

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501278-25.2017.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RÉU SENTENCIADO PELO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06), À PENA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, BEM COMO AO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, NO VALOR UNITÁRIO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. ELEMENTOS PROBATÓRIOS IN FOLIOS ASSEVERANDO QUE O APELANTE FAZ DO COMÉRCIO ESPÚRIO DE ENTORPECENTES UM RECURSO PARA A SUA SOBREVIVÊNCIA. EXPRESSIVA QUANTIDADE E NATUREZA DELETÉRIA DA DROGA APREENDIDA (508,00G DE COCAÍNA). CASO DOS AUTOS QUE NÃO É UM FATO ISOLADO EM SUA VIDA, PORQUANTO RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL DE IGUAL NATUREZA (PROC. N. 0500839-74.2016.8.05.0039). FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA PARA NEGAR A INCIDÊNCIA DA REFERIDA MINORANTE. RECORRENTE QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS INSERTOS NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI ANTIDROGAS. PRECEDENTES DO STJ. INCONFORMISMO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. Importa registrar que o posicionamento aqui adotado, correlato às jurisprudências das Cortes Superiores e deste egrégio Sodalício, não se confunde com o precedente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos especiais repetitivos (Tema n. 1139), cujo teor estabeleceu que é vedada a utilização de inquéritos ou ações penais em curso para impedir a aplicação do tráfico privilegiado. A situação trazida à baila é bastante diferente, pois a negativa para o reconhecimento da referida minorante ocorre não pelo fato de o Réu ter ação penal em curso, mas, sim, diante dos elementos de convicção que asseveram a sua dedicação às atividades delituosas, até porque ele mesmo admitiu não ser a primeira vez que fazia o transporte intermunicipal de substância psicotrópica. É cediço que o benefício em questão se destina à figura do traficante eventual ou de pequena monta, situação diversa da realidade retratada no encarte processual, posto que a somatória de todas as especificidades revelam que o caso dos autos não é um fato único na vida do Apelante, ao contrário, apontam para a prática habitual do comércio ilícito de drogas. Portanto, sem qualquer fato ou direito novo arguido nas razões recursais, tendo apenas o Réu reiterado o inconformismo que a oportunidade permite, prestigia-se a sentença farpeada. RECURSO CONHECIDO E, NO MÉRITO, NÃO PROVIDO. ACORDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0501278-25.2017.8.05.0080, em que figuram, como Apelante, , e, Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, em conhecer do Recurso de Apelação, e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, conforme os termos do voto desta Relatoria. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 5 de Fevereiro de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal -1ª Turma. Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501278-25.2017.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de recurso de Apelação interposto por , em razão da sentença prolatada pelo MM. Juízo da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Feira de Santana-BA, que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, para condenar o Recorrente pela prática da infração tipificada no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006

(tráfico de drogas), à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial aberto, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato- ID n. 51054199. Emerge da peça incoativa que: " [...] No dia 12 de janeiro de 2017, por volta das 10h40min, na Avenida Iguatemi, em Feira de Santana-BA, Policiais Militares em ronda efetuaram a abordagem a dois indivíduos que se encontravam em um veículo Fiat Pálio, de cor branca, placa policial OKI 0874. Procedida busca no veículo, fora encontrado um tablete de cocaína, próximo ao câmbio, resultando apurado que antes a droga se encontrava embaixo do banco do Denunciado, que estava no carona, e este tentou dispensar a substância entorpecente, mas não logrou êxito, deixando no local onde foi apreendida. O material entorpecente apreendido foi encaminhado à perícia, constatando-se, através do Laudo Preliminar de Constatação, ora disposto às fls. 12, resultado positivo para a Cocaína, de massa bruta de 508,58g (quinhentos e oito gramas e cinquenta e oito centigramas) [...]"- ID n. 51053742. Inquérito Policial n. 011/2017 constante do ID n. 51053743. Recebimento da denúncia em 28.09.2018- ID n. 51054023. Após regular instrução e tramitação da ação penal originária, foram oferecidas as alegações finais, na forma de memoriais, pelo Parquet Singular e a Defesa, sobrevindo, posteriormente, a sentença que julgou procedente a vestibular acusatória para condenar o Réu pelo crime e à reprimenda acima descritos- ID n. 51054199. Irresignado com o desfecho processual, o Acusado interpôs o presente Apelo (ID n. 51054210), pleiteando, por meio das razões recursais (ID n. 51054276), a aplicação do tráfico privilegiado, sob o fundamento de preencher os requisitos legais para tanto. Por sua vez, o Parquet oficiante em 1º Grau, nas contrarrazões, refuta os argumentos defensivos, requerendo a manutenção da sentença atacada e, conseqüentemente, o improvimento da Apelação- ID n. 51054281. Subindo os folios a esta instância, opinou a douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e provimento do Inconformismo- ID n. 53056181. Examinados os autos e lançado este Relatório, submeto-o à apreciação do eminente Desembargador Revisor. Eis o relatório. Salvador/BA, data eletronicamente registrada. Des. - 2ª Câmara Crime- 1ª Turma. Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501278-25.2017.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal -1ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Preenchidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade e não havendo questões preliminares, passo à análise do mérito recursal. Cuida-se de recurso de Apelação interposto por, requerendo, tão somente, a reforma da sentença condenatória para reconhecer a incidência da minorante descrita no § 4º, do art. 33, da Lei Antidrogas. Malgrado não seja objeto da insurgência recursal, verifica-se, no caso em liça, que a materialidade e a autoria delitivas restaram devidamente comprovadas, através dos elementos de prova que se mostraram correlatos e categóricos quanto à prática do ilícito penal. Consabido, em se tratando de crime de tráfico de drogas, deve-se considerar, para a fixação da pena-base e o reconhecimento do tráfico privilegiado, as condições insertas no art. 42 desta legislação, in verbis: Art. 42. O Juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente". Seguindo essa trilha intelectual, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO

INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA INSERTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. "MULA". CONSCIÊNCIA DE COLABORAÇÃO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE DA FRAÇÃO MÁXIMA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DECISÃO MANTIDA. "(...)". II – O parágrafo 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. "(...)". Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp n. 2.063.424/SP, relator Ministro (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022)– grifos da Relatoria. HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECISÃO MOTIVADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, sobretudo em razão da grande quantidade e da natureza da droga apreendida – mais de 21 Kg de "cocaína" –, bem como pelas circunstâncias da prática do delito, de modo a demonstrar que o Paciente era "integrante ativo de organização criminosa com grande potencial lesivo". 2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos. 3. Não se trata de violação ao princípio do non bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos. 4. No caso, não se aplica a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais para obtenção da benesse. Precedentes. 5. Não é possível afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias no sentido de que o ora Paciente integraria organização criminosa, pois, para tanto, seria necessário proceder a um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se afigura cabível na via estreita do writ. Precedentes. 6. Ordem denegada (STJ – HC: 165800 RS 2010/0047664–3, Relator: Ministra, Data de Julgamento: 01/03/2012, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/03/2012)– grifos nossos. Na casuística em tela, a Magistrada Singular deixou de reconhecer a incidência da causa de diminuição de pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em razão de considerar que o Réu se dedica à atividade criminosa, consoante se depreende da transcrição abaixo: “[...] Inexistem causas de aumento de pena. Não incide a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, dada a existência de ação penal anterior tramitando

em seu desfavor (AP nº 0500839-74.2016.8.05.0039 – Vara Criminal de Camaçari/Bahia) por fato da mesma natureza, circunstância que denota dedicação à atividade criminosa [...]”- ID n. 51054210. De fato, há evidências notórias de que o Apelante faz da mercância de entorpecentes um recurso para a sua sobrevivência, sendo assertiva a fundamentação que lastreou a sentença guerreada, eis que idônea e amparada em fato concreto, apontando o registro de outra ação penal em curso por delito análogo ao que ora se apura (tráfico de drogas), circunstância esta que denota o seu comprometimento com o mundo da marginalidade. E, nesse sentido, importa registrar que o posicionamento aqui adotado, correlato às jurisprudências das Cortes Superiores e deste egrégio Sodalício, não se confunde com o precedente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos especiais repetitivos (Tema n. 1139), cujo teor estabeleceu que é vedada a utilização de inquéritos ou ações penais em curso para impedir a aplicação do tráfico privilegiado. A situação trazida à baila é bastante diferente, pois a negativa para o reconhecimento da referida minorante ocorre não pelo fato de o Réu ter ação penal em curso, mas, sim, diante dos elementos de convicção que asseveram à sua dedicação às atividades delituosas, até porque ele mesmo admitiu não ser a primeira vez que fazia o transporte intermunicipal de substância psicotrópica. Demais disso, não se pode ignorar a quantidade expressiva e a natureza deletéria da droga apreendida (mais de meio quilo- 508,58 g de cocaína), permitindo-se aferir, juntamente com o contexto probatório jungido aos folios, que o comércio espúrio de entorpecentes não era praticado, de forma isolada, pelo Acusado, o que desautoriza a aplicação da aludida redutora, tal como decidido corretamente pelo Juízo a quo. É cediço que o benefício em questão se destina à figura do traficante eventual ou de pequena monta, situação diversa da realidade retratada no encarte processual, posto que a somatória de todas as especificidades revelam que o caso dos autos não é um fato único na vida do Apelante, ao contrário, apontam para a prática habitual do comércio ilícito de entorpecentes. Urge trazer à baila, nesse talante, os julgados do STJ: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. OFENSA À DIALETICIDADE. SÚMULA N. 182/STJ. NEGATIVA DA REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO JUSTIFICADA. FUNDAMENTAÇÃO COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIA CONCRETA E IDÔNEA. REGIME PRISIONAL INICIAL SEMIABERTO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE MANTIDOS. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Neste agravo regimental, não foram trazidos argumentos novos, aptos a elidirem os fundamentos da decisão agravada. Tais fundamentos, uma vez que não foram devidamente impugnados, atraem ao caso o disposto no enunciado n. 182 da Súmula desta Corte e inviabiliza o conhecimento do agravo, por violação do princípio da dialeticidade, uma vez que os fundamentos não impugnados se mantêm. Precedentes. 2. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. A negativa da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 possui lastro em circunstância concreta e idônea. Isso porque o afastamento da referida benesse está fundado tanto na quantidade e variedade de drogas apreendidas quanto na presença de vários registros de atos infracionais, o que denota a dedicação da agente à atividade delitiva e está em consonância com o entendimento prevalecente da Terceira Seção desta Corte no sentido de que o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante

prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração. (EResp n. 1.916.596/SP, relator Ministro , relatora para acórdão Ministra , Terceira Seção, julgado em 8/9/2021, DJe de 4/10/2021), tudo isso a indicar que ela não se tratava de traficante eventual, não fazendo, portanto, jus à referida minorante. Ademais, desconstituir tal assertiva, como pretendido, demandaria, necessariamente, a imersão vertical na moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes. 3. Tendo em vista o montante de pena aplicada (5 anos de reclusão), inviável a pretensão de fixação do regime inicial aberto ou de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na esteira do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 I, ambos do Código Penal, de modo que não existe ilegalidade no resgate da reprimenda do paciente no regime inicial semiaberto e na negativa da substituição. 4. Agravo regimental não provido (AgRg no HC n. 856.288/SP, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 17/10/2023, DJe de 30/10/2023)– grifos aditados. PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. MAJORANTE DO ART. 40, V, DA LEI DE DROGAS. ESCOLHA DA FRAÇÃO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas. 2. 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 (HC 401.121/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017 e AgRg no RESp 1.390.118/PR, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 23/5/2017, DJe 30/5/2017). 3. Os fundamentos utilizados pela Corte de origem para não aplicar o referido redutor ao caso concreto estão em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, na medida em que dizem respeito à dedicação do recorrente à atividade criminosa – tráfico de drogas –, evidenciado sobretudo pela quantidade de droga apreendida (21, 660 kg de maconha), aliada às circunstâncias da prisão: o agravante foi convocado por aplicativo de mensagens, dois dias antes, para o transporte das drogas, mediante pagamento, recebeu uma passagem aérea para se deslocar do RJ até MS, onde foi recebido por um indivíduo que o levou até o local onde estava um veículo com a droga camuflada e preparada para o transporte, tudo a indicar que não se trataria de traficante eventual. 4. Desse modo, para modificar o entendimento adotado nas instâncias inferiores de que a prática do tráfico de drogas e a dedicação em atividade criminosa estão configuradas e aplicar a minorante prevista na Lei de Drogas, seria necessário reexaminar o conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível, a teor da Súmula 7 do STJ. Precedentes. 5. A jurisprudência desta Corte preceitua que a aplicação da causa de aumento do art. 40, V,

da Lei de Drogas exige motivação concreta quando estabelecida acima da fração mínima (HC n. 217.548/MS, Relatora a Ministra, SEXTA TURMA, DJe de 12/12/2013). 6. Hipótese em que a pena foi majorada em 1/2 mediante fundamento válido, consistente no fato de o agravante ter sido abordado próximo ao destino final da entrega dos entorpecentes, sobretudo se verificado que o percurso envolveu dois estados, a transposição de uma divisa e o trajeto de entrega da droga não foi concluído. Precedentes. 7. Embora a pena tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, o regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, diante da existência de circunstância judicial desfavorável (art. 42 da Lei n. 11.343/2006), que serviu de lastro para elevar a pena-base acima do mínimo legal. 8. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça o enfrentamento de dispositivos constitucionais, ainda que para efeito de prequestionamento da matéria, sob pena de invasão da competência do Supremo Tribunal Federal. 9. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp n. 2.283.746/MG, relator Ministro, Quinta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 12/6/2023)– grifos aditados. Com efeito, impõe-se reconhecer que agiu, acertadamente, o Juízo primevo ao não reconhecer a incidência do tráfico privilegiado na espécie, porquanto o Apelante não preenche os requisitos insertos no parágrafo quarto, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006. Portanto, sem qualquer fato ou direito novo arguido nas razões recursais, tendo apenas o Réu reiterado o inconformismo que a oportunidade permite, prestigia-se a sentença farpeada. Ex positis, ancorado nos motivos e fundamentos supramencionados, CONHEÇO DO RECURSO INTERPOSTO E, NO MÉRITO, NEGO-LHE PROVIMENTO, mantendo-se incólume a decisão combatida. É como voto. Salvador-BA, data eletronicamente registrada. PRESIDENTE DES. RELATOR PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA