

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0001067-33.2019.8.05.0191 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO DEFENSIVA. LEI DE DROGAS E ESTATUTO DA CRIANÇA E DO ADOLESCENTE. APELANTE CONDENADO COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006 E NO ART. 244-B DA LEI 8.069/1990, A UMA PENA TOTAL DE 06 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, E AO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, NO VALOR DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE NA ÉPOCA DOS FATOS. CONCEDIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRETENSÕES RECURSAIS: I) PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. AFASTADA. MATÉRIA QUE, ALÉM DE NÃO TER SIDO ARGUIDA NO MOMENTO OPORTUNO, MOSTRA-SE SUPERADA DIANTE DA SUPERVENIÊNCIA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. DEMONSTRADA A APTIDÃO DA REFERIDA PEÇA EXORDIAL ACUSATÓRIA PARA INSTAURAR A AÇÃO PENAL. PRECEDENTES DO STJ. OUTROSSIM, OBSERVA-SE QUE RESTAM DEVIDAMENTE OBSERVADOS OS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. II) ABSOLVIÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS POR AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. INACOLHIMENTO. LAUDO DEFINITIVO JUNTADO AOS AUTOS, A REQUERIMENTO DA AUTORIDADE JUDICIAL, ANTES DA PROLAÇÃO DA SENTENÇA. INTELIGÊNCIA DAS REGRAS INSERTAS NOS ARTIGOS 156 E 402 DO CPP C/C O ART. 56 DA LEI DE TÓXICOS. MANIFESTAÇÃO DA DEFESA. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. PRECEDENTES DO STJ. OFENSA AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO NÃO VERIFICADA ANTE A SUSPENSÃO DA EFICÁCIA DO ART. 3º-A DA LEI 13.964/2019, DETERMINADA PELO STF. III) DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. DESARRAZOADA. AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO TIPIFICADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI N 11.343/2006 CONSUBSTANCIADAS NO AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO, NOS LAUDO PERICIAIS E NOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. CONJUNTO PROBATÓRIO CONTEXTUALIZADO NOS AUTOS QUE DEMONSTRA CLARAMENTE A PRÁTICA DA TRAFICÂNCIA, NA MODALIDADE "TRAZER CONSIGO". PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE, POR SI SÓ, NÃO AUTORIZA A DESCLASSIFICAÇÃO PRETENDIDA QUANDO PRESENTES OUTROS ELEMENTOS NOS AUTOS APTOS AO CONVENCIMENTO DO JULGADOR NO SENTIDO DA OCORRÊNCIA DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. IV) ABSOLVIÇÃO DA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 244-B DO ECA ANTE A AUSÊNCIA DE DOLO POR PARTE DO APELANTE. INACOLHIMENTO, PORÉM, EX OFFICIO, OPERADA A READEQUAÇÃO TÍPICA DA CONDENAÇÃO. CRIME FORMAL. PRESCINDIBILIDADE ACERCA DA COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO. SÚMULA Nº 500 DO STJ. TESE CONFIRMADA EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. SITUAÇÃO DO APELANTE AO ATINGIR ADOLESCENTE NA PRÁTICA DE CONDUITA DELITIVA QUE CONFIGURA A CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, DA LEI Nº 11.343/2006. MENCIONADA MAJORANTE QUE DEVE PREVALECER EM DETRIMENTO AO CRIME AUTÔNOMO DO ART. 244- D DO ECA, CONSOANTE OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. PRECEDENTES DO STJ. IV) RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ACOLHIMENTO. APELANTE QUE PREENCHE OS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA DO APELANTE. REGISTRO DE OUTRA AÇÃO PENAL, PORÉM SEM A DEVIDA INFORMAÇÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO, QUE NÃO SE MOSTRA APTA A AFASTAR A APLICAÇÃO DA REFERIDA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ENTENDIMENTO QUE SE MOSTRA EM CONSONÂNCIA COM RECENTES PRECEDENTES DO STF, DO STJ, BEM COMO DESTA CORTE DE JUSTIÇA. DIANTE DA PEQUENA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA E DAS DEMAIS CONDIÇÕES DO FLAGRANTE, DEVE O REDUTOR SER APLICADO EM 2/3 (DOIS TERÇOS). V) REANÁLISE DA DOSIMETRIA DA PENA. ACOLHIMENTO PARCIAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA QUE NÃO JUSTIFICA A EXACERBAÇÃO DA BASILAR, ORA REDIMENSIONADA

PARA O MÍNIMO LEGAL PREVISTO AO TIPO PENAL. DESCABIDA A MITIGAÇÃO DOS EFEITOS DA SÚMULA 231 DO STJ MESMO QUE DIANTE DO RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES DA CONFISSÃO E DA MENORIDADE. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. ENTENDIMENTO RATIFICADO EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO PERANTE O STJ. PRECEDENTES DO STF. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, NA FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS), E DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, INCISO VI, AMBOS DA LEI 11.343/2006, NA FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). PENA DEFINITIVA REDIMENSIONADA PARA 01 (UM) ANO, 11 (ONZE) MESES E 10 (DEZ) DIAS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME ABERTO, OPORTUNAMENTE SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO, E AO PAGAMENTO DE 194 (CENTO E NOVENTA E QUATRO) DIAS-MULTA, NO VALOR DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. SENTENÇA VERGASTADA REFORMADA DE OFÍCIO PARA OPERAR A EMENDATIO LIBELLI E CONDENAR O APELANTE COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART. 33, CAPUT C/C O ART. 33, § 4º E ART. 40, INCISO VI, DA LEI 11.343/2006, COM O CONSEQUENTE REDIMENSIONAMENTO DA PENA DEFINITIVA. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 0001067-33.2019.8.05.0191, oriundos do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Paulo Afonso, tendo como Apelante e como Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. 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 DEFENSIVO e, ex officio, operar a emendatio libelli, reformando a sentença vergastada para condenar o Apelante como incurso nas sanções do art. 33, caput c/c o art. 33, § 4º e art. 40, inciso VI, da Lei 11.343/2006, a uma pena definitiva de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias, em regime aberto, oportunamente substituída por duas restritivas de direito, e ao pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, no valor mínimo legalmente estipulado, de acordo com o voto do Relator. Sala de sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Juiz Convocado 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, 3 de Fevereiro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0001067-33.2019.8.05.0191 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO "Vistos, etc. Trata-se de Apelação interposta contra sentença, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Paulo Afonso (ID 20832652), que, após a devida instrução criminal, julgou procedente o pedido constante na Denúncia (ID 20831905) e condenou como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 e do art. 244-B da Lei 8.069/1990, a uma pena total de 06 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, sendo concedido o direito de recorrer em liberdade. Acerca da conduta delitiva em comento, narrou o ilustre Representante do Ministério Público, em sua peça preambular, que, no dia 24.01.2019, por volta das 14:30hs, policiais militares receberam uma denúncia que estava ocorrendo tráfico de drogas no mercado da feira livre, localizado na Av. Landulfo Alves, . Prosseguiu o Parquet discorrendo que os policiais, ao se deslocarem para o referido mercado, flagrantearam o acusado na companhia do indivíduo , identificado como usuário de drogas, e do menor E.S.S., sendo que, na

