

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501849-21.2019.8.05.0146 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECORRENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO DELITO TIPIFICADO NO ART. 33, CAPUT, C/C O ART. 40, INCISO VI, AMBOS DA LEI Nº 11.343/06, À PENA DEFINITIVA DE 05 (CINCO), ANOS, 10 (dez) MESES DE RECLUSÃO, ALÉM DO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, À BASE DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO DELITUOSO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA. A defesa se insurge contra a aplicação da majorante constante no art. 40, VI, da Lei Antidrogas, sob a alegação de que a adolescente A. R. da S., apenas acompanhava o réu, por ser sua companheira, destacando que apenas possuíam vínculo afetivo. Em que pese tais afirmações serem desprovidas, ou não, de veracidade, o certo é que nenhuma delas tem o condão de afastar a referida causa de aumento, pois basta, apenas, a simples participação do menor no evento delituoso, para incidir a majorante, independentemente de vínculo afetivo. Destarte, não remanesce dúvida quanto a presença da adolescente na cena do crime. INVIABILIDADE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PLEITO PREJUDICADO. Da leitura da sentença condenatória, constata-se que o Magistrado primevo já reconheceu e aplicou a benesse referida. NÃO CONHECIMENTO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. Não cabe a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, como pretendido pela defesa, pois, segundo o entendimento do STJ, processos em andamento só não podem ser utilizados na 1ª fase dosimétrica da pena para majorá-la, sendo possível empregar fatos criminais para justificar o afastamento da citada benesse. Na hipótese dos autos, o Acusado responde, consoante demonstrado na decisão vergastada a uma ação penal em curso, também por tráfico, nos autos 0501745-29.2019.805.0146, sendo certo, que após os presentes autos, já foi preso outras duas vezes, pelo mesmo delito, o que denota a sua dedicação a atividades criminosas, circunstância esta que ratifica a sua predisposição à criminalidade e, por conseguinte, obsta o reconhecimento da aludida redutora. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0501849-21.2019.8.05.0146, em que figuram, como Recorrente, , e, Recorrido, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia em CONHECER PARCIALMENTE do Recurso de Apelação e, nesta extensão, NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto deste Relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 2 de Março de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501849-21.2019.8.05.0146 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Apelo interposto por , em face da sentença (Id. 32770290) prolatada pelo MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal de Juazeiro, que julgou parcialmente procedente a denúncia para condená-lo à pena definitiva de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, cada uma à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, pela prática dos delitos tipificados no art. 33, caput, c/c o art. 40, VI, ambos da Lei nº

11.343/06 (tráfico de drogas envolvendo adolescente). Inconformada, a defesa interpôs o presente apelo, pretendendo, em suas razões recursais de Id. 32770297, o afastamento da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei nº 11.343/06, pela manifesta inaplicabilidade. Demais disso, pugnou pela aplicação da circunstância atenuante da confissão, assim como pela aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, por não ser pessoa voltada às atividades criminosas, readequando-se o processo dosimétrico. O Parquet apresentou, em Id. 32770306, as contrarrazões do Inconformismo, pugnando pela manutenção da decisão vergastada e, conseqüentemente, o seu desproimento. Subindo os fólios a esta instância, opinou a Douta Procuradoria de Justiça, em Id. 36789740, pelo conhecimento e não provimento da Apelação. Vindo-me conclusos, lanço o presente relatório, submetendo-o à análise do (a) eminente Desembargador (a) Revisor (a). É o relatório. Salvador/BA, data registrada no sistema. Des. Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501849-21.2019.8.05.0146 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Emerge da peça incoativa que: “[...] na madrugada do dia 24 de setembro de 2019, nas imediações do bar de Seu João, Posto Frei Damião, Juazeiro/BA, , ora Apelante, trazia consigo, para fins de Mercancia, drogas do tipo “crack” e “cocaína”, sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. No mais, há Evidência nos autos de que o inculcado se associou à jovem que à época tinha 16 (dezesesseis) anos, para praticar reiteradamente esse crime. Afere-se, ainda, que a Jovem mencionada, também trazia consigo pedras da mesma substância. Extrai-se que, uma guarnição da Polícia militar recebera informações anônimas de que um homem trajando camisa cor preta e short “tactel” e uma mulher de vestido de cor clara e gestante estavam traficando drogas nas imediações do bar Seu João, Posto Frei Damião. Neste passo, os agentes estatais se dirigiram até o local e ao procederem à abordagem fora encontrada em posse do Apelante em comento, na altura da cintura, 20 (vinte) pedras de substância amarelada de “Crack” e 15 (quinze) petecas de substância aparentando ser “Cocaína”. Além disso, estava em posse da quantia de R\$ 49,00 (quarenta e nove reais) e Andressa, também estava na posse de 20 (vinte) pedras de substância de “crack”. Cuida-se de Apelo interposto pelo Réu cujo desiderato cinge-se aos pleitos de supressão da causa de aumento de pena inserta no art. 40, VI, da Lei 11.343/2006, aplicação da circunstância atenuante da confissão e a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da mencionada legislação. Malgrado inexista qualquer irresignação acerca da condenação do Acusado, acentue-se que a materialidade e a autoria delitivas restaram devidamente comprovadas. A materialidade delitiva através dos autos do inquérito policial de nº 298/2019 (Id.32770227), auto de exibição e apreensão Id. 32770227, constata-se que no total foram apreendidas 40 (quarenta) pedras de crack, especificamente vinte com o réu e vinte com a adolescente A.R.da S. e 15 (quinze) porções de cocaína, em poder do recorrente, conforme o Laudo definitivo de constatação toxicológica, no qual foi atestado o princípio ativo da cocaína, conforme Id. 32770229, bem assim os testemunhos colhidos e o interrogatório efetivados em ambas as fases procedimentais. No tocante à autoria, esta, também, ressoa inequívoca, diante da confissão do réu, bem como dos depoimentos dos Policiais que efetuaram a prisão, prestados, na fase investigativa e ratificadas em Juízo. Pois bem, a defesa se insurge contra

a aplicação da majorante constante no art. 40, VI, da Lei Antidrogas, sob a alegação de que a adolescente, apenas acompanhava o réu, por ser sua companheira, destacando que apenas possuíam vínculo afetivo. Em que pese tais afirmações serem desprovidas, ou não, de veracidade, o certo é que nenhuma delas tem o condão de afastar a referida causa de aumento, pois basta, apenas, a simples participação do menor no evento delituoso, para incidir a majorante, independentemente de vínculo afetivo. Na espécie, restou incontroverso o envolvimento da adolescente, que contava com dezesseis anos de idade na época do fato (Id. 32770227), na prática do crime de tráfico de entorpecentes, juntamente com o Apelante, haja vista que foi encontrada em posse de 20 pedras de "crack", consoante se depreende da prova oral colhida em juízo, in verbis: "[...] Guarnição da Carcará, teve essa denúncia de casal traficando num bar, posto Frei Damião, dizia que a menina era gestante, abordou o casal, ele esboçou reação, teve que contê-lo, nas buscas foi encontrado material com ele e quantia em dinheiro, a menina informou que possuía droga, tirou do sutiã, passou pra gente, situação foi essa, era crack e cocaína, separado em petecas, pessoal do Carcará tem mais mobilidade e foi um deles que localizou material, no momento da abordagem da menina eu fui um dos que interroguei ela, com ela acho que foi crack, não recordo a quantidade, informou que era adolescente, deslocou a casa dela e a mãe não estava, pedimos para os irmãos localizarem a mãe, posteriormente a gente identificou ele que poucos dias antes tinha sido preso pela mesma prática, foi outra equipe, apelido que ele possui é Popota, a gente sabia que estava atuando naquela área, no pátio do posto, embalagens vem pronta para a prática de tráfico, lembro que perguntou origem do material e ele não informou, estava na bermuda dele, não sei o policial que fez a abordagem, posteriormente a essa prisão a gente fez