS DA SÚMULA Nº 630 DO STJ. APELADO QUE PREENCHE OS REQUISITOS PREVISTOS PARA A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REGISTRO DE OUTRA AÇÃO PENAL, PORÉM SEM A DEVIDA INFORMAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. ENTENDIMENTO QUE SE MOSTRA EM CONSONÂNCIA COM RECENTES PRECEDENTES DA JURISPRUDÊNCIA PÁTRIA. REDUTOR QUE DEVE SER APLICADO EM 2/3 (DOIS TERÇOS) ANTE A QUANTIDADE NÃO TÃO SIGNIFICATIVA DAS DROGAS APREENDIDAS. APLICAÇÃO DO CONCURSO MATERIAL COM O CRIME DO ART. 12 DA LEI 10.826/2003. PENA TOTAL DE 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO E DE 01 (UM) ANO DE DETENÇÃO, A SEREM CUMPRIDAS NO REGIME ABERTO, OPORTUNAMENTE SUBSTITUÍDAS POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO, E AO PAGAMENTO DE 176 (CENTO E SETENTA E SEIS) DIAS-MULTA, NO VALOR MÍNIMO LEGALMENTE ESTIPULADO. III) 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 SUBMETER AO CRIVO DA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. SENTENÇA VERGASTADA REFORMADA PARCIALMENTE PARA CONDENAR O APELADO COMO INCURSO NAS SANÇÕES NO ART. 33, CAPUT C/C § 4º, AMBOS DA LEI 11.343/2006, EM CONCURSO MATERIAL COM O ART. 12 DA LEI 10.826/2003. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 0501083-69.2019.8.05.0274, oriundos do Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Vitória da Conquista, tendo como Apelante o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL e como Apelado . ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, CONHECER E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO MINISTERIAL PARA REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA VERGASTADA, de acordo com o voto do Relator. Sala das sessões, (data registrada no momento da prática do ato). Des. Relator 04 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 Junho de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO

ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501083-69.2019.8.05.0274 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: Advogado (s): RELATÓRIO "Trata-se de Apelação interposta, em sede de autos digitais (Sistema PJe de Primeiro Grau), contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Crime da Comarca de Vitória da Conquista, que julgou parcialmente procedente o pedido constante na denúncia e, após operar a emendatio libelli, condenou o réu como incurso nas sanções do art. 12 da Lei 10.826/2003 e o absolveu da imputação do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, nos termos do no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Acerca dos fatos delitivos em comento, narrou o ilustre Representante do Ministério Público que, no dia 02.11.2018, por volta das 10:40h, na Av. Itabuna, bairro Ibirapuera, em Vitória da Conquista, policiais militares, em ronda de rotina, perceberam que o denunciado estava em frente à residência e demonstrou nervosismo ao avistar a guarnição. Prosseguiu relatando o Parquet que, em vista de tal situação, o denunciado foi abordado pelos policiais, sendo encontrado na posse de 03 (três) pinos de cocaína ("eppendorfs"), pesando 01 (um) grama cada. Em seguida, diante da fundada suspeita de tráfico de drogas, os referidos policiais realizaram a busca na residência do denunciado e apreenderam os seguintes itens: a) um revólver marca Rossi, calibre 38, com numeração suprimida, seis munições calibre 38 intactas; b) 29 (vinte e nove) tabletes de maconha, pesando 155 g (cento e cinquenta e cinco gramas); c) uma porção de maconha envolta em saco plástico, pesando 09 g (nove gramas); d) uma porção de cocaína, pesando 06 g (seis gramas); e) uma balança digital pequena, sacos plásticos para embalar entorpecentes, dois aparelhos de celular e a quantia de R\$ 125,00 (cento e vinte e cinco reais) em espécie. Por tal fato, foi oferecida denúncia imputando ao acusado a prática dos crimes previsto no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei 10.826/2003 e no art. 33 da Lei 11.343/2006 (ID 26171495). Após a devida instrução criminal, sobreveio sentença condenando o réu como incurso nas sanções do art. 12 da Lei 10.826/2003, a uma pena de 01 (um) ano de detenção, em regime aberto, oportunamente substituída por uma pena restritiva de direito, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente, e o absolvendo da imputação do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, sendo concedido o direito de recorrer em liberdade (ID 26171629). Irresignado com a sentença, o Ministério Público arrazoou o recurso, apontando a prova da materialidade e autoria do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 e requerendo a reforma da sentença para também condenar o réu, ora Apelado, nas penas deste, com o afastamento do tráfico privilegiado (ID 26171660). Em contrarrazões recursais, a Defesa refutou a tese ministerial, pugnando pelo conhecimento e improvimento da Apelação, para manter in totum a sentença vergastada. Prequestionou a contrariedade ao art. 5º, incisos LV e LVII, da Constituição Federal e ao art. 156 do Código de Processo Penal (ID 26171680). Encaminhados os Autos a esta Corte de Justiça, foram distribuídos por prevenção ao Recurso em Sentido Estrito nº 0305339-73.2018.8.05.0274, vindo-me conclusos (ID 26222770). Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do Apelo, para reformar a sentença e condenar o Apelado pelo crime do art. 33 da Lei 11.343/2006 (ID 26925379). Após análise deste caderno processual, elaborei o presente relatório e o submeti à censura do nobre Desembargador Revisor para adotar as providências quanto ao pedido de inclusão em pauta. É o relatório. Salvador/BA, (data registrada no

sistema no momento da prática do ato). Des. 2ª Câmara Crime 2ª Turma Relator 04 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501083-69.2019.8.05.0274 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: Advogado (s): VOTO “Devidamente observados os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço da Apelação Ministerial. I) Da condenação pelo crime do art. 33 da Lei 11.343/2006 Como brevemente relatado, insurge-se o Parquet contra a sentença vergastada, que absolveu o réu, ora Apelado, da imputação do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006. Acerca do contexto narrado na denúncia, observa-se que a materialidade delitiva se encontra devidamente comprovada. Nesse sentido, conforme informações extraídas do Auto de Exibição e Apreensão, restou apontada a apreensão de 29 (vinte e nove) cocadas de maconha, uma porção de maconha e outra de cocaína, 03 (três) embalagens de eppendorf contendo cocaína, 01 (um) revólver da marca Rossi, calibre 38, com numeração suprimida e 06 munições desta, a quantia de R\$ 125,00 (cento e vinte e cinco reais), uma balança de precisão, saquinhos plásticos para embalagens, dois aparelhos de celular, dois documentos de motocicletas e dois cartões de transações bancárias em nome do réu (ID 26171496, fls. 09). Posteriormente, através do Laudo Toxicológico Provisório (ID 26171496, fls. 14/17) e Laudo Definitivo (ID's 26171602 e 26171603), atestou-se tratar da apreensão de duas substâncias entorpecentes: a) 29 (vinte e nove) porções de tetrahydrocannabinol (maconha), com massa bruta de 155,21 g (cento e cinquenta e cinco gramas e vinte e uma centigramas) e mais 01 (uma) porção da mesma substância, com massa bruta de 9,48 g (nove gramas e quarenta e oito centigramas); b) 03 (três) porções de benzoilmetilecgonina (cocaína), com massa bruta de 3,48 g (três gramas e quarenta e oito centigramas) e mais uma porção da mesma substância, com massa bruta de 6,93 g (seis gramas e noventa e três centigramas). No tocante à autoria delitiva, observa-se que os depoimentos dos policiais militares foram congruentes entre si, afirmando que, ao realizarem uma ronda de rotina, foram avistados pelo réu, ora Apelado, que se encontrava na frente da residência e demonstrou nervosismo, sendo abordado e encontrado na posse de 03 (três) pinos de cocaína. Ainda, que, diante de tal apreensão, realizaram a busca na referida residência, com a permissão e colaboração do Apelado, momento em que encontraram mais drogas, uma arma de fogo e uma quantia de dinheiro em espécie. É o que se infere dos seguintes trechos dos depoimentos judiciais expressamente mencionados na sentença vergastada (ID 26171629), os quais se encontram disponibilizados através da gravação da audiência disponibilizada na Plataforma Lifesize (ID 26171617) e foram conferidos por este relator: “(...) A testemunha policial, , disse em juízo que estava em ronda de rotina quando avistou o réu de frente a sua residência, o qual demonstrou um certo nervosismo ao se deparar com a viatura. Em revista pessoal, foram encontrados três pinos de cocaína no bolso do acusado. Inquirido a respeito da droga encontrada, o réu disse que haveria mais substâncias entorpecentes na residência e franqueou a entrada dos policiais. De acordo com o policial, na casa foram encontrados sacos plásticos, balança de precisão, mais drogas e um revólver municiado. A testemunha policial, , disse, em juízo, que não se recorda completamente dos fatos em razão do lapso temporal, mas se lembra que abordou o acusado em frente a sua residência e que foi encontrado uma pequena quantidade de droga em seu poder. De acordo com o policial, na residência do acusado foi encontrado uma outra quantidade de droga e uma