posse do denunciado, foram encontradas 04 (quatro) pedras de crack e a quantia de R\$ 34,00 (trinta e quatro reais). Por fim, registrou a informação trazida pelo menor de idade acerca de existirem mais entorpecentes no jardim do prédio da feira, precisamente de mais 16 (dezesesseis) pedras da mesma substância ilícita. Por tal fato, foi oferecida a peça acusatória imputando ao denunciado a prática das condutas delitivas previstas no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 e no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente. Irresignada com o édito condenatório, a Defensoria Pública arrazouou o recurso alegando, em suma, as seguintes teses: I) Preliminarmente, a nulidade do processo por inépcia da Denúncia; II) No mérito, a absolvição do crime do art. 244-B do ECA, tendo em vista a ausência de dolo do Apelante quanto à intenção de corromper o menor; III) Ainda, a absolvição do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006 diante da ausência de comprovação da materialidade delitiva, precisamente da falta da juntada de laudo definitivo até o encerramento da instrução criminal – nesse sentido, ressaltou que a determinação de ofício do douto magistrado acerca da juntada do referido laudo ofende o princípio acusatório; IV) Subsidiariamente, a desclassificação do crime de tráfico de drogas para a prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006, tendo em vista a pequena quantidade de droga apreendida e, por via de consequência, a sua posterior absolvição ante a condição de usuário; V) Reanálise da dosimetria da pena do crime do art. 244-B do ECA, no sentido de afastar a aplicação da Súmula 231 do STJ e aplicar as atenuantes da confissão e da menoridade relativa; VI) Reforma da dosimetria da pena do crime do art. 33 da Lei 11.343/2006, precisamente redimensionando a basilar, afastando a orientação da Súmula 231 do STJ, reconhecendo o tráfico privilegiado, alterando o regime de cumprimento de pena e substituindo a pena privativa de liberdade pela restritiva de direito (ID 20832654). Em contrarrazões recursais, o Ministério Público refutou os argumentos defensivos, pugnando pelo conhecimento e improvimento da Apelação, para manter a sentença em todos os seus termos (ID 20832659). Encaminhados os Autos a esta Corte de Justiça, foram distribuídos por sorteio, vindo conclusos ao eminente Des. (ID 21079012). Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça emitiu parecer no sentido do conhecimento e improvimento do Apelo (ID 21767628). Elaborado o presente relatório, submeto o exame dos Autos ao eminente Desembargador Revisor, para os devidos fins. É o relatório. Salvador, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Juiz Convocado Relator

04      PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma      Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0001067-33.2019.8.05.0191      Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma      APELANTE: Advogado (s):      APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA      Advogado (s):      VOTO      “Presentes os requisitos de admissibilidade recursal, conheço da Apelação. I) Da preliminar de inépcia da Denúncia Preliminarmente, no tocante a arguição de inépcia da denúncia, verifica-se que deve ser rejeitada. Inicialmente, destaca-se que tal matéria resta superada, pois, além de não ter sido arguida pela Defesa em tempo oportuno, conforme se observa do teor da Resposta à Acusação apresentada em favor do réu, ora Apelante (ID 20831913), tem-se, também, o fato de que contra este foi proferida sentença condenatória, situação que denota, portanto, a aptidão da referida Peça Exordial para instaurar a ação penal. Exatamente nesse sentido, colhe-se recente julgado da Corte Superior de Justiça: “PENAL. PROCESSO PENAL. OPERAÇÃO LAVA JATO. LAVAGEM DE ATIVOS. CORRUPÇÃO ATIVA.

ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL DA DECISÃO QUE CONHECEU EM PARTE DO RECURSO ESPECIAL E, NESSA EXTENSÃO, NEGOU PROVIMENTO. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. NULIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. PRECLUSÃO. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DE SUSPEIÇÃO/IMPEDIMENTO DE MAGISTRADO. SÚMULA 7/STJ. (...) IV – Não há que se falar em inépcia da denúncia quando as instâncias inferiores, após a análise da exordial acusatória, concluíram que o Parquet federal discriminou todas as circunstâncias relevantes para a caracterização das condutas delitivas, indicando tanto quanto possível a participação de cada um dos denunciados na empreitada criminosa, ex vi do art. 41 do Código de Processo Penal. V – Ademais, cumpre relembrar a iterativa jurisprudência deste col. Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "a alegação de inépcia da denúncia fica enfraquecida diante da superveniência da sentença, uma vez que o juízo condenatório denota a aptidão da inicial acusatória para inaugurar a ação penal, implementando-se a ampla defesa e o contraditório durante a instrução processual, que culmina na condenação lastreada no arcabouço probatório dos autos" (AgRg nos EDcl no HC n. 500.594/PA, Quinta Turma, Min. , DJe de 14/06/2019). Agravo Regimental desprovido" (STJ, AgRg no REsp 1793377/PR, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 25/05/2021, DJe 07/06/2021) – grifos nossos. Ademais, sabe-se que inepta é a Denúncia que, em nítida inobservância aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal, não traz de forma suficiente o acontecimento dos fatos, deixando de delimitar a conduta criminosa e de mencionar elementos que possibilitem o pleno exercício do direito de defesa. Lecionando sobre o assunto, Ada Pellegrini Grinover esclarece que, em se tratando de Denúncia inepta, somente pode ser causa de nulidade absoluta, a narração deficiente ou omissa, que impeça ou dificulte o exercício da defesa, porque aí se estaria diante de uma infringência aos princípios constitucionais (in "As nulidades no processo penal". 5ed. São Paulo: Malheiros, 1996, p.87). No mesmo sentido, destacam e , como também preconiza o Supremo Tribunal Federal: "Lembre-se que o réu se defende dos fatos que lhe são imputados e não da tipificação jurídica que lhes é dada. Portanto, a narrativa deve abranger os fatos que enquadrem o tipo básico, ou seja, a essência da tipificação do delito, além do tipo derivado, que implica na descrição das qualificadoras e causas de aumento. Inicial acusatória com descrição fática deficitária ou ausente é petição inepta, merecendo ser rejeitada (art. 395, I, CPP), e caso seja recebida, acarreta nulidade do processo" (in "Curso de Direito Processual Penal". 7ed. Salvador: JusPodivm, 2012, p.194). "EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PROCESSUAL PENAL. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. ALEGAÇÕES DE INÉPCIA, AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA E VÍCIOS NA SINDICÂNCIA E INQUÉRITO POLICIAL MILITAR. TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA. 1. Não é inepta a denúncia que descreve a conduta e expõe com clareza o fato criminoso, preenchendo os requisitos da legislação processual penal. 2. Trancamento de ação penal, em habeas corpus, é medida excepcional, aplicável apenas quando evidente a ausência de justa causa, o que não ocorre quando a denúncia descreve conduta que configura crime em tese. 3. Por constituírem peças meramente informativas, eventuais vícios na sindicância ou no inquérito policial não contaminam a ação penal, que tem instrução probatória própria. 4. Recurso ao qual se nega provimento" (STF, RHC 117299, Relator (a): Min. , Segunda Turma, julgado em 04/02/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-033 DIVULG 17-02-2014 PUBLIC 18-02-2014) – grifos nossos. In casu, acerca dos relatos feitos pelo

