

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0001855-76.2011.8.05.0078 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: LUCIANO SOUZA DE MORAES Advogado (s): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO MINISTERIAL. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). ACUSADO CONDENADO ÀS PENAS DE 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL ABERTO E DE PAGAMENTO DE 166 (CENTO E SESSENTA E SEIS) DIAS-MULTA. PLEITO CONDENATÓRIO COM RELAÇÃO AO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO (ART. 35, DA LEI ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). INALBERGAMENTO. ÂNIMO ASSOCIATIVO NÃO DEMONSTRADO. ARCAÇÃO PROBATÓRIO INSUFICIENTE. DOSIMETRIA DA PENA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO AUMENTO DE PENA POR TRÁFICO INTERESTADUAL. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO DE NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INALBERGAMENTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS NÃO DEMONSTRADA. PRECEDENTES DO STF E STJ. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Trata-se de Apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, em face de sentença proferida pelo MM Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Euclides da Cunha/BA, Drª. Letícia Fernandes Silva Freitas, nos autos do Processo nº 0001855-76.2011.8.05.0078, que julgou parcialmente procedente a denúncia, absolvendo o réu LUCIANO SOUZA DE MORAES, com referência ao crime previsto no art. 25 da Lei nº 11.343/06 e, ao mesmo tempo condenando-o pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4, da mencionada Lei. 2. Na oportunidade, o Magistrado sentenciante fixou as penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixada a unidade em 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, sendo aplicada a detração e substituída a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito e concedido o direito de recorrer em liberdade. 3. Consta na exordial que o réu associou-se a José Roberto Alves da Silva, com o fim primordial de procederem à distribuição e comercialização de cocaína. De acordo com o inquérito policial, a associação dos réus já se mantinha por aproximadamente 07 meses, com a venda e distribuição diária de drogas a usuários, na cidade de Euclides da Cunha, evidenciando-se que o réu José Roberto buscava a droga de em outros centros urbanos e o denunciado Luciano Souza Moraes a vendia na já referida cidade. 4. Restou apurado que, no dia 08/09/2011, por volta das 10:00 horas, agentes da Polícia Civil, após detida investigação, lograram prender em flagrante delito o recorrido, que guardava no interior de sua residência quatro trouxinhas de cocaína. O Réu José Roberto evadiu-se na ocasião. 5. Pugnou o Parquet pela condenação do réu pelo crime de associação para o tráfico, pleiteando ainda a revisão da dosimetria da pena, para a aplicação do aumento de pena por tráfico interestadual e o afastamento da benesse por tráfico privilegiado. 6. A materialidade e autoria com relação ao crime de tráfico restaram comprovadas, através do IP nº 135/2011, Auto de Apreensão, Laudo de Exame Pericial nº 2011 25 PC 000825-01, que atestou a existência de 2,6g (dois gramas e sessenta centigramas), além do depoimento testemunhal e da confissão do réu. 7. Com relação à alegação de caracterização do crime de associação para o tráfico, prevista no art. 35, da Lei nº 11.343/06, exige-se, para a sua configuração, o animus associativo, a comprovação da existência de vinculação duradoura, com caráter permanente. 8. Não se pode permitir um padrão genérico de se tachar de associação para

o tráfico toda e qualquer co-autoria eventual. O delito previsto no art. 35, da Lei de Drogas, pressupõe, para o seu reconhecimento, a demonstração do dolo de associar-se de forma estável. É necessário, assim, que se identifique na *societas criminis* o caráter permanente, que não se confunde com a mera co-autoria. 9. Nos autos, não restou caracterizada a união dos réus de forma estável, com caráter permanente. Não foi apresentado qualquer relatório de investigação, ou depoimento testemunhal que comprovasse que o réu e o traficante “Bam”, seu suposto comparsa, trabalhavam juntos para o comércio de drogas. 