arma de fogo (...)” – grifos nossos. Por sua vez, o réu, ora Apelado, embora em sede de inquérito policial tenha se reservado ao direito de permanecer em silêncio (ID 26171496, fls. 07), em juízo, negou o crime imputado. Afirmou, em síntese, que, no dia dos fatos, estava em casa e ouviu alguém batendo forte no portão, quando, então, avistou dois carros da Rondesp, sendo que os policiais mandaram ele entrar em casa e sentar no sofá, enquanto revistavam a casa. Asseverou que encontraram uma cocada de maconha dele e perguntaram se havia mais drogas na casa, sendo que, pelo fato de afirmar que não havia mais nada, sofreu torturas por parte dos policiais. Destacou que, quando chegou na delegacia, tinha um monte de droga que não era dele. Registrou que possuía uma arma de fogo, marca Taurus, com seis munições, pertencente ao avó, mas que era mais nova e tinha numeração, sendo que a arma de fogo que os policiais apresentaram era enferrujada. Frisou que só era proprietário da cocada de maconha, da qual costumava fazer três cigarros para consumo pessoal, esclarecendo que é usuário de maconha desde os 17 (dezessete) anos, mas parou de usar. Por fim, mencionou que na casa moravam ele, a genitora e o padrasto . Atesta-se, portanto, que a versão do Apelado se mostra destoante dos demais elementos constantes dos autos, principalmente diante dos depoimentos dos policiais militares, que foram congruentes e firmes na narrativa dos fatos. Ora, especificamente sobre a validade dos depoimentos dos policiais, não é despidiêdo ressaltar que deve ser atribuído a estes o valor probante devido, pois razão não existe para que sejam afastados, sobretudo quando convergentes com o conjunto fático probatório dos autos. Esse, inclusive, é o entendimento que vem sendo perfilhado pela remansosa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, in verbis: “(...) 7. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. Precedentes: AgRg no HC 606.384/SC, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 29/09/2020; AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Min. , DJe de 05/08/2019; REsp n.1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Min. , DJe de 17/05/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Min. , DJe de 17/03/2016.(...) 11. Habeas corpus não conhecido”(STJ, HC 608.558/RJ, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 07/12/2020)– grifos nossos. Nesta senda, mostram-se, portanto, válidos tais depoimentos, principalmente porque, além de serem colhidos em nítida observância ao devido processo legal, também inexistem nos autos razões pessoais dos referidos policiais que pudessem macular a incriminação do Apelado. Portanto, diante de tais ponderações e analisando o conjunto fático-probatório, observa-se que os elementos indiciários foram devidamente judicializados, restando apontado que o réu, ora Apelado, foi flagrantado tanto na posse, quanto guardando em sua residência, uma certa quantidade de substâncias entorpecentes, totalizando 30 (trinta) porções de maconha, com massa bruta total de 164,69g (cento e sessenta e quatro gramas e sessenta e nove centigramas), e 04 (quatro) porções de cocaína, com massa bruta total de 10,41g (dez gramas e quarenta e um centigramas), bem como de uma arma de fogo devidamente municada. Ainda, ressalta-se que, embora a apreensão da balança de precisão, dos saquinhos de embalagem e da quantia de R\$ 125,00 (cento e quarenta e cinco reais) não tenha sido relatada em juízo, é possível extrair tal informação dos depoimentos extrajudiciais dos policiais e do Auto de Exibição e Apreensão (ID 26171496). Em sendo assim, entende este relator que a situação apontada, na qual o Apelado foi

flagranteado, caracteriza, no mínimo, uma das ações delitivas previstas no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, conforme se infere da referida norma, in verbis: "(...) 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 (...)". Ademais, especificamente sobre o aspecto da necessidade de demonstrar o fim de mercancia, v.g., como a apreensão de usuários de drogas, de petrechos para o tráfico e de uma certa quantidade de substância entorpecente, não é despiciendo destacar que, consoante entendimento jurisprudencial da Egrégia Corte Superior, não se exige tal comprovação, pois o tipo penal sub judice é de ação múltipla, configurando-se pela verificação de uma das condutas nele inseridas. É o que se observa de julgado do mencionado Sodalício: "(...) 