ilustre Representante do Parquet na referida preambular acusatória (ID 20831905), atesta-se que inexiste a alegada inépcia, pois, devidamente observados a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado, assim como a classificação do crime e o rol das testemunhas. Entendo, portanto, que deve ser afastada a preliminar arguida. II) Da absolvição do crime de tráfico de drogas No mérito, a Defesa pretende, inicialmente, a absolvição do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006 ante a ausência de comprovação da materialidade delitiva, precisamente da falta da juntada de laudo definitivo até o encerramento da instrução criminal. Acerca do contexto narrado na Denúncia, observa-se que o douto magistrado de primeiro grau atestou que a materialidade delitiva foi devidamente comprovada, consoante se atesta das informações contidas no Auto de Exibição e Apreensão (ID 20831908, fls. 03), Laudo Provisório de Constatação (ID 20831908, fls. 19) e Laudo Definitivo (ID 20832649), confirmando a apreensão de 20 (vinte) pedras, embaladas individualmente em papel laminado, totalizando a massa bruta de 3,76 g (três gramas e setenta e seis centigramas) da substância benzoilmetilecgonina (cocaína). Embora, de fato, o laudo definitivo tenha sido acostado aos autos após a apresentação das alegações finais pela Defesa (ID 20832639) e mediante a determinação de juntada, de ofício, pela autoridade judicial (ID 20832642), tal situação não ofende o princípio acusatório. Tal conclusão se deve ao fato de que, em observância às regras insertas nos artigos 156 e 404, ambos do CPP, é facultado ao magistrado, que irá proferir a sentença, dirimir dúvidas acerca de ponto relevante, situação esta que, em consonância com a interpretação do quanto previsto no art. 56 da Lei 11.343/2006, permite, claramente, a requisição judicial, ainda que de ofício, da juntada dos laudos periciais. É o que se infere, respectivamente, dos mencionados artigos: “Art. 156. A prova da alegação incumbirá a quem a fizer, sendo, porém, facultado ao juiz de ofício: (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008) (...) II –determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. (Incluído pela Lei nº 11.690, de 2008)”. “Art. 404. Ordenado diligência considerada imprescindível, de ofício ou a requerimento da parte, a audiência será concluída sem as alegações finais. (Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008). Parágrafo único. Realizada, em seguida, a diligência determinada, as partes apresentarão, no prazo sucessivo de 5 (cinco) dias, suas alegações finais, por memorial, e, no prazo de 10 (dez) dias, o juiz proferirá a sentença. (Incluído pela Lei nº 11.719, de 2008).” “Art. 56. Recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para a audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais.” Outrossim, observa-se que inexistiu qualquer prejuízo para a Defesa, pois, antes da prolação da sentença vergastada, foi devidamente comunicada sobre o referido laudo definitivo, tendo, inclusive, requerido o desentranhamento da mencionada perícia (ID 20832650). Sobre a possibilidade de o magistrado requisitar de ofício a juntada do laudo pericial toxicológico, principalmente quando atestada a inexistência de de prejuízo para a Defesa, colhem-se precedentes da Corte Superior de Justiça: “HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006). JUNTADA DE LAUDO DE EXAME TOXICOLÓGICO DEFINITIVO DE OFÍCIO PELO JUIZ. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO.POSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO DETERMINAR A PRODUÇÃO DE PROVAS NECESSÁRIAS À FORMAÇÃO DO SEU LIVRE CONVENCIMENTO. ILEGALIDADE NÃO CARACTERIZADA. 1. Embora o juiz

seja um órgão do Estado que deve atuar com imparcialidade, acima dos interesses das partes, o certo é que o próprio ordenamento jurídico vigente permite que, na busca da verdade real, ordene a produção de provas necessárias para a formação do seu livre convencimento, sem que tal procedimento implique qualquer ilegalidade. 2. Nesse sentido é o inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal, que faculta ao magistrado, de ofício, "determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante." 3. Por sua vez, o artigo 56 da Lei 11.343/2006, prevê que o togado, ao receber a denúncia, requisite os laudos periciais referentes ao ilícito em tese praticado. 4. Assim, a determinação de juntada aos autos do laudo de exame toxicológico de ofício pelo togado singular, ao contrário do que sustentado na inicial do writ, não caracterizou ofensa aos princípios do contraditório, da ampla defesa e do devido processo legal, pois conquanto a mencionada prova tenha sido utilizada para corroborar a tese da acusação, foi considerada indispensável pelo Juízo para analisar o mérito da causa, estando a atuação jurisdicional, no caso em apreço, em consonância com as regras constitucionais e processuais penais pertinentes.

