

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0534365-49.2016.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Diogo de Jesus Carvalho e outros Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÕES SIMULTÂNEAS. LEI REPRESSORA AO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RÉU CONDENADO COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. CONCEDIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. TESES RECURSAIS: 1) PRELIMINAR DEFENSIVA ACERCA DA NULIDADE DA PROVA. AFASTADA. ALEGADA TORTURA QUE NÃO RESTA DEMONSTRADA NOS AUTOS. EMBORA PERICIADA A EXISTÊNCIA DE EQUIMÓSES NA REGIÃO DISTAL E DA COXA DO APELANTE, INEXISTEM EVIDÊNCIAS DE QUE TAIS LESÕES TENHAM DECORRIDO DE AGRESSÃO FÍSICA COMETIDA PELOS POLICIAIS MILITARES. EXTRAÍDAS INFORMAÇÕES NO SENTIDO DE QUE OS POLICIAIS INTERCEPTARAM O APELANTE NO MOMENTO DE FUGA. APELANTE QUE NÃO CONFESSOU OS FATOS EM SEDE DE INQUÉRITO OU JUDICIALMENTE. CONDENÇÃO QUE ENCONTRA AMPARO EM OUTRAS PROVAS. 2) PRETENSÃO DEFENSIVA DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS DEMONSTRADAS NOS AUTOS. VERSÃO DOS FATOS APRESENTADA, DE FORMA CONGRUENTE, PELOS POLICIAIS MILITARES. TIPO PENAL DE AÇÃO MÚLTIPLA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MERCANCIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA VERGASTADA. 3) PRETENSÃO MINISTERIAL DE INAPLICABILIDADE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ACOLHIMENTO. APELADO QUE REALMENTE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS EXIGIDOS PARA INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REGISTRO DE AÇÃO PENAL POR TRÁFICO DE DROGAS COM TRÂNSITO EM JULGADO. EMBORA NÃO CONFIGURADO MAUS ANTECEDENTES OU REINCIDÊNCIA DO APELADO, RESTA INDICADA A "DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA". OBSERVÂNCIA DO ENTENDIMENTO PROFERIDO NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.977.027/PR DO STJ. AFASTAMENTO DO REFERIDO REDUTOR QUE SE IMPÕE. PENA DEFINITIVA REDIMENSIONADA PARA 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, E AO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA. 4) 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 SUBMETTER AO CRIVO DA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. PRECEDENTES. RECURSO MINISTERIAL CONHECIDO E PROVIDO. RECURSO DEFENSIVO CONHECIDO E IMPROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 0534365-49.2016.8.05.0001, oriundos do Juízo de Direito da 3ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador, tendo como apelante e apelados MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e DIOGO DE JESUS CARVALHO. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO, bem como se CONHECER E DAR PROVIMENTO AO APELO MINISTERIAL, de acordo com o voto do Relator. Sala das sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. João Bosco de Oliveira Seixas Relator 04 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 3 de Novembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0534365-49.2016.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Diogo de Jesus Carvalho e outros Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO "Tratam-se de apelações criminais interpostas, em sede de autos digitais (Sistema PJe), contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador, que condenou o réu Diogo de Jesus

Carvalho como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. Acerca dos fatos delitivos em comento, narrou o ilustre Representante do Ministério Público que: “(...) No dia 30 (trinta) de abril de 2016, por volta das 11h30min, policiais militares encontravam-se realizando ronda de rotina na localidade conhecida como Recanto São Rafael, no bairro de São Marcos, nesta Urbe, quando adentraram a Rua Santa Isabel, perceberam um indivíduo que tentou evadir-se ao avistar a presença da guarnição. Ato contínuo, os policiais o perseguiram, e logo depois acabou sendo capturado e flagrado portando drogas ilícitas. Ao ser realizada a abordagem, foi encontrado em poder de DIOGO DE JESUS CARVALHO 56 (cinquenta e seis) pinos contendo uma substância branca aparentando ser cocaína, a quantia de R\$ 570,00 (quinhentos e setenta reais) e um aparelho celular, conforme consta do auto de exibição e apreensão de fls. 8. O laudo de constatação provisório de fls. 17 dos autos, informa que o material apreendido com o denunciado, consistente em 37,64 (trinta e sete gramas e sessenta e quatro centigramas), correspondente à massa