3. O crime descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 é unissubsistente, de maneira que a realização da conduta esgota a concretização do delito. Inconcebível, por isso mesmo, a sua ocorrência na modalidade tentada. 4. É desnecessária, para a configuração do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, a efetiva tradição ou entrega da substância entorpecente ao seu destinatário final. Basta a prática de uma das dezoito condutas relacionadas a drogas para que haja a consumação do ilícito penal. Precedentes. 5. Em razão da multiplicidade de verbos nucleares previstos no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (crime de ação múltipla ou de conteúdo variado), inequívoca a conclusão de que o delito ocorreu em sua forma consumada, na modalidade "trazer consigo" ou "transportar". Vale dizer, antes mesmo da abordagem da acusada pelos agentes penitenciários, o delito já havia se consumado com o "trazer consigo" ou "transportar" drogas (no caso, 143,7 g de maconha), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Inviável, por conseguinte, a aplicação do instituto do crime impossível. (...) 12. Recurso especial provido, nos termos do voto do relator" (STJ, REsp 1523735/RS, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018) – grifos nossos. Diferentemente do entendimento do douto sentenciante, entende este relator, portanto, que existe prova suficiente a embasar o envolvimento do réu, ora Apelado, no tráfico de drogas, principalmente diante da apreensão das diversas substâncias entorpecentes ilícitas (maconha e cocaína), devidamente fracionadas e embaladas, bem como de uma arma de fogo e de uma balança de precisão. Deve-se, portanto, reformar a sentença vergastada para, assim, condenar o réu, ora Apelado, como incurso também nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. II) Da dosimetria da pena Passo a realizar a dosimetria da pena, nos termos do art. 68 do Código Penal. Na primeira fase, sopesando as circunstâncias judiciais, cujas diretrizes se encontram reguladas pelo art. 59 do Código Penal, verifica-se que a culpabilidade não merece ser valorada negativamente, uma vez que o grau de reprovabilidade da conduta do réu não ultrapassou o habitual em relação ao crime praticado; em relação aos antecedentes criminais, observa-se, consoante registro feito na sentença vergastada, que inexistiu qualquer processo com trânsito em julgado contra o réu, situação que implica em reconhecer ser este primário (nesse sentido, inclusive, registra-se que, após consulta ao Sistema de Automação Judicial de Primeiro Grau, este relator verificou que no processo apontado pelo Parquet, identificado sob o nº 05055554-65.2018.8.05.0274, ainda não houve julgamento pelo Tribunal do Júri); não há nos autos informações acerca da personalidade e da conduta

social do agente, não havendo o que se valorar negativamente; os motivos foram os normais à espécie, comuns ao próprio tipo penal, também não havendo o que ser valorado negativamente; as consequências do crime são comuns ao tipo penal, não havendo o que exasperar neste aspecto; o comportamento da vítima não pode, de igual sorte, influenciar na dosimetria da pena, pois, no caso do delito de tráfico de entorpecentes, a vítima é a própria sociedade; acerca das circunstâncias do crime, nela incluídas a natureza e quantidade da droga apreendida, registra-se que, embora tenha havido diversidade na apreensão de drogas, a quantidade destas não foi tão significativa – precisamente, a soma total de 164,69g (cento e sessenta e quatro gramas e sessenta e nove centigramas) de maconha e de 10,41g (dez gramas e quarenta e um centigramas) de cocaína. Por conseguinte, considerando-se a inexistência de qualquer vetor a ser negativamente desvalorado, entendo que a pena base relativa ao delito descrito no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 deve ser estabelecida em 05 (cinco) anos de reclusão. Prosseguindo à segunda etapa da dosimetria da pena, observa-se que, embora o Apelado tenha admitido ser o proprietário de parte das drogas apreendidas, alegou apenas ser usuário de drogas. Ora, tal situação impede o reconhecimento da atenuante da confissão, nos termos da orientação contida na Súmula nº 630 do Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual "A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio". Especificamente sobre o tráfico privilegiado, consabido que o reconhecimento da aplicação da referida causa de diminuição da pena implica no preenchimento cumulativo dos seus requisitos, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa, o que, na visão de considerável parte da doutrina é louvável, pois