10. Como já esclarecido, o policial que participou da prisão do réu e prestou depoimento judicial, informou que já conhecia o traficante “Bam”, mas com relação ao apelado limitara-se a afirmar que este recebera um telefonema anônimo de que ele encontrava-se em um barzinho, vendendo drogas e que, no dia seguinte, fora encontrado em sua residência, com 04 papelotes. 11. O réu, por sua vez, assumira a autoria do crime de tráfico, mas afirmou que somente usava a cocaína com seus colegas, que se comprometiam em dividir o montante da dívida, ou seja, que não vendia a qualquer pessoa, somente a seus colegas, cujos nomes encontravam-se anotados no papel que foi encontrado pela polícia. 12. Rogata venia, não logrou o órgão Ministerial de demonstrar a autoria delitiva do apelado, sendo mister asseverar que não competia ao acusado fazer prova de sua inocência e, sim, ao órgão ministerial comprovar o contrário. 13. Assim, no cenário duvidoso que se apresenta, não há como imputar com certeza ao apelado a prática dos fatos narrados na denúncia, haja vista a fragilidade da prova. 14. Outrossim, merece ser registrado que não se está colocando em dúvidas a palavra dos policiais, mas, tão somente, afirmando que a instrução processual poderia ter coletado mais evidências para corroborar a acusação. Nesse diapasão, mantém-se a absolvição do apelante pela prática do crime tipificado no art. 35 da Lei de Drogas. 15. Nessa toada, há que ser também rejeitado o pleito para condenação do réu por tráfico interestadual (art. 40, V, da Lei nº 11.343/06), haja vista que, de acordo com o depoimento judicial do policial civil, quem supostamente ia a São Paulo/SP comprar drogas e vender na cidade de Euclides da Cunha/BA, foi o réu José Roberto Alves da Silva. 16. Esclareça-se que o recorrido afirmara que adquira a droga no município onde foi preso e que não sabia qual era a origem do entorpecente antes de ser vendido pelo traficante. Por conseguinte, afastada a hipótese de associação para o tráfico, restou prejudicado o pleito de condenação do réu por tráfico interestadual. 17. No que concerne ao pleito de afastamento das benesses decorrentes do tráfico privilegiado, não restou comprovado que o condenado é integrante de facções criminosas ou se dedica a atividades criminais, destacando-se ainda que o mesmo não possuía antecedentes criminais na data do fato, pois, como restou esclarecido pelo magistrado primevo, na época dos fatos narrados na exordial, só havia um registro de processo em que o recorrido era réu, qual seja, o tombado sob o nº 0000100-61.2004.8.05.0078, por crime de furto, ocorrido no ano de 2003, com quase 08 anos de lapso temporal entre um crime e o outro, destacando ainda o magistrado a quo que “...sendo certo que não existia o trânsito em julgado do primevo crime...” 18. Cumpre destacar que na data da prolação da sentença condenatória ora em análise, os autos de nº 0500943-75.2018.8.05.0078 ainda não havia transitado em julgado e, quanto ao feito de nº 0300562-90.2014.8.05.0078, o crime foi cometido em 11/03/2014, data posterior ao delito ora em análise, portanto, não poderia ser utilizado para caracterizar a reincidência. 19. Destarte, o conjunto probatório não demonstra, de forma contundente, a dedicação do Apelante à

prática delitiva, razão pela qual o réu mostra-se merecedor das benesses do tráfico privilegiado. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. ACORDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0001855-76.2011.8.05.0078, provenientes do M.M. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Euclides da Cunha/BA, em que figura, como Apelante, o Ministério Público do Estado da Bahia e, como Apelado, LUCIANO SOUZA DE MORAES. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER e NEGAR PROVIMENTO AO APELO, consoante certidão de julgamento, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto do Desembargador Relator. Salvador/BA, (data constante na certidão eletrônica de julgamento) DES. ANTONIO CUNHA CAVALCANTI RELATOR (assinado eletronicamente) AC16 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 21 de Agosto de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0001855-76.2011.8.05.0078 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: LUCIANO SOUZA DE MORAES e outros Advogado (s): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA RELATÓRIO Trata-se de Apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, em face de sentença proferida pelo MM Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Euclides da Cunha/BA, Drª. Letícia Fernandes Silva Freitas, nos autos do Processo nº 0001855-76.2011.8.05.0078, que julgou parcialmente procedente a denúncia, absolvendo o réu LUCIANO SOUZA DE MORAES, com referência ao crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/06 e, ao mesmo tempo condenando-o pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, da mencionada Lei. Na oportunidade, a Magistrada sentenciante fixou as penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixada a unidade em 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, sendo aplicada a detração e substituída a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito e concedido o direito de recorrer em liberdade. Consta na exordial que o réu associou-se a José Roberto Alves da Silva, com o fim primordial de procederem à distribuição e comercialização de cocaína. De acordo com o inquérito policial, a associação dos réus já se mantinha por aproximadamente 07 meses, com a venda e distribuição diária de drogas a usuários, na cidade de Euclides da Cunha, evidenciando-se que o réu José Roberto buscava a droga de em outros centros urbanos e o denunciado Luciano Souza Moraes a vendia na já referida cidade. Restou apurado que, no dia 08/09/2011, por volta das 10:00 horas, agentes da Polícia Civil, após detida investigação, lograram prender em flagrante delito o recorrido, que guardava no interior de sua residência quatro trouxinhas de cocaína. O Réu José Roberto evadiu-se na ocasião. Em 29/04/2019, foi proferida sentença declarando extinta a punibilidade do réu José Roberto Alves da Silva (ID nº 47271337), em decorrência do seu óbito, que ocorreu em 12/09/2016 (ID nº 48271334), com base no art. 107, I, do CP e art. 62, do CPP. Após instrução criminal, sobreveio sentença condenatória. Irresignado com a condenação, o Ministério Público interpôs apelo nos ID nº 48271361, pugnando pela condenação do réu pela prática do crime previsto no artigo 35 c/c artigo 40, inciso V, ambos da Lei nº 11.343/06, bem como afastar a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Contrarrazões pelo improvimento do recurso apresentadas pelo condenado (ID nº 48271367). Parecer da Douta Procuradoria de Justiça, subscrito pelo

Dr. João Paulo Cardoso de Oliveira, opinando pelo conhecimento e provimento parcial do apelo (ID nº 48645187). Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. Salvador/BA, (data registrada no sistema) Des. Antonio Cunha Cavalcanti Relator AC16 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0001855-76.2011.8.05.0078 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: LUCIANO SOUZA DE MORAES e outros Advogado (s): DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA VOTO O apelo é tempestivo e preenche os demais requisitos de admissibilidade recursal. Trata-se de Apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, em face de sentença proferida pelo MM Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Euclides da Cunha/BA, Drª. Letícia Fernandes Silva Freitas, nos autos do Processo nº 0001855-76.2011.8.05.0078, que julgou parcialmente procedente a denúncia, absolvendo o réu LUCIANO SOUZA DE MORAES, com referência ao crime previsto no art. 25 da Lei nº 11.343/06 e, ao mesmo tempo condenando-o pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4, da mencionada Lei. Na oportunidade, o Magistrado sentenciante fixou as penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixada a unidade em 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, sendo aplicada a detração e substituída a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direito e concedido o direito de recorrer em liberdade. Consta na exordial que o réu associou-se a José Roberto Alves da Silva, com o fim primordial de procederem à distribuição e comercialização de cocaína. De acordo com o inquérito policial, a associação dos réus já se mantinha por aproximadamente 07 meses, com a venda e distribuição diária de drogas a usuários, na cidade de Euclides da Cunha, evidenciando-se que o réu José Roberto buscava a droga de em outros centros urbanos e o denunciado Luciano Souza Moraes a