líquida de substância sólida, sob a forma de pó branco, distribuídos em 56 (cinquenta e seis) eppendorfs, restou positivo para cocaína (...).” Por tal fato, foi oferecida denúncia imputando ao acusado a prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 (ID 31960018 destes autos). Após a devida instrução criminal, sobreveio sentença condenando o réu nos termos da denúncia, a uma pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, oportunamente substituída por duas restritivas de direito, e ao pagamento de 165 (cento e sessenta e cinco) 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 (ID 31960131 destes autos). Irresignado com o édito condenatório, o Ministério Público, ora apelante, arrazouou o recurso sustentando a inaplicabilidade do tráfico privilegiado, alegando que o réu, ora apelado, já foi condenado por tráfico de drogas e ainda responde por outra ação penal pelo mesmo crime (ID 31960135 destes autos). Em contrarrazões recursais, o apelado pugnou pelo conhecimento e improvimento do apelo ministerial (ID 31960143 destes autos). Em seguida, o réu, também apelante, insurgiu-se contra a sentença vergastada, apresentando suas razões e alegando, em suma, as seguintes pretensões: 1) Preliminarmente, a nulidade da prova diante da tortura sofrida, em notória violação aos direitos fundamentais; 2) No mérito, a absolvição por ausência de autoria e de provas acerca do tráfico de drogas; 3) Prequestionou, para efeitos de interposição de recurso perante os Tribunais Superiores, o art. 157 do CPP e o art. 5º, incisos III, XI e LVII, da CF (ID 31960144 destes autos). Em contrarrazões recursais, o Ministério Público, também apelado, refutou as teses defensivas, requerendo o conhecimento e improvimento do recurso (ID 31960148 destes autos). Encaminhados a este Tribunal de Justiça, foram distribuídos por prevenção ao habeas corpus nº 008126-68.2016.8.05.0001, vindo-me conclusos (ID 32245831 destes autos). Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento do apelo ministerial, bem como pelo desprovimento do apelo defensivo (ID 33212368 destes autos). Elaborado o presente relatório, submeto à censura do nobre Desembargador Revisor para os devidos fins. Salvador/BA, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. João Bôsko de Oliveira Seixas 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. 0534365-49.2016.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Diogo de Jesus Carvalho e outros Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s): VOTO "Devidamente observados os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço de ambas apelações. 1) Da preliminar de nulidade da prova diante da alegada tortura Como brevemente relatado, preliminarmente, pretende o réu, ora apelante, a absolvição diante da arguição de nulidade das provas obtidas no momento do flagrante, alegando que foi submetido a agressões físicas pelos policiais, conforme resultado do laudo pericial acostado aos autos. Entretanto, analisando o conjunto fático-probatório, observa este relator que a argumentação defensiva não restou suficientemente provada nos autos. Inicialmente, registra-se que, embora, de fato, o apelante tenha afirmado judicialmente que foi torturado pelos policiais militares, no sentido de que estes colocaram um saco na sua cabeça por mais de uma vez, fazendo-o desmaiar, não registrou ter sofrido outras agressões físicas, que deixassem marcas no corpo. Nesse sentido, observa-se que, consta no laudo de lesões corporais acostados aos autos, que o réu, ora apelante, possuía lesões corporais nas regiões temporais distal e coxa esquerda, causadas por instrumento de ação contundente (ID 31960125 e ID 31960126). Todavia, atesta-se que inexistiram maiores esclarecimentos sobre os referidos edemas, não havendo, portanto, como assegurar a origem destes, que podem, inclusive, serem preexistentes ao flagrante, relacionadas à tentativa de fuga, ou, ainda, realmente atreladas à alegada tortura cometida pelos policiais. Precisamente sobre o momento do flagrante, extrai-se dos depoimentos judiciais dos referidos policiais militares informações de que o apelante, ao visualizar a guarnição policial, tentou empreender fuga, sendo, entretanto, interceptado. Acerca desse contexto, veja-se os trechos da sentença vergastada, quando expressamente menciona as oitivas judiciais (ID 31960131), constantes nos termos da audiência de instrução e julgamento (ID's 31960082, 31960083, 31960105 e 31960106), devidamente conferidas por este relator: "(...) SD PM DESMOSTHENES LUIZ MALANDRA (...) "que a época dos fatos era lotado na 50ª CIPM / 7 DE ABRIL; que através de uma denúncia via Rádio, foi informado na companhia da ocorrência de tráfico de drogas na localidade que ora não se recorda o nome; que de acordo com a denúncia indivíduos estariam traficando no local, não especificando nomes; que ao chegarem no ponto indicado foi visualizado a presença de vários indivíduos que fugaram; que os policiais conseguiram alcançar apenas o acusado que ora reconhece presente nesta audiência; que foi o próprio depoente quem realizou a busca pessoal, encontrando em poder do acusado, um saco contendo pinos plásticos com cocaína; que não se recorda se o referido saco estava nas mãos, ou no interior das vestes do acusado, mas pode afirmar que estava em poder do mesmo; que não se recorda se foi perguntado ao acusado a origem da droga, ou se este traficava para alguém; que a época o trafico era dominado por um individuo cujo nome não se recorda, mas ao que sabe, já é falecido; que até então desconhecia o acusado, mas sabia que ele tinha envolvimento pelo tráfico de drogas, pelo próprio nome do acusado," Diogo "; que o SD/PM Wesley integrava a guarnição e tinha como função a segurança de busca; que salvo engano, o Comandante da guarnição, o Cap/PM Jacson Jardel fez a segurança externa; que o depoente saiu da 50ª CIPM há dois anos, mas tomou conhecimento, através da comunicação de mensagens no Whatsapp, de que o acusado foi novamente preso por outras vezes, não sabendo precisar quantas mais. Dada a palavra à Defensora, respondeu que: que tinha conhecimento do envolvimento do acusado com crime através de denúncias por parte de moradores da região e por mensagens via Rádio; que quando mencionou sobre o recebimento de mensagens por Whatsapp quis dizer sobre links enviados de

matérias que são vinculados na mídia; que ao que se recorda, o denunciado não apresentou resistência a prisão, tendo apenas tentado fugir. CAP PM JACSON JARDEL FREITAS (...) "que no dia do fato a diligência foi motivada por uma denuncia através da Central de Rádio, que dava conta da existência de vários indivíduos traficando drogas na localidade Recanto São Rafael, área de atuação da 50ª CIPM, onde já era Lotado; que que integravam a guarnição os demais policiais militares arrolados na denúncia; que chegando ao local constatou-se a presença de vários indivíduos que empreenderam fuga ao verem a policia; que apenas o acusado, que ora reconhece presente nesta assentada, e que, já prendeu outras duas vezes além desta prisão dos autos; que não se recorda qual policial fez a busca pessoal; que presenciou o momento da apreensão em poder do acusado da droga, aparelho celular e dinheiro; que salvo engano a droga apreendida tratava-se de cocaína, disposta em "pinozinhos"; que não foi perguntado ao acusado a origem da droga ou para quem este traficava; que a localidade da prisão a época e até os dias atuais é liderada pelo traficante conhecido como "Baiano"; que por conhecimento da atuação a 6 anos naquela área pode informar que a droga que circula na localidade bem como na região de "Coroadó, Baixa Fria e Ninja" pertencem ao traficante "Baiano"; que no dia da ação policial apenas o acusado foi alcançado não se conseguindo identificar os indivíduos que fugiram. Dada a palavra à Defensora, respondeu que: que o função do depoente na operação era o Oficial de Operações; que salvo engano, a droga foi encontrado nas vestes do acusado; que a abordagem do acusado ocorreu em via pública. SD PM UESLEI CARVALHO SILVA (...) "que reconhece o acusado aqui presente; que já realizou a prisão do acusado duas vezes, ambas na mesma região; que em relação a este caso, o depoente se recorda que a guarnição ingressou no local, algumas pessoas empreenderam fuga tendo o acusado sido alcançado e na sua posse, após abordagem, foi encontrado celular, dinheiro e drogas, salvo engano cocaína, cuja forma de acondicionamento já não mais se recorda; que também em razão do tempo já não se recorda detalhes da prisão; que a localidade conhecida pela guarnição é conhecida como Recanto do São Rafael, que trata-se de um local de intenso tráfico de drogas, onde a guarnição em algumas situações já foi recebida a tiros. Dada a palavra ao (à) Defensor (a), respondeu que: não se recorda que policial realizou a revista pessoal no