representa uma forma de reduzir a punição do "traficante de primeira viagem". No caso sub judice, conforme anteriormente mencionado, observa-se que o Apelado não possui antecedentes criminais, mas apenas registro de ação penal em andamento. Destarte, em consonância com o recente entendimento que vem sendo perfilhado pela Corte Superior de Justiça, entendo que as ações penais em curso, sem registro de definitividade, não se mostram aptas a afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado, sob pena de ofender o princípio da presunção de inocência. É o que se infere dos seguintes julgados: "AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. REGISTRO DE ATO INFRACIONAL E DE AÇÕES PENAIS EM CURSO. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO. ERESP N. 1.916.596/SP. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 4. Configura constrangimento ilegal o afastamento do tráfico privilegiado por presunção de que o agente se dedica a atividades criminosas, derivada unicamente da análise da natureza ou da quantidade de drogas apreendidas; da mesma maneira, configura constrangimento ilegal a redução da fração de diminuição de pena por esse mesmo e único motivo. 5. Inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar o tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral). 6. Os atos infracionais só podem ser utilizados como elementos de convicção de que o agente se dedica à prática delituosa para fins de afastamento do tráfico privilegiado, quando evidenciada a gravidade da conduta pretérita, que deve guardar razoável proximidade

temporal com o delito em apuração (REsp n. 1.916.596/SP, Terceira Seção). 7. A presunção de que o agente se dedica a atividades criminosas quando o afastamento do tráfico privilegiado fundou-se na simples existência de inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação criminal definitiva, no registro de atos infracionais e na quantidade de droga apreendida não se harmoniza com a orientação predominante do STF. 8. Agravo regimental desprovido” (STJ, AgRg no HC 613.508/SC, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 15/03/2022, DJe 18/03/2022) – grifos nossos. “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CABIMENTO. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Ainda que se trate de habeas corpus substitutivo de recurso especial ou revisão criminal, é possível a concessão da ordem quando presente situação de manifesta ilegalidade, como verificado no caso em apreço. 2. A existência de meras notícias acerca de eventual traficância anterior não pode justificar, por si só, o afastamento do tráfico privilegiado, especialmente tratando-se de Réu primário, sem antecedentes. 3. Ações penais sem trânsito em julgado não podem justificar a negativa de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas. 4. A quantidade e a natureza da droga apreendida não permitem, por si só, o afastamento da referida minorante, nos termos do entendimento firmado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça no REsp n. 1.887.511/SP, Rel. Ministro . Ademais, não foram indicadas outras situações impeditivas da referida causa de diminuição da pena. 5. Agravo regimental desprovido”(STJ, AgRg no HC 720.820/MG, Rel. Ministra , SEXTA TURMA, julgado em 15/03/2022, DJe 22/03/2022) – grifos nossos. Feitas tais considerações, entendo que o Apelado faz jus à causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33 da Lei 11.343/2006 e na fração máxima de 2/3 (dois terços). Tal conclusão se deve ao fato de que a quantidade e natureza da droga não foi tão significativa. Nesse sentido, mutatis mutandis, confira-se o supramencionado julgado do Superior Tribunal de Justiça: “PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182/STJ. TRÁFICO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA O AFASTAMENTO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. QUANTIDADE, NATUREZA E DIVERSIDADE DE DROGA. PATAMAR DE 2/3. REGIME ABERTO E POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DO ART. 580 DO CPP. (...) 3. Quanto à aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade, sendo necessária a concessão de ofício de habeas corpus. 4. Sabe-se que o legislador, ao editar a Lei n. 11.343/2006, objetivou dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, ou seja, aquele que não faz do tráfico o seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade e, conseqüentemente, tratamento mais benéfico do que o traficante habitual. 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. 5. A Corte de origem mencionou apenas fatos genéricos para afastar a aplicação do benefício do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, não sendo demonstrados elementos concretos para se concluir que o