vendia na já referida cidade. Restou apurado que, no dia 08/09/2011, por volta das 10:00 horas, agentes da Polícia Civil, após detida investigação, lograram prender em flagrante delito o recorrido, que guardava no interior de sua residência quatro trouxinhas de cocaína. O Réu José Roberto evadiu-se na ocasião. Em 29/04/2019, foi proferida sentença declarando extinta a punibilidade do réu José Roberto Alves da Silva (ID nº 47271337), em decorrência do seu óbito, que ocorreu em 12/09/2016 (ID nº 48271334), com base no art. 107, I, do CP e art. 62, do CPP. Após instrução criminal, sobreveio sentença condenatória. Irresignado com a condenação, o Ministério Público interpôs apelo nos ID nº 48271361, pugnando pela condenação do réu pela prática do crime previsto no artigo 35 c/c artigo 40, inciso V, ambos da Lei nº 11.343/06, bem como afastar a aplicação da minorante prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Contrarrazões pelo improvimento do recurso apresentadas pelo condenado (ID nº 48271367). 1. DO PLEITO CONDENATÓRIO Argumenta o Parquet que restou comprovada a autoria e materialidade do crime de associação para o tráfico, pois pelo período de 07 meses o condenado e seu comparsa atuavam em comunhão de desígnios para a venda e distribuição de cocaína. Pois bem. A materialidade e autoria com relação ao crime de tráfico restaram comprovadas, através do IP nº 135/2011, Auto de Apreensão, Laudo de Exame Pericial nº 2011 25 PC 000825-01, que atestou a existência de 2,6g (dois gramas e sessenta centigramas), além do depoimento testemunhal e da confissão do réu. Em sede policial, o réu assumira a autoria do delito de tráfico e que há dois meses teria procurado um traficante conhecido como

Bam e comprou na mão dele 10g (dez gramas) de cocaína, divididos em 02 duas trouxinhas de 05g (cinco gramas) e, em seguida, redistribuído em 12 ou 14 papelotes, sendo vendido cada um a R\$ 30,00 (trinta reais) e os papelotes restantes foram apreendidos pela polícia. Seguiu afirmando que gostou do lucro e decidiu vender novamente, por isso, em 06/09/2011 e por isso mais uma vez encontrou o traficante Bam, que lhe entregou 20 papelotes de cocaína, tendo vendido 16 deles. Aduziu que repassara R\$ 100,00 (cem reais) para o traficante e que não sabia quem fornecera as drogas ao traficante. Em audiência de instrução, confirmara em parte o conteúdo do interrogatório policial, afirmando que o traficante lhe entregara 10 papelotes de cocaína, vendera 06 papelotes e restaram 04, que foram apreendidos pela polícia. Declarou que pegava as drogas e usava com os colegas, ajudavam no pagamento da dívida junto ao traficante e anotava no papel o nome de todos que se reuniam para comprar as drogas, para que fosse paga a dívida posteriormente. O policial Rosivaldo Alves Sá foi ouvido em juízo e afirmou que o réu José Roberto viajava para São Paulo/SP para comprar drogas ilícitas e distribuí-las no município de Euclides da Cunha/Ba. Aduziu que, através de ligação anônima, soube que o réu Luciano estava em um barzinho da cidade vendendo cocaína, contudo, não realizara a diligência naquele momento, por conta do horário. Porém, no dia seguinte, pela manhã, a guarnição policial se deslocou até a residência do réu, ocasião em que este se encontrava sob o efeito de droga, e apreenderam 04 papelotes de cocaína. Pela análise das provas, verifica-se que restou caracterizado o crime de tráfico, até porque o réu confessou que também efetuava compra de cocaína para seus colegas, contudo inexistem nos autos qualquer prova a evidenciar o ânimo associativo para a prática do tráfico de drogas, com estabilidade, permanência e divisão de tarefas. A doutrina classifica o crime de associação ao tráfico como sendo um crime de concurso necessário, que pressupõe, no mínimo, dois integrantes. Tal delito se distingue do concurso eventual de pessoas, que exige um acordo de vontades ocasional e efêmero para a perpetração de determinada conduta criminosa. Assim sendo, a associação para o tráfico, prevista no art. 35, da Lei nº 11.343/06, exige, para a sua configuração, o animus associativo, a comprovação da existência de vinculação duradoura, com caráter permanente. Não se pode permitir um padrão genérico de se tachar de associação para o tráfico toda e qualquer co-autoria eventual. O delito previsto no art. 35, da Lei de Drogas, pressupõe, para o seu reconhecimento, a demonstração do dolo de associar-se de forma estável. É necessário, assim, que se identifique na *societas criminis* o caráter permanente, que não se confunde com a mera co-autoria. Segundo orientação de Guilherme de Souza Nucci: "Demanda-se a prova de estabilidade e permanência da mencionada associação criminosa (...). Exige-se elemento subjetivo do tipo específico, consistente no ânimo de associação, de caráter duradouro e estável. Do contrário, seria um mero concurso de agentes para a prática de crime de tráfico." (in, *Leis penais e processuais penais comentadas*. 14a ed., Forense, 2021) Não basta, não é suficiente, portanto, para a configuração do tipo penal previsto no art. 35, a existência do simples dolo de agir conjuntamente, em concurso, na prática de um ou mais crimes. É imprescindível a verificação de dolo distinto, específico: o dolo de associar-se de forma estável. "No mesmo sentido, está o entendimento de Vicente Greco Filho e João Daniel Rassi, em sua obra "*Lei de Drogas Anotada*", in verbis: "(...) É mister haja o dolo específico: associar para traficar. O crime de associação, como figura autônoma, há de ser conceituado em seus estreitos limites definidores.

Jamais a simples co-autoria, ocasional, transitória, esporádica, eventual, configuraria o crime de associação. Para este é mister inequívoca demonstração de que a ligação estabelecida entre A e B tenha sido assentada com esse exato objetivo de sociedade espúria para fins de tráfico, ainda que este lance final não se concretize, mas sempre impregnada dessa específica vinculação psicológica, de se dar vazão ao elemento finalístico da infração.' (GRECO FILHO, Vicente; Rassi, João Daniel – Lei de Drogas Anotada – 3a edição, ed. Saraiva. Pág. 133). Nos autos, não ficou provada a associação específica para o tráfico, não restou caracterizada a união dos réus de forma estável, com caráter permanente. Não foi apresentado qualquer relatório de investigação, ou depoimento testemunhal que comprovasse que o réu e o traficante “Bam”, seu suposto comparsa, trabalhavam juntos para o comércio de drogas. Como já esclarecido o policial que participou da prisão do réu e prestou depoimento judicial, informou que já conhecia o traficante “Bam”, mas com relação ao apelado limitara-se a afirmar que este recebera um telefonema anônimo de que ele encontrava-se em um barzinho, vendendo drogas e que, no dia seguinte, fora encontrado em sua residência, com 04 papелotes. O réu, por sua vez, assumira a autoria do tráfico, mas afirmou que somente usava a cocaína com seus colegas, que se comprometiam em dividir o montante da dívida, ou seja, que não vendia a qualquer pessoa, somente a seus colegas, cujos nomes encontravam-se anotados no papel que foi encontrado pela polícia. Eis a jurisprudência: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. APELO MINISTERIAL. PLEITO DE ACRÉSCIMO DA CONDENAÇÃO PELA CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 35, DA LEI 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PROVAS DE VÍNCULO ASSOCIATIVO ESTÁVEL, HABITUAL E DURADOURO NA TRAFICÂNCIA. DOSIMETRIA. ATENUANTE. TESE DE INVIABILIDADE DE CÔMPUTO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. CABIMENTO. SÚMULA 231 STJ. TESE 158 STF. PLEITO DE AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ACOLHIMENTO PARCIAL. CONDIÇÕES DIVERSAS DOS APELADOS. TRATAMENTOS DIFERENCIADOS. MANUTENÇÃO DO PRIVILÉGIO EM RELAÇÃO AO ACUSADO JAILTON. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO EM RELAÇÃO A IAN. ANÁLISE CONJUNTA DA QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO COM O REGISTRO DE AÇÃO PENAL DIVERSA EM CURSO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO... 3. Pedido de condenação dos réus pela prática do delito do art. 35 da Lei 11.343/06. Não acolhimento. In casu, apesar de o conjunto probatório indicar uma situação característica de tráfico de substâncias entorpecentes praticado em concurso de agentes, não há, nos autos, prova de existência de vínculo estável e permanente entre os apelados para a prática de tráfico, estando correta a sentenciante quando decretou a absolvição referente ao crime de Associação para o Tráfico (art. 35 da Lei de Drogas)... (TJ-BA – APL: 05003773620208050150, Relator: ICARO ALMEIDA MATOS, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 22/09/2021) APELAÇÕES CRIMINAIS. PROCESSO PENAL. Arts. 33, CAPUT, da lei 11.343/06. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL DEFINITIVO, A ATESTAR A NATUREZA ENTORPECENTE DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. ônus probatório da materialidade delitiva do órgão acusador. Absolvição que se impõe. DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE VÍNCULO PERMANENTE E ESTÁVEL ENTRE OS ENVOLVIDOS. PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSOS PROVIDOS PARCIALMENTE. 1. Sem maiores digressões, compulsando-se os fólhos infere-se a inexistência de laudo toxicológico definitivo, motivo pelo qual não restou demonstrada a materialidade delitiva do crime de tráfico de drogas, inobstante presença de laudo

preliminar (ID 120348537). 2. É de bom alvitre salientar, inclusive, que até mesmo no aludido laudo preliminar acostado aos autos, o perito técnico foi enfático ao esclarecer acerca da necessidade do exame toxicológico definitivo, reforçando, desse modo, a tese da fragilidade da materialidade in casu. 3. Por outro lado, no que tange ao delito previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, não restou demonstrado o animus associativo existente entre os Sentenciados de forma estável e, por consequência, que já praticavam o tráfico de drogas há considerável tempo, requisitos considerados indispensáveis, pela doutrina e jurisprudência, para caracterização do tipo penal em epígrafe... (TJ-BA – APL: 05527030320188050001, Relator: SORAYA MORADILLO PINTO, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 05/03/2020) Rogata venia, não logrou o órgão Ministerial de demonstrar a autoria delitiva do apelado, sendo mister asseverar que não competia ao acusado fazer prova de sua inocência e, sim, ao órgão ministerial comprovar o contrário. Nesse diapasão, mantém-se a absolvição do apelante pela prática do crime tipificado no art. 35 da Lei de Drogas. Repise-se, não servem meras suposições sem raízes no campo da certeza, provas contraditórias ou pouco esclarecedoras, que façam surgir ao julgador dúvida invencível. Nessa intelecção, sobreleva salientar que, para que haja condenação, meros indícios da prática de um delito não são suficientes, até porque vige no processo situação de dúvida em relação à existência ou não de determinado fato, há que se resolvê-la em favor do imputado. Logo, diante do frágil conjunto probatório é imperioso registrar que, a despeito de existirem indícios de que aquele pudesse ter concorrido para a prática do crime de associação para o tráfico, inexistindo, assim, elementos probatórios suficientes para ensejar a sua responsabilização penal por tal delito, sendo, pois, de rigor a manutenção do decreto absolutório. Dessarte, para responsabilizar penalmente alguém pela prática de um delito, impõe-se ao Estado provar, de maneira indubitosa, a sua concorrência direta ou indireta para a prática da conduta que lhe foi imputada, pouco importando o histórico ou antecedente do investigado ou suspeito. Assim, no cenário duvidoso que se apresenta, não há como imputar com certeza ao apelado da prática dos fatos narrados na denúncia, haja vista a fragilidade da prova. Outrossim, merece ser registrado que não se está colocando em dúvidas a palavra dos policiais, mas, tão somente, afirmando que a instrução processual poderia ter coletado mais evidências para corroborar a acusação. Nesse diapasão, cumpre lembrar que não basta para a condenação a mera presunção, tampouco os fortes indícios quando desprovidos de elementos probatórios seguros. O édito condenatório, pela gravidade de seu teor, reclama a presença de um conjunto probatório harmônico e seguro, pois a existência de dúvida, por menor que ela seja, deve ser dirimida em favor do acusado, em observância aos princípios da presunção de inocência e do in dubio pro reo. Entendo que, in casu, a solução que se impõe é mesmo a mais favorável ao acusado: a absolvição por insuficiência da prova quanto à autoria do delito de associação para o tráfico. Nessa toada, há que ser também rejeitado o pleito para condenação do réu por tráfico interestadual (art. 40, V, da Lei nº 11.343/06), haja vista que, de acordo com o depoimento judicial do policial civil, quem supostamente ia a São Paulo/SP comprar drogas e vender na cidade de Euclides da Cunha/BA, foi o réu José Roberto Alves da Silva. Esclareça-se que o recorrido afirmara que adquira a droga no município onde foi preso e que não sabia qual era a origem do entorpecente antes de ser vendido pelo traficante. Por conseguinte, afastada a hipótese de associação para o tráfico, restou prejudicado o pleito de condenação do réu por tráfico

interestadual. 2. DO PEDIDO DE NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ARTIGO 33, § 4º DA LEI DE TÓXICOS Pugna ainda o Recorrente pela não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, sob o argumento de que o entendimento firmado nos Tribunais Superiores é que seria possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para a formação da convicção de que o apelante se dedica à atividade criminosa, de modo a afastar a aplicação da minorante. No caso sob exame, o Magistrado a quo aplicou o aludido redutor pelos seguintes fundamentos: "...Na terceira fase da dosimetria da pena verifico que réu possui direito à causa de diminuição de pena descrita no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, posto que é primário e, ao que tudo indica, não se dedica à atividade criminosa, nem integra organização criminosa..." Conforme dicção legal, são requisitos para que o condenado faça jus à referida causa de diminuição: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas, cumulativos entre si, de sorte que a ausência de qualquer um deles inviabiliza a aplicação da benesse. Ora, "dedicar-se à atividade criminosa" significa o caráter habitual com que o agente procede no exercício de uma específica e ilegal atividade: a criminalidade. Sobre a matéria, o Pleno do STF, ao julgar o RE nº 591.054/SC entendeu que ações penais em curso e inquéritos policiais não constituem fundamentos idôneos para afastar o tráfico privilegiado. No mesmo sentido, é o entendimento da Quinta e da Sexta Turmas do STJ, conforme se depreende dos seguintes acórdãos a seguir: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTO INVÁLIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO ENTRE AS TURMAS. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. (...). 2. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que "A causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020). Posicionamento adotado também pela Sexta Turma deste Tribunal Superior. Habeas corpus não conhecido. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução. (STJ, HC 664.284/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe: 27/09/2021, grifos aditados). AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33. § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PATAMAR MÁXIMO (2/3). POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NÃO PREPONDERANTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Para aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, o condenado deve preencher, cumulativamente, os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a pena ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. 2. Conforme firmado pela Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.887.511/



SP, a utilização supletiva dos vetores natureza e quantidade de droga para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando estiverem conjugados com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa (DJe 01/07/2021). De toda sorte, no caso, essa questão específica está preclusa para o Parquet, que não impugnou o acórdão prolatado no julgamento das apelações. 3. O mais recente posicionamento de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, em regra, inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem fundamentação idônea apta a respaldar a não aplicação do redutor especial de redução de pena relativa ao reconhecimento da figura privilegiada do crime de tráfico de drogas. 4. (...). 5. (...) 6. (...) 7. (...) Agravo regimental desprovido. (STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1936058/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 14/09/2021). Este entendimento também é chancelado por esta Corte de Justiça: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. (ART. 33, CAPUT DA LEI 11.343/06). APELANTE CONDENADO À PENA DE 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO EM REGIME ABERTO E 70 (SETENTA) DIAS-MULTA, SUBSTITUÍDA POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. RECURSO DA DEFESA: PRELIMINAR CONTRARRECURSAL DE NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO REPRESENTANTE MINISTERIAL NA PEÇA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. APRESENTAÇÃO DE RAZÕES RECURSAIS. RATIFICAÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INACOLHIMENTO. AUTORIA, TIPICIDADE E MATERIALIDADE CONFIRMADAS. ROBUSTEZ DO CONJUNTO PROBATÓRIO. CREDIBILIDADE DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS POLICIAIS MILITARES. PROVA TESTEMUNHAL SUBMETIDA AO CONTRADITÓRIO. QUANTIDADE E FORMA DE ACONDICIONAMENTO DAS DROGAS APREENDIDAS. EVIDÊNCIAS DE DESTINAÇÃO À TRAFICÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE. CONDIÇÃO DE MERO USUÁRIO NÃO COMPROVADA. RECURSO MINISTERIAL: PEDIDO DE AFASTAMENTO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INALBERGAMENTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS NÃO DEMONSTRADA. AÇÕES PENAIS EM CURSO QUE NÃO AFASTAM O TRÁFICO PRIVILEGIADO. PRECEDENTES DO STF E STJ. RECONHECIMENTO EX OFFICIO DA ATENUANTE DA MENORIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA EM PATAMAR INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. PREQUESTIONAMENTO. PARECER DA D. PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DOS RECURSOS. APELAÇÕES CONHECIDAS E IMPROVIDAS...(TJ-BA – APL: 03008969320148050250, Relator: ANTONIO CUNHA CAVALCANTI, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 30/06/2022) APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE AUTORIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO CONDENATÓRIA RESPALDADA NO ACERVO PROBATÓRIO. DESCLASSIFICAÇÃO. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, ART. 33 DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. DE OFÍCIO, ALTERADO O VALOR DO DIA-MULTA. Provada a autoria delitiva pela convergência do inquérito policial com as provas produzidas em juízo, impõe-se a condenação. Preenchidos os requisitos do § 4º, art. 33, da Lei 11343/2006, aplica-se a causa de especial em seu grau máximo. A fixação do valor do dia-multa obedece ao previsto no art. 49, § 1º, do CP, a fim de que seja considerado o salário mínimo vigente à data do crime. (TJ-BA – APL: 05699612620188050001, Relator: INEZ MARIA BRITO SANTOS MIRANDA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 04/03/2022) Assim, não restou comprovado que o condenado é integrante de facções criminosas ou se dedica a atividades criminais, destacando-se ainda que o mesmo não possuía antecedentes criminais na data do fato, pois, como

restou esclarecido pelo magistrado primevo, na época dos fatos narrados na exordial, só havia um registro de processo em que o recorrido era réu, qual seja, o tombado sob o nº 0000100-61.2004.8.05.0078, por crime de furto, ocorrido no ano de 2003, com quase 08 anos de lapso temporal entre um crime e o outro, destacando ainda o magistrado a quo que "...sendo certo que não existia o trânsito em julgado do primevo crime..." Cumpre destacar que na data da prolação da sentença condenatória ora em análise, os autos de nº 0500943-75.2018.8.05.0078 ainda não havia transitado em julgado e, quanto ao feito de nº 0300562-90.2014.8.05.0078, o crime foi cometido em 11/03/2014, data posterior ao delito ora em análise, portanto, não poderia gerar reincidência. Destarte, o conjunto probatório não demonstra, de forma contundente, a dedicação do Apelante à prática delitiva, razão pela qual o réu mostra-se merecedor das benesses do tráfico privilegiado. Nessa toada, não há retificação a ser feita na dosimetria da pena, haja vista que, foi devidamente aplicada a fração redutora para 2/3 (dois terços), a pena pelo crime de tráfico, alcançando assim o patamar de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e multa de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. 3. CONCLUSÃO Pelo quanto expendido, voto no sentido de CONHECER e NEGAR PROVIMENTO AO APELO MINISTERIAL, permanecendo inalterados os termos da sentença. É como voto. Salvador/BA (data constante na certidão eletrônica de julgamento) Des. Antonio Cunha Cavalcanti Relator (assinado eletronicamente) AC16