ANEXAÇÃO DE EXAME PERICIAL COMPROBATÓRIO DA MATERIALIDADE DELITIVA APÓS A AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO, OCASIÃO EM QUE AS PARTES OFERTARAM ALEGAÇÕES ORAIS. AVENTADA IMPOSSIBILIDADE DE JUNTADA TARDIA DO CITADO LAUDO. DOCUMENTO JUNTADO ANTES DA PROLAÇÃO DE SENTENÇA. ABERTURA DE VISTA ÀS PARTES. NULIDADE INEXISTENTE. 1. Apesar de o artigo 56 da Lei 11.343/2006 determinar que, "recebida a denúncia, o juiz designará dia e hora para audiência de instrução e julgamento, ordenará a citação pessoal do acusado, a intimação do Ministério Público, do assistente, se for o caso, e requisitará os laudos periciais", nada impede que os exames técnicos sejam incorporados ao processo após a instrução criminal, desde que se possibilite às partes sobre eles se manifestar, exatamente como ocorreu na espécie. 2. Com efeito, em que pese a materialidade delitiva do crime previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006 ser comprovada apenas com o laudo toxicológico definitivo, não há óbices, quer na própria Lei de Drogas, quer na legislação processual penal existente, a que a referida perícia seja juntada aos autos após os debates orais, pois as partes podem se pronunciar acerca do seu conteúdo, permitindo que o juiz analise os seus argumentos antes de proferir decisão no feito. Precedentes. (...) 2. Writ parcialmente prejudicado e, na parte remanescente, denegada a ordem" (STJ, HC 192.410/MS, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 18/09/2012) – grifos nossos. "HABEAS CORPUS. ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AOS CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LAUDO DEFINITIVO QUE CORROBOROU A CONSTATAÇÃO PRELIMINAR DA NATUREZA DOS ENTORPECENTES. JUNTADA DEPOIS DAS ALEGAÇÕES FINAIS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO PARA A DEFESA. NULIDADE NÃO DECLARADA. INTERNAÇÃO. ROL TAXATIVO. ADOLESCENTES COM REGISTROS INFRACIONAIS ANTERIORES E RECENTES. HIPÓTESE DO ART. 122, II, ECA. JOVEM PRIMÁRIO. APLICAÇÃO DA SEMILIBERDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Quando se trata de alegação de nulidade de ato processual, seja ela relativa ou absoluta, é necessária a demonstração do concreto prejuízo sofrido pela parte, em consonância com o princípio *pas de nullité sans grief*. 2. A teor dos julgados desta Corte Superior, a juntada de laudo toxicológico definitivo depois da apresentação das alegações finais pela defesa não enseja a anulação da sentença se o exame apenas corroborou o laudo provisório que, com segurança, já havia identificado a substância apreendida como entorpecente. (...) Habeas corpus parcialmente concedido,

para impor a semiliberdade somente ao adolescente sem nenhum histórico infracional.”(STJ, HC 437.426/SC, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 23/10/2018, DJe 16/11/2018)– grifos nossos. Por fim, precisamente quanto à alegação defensiva de que tal conduta do magistrado, ao determinar, de ofício, a juntada do laudo definitivo, ofende a disposição contida na Lei 13.964/2019 (Pacote Anticrime), que institui o “Juiz das Garantias”, também não procede. Isso porque, o quanto previsto no art. 3º-A, da mencionada Lei, segundo o qual “O processo penal terá estrutura acusatória, vedas a iniciativa do juiz na fase de investigação e a substituição da atuação probatória do órgão de acusação”, ainda se encontra com eficácia suspensa, conforme decisão proferida pelo Ministro , ao apreciar a medida cautelar nos autos das ADI’S 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305. III) Da desclassificação do crime de tráfico de drogas para o previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006 Com efeito, a prova carreada aos autos demonstra, indubitavelmente, a autoria e materialidade do delito previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, não merecendo guarida a tese desclassificatória sustentada pela Defesa. Nos termos do registrado no item anterior, a materialidade delitiva restou devidamente comprovada, consoante se atesta das informações contidas no Auto de Exibição e Apreensão (ID 20831908, fls. 03), Laudo Provisório de Constatação (ID 20831908, fls. 19) e Laudo Definitivo (ID 20832649), confirmando a apreensão de 20 (vinte) pedras, embaladas individualmente em papel laminado, totalizando a massa bruta de 3,76 g (três gramas e setenta e seis centigramas) da substância benzoilmetilecgonina (cocaína), que está enquadrada dentre aquelas de uso proscrito no Brasil. No que tange à autoria, esta também restou devidamente demonstrada, mormente pelos depoimentos das testemunhas, durante ambas as fases da persecução penal (oitivas extrajudiciais constantes nas fls. 03/08 do ID 20831908 e judiciais nas fls. 01/04 do ID 20832633), não havendo que se falar em dúvidas acerca da sua comprovação. In casu, os depoimentos judiciais dos policiais militares foram coerentes ao afirmem que, após denúncia anônima apontando a ocorrência de tráfico de drogas e descrevendo as características das pessoas envolvidas, flagrantearam o réu, ora Apelante, na companhia de outro indivíduo e de um adolescente (Elvis) e, na abordagem pessoal daquele, encontraram a quantidade de 04 (quatro) pedras de crack, que estava dentro da boca do mesmo, bem como uma quantia em dinheiro; ainda, destacaram que foram informados pelo Apelante e pelo adolescente que havia mais droga no jardim, fato que foi ratificado com a apreensão de mais 16 (dezesesseis) pedras da mesma substância. Vejamos dos seguintes trechos dos depoimentos (ID 20832633, fls. 01/02): Depoimento da testemunha , identificado como sendo um dos policiais militares que efetuou a prisão em flagrante do réu, ora Apelante: “(...) Que participou da prisão em flagrante do acusado; que o acusado foi abordado na feira livre; que recebeu uma denúncia anônima que três indivíduos estariam traficando droga na feira livre; que as informações davam as características e as vestes dessas pessoas; que a guarnição se deslocou até o local informado e localizou os três indivíduos; que foi feita a abordagem e a revista pessoal; que com foram encontradas 4 pedras de crack dentro da boca e uma quantia em dinheiro de aproximadamente 30 reais; que entre os indivíduos estava um adolescente de nome ; que indicou a localização de outras 16 pedras de crack; que a guarnição localizou essas 16 pedras de crack; que informou que a droga era de e que o acusado estaria vendendo a droga a mando do Elvis; que o adolescente negou ser o proprietário da droga; que e disseram que eram