outra prisão dele por essa prática no mesmo local. [...]" (Cabo PM, texto extraído da sentença, confirmado em juízo, via PJE MIDIAS, ID 32770279). "[...] Uma denúncia, posto Frei Damião, fomos averiguar, encontramos rapaz aí e outra moça, uma jovem, identificamos que ela era menor, relatava tráfico de drogas, local usado para tráfico, prostituição, não recordo se foi Cicom que deu informação, mas deram características, roupa e que era homem e mulher, não fui eu que fiz abordagem, mas fiquei na segurança, droga eu visualizei quando retirou da cintura dele, era crack e cocaína, questão de quantidade eu não lembro, vi num volume único, e dentro separada, não visualizei abordagem da jovem, porque se separaram na hora, foi encontrado droga com ela, ela falou que era menor de idade, tinha 16 anos e estava grávida, foi encontrado dinheiro, não recordo a quantia, não recordo se foi cicom ou denúncia anônima, não recordo se popular foi ouvido no local, não recordo de balança de precisão ou petrechos, não recordo o que ele falou não, eram duas guarnições, não recordo quem fez a busca, visualizei na hora que ele tirou [...]" (Soldado PM, texto extraído da sentença, confirmado em juízo, via PJE MIDIAS, ID 32770279) Impende salientar que consta nos autos que este não é o primeiro envolvimento do recorrente com o tráfico de entorpecentes, inclusive já fora preso anteriormente por esta prática delituosa. Do mesmo modo, a jovem adolescente já fora apreendida por ter se envolvido com ato infracional análogo ao tráfico de substâncias entorpecentes. Ressalte-se que milita em favor dos testemunhos dos policiais a presunção legal de veracidade, conseqüentemente as suas assertivas, seja na fase inquisitorial ou sob o crivo do contraditório, apresentam-se eficazes a lastrear um juízo condenatório, têm legitimidade para tanto. É o que se extrai dos excertos abaixo: EMENTA: PENAL.

PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT, LEI Nº 11.343/2006. PRELIMINAR DE NULIDADE. INVASÃO DE DOMICÍLIO. ABSOLVIÇÃO EM RAZÃO DA FRAGILIDADE PROBATÓRIA. ACERVO PROBATÓRIO COESO. RELEVÂNCIA DO DEPOIMENTO DOS AGENTES POLICIAIS. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE E LEGITIMIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE CONFIGURADAS. PRELIMINAR DE NULIDADE REJEITADA. JUSTA CAUSA APTA A SUPEDANEAR A BUSCA DOMICILIAR. SITUAÇÃO FLAGRANCIAL. LEGALIDADE DA ATUAÇÃO POLICIAL. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. MENORIDADE RELATIVA. SÚMULA 231, STJ. PENAS ESTABELECIDAS NO MÍNIMO LEGAL. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.(...) V In casu, durante a ação policial as substâncias entorpecentes foram apreendidas no interior da residência dos Recorrentes, em razão de prévia denúncia de populares, de que estava havendo traficância naquele local, sendo que, além da narcotraficância, os policiais tinham a informação de que os Réus estavam homiziando autores de furto, local onde também se armazenariam o produto do roubo, além de estar abrigando, segundo relatos, o sr. , pessoa envolvida com o tráfico de drogas e pertencente à facção , mostrando-se presente a justa causa para a busca domiciliar realizada pelos Policiais. Preliminar rejeitada. VI – Os elementos de convicção trazidos aos autos (prisão em flagrante, após a apreensão de substâncias entorpecentes, quais sejam, 68g de maconha, balança de precisão), além dos depoimentos firmes e harmônicos das testemunhas, são robustos, suficientes e idôneos para comprovar que a conduta praticada pelos Réus se enquadra aos tipos penais expostos na Exordial Acusatória. VII – Nos crimes de Tráfico de Drogas, não há que se esperar a concretização do ato de venda para que o crime se consume, porque estamos à frente de um delito de ação múltipla. Basta observar o tipo penal do art. 33 da Lei Federal 11.343/06, para verificar que o núcleo do tipo abarca ações múltiplas, de modo que a só realização de uma das ações previstas no caput do aludido artigo já seria suficiente para comportar a condenação. VIII – Os depoimentos dos Policiais, Agentes do Estado no desempenho da função pública, usufruem da presunção de credibilidade e confiabilidade que somente podem ser derogados diante de evidências em sentido contrário, o que não se verifica na hipótese.(...) X Preliminar rejeitada. Recursos desprovidos.