acusado; que a abordagem ao acusado deu-se na rua; que o depoente não entrou em local algum na oportunidade dos fatos; que pelo que se recorda, seja antes ou depois da abordagem ao acusado, não houve necessidade dos policiais entrarem em alguma residência; que antes dessa prisão, o depoente conhecia o nome do acusado como líder do tráfico na região, Diogo; que na oportunidade, e o depoente esta certo disso por que ficou marcado em sua memória, o acusado forneceu o nome "DIEGO "; que apenas na Delegacia é que se verificou que o nome do detido era "DIOGO "; que não se lembra se houve necessidade de empregar força no momento dos fatos; que se recorda que várias pessoas correram e que o acusado foi o único alcançado; que a diligência deu-se antes de meio dia; que após a prisão do acusado, este foi encaminhado logo para a 10ª Delegacia; que antes de levarem o acusado a Delegacia, o depoente não sabia que se chamava Diogo e o abordou por que correu, tendo o depoente dito que todos os que correm são abordados quando alcançados; que durante a abordagem constatou-se que o réu portava drogas. O réu DIOGO DE JESUS CARVALHO, declarou que o fato aconteceu por volta da soito d manhã, onde o acusado se encontrava na lanchonete, onde haviam mais quatro pessoas; que a policia chegou e revistou todos; que não foi encontrado nenhum ilícito com as pessoas e nem

tampouco com o interrogado; que os policiais pegaram sua identidade e quando viram o nome lhe colocaram na viatura, tendo um dos policiais dito "é ele mesmo, encaminha ele "; que lhe levaram ate a localidade do Ninja próximo ao Barradão; que os policiais colocaram saco na sua cabeça fazendo com que o mesmo desmaiasse duas vezes, querendo que o interrogado dissesse onde havia armas e drogas; que em seguida levou ate a casa da sua mãe onde não havia ninguém em casa, tendo os policiais localizado o valor de mil reais; que na revista não encontraram mais nada; que o levaram para viatura onde um dos policiais trouxe uma sacola com os pinos dentro; que dentro dos pinos tinha uma espécie de pó branco, não sabendo informar se era cocaína; que o saco não lhe pertencia e não sabe informar onde encontraram; que o policial Ueslei nunca lhe prendeu; que apenas o policial JARDEU lhe prendeu outra vez; que não teve nenhuma "dijavencia" com policiais; que já foi preso outras vezes, inclusive na 1ª vara de tóxico. Dada a palavra ao Representante do Ministério Público, respondeu que: nada perguntou. Dada a palavra ao (à) Dr.(a) Defensor do acusado, respondeu que: o policial ouvido nesta audiência não lhe prendeu nem mesmo no dia dos fatos ora discutidos; que o policial Jardeu prendeu o interrogado duas vezes; que os mil reais encontrados na casa de sua mãe a ela pertencia e foram fruto de seu trabalho como empregada doméstica; que pelo que sabe não tem um traficante no local em que mora com o mesmo nome, mas o interrogando acredita ter sido confundido com outra pessoa; que outras pessoas presenciaram a sua prisão, mas o interrogando não pode identificá-los (...)" – grifos nossos. Destarte, diante de tais relatos, inexistem evidências de que as lesões registradas no laudo pericial tenham se originado necessariamente da tortura alegada pelo apelante, pois houve, por parte dos policiais, registro quanto à necessidade de interceptar a fuga daquele, como atuação indispensável para efetivarem a abordagem inicial. Nesse aspecto, sobreleva-se que, caso existisse eventual excesso na força utilizada pelos policiais no flagrante, este deve ser averiguado pelo Órgão Ministerial, a quem compete instaurar o procedimento próprio para tanto. Outrossim, observa-se que, além de o apelante não ter confessado o fato sub judice, seja em inquérito (ID 319600019, fls. 06/07) ou judicialmente, as provas que embasaram a condenação em comento, além de não terem sido exclusivamente baseadas nos elementos indiciários, foram submetidas ao devido processo legal, inexistindo, portanto, razão para anular o processo. Em sentido semelhante, colhe-se julgado do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios, pontuando, em um caso de alegação de tortura no momento do flagrante, que "(...) a existência de eventual irregularidade no inquérito policial, por si só, não é apta a nulificar a ação que transcorre regularmente e tem seu decreto condenatório pautado em outras provas dos autos, que não as exclusivamente colhidas em sede inquisitorial (...)" (TJDFT, 20140110383773APR, Relator: JOSÉ GUILHERME, , Revisor: HUMBERTO ULHÔA, 3ª TURMA CRIMINAL, data de julgamento: 30/4/2015, publicado no DJE: 7/5/2015. Pág.: 174). Entendo, portanto, que deve ser rejeitada a presente arguição de nulidade apontada pelo réu, ora apelante. 