usuários de droga e comprariam a droga da pessoa do acusado ; que as 16 pedras de crack localizadas no jardim da feira foram indicadas pelo acusado ; que foi posto em liberdade e logo em seguida preso novamente com 120 pedras de crack; que essa última prisão ocorreu no bairro BTN; que essas segunda prisão foi feita por outra guarnição. (...)” – grifos nossos. Depoimento da testemunha , também identificado como sendo o outro policial militar que efetuou o flagrante do Apelante: “(...) Que participou da prisão em flagrante do acusado; que a denúncia dizia que próximo ao mercado CEAPA havia três indivíduos praticando tráfico de drogas; que na abordagem pessoal foram encontradas 4 pedras de crack na boca do acusado e uma quantia em dinheiro, cujo valor o depoente não se recorda; que o restante da droga foi encontrada após a indicação do acusado e do adolescente ; que e o acusado ficavam jogando a propriedade da droga de um para o outro; que não se recorda se o acusado falou que estaria vendendo droga a mando de ; que teve contato com a pessoa de ; que revelou que era usuário de drogas e mais cedo já havia comprado droga da pessoa de ; que pelo que se recorda foi a primeira vez que a guarnição do depoente prendeu o acusado; que após o fato aqui apurado o acusado foi novamente preso pelo crime de tráfico de drogas (...)” – grifos nossos. Já a testemunha , identificado como sendo um dos indivíduos encontrado na companhia do Apelante, afirmou, judicialmente, ser usuário de crack e de maconha, bem como ter adquirido a substância entorpecente nas mãos do adolescente Elvis. Entretanto, sobre tal contexto, esclareceu que, após solicitar a droga a Elvis, “(...) ficou esperando; que quando voltou já foi na companhia de ; que a polícia chegou e abordou os três (...)”. Ainda, confirmou que “(...)a polícia encontrou mais drogas enterradas; que essas drogas foram guardadas por (...)”, bem como “(...) que não tem conhecimento se já vendeu droga a mando de (...) que disse na delegacia de polícia que pegou droga de para vender e assim manter o próprio vício (...)”(ID 20832633, fls. 03). Por sua vez, o Apelante, embora tenha permanecido em silêncio ao ser interrogado judicialmente (ID 20832633, fls. 04), acabou trazendo detalhes dos fatos em sede de inquérito judicial, quando admitiu que “(...) estava apenas com quatro pedras de crack, que era para seu consumo (...)”, mas que “(...) a droga era de Elvis (...) e ajudava Elvis a vender e ficava com uma comissão para usar (...)” (ID 20831908, fls. 08). Destarte, diante de tais relatos, permite-se concluir que o Apelante foi flagrantado, após denúncia anônima sobre tráfico de drogas, na companhia de mais duas pessoas, sendo apreendido em seu poder a quantidade de 04 (quatro) pedras de crack e uma certa quantia de dinheiro em espécie, logo após um indivíduo, identificado como usuário, ter admitido que havia adquirido droga. Tais circunstâncias, aliadas, inclusive, com a confissão extrajudicial do Apelante, no sentido de que estava ajudando o adolescente apreendido a vender drogas, no entender deste relator, configuram a prática da mercancia, nos moldes tipificados pelo art. 33 da Lei nº 11.313/2006: “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: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.” Outrossim, ressalte-se que a argumentação defensiva no sentido de que a quantidade da droga apreendida seria insignificante para a caracterização do crime de tráfico de drogas não merece guarida. Isso porque a pequena quantidade da



droga apreendida, por si só, não possui o condão de afastar a configuração do delito de tráfico de entorpecentes, quando presentes outros elementos nos autos aptos ao convencimento do julgador no sentido da ocorrência da traficância. Nesse mesmo sentido, colhem-se os julgados abaixo:

“CRIMINAL. HC. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PORTE ILEGAL DE ARMA. DIREÇÃO PERIGOSA. ILEGALIDADE DAS PROVAS QUE EMBASARAM A DENÚNCIA. IMPROPRIEDADE DO WRIT. INQUÉRITO POLICIAL. OFENSA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. NÃO-CONFIGURAÇÃO. PEÇA MERAMENTE INFORMATIVA. PACIENTE CONDENADO POR TRÁFICO DE ENTORPECENTES. COISA JULGADA NÃO-DEMONSTRADA. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. IRRELEVÂNCIA PARA A CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO. RESOLUÇÃO RDC 104. ATO NULO. INOCORRÊNCIA DE ABOLITIO CRIMINIS. PRISÃO PREVENTIVA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL. FALTA DE JUSTA CAUSA NÃO-EVIDENCIADA. PRISÃO PREVENTIVA. DECRETO FUNDAMENTADO. NECESSIDADE DA CUSTÓDIA DEMONSTRADA. RÉU FORAGIDO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. ORDEM DENEGADA. (...) A pequena quantidade de droga apreendida não descaracteriza o delito de tráfico de entorpecentes, se existentes outros elementos capazes de orientar a convicção do Julgador, no sentido da ocorrência do referido delito. (...) Ordem denegada”.(STJ, HC 17.384/SP, Rel: Ministro , DJ 03/06/2002, 5ª Turma) – Grifos nossos. “PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ARTIGO 12 DA LEI Nº 6.368/76. DELITO CONFIGURADO. IRRELEVÂNCIA DO FIM COMERCIAL DA DROGA. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA O DO ARTIGO 28 DA LEI Nº 11.343/2006. NEGADO. CONDUTA DA RÉ NÃO SE AMOLDA AO TIPO PENAL DA NOVA LEI DE TÓXICOS. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA, POR SI SÓ, MOSTRA-SE INSUFICIENTE PARA A DESCLASSIFICAÇÃO REQUERIDA.– À UNANIMIDADE DE VOTOS, NEGOU-SE PROVIMENTO AO APELO. (...) O pedido de desclassificação do crime para aquele previsto no artigo 28 8 da Lei nº 11.343 3/2006 deve ser rejeitado, uma vez que ficou comprovada a intenção da acusada de repassar a droga para outra pessoa, não se amoldando a sua conduta ao disposto no referido dispositivo, que se aplica a "Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar". 3. A pequena quantidade de droga apreendida, por si só, não é suficiente para levar à desclassificação do delito, conforme entendimento jurisprudencial consolidado”.(TJPE, APL: 2701720068170470 PE 0000270-17.2006.8.17.0470, Rel: , DJ: 14/09/2011, 4ª Câmara Criminal) – grifos nossos. Outrossim, é cediço que para a configuração da traficância basta que o agente seja surpreendido portando, trazendo consigo, guardando ou transportando a substância e que os elementos indiciários e as circunstâncias da apreensão evidenciem a atividade delituosa. Ademais, as circunstâncias em que ocorreu o flagrante levam à conclusão de que a substância entorpecente apreendida era reservada à mercancia, mormente considerando-se que, segundo os depoimentos testemunhais, o Apelante foi surpreendido com as 04 (quatro) pedras de crack, dentro da boca, e, ainda, teria ajudado a encontrar as outras 16 (dezesseis) pedras da mesma substância, que estavam enterradas no jardim, as quais se encontravam embaladas individualmente em papel alumínio, evidenciando ser a droga apreendida destinada ao consumidor final. Acerca desse contexto, não se pode desprezar, inclusive, o depoimento judicial da testemunha , que admitiu ser usuário e ter adquirido droga nas mãos do adolescente Elvis, o qual, no momento de entregar a referida substância entorpecente, apareceu na companhia do ora Apelante. Exatamente corroborando com tal versão dos fatos, tem-se a confissão extrajudicial do Apelante. Destarte, agiu com acerto o ilustre Magistrado sentenciante quando, ao apreciar a prova e os critérios