(Classe:Apelação, Núme-ro do Processo: 0500222-55.2020.8.05.0078,Relator (a): ,Publicado em: 21/09/2021 ) APELAÇÃO CRIME. ROUBO MAJORADO. ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, LEI Nº 11.343/06. PRELIMINAR DE NULIDADE POR INOBSERVÂNCIA DOS CRITÉRIOS FORMAIS ENUMERADOS NO ART. 226 DO CPP PARA O RECONHECIMENTO DE PESSOA. INOCORRÊNCIA. PRESENÇA DE OUTRAS PROVAS APTAS A ENSEJAR A VERIFICAÇÃO DA AUTORIA. INSURGÊNCIA DEFENSIVA. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. INVIÁVEL. ROBUSTEZ DO ACERVO PROBATÓRIO.(...) V – A materialidade e autoria estão cabalmente demonstradas através do relato uníssono das testemunhas de acusação, tanto em sede de inquérito policial como no transcorrer da instrução, bem como pelo depoimento da vítima. Portanto, a autoria e a materialidade dos delitos, imputados ao Recorrente, encontram-se comprovadas, nos autos, não se podendo cogitar a possibilidade de absolvição deste.(...) VII – É preciso registrar que o depoimento do policial militar que realizou a prisão do Apelante, acaba por evidenciar a autoria do crime de tráfico de entorpecentes, tendo em vista que foi preso portando uma sacola contendo maconha e uma balança de precisão. Mister registrar que os depoimentos policiais são válidos até prova em contrário (presunção juris tantum), isso em razão de gozarem de presunção legal de veracidade, eis que exercem o munus na qualidade de Servidores Públicos. Logo, os mesmos têm elevado valor probante quando em harmonia com o arcabouço das provas coligidas.

Convém registrar que não foi produzida pela Defesa qualquer prova capaz de afastar a credibilidade dos depoimentos dos policiais, conduzindo dessa maneira, a convicção do decreto condenatório pelo delito tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/06. VIII – A sentença vergastada se encontra irrepreensível quanto à condenação pelos crimes tipificados no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal e no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, não merecendo nenhum reproche, devendo ser mantida na sua integralidade, inclusive no que tange à dosimetria das penas, aplicadas de forma razoável e proporcional aos delitos perpetrados pelo Réu. IX – PRONUNCIAMENTO DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO APELO. X– RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. Classe:Apelação, Número doProcesso:050336835.2019.8.05.0274,Relator (a):ABELARDO ,Publicado em: 08/11/2021 )". Por outro lado, para afastar o poder de convencimento dos agentes do Estado, cabia a Defesa trazer, ao acerto jurisdicional, provas convincentes de que eles estivessem mentindo ou faltando com a verdade, ônus do qual não se desincumbiu. E a jurisprudência corrobora nesse sentido: "Em decorrência da demonstração do fato e da autoria pela prova da acusação, presume-se ipso facto o dolo, cabendo ao imputado demonstrar sua ausência. Impõe-se ao acionado o ônus de provar os fatos extintivos, impeditivos e modificativos que interferem na relação jurídico-penal." (RT 649/302). De mais, evidencia dos autos que a produção da prova testemunhal está em sintonia com as demais provas colhidas desde a fase inquisitória, e foram valoradas para a formação do convencimento judicial, até mesmo porque inexistiu qualquer elemento probatório que reduzisse ou afastasse os testemunhos dos agentes policiais colhidos nos autos, ainda mais considerando que, em crimes como o de tráfico, normalmente, o modus operandi se faz às ocultas e apenas as autoridades policiais tomam conhecimento direto dos fatos. Registre-se, por oportuno, a harmonia dos depoimentos dos agentes policiais que, guarnecidos dos elementos probatórios coligidos aos autos, demonstram de forma clara que o Apelante se associou a adolescente , para a prática do delito em comento. Digno de nota que a adolescente possuía substâncias entorpecentes, especificamente 20 (vinte) pedras de substância de "crack", como evidenciado alhures. Outrossim, sobreleva destacar que a jovem, por sua vez, também já fora apreendida por envolvimento com drogas em "parceria" com o Apelante, como se extrai da leitura dos autos. Sendo assim, não devendo ser afastada a majorante prevista no art. 40, IV da Lei nº 11.343/2006. Como se vê, não remanesce dúvida quanto a presença da adolescente na cena do crime, porquanto demonstrado que foram apreendidas 40 (quarenta) pedras de crack, especificamente vinte com o réu