2) Da pretendida absolvição diante da insuficiência probatória No mérito, alega o réu, ora apelante, fragilidade probatória para manter a condenação. Todavia, razão não assiste à pretensão recursal defensiva. Acerca do contexto narrado na denúncia, observa-se que o douto magistrado de primeiro grau atestou que a materialidade delitiva restou devidamente comprovada, consoante se atesta das informações contidas no Auto de Exibição e Apreensão (ID 319600019, fls. 09), Laudo Provisório de Constatação (ID 319600019, fls. 20) e Laudo

Definitivo (ID 31960030), confirmando a apreensão de 56 (cinquenta e sete) pinos de cocaína, com massa bruta de 37,64 g (trinta e sete gramas e sessenta e quatro centigramas), bem como de um aparelho celular, de um relógio marca "Technos", de uma corrente prateada e da quantia de R\$ 570,00 (quinhentos e setenta reais). No tocante à autoria delitiva, registrou que, embora o apelante tivesse negado os fatos, afastando, inclusive, estar na posse de qualquer substância entorpecente, tal versão não encontrava amparo nas demais provas dos autos, principalmente diante dos relatos feitos pelos testemunhos dos policiais militares, conforme transcrição feita no item anterior desse voto. De fato, analisando-se o conjunto fático-probatório, observa-se que, após denúncia anônima acerca de tráfico de drogas, policiais militares se deslocaram para a região apontada e, ao serem avistados, perceberam que vários indivíduos correram, sendo o réu, ora apelante, alcançado e abordado, bem como flagrantado na posse da mencionada substância ilícita, distribuída em vários pinos. Essa foi a versão trazida pelos depoimentos dos policiais, os quais, inclusive, mostram-se harmônicos e congruentes ao relatar os fatos. Ressalta-se que, embora os referidos depoimentos judiciais não tragam detalhes acerca da quantidade da droga apreendida, foram seguros em apontar a forma como ocorreu o flagrante e, também, em reconhecer o réu, ora apelante, como sendo um dos indivíduos que tentou empreender fuga, sendo o único alcançado. Outrossim, especificamente sobre a validade dos depoimentos dos policiais, não é despiciendo 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 "(STJ, HC 608.558/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 07/12/2020). Nesta senda, mostram-se 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 apelante. Por fim, observa-se, ainda, que a versão do apelante se mostra isolada nos presentes autos, pois alegou estar numa lanchonete, juntamente com mais quatro pessoas, quando foi abordado pelos policiais, os quais lhe acusaram de estar na posse de substância entorpecente. Ao ser questionado sobre tal acusação, afirmou que os policiais devem tê-lo confundido com outra pessoa. Indubitável, desse modo, que, no caso em comento, mostra-se suficientemente comprovada a autoria delitiva, restando caracterizada, 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 (...)"- grifos nossos. 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 ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018) – grifos nossos. Dessa forma, pela análise dos elementos indiciários que foram devidamente judicializados, restam suficientemente comprovadas a autoria e materialidade delitiva da conduta tipificada no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, devendo, portanto, ser mantida a condenação nos exatos termos da sentença vergastada. 3) Da pretendida inaplicabilidade do tráfico privilegiado Por sua vez, sustenta o Ministério Público, ora apelante, a inaplicabilidade do tráfico privilegiado, alegando que o réu, ora apelado, já foi condenado por tráfico de drogas e ainda responde por outra ação penal pelo mesmo crime. Especificamente sobre o tráfico privilegiado, consabido que o reconhecimento da aplicação da referida causa de diminuição da pena exige o 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". Sobre tal assunto, destaca-se recente entendimento, firmado no Tema Repetitivo nº 139 da Corte Superior de Justiça, no sentido de que tais requisitos podem se configurar pela existência de outras ações penais movidas contra o agente, mas desde que tenham registro de definitividade, sob pena de ofender o princípio da presunção de inocência. É o que se infere do julgado do Recurso Especial Repetitivo nº 1.977.027/PR: "RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENASIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais. 2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso. 3. Diversamente das

decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza. 4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena. 5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles. 6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante. 7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis. 8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto. 9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para fins penalógicos. 10. Não se deve confundir a vedação à proteção insuficiente com uma complacência diante da atuação insuficiente dos órgãos de persecução penal. É certo que não podem ser criados obstáculos



injustificáveis à atuação do Estado na defesa dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada, todavia isso não legitima a dispensa do cumprimento dos ônus processuais pelos órgãos de persecução penal, não autoriza a atuação fora da legalidade e não ampara a vulneração de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir provas concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice. 11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma "análise de contexto" para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, não há que se recorrer a inquéritos e ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e ações penais em curso na tentativa de demonstrar a dedicação criminosa, é porque os demais elementos de prova são insuficientes, sendo necessário formular a ilação de que o Acusado "não é tão inocente assim", o que não se admite em nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a ilicitude do fundamento, que decorre do raciocínio presuntivo contra o Réu que ele encerra, não se altera em face de outros elementos dos autos. 12. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06". A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017). 13. Recurso especial provido" (STJ, REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022) – grifos nossos. No caso em tela, observa-se que o douto sentenciante reconheceu a incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), por entender que o réu preenchia os requisitos para tanto, registrando que este não possuía antecedentes criminais. Nesse aspecto, através de consulta ao Sistema PJe de Segundo Grau, é possível verificar que, embora, contra o apelado, exista uma execução penal nº 0310696-77.2018.8.05.0001, apenas consta o registro da ação penal nº 0522913-08.2017.8.05.0001, oriunda do Juízo de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador. Sobre esta, observa-se que o fato delitivo ocorreu em 28.03.2017 (ID 147349587 dos respectivos autos) e, logo, posteriormente ao fato delitivo sub judice, datado de 30.04.2016 (ID 31960018 dos presentes autos), situação que não pode ser considerada para configurar, neste processo, Maus antecedentes ou mesmo reincidência do apelado Diogo. Tal conclusão se deve ao fato de que, para tanto, deve-se considerar a vida pregressa do agente, ou seja, mostra-se inegociável que o fato delitivo de referência para os mencionados antecedentes tivesse ocorrido antes da infração penal que ora se julga e transitasse ainda no transcorrer desta. Já para configurar a reincidência, exigir-se-ia que ocorresse e transitasse em julgado antes mesmo da conduta delitiva ora analisada, respeitando-se o tempo depurador de cinco anos, nos termos do art. 63 do CP. Nessa senda de raciocínio, elucidam os seguintes julgados da Corte Superior de Justiça, in verbis: "AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO

CRIMINAL INDEFERIDO LIMINARMENTE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES.CONDENÇÃO POR FATO ANTERIOR E TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR AO CRIME EM ANÁLISE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REGIME SEMIABERTO.ADEQUADO. INEVIDÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. (...) 3. No Superior Tribunal de Justiça, há o entendimento de que o conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes (HC n. 246.122/SP, Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, DJe 15/3/2016). Uma vez reconhecida a existência de circunstância judicial negativa, com a consequente fixação da pena-base acima do mínimo legal, não há ilegalidade na determinação de regime inicial mais gravoso do que o cabível em razão do quantum de pena cominado. 4. Agravo regimental improvido” (STJ, AgRg no HC 675.858/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 03/08/2021, DJe 09/08/2021) – grifos nossos. “(...) 12. A jurisprudência atual desta Corte, sedimentada no Enunciado de Súmula 444, veda às instâncias inferiores valorar negativamente a pena-base em função de inquéritos ou processos em curso, sem trânsito em julgado, em respeito ao princípio da presunção de não culpa. Ainda, nos termos da jurisprudência consolidada desta Corte, não é possível considerar a condenação transitada em julgado, correspondente a fato posterior ao narrado na denúncia, para valorar negativamente antecedentes, conduta social ou personalidade do agente. Entrementes, plenamente viável que a condenação por fato anterior à infração penal em processo de dosimetria, mas com trânsito em julgado superveniente a ela, seja utilizada como circunstância judicial negativa (...) 15. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena para 3 anos de reclusão, bem como fixar o regime prisional semiaberto, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver cumprindo a reprimenda em meio diverso.” (STJ, HC 443.678/PE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 21/03/2019, DJe 26/03/2019) – grifos nossos. Todavia, consta que, na supramencionada ação penal de referência, houve o trânsito em julgado contra o apelado Diogo, na data de 15.03.2018, conforme certidão acostada (ID 147349841 dos respectivos autos). Diante de tal ponderação, atesta-se que, embora o referido processo não possa ser utilizado como registro para maus antecedentes criminais ou reincidência na ação penal sub judice, pode, entretanto, indicar o requisito da “dedicação à atividade criminosa” do apelado, sobretudo em razão de, naquela outra ação penal, ele ter sido condenado, também, por tráfico de drogas, tendo sido flagrantado na mesma região (bairro São Marcos) onde cometeu o crime subjudice. Destarte, entende-se que merece acolhimento a pretensão ministerial, motivo pelo qual afasta-se a incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e redimensiona-se a pena imposta ao apelado. Consoante se atesta da sentença vergastada, verifica-se que o douto magistrado fixou a basilar em 05 (cinco) anos de reclusão diante das circunstâncias judiciais favoráveis e, em seguida, registrou a impossibilidade de aplicar a atenuante da menoridade relativa diante do óbice da Súmula 231 do STJ, o que deve ser mantido. Todavia, diante do presente afastamento do redutor do tráfico privilegiado, deve a pena definitiva resultar em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento proporcional de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo legalmente previsto. Em relação ao regime inicial de cumprimento da reprimenda, em

obediência ao art. 33, § 2º, alínea 'b' do CP, deve ser fixado o regime inicial semiaberto. Registra-se que o apelado não preenche os requisitos para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ou, ainda, para a suspensão condicional da pena, nos termos das regras insertas nos artigos 44 e 77, ambos do CP. 4) Do prequestionamento Por fim, verifica-se que o réu, ora apelante, prequestionou, para fins de eventual interposição de Recurso Especial ou Extraordinário, o art. 157 do CPP e o art. 5º, incisos III, XI e LVII, da CF. 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 Fernando Gonçalves). III – Embargos declaratórios rejeitados. (STJ – EEROMS 11927 – MG – 1ª T. – Rel. Min. Francisco Falcão)" – 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 NEGAR PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO, bem como CONHECER E DAR PROVIMENTO AO APELO MINISTERIAL, NO SENTIDO DE AFASTAR A APLICAÇÃO DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO E REDIMENSIONAR A PENA DEFINITIVA IMPOSTA AO RÉU PARA 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, E AO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, mantendo os demais termos do édito condenatório". 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 IMPROVIDO O APELO DEFENSIVO, bem como se CONHECE E SE JULGA PROVIDO O APELO MINISTERIAL, nos termos ora proferidos. Sala das sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. João Bosco de Oliveira Seixas Relator 04