valorativos, formou seu convencimento e reconheceu a conduta do Apelante como subsumível a uma das modalidades descritas no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, não havendo reparo a ser feito na sentença quanto a este aspecto. IV) Da absolvição pelo crime do art. 244-B do ECA Ainda, sustenta a Defesa a absolvição do crime do art. 244-B do ECA, tendo em vista a ausência de dolo do Apelante quanto à intenção de corromper o menor. Ora, precisamente acerca da condição de menor de 18 (dezoito) anos e a participação deste na empreitada delitiva, inobstante as discussões doutrinárias, entende este Relator, em conformidade com a Súmula 500 do STJ ("A configuração do crime do art. 244-B do ECA independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal"), que o crime em comento é formal, ou seja, sua consumação se dá com a mera subsunção da conduta à norma, independentemente de o adolescente ter personalidade já corrompida, ou não. Sabe-se que a Constituição Federal prevê que crianças e adolescentes devem ser respeitados, levando-se em consideração sua especial condição de pessoa em desenvolvimento (art. 227, § 3º, inciso V). Ademais, o art. 6º do ECA, com clareza solar, prevê que: "Art. 6º Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento." Logo, qualquer adulto que pratique um delito em companhia de um adolescente, cuja personalidade está em desenvolvimento, deve ser condenado pelo crime previsto no art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente. Sobre o assunto, cumpre ressaltar que, em julgamento de Recurso Repetitivo, o STJ firmou o mesmo posicionamento: "RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. PENAL. CORRUPÇÃO DE MENORES. PROVA DA EFETIVA CORRUPÇÃO DO INIMPUTÁVEL. DESNECESSIDADE. DELITO FORMAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA DECLARADA DE OFÍCIO, NOS TERMOS DO ARTIGO 61 DO CPP.1. Para a configuração do crime de corrupção de menores, atual artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente, não se faz necessária a prova da efetiva corrupção do menor, uma vez que se trata de delito formal, cujo bem jurídico tutelado pela norma visa, sobretudo, a impedir que o maior imputável induza ou facilite a inserção ou a manutenção do menor na esfera criminal.2. Recurso especial provido para firmar o entendimento no sentido de que, para a configuração do crime de corrupção de menores (art. 244-B do ECA), não se faz necessária a prova da efetiva corrupção do menor, uma vez que se trata de delito formal; e, com fundamento no artigo 61 do CPP, declarar extinta a punibilidade dos recorridos e, tão somente no que concerne à pena aplicada ao crime de corrupção de menores." ( REsp 1127954/DF, Rel. Ministro , TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2011, DJe 01/02/2012). Seguindo essa linha de raciocínio construída pelo entendimento sumular nº 500 do Superior Tribunal de Justiça, inexistente razão em discutir a comprovação de dolo específico do Apelante em corromper o menor de 18 (dezoito) anos, bastando para a configuração da referida conduta delitiva que com este tenha praticado o crime. Entretanto, considerando-se que o Apelante também foi condenado pelo delito de tráfico de entorpecentes, entendo que a conduta deste ao envolver adolescente na prática delitiva (conforme, inclusive, comprova documento de identidade acostado aos autos, ID 20831908, fls. 22), configura a causa de aumento do art. 40, inciso VI, da Lei nº 11.343/2006. Destarte, em atenção ao princípio da especialidade, entendo que a mencionada situação deve prevalecer como majorante do crime de tráfico de drogas em detrimento ao delito autônomo tipificado no art. 244-B da Lei 8.069/90 ( Estatuto da Criança e do Adolescente). Nesse mesmo

sentido, inclusive, vem sendo perfilhado o posicionamento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, consoante julgado abaixo colacionado: "RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, VI, DA LEI DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. DUPLA PUNIÇÃO EM RAZÃO DA MESMA CIRCUNSTÂNCIA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. 1. A controvérsia cinge-se em saber se constitui ou não bis in idem a condenação simultânea pelo crime de corrupção de menores e pelo crime de tráfico de drogas com a aplicação da majorante prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas. 2. Não é cabível a condenação por tráfico com aumento de pena e a condenação por corrupção de menores, uma vez que o agente estaria sendo punido duplamente por conta de uma mesma circunstância, qual seja, a corrupção de menores (bis in idem). 3. Caso o delito praticado pelo agente e pelo menor de 18 anos não esteja previsto nos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas, o réu poderá ser condenado pelo crime de corrupção de menores, porém, se a conduta estiver tipificada em um desses artigos (33 a 37), pelo princípio da especialidade, não será possível a condenação por aquele delito, mas apenas a majoração da sua pena com base no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006. 4. In casu, verifica-se que o réu se associou com um adolescente para a prática do crime de tráfico de drogas. Sendo assim, uma vez que o delito em questão está tipificado entre os delitos dos arts. 33 a 37, da Lei de Drogas, correta a aplicação da causa de aumento prevista no inciso VI do art. 40 da mesma Lei. 5. Recurso especial improvido." ( REsp 1622781/MT, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 22/11/2016, DJe 12/12/2016, STJ) – grifos nossos. Tais ponderações permitem concluir, portanto, que a situação em comento, envolvendo a corrupção de menor pelo Apelante, deve ser mantida, mas com a devida readequação, de ofício, da definição jurídica dos fatos descritos na Denúncia, nos termos do que permite a regra inserta no art. 383 do CPP. Destarte, operando, de ofício, a emendatio libelli, entendo que deve o Apelante ser condenado como incurso nas sanções do art. 33, caput c/c o art. 40, inciso VI, da Lei 11.343/2006 (crime de tráfico qualificado). V) Do reconhecimento do tráfico privilegiado 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 as 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, observa-se que o douto sentenciante não reconheceu a mencionada minorante sob a justificativa de o Apelante demonstrar a "dedicação às atividades criminosas", apontando os registros na folha de antecedentes criminais, na qual consta outra sentença condenatória, também pelo crime de tráfico de drogas. É o que se extrai dos seguintes trechos da dosimetria: "(...) Apesar desse agente ser primário, não ter contra si sentença penal condenatória com trânsito em julgado ou e ausência de elementos a demonstrar a integração dele em organizações criminosas, as provas produzidas demonstram que ele efetivamente se dedica a prática criminosa. (...) Depreende-se da certidão de fl. 98, que o acusado, após a concessão de liberdade provisória no presente feito, foi novamente preso em flagrante delito em razão da suposta prática do crime de tráfico de drogas, o que gerou a ação penal nº 0005609-94.2019.805.0191, a qual já possui sentença condenatória em primeiro grau (...)". Entretanto, da análise da certidão de antecedentes criminais acostada aos autos (ID