envolvido se dedicava a atividade criminosa ou participavam de organização criminosa. Assim, necessário o reconhecimento da incidência da causa de diminuição da pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, uma vez que não houve fundamentação concreta para seu afastamento. 6. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico. No presente caso, a incidência da causa de diminuição da pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas deve ser aplicada no patamar de 2/3, uma vez que, não obstante a natureza altamente deletéria de duas das drogas apreendidas com o envolvido (crack e cocaína), a quantidade total (2 tabletes de maconha pesando 35g; 8 pinos e um papelote de cocaína pesando 7,3g; 19 invólucros de crack) não é elevada, o que se mostra proporcional e adequado. 7. Em atenção ao art. 33, § 2º, alínea c, do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, estabelecida a pena definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, primário o recorrente e sem antecedentes, e considerada a quantidade total dos entorpecentes apreendidos, o regime aberto é o adequado à prevenção e reparação do delito, sendo cabível, também, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal. 8. Diante da similitude fático-processual entre a situação do recorrente e dos corréus, os efeitos do provimento do recurso devem ser estendidos a estes de ofício, nos termos do art. 580 do CPP (...)" (STJ, AgRg no AREsp 1976007/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 22/02/2022, DJe 25/02/2022) – grifos nossos. Destarte, inexistentes causas de aumento, a pena definitiva do crime de tráfico de drogas resulta em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor mínimo legalmente estipulado. Em relação ao regime inicial de cumprimento da reprimenda, em obediência ao art. 33, § 2º, alínea 'c' do Código Penal, entendo que deve ser fixado o regime inicial aberto para cumprimento da sanção. Tendo em vista que, nos termos da sentença vergastada, o Apelado também foi condenado pelo crime do art. 12 da Lei 10.826/2009, deve ser aplicado do concurso material de crimes. Assim, nos termos do art. 69 do Código Penal, tem-se a pena total em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 01 (um) ano de detenção, a serem cumpridas no regime aberto, e ao pagamento de 176 (cento e setenta e seis) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Por fim, preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal, deve a pena privativa de liberdade ser substituída por duas restritivas de direitos, sendo que uma delas deve ser de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, preferencialmente em instituição destinada ao tratamento de toxicômanos. III) Do prequestionamento Por fim, observa-se que a Defesa prequestionou, para fins de eventual interposição de Recurso Especial ou Extraordinário, a contrariedade ao art. 5º, incisos LV e LVII, da Constituição Federal e ao art. 156 do Código de Processo Penal. Consoante entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, o pronunciamento explícito acerca das matérias argüidas 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 ). III – Embargos declaratórios rejeitados. (STJ – EEROMS 11927 – MG – 1ª T. – Rel. Min. grifos nossos. Devidamente efetuada a escorreita análise e aplicação dos dispositivos legais necessários e atinentes à espécie, despicienda revela-se (neste julgamento) a menção expressa da adequação da sentença recorrida a cada um dos dispositivos supracitados, para fins de prequestionamento e eventual interposição de recurso às instâncias superiores. Por tais razões, voto no sentido de CONHECER E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO MINISTERIAL, reformando parcialmente a sentença vergastada para condenar o Apelado como incurso nas sanções do art. 33, caput c/c § 4º, ambos da Lei 11.343/2006, em concurso material com o crime do art. 12 da Lei 10.826/2003, a uma pena total de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e de 01 (um) ano de detenção, a serem cumpridas no regime aberto, oportunamente substituídas por duas restritivas de direito, e ao pagamento de 176 (cento e setenta e seis) dias-multa, no valor mínimo legalmente estipulado". Ex positis, acolhe esta Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia o voto através do qual se CONHECE E JULGA PARCIALMENTE PROVIDA A APELAÇÃO MINISTERIAL, nos termos ora proferidos. Sala das sessões, (data registrada no momento da prática do ato). Des. Relator 04