20832636), que registra exatamente a ação penal mencionada na sentença vergastada, inexistente comprovação do trânsito em julgado desta ou de qualquer outro processo movido contra o Apelante. Ainda, acerca desse aspecto, através de consulta ao Sistema de Automação Judicial de Segundo Grau, este relator observou que a referida ação penal ainda não possui qualquer informação sobre o transcurso do prazo recursal. Destarte, em consonância com o recente entendimento que vem sendo perfilhado pelas Cortes Superiores pátrias, 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 RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. PRESENTE SITUAÇÃO APTA A EXCEPCIONAR ESSE ENTENDIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AÇÃO PENAL EM CURSO. INVIABILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL. (...) 2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a existência de inquéritos ou ações penais em andamento não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Precedentes. 3. Considerada a primariedade, a não incidência de antecedentes criminais ostentados pelo Recorrente, a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (fixada a pena-base no mínimo legal), a quantidade de droga não expressiva e a inexistência de fortes indícios de envolvimento, ou de maior responsabilidade com organização criminosa, ou de dedicação ao crime, impõe-se o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, no patamar de 2/3 (dois terços), e a fixação do regime prisional aberto 4. Agravo regimental conhecido e não provido”. (STF, RHC 205080 AgR, Órgão julgador: Primeira Turma, Relatora: Min. , Julgamento: 04/10/2021, Publicação: 07/10/2021)– grifos nossos. “(...) 8. 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). 9. Configura constrangimento ilegal 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, e nos vetores “natureza e quantidade de drogas apreendidas”, especialmente quando valorados na primeira fase da dosimetria, em evidente bis in idem. 10. Agravo regimental desprovido” (STJ, AgRg no HC 619.217/AM, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2021, DJe 15/12/2021)– grifos nossos. Nessa mesma esteira de raciocínio, vêm decidindo os Tribunais Estaduais, inclusive, esta Corte de Justiça: “PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. RÉU CONDENADO A 5 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, SOB REGIME SEMIABERTO, E AO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS–MULTA, PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. (...) 3. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 44, § 3º DA LEI 11.343/06. ACOLHIMENTO. ALTERAÇÃO DO ENTENDIMENTO DESTA RELATORA, PARA, NA ESTEIRA DE JULGADOS DO STF E STJ ( HC 175.466; HC 648.079/SP), ESTABELECEER QUE CONDENAÇÕES NÃO TRANSITADAS EM JULGADO NÃO POSSUEM O CONDÃO DE AFASTAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. (...) (...) APELAÇÃO CONHECIDA PARCIALMENTE E PARCIALMENTE PROVIDA, REDUZINDO-SE A PENA APLICADA AO APELANTE PARA 1 (UM)

ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO E 167 (CENTO E SESENTA E SETE) DIAS—MULTA, CADA UM NO VALOR DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO FATO DELITUOSO; SUBSTITUINDO A PENA CORPORAL POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, A SABER, LIMITAÇÃO DO FINAL DE SEMANA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE; E, DE OFÍCIO, RELAXAR A PRISÃO DO ACUSADO, DETERMINANDO-SE A IMEDIATA SOLTURA, SE POR OUTRO MOTIVO NÃO ESTIVER O RÉU PRESO.” (TJBA, Apelação nº 0506640–46.2020.8.05.0001, Relatora: , Publicado em: 19/08/2021)– grifos nossos. “APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006). NULIDADE SUSCITADA COM BASE EM ALEGAÇÃO DE AGRESSÕES FÍSICAS AO APELANTE POR PARTE DOS POLICIAIS. INACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE TER SIDO PRATICADA TORTURA PARA A CONFISSÃO DO ACUSADO. PRELIMINAR REJEITADA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. IN DUBIO PRO REO. INACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PROCESSOS EM ANDAMENTO E QUANTIDADE DE DROGA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. POSSIBILIDADE INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AUSÊNCIA DO REQUISITO CONTIDO NO INCISO I DO ART. 44 DO CP. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. SUBSISTÊNCIA DOS MOTIVOS QUE ENSEJARAM A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 2. De acordo com o recente entendimento de ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal, seguido pelo STJ, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 não pode ter sua aplicação afastada somente com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento. (...)” (TJBA, Apelação nº 0506935–83.2020.8.05.0001, Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Relatoria Desa. , Julgado em 18/11/2021, Publicado em 23/11/2021)– grifos nossos. Assim, não tendo sido comprovado nos autos que o Apelante se dedica a atividades criminosas, entendo que a causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33 da Lei 11.343/2006, deve ser resta reconhecida em seu favor e, diante da pequena quantidade da droga apreendida e demais circunstâncias do flagrante, ser aplicada na fração máxima de 2/3 (dois terços). VI) Da reforma da dosimetria da pena Diante das insurgências defensivas em relação à dosimetria da pena, bem como tendo em vista a aplicação da supramencionada emendatio libelli, algumas considerações devem ser feitas. Restringindo-se à análise da dosimetria do crime de tráfico de drogas feita pelo douto sentenciante, observa-se que a basilar foi fixada em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão ante o desvalor das circunstâncias do crime (natureza da droga apreendida); em seguida, diante do reconhecimento da confissão e da menoridade relativa, atenuou a pena, observando o limite contido na Súmula 231 do STJ; por fim, registrando a inexistência de causas de aumento ou diminuição, entendeu que como definitiva a pena de 05 (cinco) anos de reclusão, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias—multa. Vejamos (ID 20832652): “(...) Passo a dosimetria da pena crime do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Seguindo o critério dos artigos 42 da Lei nº 11.343/06 e 59, do Código Penal, considerando que a reprovabilidade social da conduta não extravasa o ordinário esperado para o delito ora apurado; o acusado não possui Maus antecedentes, visto que não há condenação com trânsito em julgado; não há maiores elementos nos autos para aferir a personalidade e a conduta social do acusado; as circunstâncias são mais graves, visto que a droga vendida pelo acusado era “crack”, uma das mais perniciosas disponíveis no submundo do tráfico; as consequências são igualmente relevantes, mas não exacerbam o tipo, fixo a

pena base por infração ao artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, e ao pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa. Na segunda fase, não vislumbro a presença de agravantes de pena. Presentes as agravantes da confissão espontânea e da menoridade relativa (art. 65, I e III, d, do Código Penal), por isso, atenuo a pena em 1/6 para cada atenuante, contudo, limitada a pena mínima de 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Na terceira fase não há causas de aumento ou de diminuição de pena. Desta feita, fica a pena definitiva fixada em 05 (cinco) anos de reclusão, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Diante de maiores elementos acerca da capacidade financeira do acusado, fixo o valor do dia-multa em 1/30 de salário-mínimo vigente à época do fato. (...)" – grifos nossos. No que se refere à basilar, observa-se que, apesar de o Apelante ter sido condenado pela apreensão de 20 (vinte) pedras de crack, embaladas individualmente em papel laminado, tal quantidade totalizou a massa bruta de 3,76 g (três gramas e setenta e seis centigramas). Dessa forma, embora, de fato, o "crack" tenha efeitos mais danosos aos usuários, a quantidade em comento não foi significativa e, logo, não ultrapassou os elementos normais ao próprio tipo penal e, logo, não justifica a exasperação da pena base em 01 (um) ano e 03 (três) meses. Adotando esse mesmo raciocínio, colhe-se julgado da Corte Superior: "AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA. CRACK. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE. 7,48 GRAMAS DE CRACK. AUMENTO NÃO RAZOÁVEL. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1. A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência desta Corte superior. 2. Ainda que se considere nociva a natureza da droga apreendida, evidenciada a quantidade não relevante (7,48 gramas de crack) e ausentes circunstâncias adicionais (inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, etc.), não é razoável a exasperação da pena-base. 3. Agravo regimental improvido"(STJ, AgRg no HC 486.462/SC, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2019, DJe 23/04/2019). Por tal motivo, entendo que tal vetor deve ser rechaçado, reformulando-se a pena base para 05 (cinco) anos de reclusão. Prosseguindo à segunda fase da dosimetria, deixo de aplicar as atenuantes da menoridade e da confissão reconhecidas na sentença vergastada, diante do óbice contido na Súmula 231 do STJ. Sobre a pretensão defensiva em mitigar os efeitos da referida Súmula 231 do STJ, registra-se que, além da vedação expressa contida nesta, a doutrina majoritária perfilha o entendimento de que, uma vez fixada a pena base no mínimo legal, atenuantes genéricas não podem ser aplicadas para reduzi-la, de modo a torná-la aquém do mínimo fixado pelo legislador, no tipo penal. Nesta senda, válido se faz transcrever o ensinamento do ilustre professor : "Com efeito, dois são os motivos pelos quais não se pode admitir tal individualização da pena abaixo do mínimo legal: em primeiro lugar contraria o princípio da legalidade, já que a pena mínima estabelecida pelo legislador é o limite mínimo a partir do qual a pena pelo injusto culpável cumpre seus pressupostos de prevenção especial e geral. Em segundo lugar, a adoção do critério de rebaixar a pena aquém do marco mínimo traz consigo um perigo, desde o ponto de vista político criminal, à segurança jurídica." (O Princípio de legalidade no moderno direito penal, Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 15, p. 193). Ademais, inobstante a corrente doutrinária contrária ao entendimento sumular tenha como um dos seus argumentos principais a ofensa ao princípio

da individualização da pena, entendo, data vênia, imprescindível a consideração do mencionado teor sumular, como forma de salvaguardar o princípio da legalidade que rege nosso sistema processual penal, o qual previu penas mínima e máxima, que devem ser fixadas em observância às normas insculpidas nos artigos 59, 67 e 68, todas do Código Penal. Não é despiciendo asseverar que a questão foi analisada pela Egrégia Corte Superior de Justiça, em sede de recurso repetitivo, cuja ementa transcrevo a seguir: "RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL. VIOLAÇÃO AOS ART. 59, INCISO II, C.C. ARTS. 65 E 68, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CRIME PREVISTO NO ART. 12, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. COMBINAÇÃO DE LEIS. OFENSA AO ART. 2.º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL E AO ART. 33, § 4.º, DO ART. 11.343/06. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. É firme o entendimento que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior. 2. O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal. 3. Cabe ao Juiz sentenciante oferecer seu arbitrium iudicis dentro dos limites estabelecidos, observado o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, sob pena do seu poder discricionário se tornar arbitrário, tendo em vista que o Código Penal não estabelece valores determinados para a aplicação de atenuantes e agravantes, o que permitiria a fixação da reprimenda corporal em qualquer patamar (...)." (STJ, REsp 1117068/PR, Rel. Ministra , TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 08/06/2012) – grifos nossos. Sobreleve-se, por fim, que a vedação contida na Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça vem sendo adotada, de forma pacífica, pelo Supremo Tribunal Federal, guardião da Carta Magna, conforme os seguintes julgados, inclusive em sede repercussão geral: "Ementa: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM GRAU MÉDIO (1/4). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – A jurisprudência pacífica desta Corte e do STJ é no sentido de que a incidência de circunstância atenuante não reduz a pena para aquém do mínimo legal. (...)" (RHC 118996, Relator (a): Min. , Segunda Turma, julgado em 18/02/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-045 DIVULG 06-03-2014 PUBLIC 07-03-2014) – grifos nossos. "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. EFEITOS INFRINGENTES. IMPOSSIBILIDADE. DESPROVIMENTO. BAIXA IMEDIATA À ORIGEM. PRECEDENTES. (...) Tendo sido as penas básicas estabelecidas nos seus mínimos legais, não podem elas sofrer redução pela presença de qualquer, ou de todas, as circunstâncias atenuantes elencadas no artigo 65 da Lei Penal; aliás, este é o entendimento já pacificado pela súmula nº 231 do STJ." 4. Embargos de declaração desprovidos, com determinação de baixa imediata. ( AI 852123 AgR-ED-ED, Relator (a): Min. , Primeira Turma, julgado em 16/04/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-090 DIVULG 14-05-2013 PUBLIC 15-05-2013) – grifos nossos. "AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade.

Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."( RE 597270 Q0-RG, Relator (a): Min. , julgado em 26/03/2009, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02257 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 445-458) – grifos nossos. Dessa forma, em consonância ao entendimento adotado pelas Cortes Superiores e pela doutrina majoritária, no sentido de que a pena mínima estipulada pelo legislador, em cada tipo penal, não pode ser reduzida pela aplicação de atenuantes genéricas, conclui-se que o pleito sub judice não deve prosperar. Concluindo a análise da dosimetria da pena e, logo, adentrando na terceira fase desta, deve ser aplicada a causa de diminuição referente a tráfico de drogas, na fração de 2/3 (dois terços), bem como a causa de aumento do art. 40, inciso VI, da Lei 11.343/2006, na fração de 1/6 (um sexto), resultando numa pena definitiva de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do CP. Por fim, de forma proporcional ao quanto estabelecido na pena privativa de liberdade, deve o Apelante ser condenado ao pagamento de 194 (cento e noventa e quatro dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Observando, ainda, que o Apelante preenche os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, entendo que a pena privativa de liberdade supracitada, deve ser substituída, por duas penas restritivas de direitos, devendo uma delas, preferencialmente, ser cumprida em estabelecimento voltado para tratamento de toxicômano, e a remanescente, a critério da CEAPA – Central de Acompanhamento às Penas Alternativas. Por tais motivos, vota este relator pelo CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO APELO DEFENSIVO e, ex officio, operar a emendatio libelli, reformando a sentença vergastada para condenar o Apelante como incurso nas sanções do art. 33, caput c/c o art. 33, § 4º e art. 40, inciso VI, da Lei 11.343/2006, a uma pena definitiva de 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias, em regime aberto, oportunamente substituída por duas restritivas de direito, e ao pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) 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 SE JULGA PARCIALMENTE PROVIDA A APELAÇÃO DEFENSIVA, reformando ex officio a sentença vergastada nos termos ora proferidos. Sala de sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Juiz Convocado Relator 04