e vinte com a adolescente A.R.da S. e 15 (quinze) porções de cocaína, em poder do recorrente. Por outro lado, caberia ao Acusado comprovar que efetivamente agiu em erro quanto ao desconhecimento da idade do menor infrator para afastar a causa de aumento do art. 40, VI, da Lei 11.343/06, ônus do qual não se desincumbiu. Sobre o tema em análise, excerto jurisprudencial: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS COM ENVOLVIMENTO DE MENOR (LEI Nº 11.343/06, ART. 33 C/C O ART. 40, INCISO VI)– ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS PELO CONJUNTO PROBATÓRIO – AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA INSERTA NO ART. 40, INCISO VI – INVIABILIDADE – RECONHECIMENTO DA MINORANTE INSERTA NO § 4º DA LEI Nº 11.343/06 – POSSIBILIDADE – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – CABIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Tratando-se de atividade clandestina, o delito de tráfico de drogas prescinde de prova da efetiva comercialização da droga, aperfeiçoando-se

com a prática de quaisquer das condutas previstas no art. 33 da Lei 11.343/06. 2. O convencimento da prática do crime de entorpecentes, pela dificuldade de se flagrar alguém no ato da comercialização do entorpecente, bem como de se obter testemunhos, deve ser formado com parâmetro no conjunto de indícios e elementos concretos dos autos, suficiente e harmônico, que cerca o agente envolvido. Na espécie, as circunstâncias do caso concreto, aliadas a prova oral colhida, são suficientes para manter a condenação do acusado nas sanções do art. 33 da Lei 11.343/06, sendo, assim, inviável acolher o pleito absolutório. 3. Não há que se falar em decote da causa de aumento de pena prevista no art. 40, VI da Lei 11.343/6, quando a prática do tráfico de drogas se deu na companhia de adolescente. 4. Tratando-se de réu primário, que não se dedica a atividades criminosas, nem integre organização criminosa e, ainda, levando-se em conta a quantidade de droga apreendida, há que se aplicar a minorante do artigo 33, parágrafo 4º, da Lei nº 11.343/06, na fração de 1/2 (metade). 5. Tendo em vista a reestruturação da pena aplicada ao apelante, e as peculiaridades do caso concreto, mostra-se recomendável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos (TJ-MG – APR: 10567170086597001 MG, Relator: , Data de Julgamento: 10/02/0019, Data de Publicação: 20/02/2019)”. Com efeito, resta inviável o afastamento da citada majorante, posto que sua incidência se encontra lastreada nas provas amealhadas no encarte processual. No tocante ao pleito de aplicação da circunstância atenuante da confissão, verifica-se, da leitura da sentença que o Magistrado já o fez, contudo, em respeito à súmula 231 do STJ, de forma correta, não estabeleceu a pena aquém do patamar mínimo legal. Portanto, não há reparo a ser feito, restando o pleito prejudicado, na medida em que o Magistrado primevo já reconheceu e aplicou a atenuante da confissão espontânea ao caso. A título corroborativo, cumpre trazer à baila trechos da sentença sobre este tópico: “Atento às diretrizes dos artigos 59 e 68 do CP, sem esquecer do art. 42 da Lei 11.343/2006, passo à individualização da pena pelo tráfico majorado: O réu é tecnicamente primário. A culpabilidade comum á espécie. Nada a valorar quanto a conduta social, senão aquela já punida pelo tipo. Sem elementos para valoração da personalidade. O motivo do delito foi peculiar à espécie. No tocante às circunstâncias deve-se valorar a diversidade da droga e o respectivo potencial lesivo. O crime não acarretou consequências concretas. Não há o que se aferir quanto ao comportamento da vítima, já que o sujeito passivo é a sociedade. Sopesando as circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. Diante da atenuante da confissão, reduzo a pena provisória em quatro meses, retornando a 05 (cinco) anos de reclusão, dentro pois do mínimo legal. Presente a causa de aumento capitulada no art. 40, VI, da Lei 11.343/2006, procedo ao aumento de 1/6, chegando-se a uma pena provisória de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, que se torna DEFINITIVA, ante a ausência de causas de diminuição ou agravantes”. Assim, constata-se que o Juiz de primeiro grau exasperou a pena-base em 04 (quatro) meses, tendo em vista a valoração negativa da circunstância judicial: “circunstâncias deve-se valorar a diversidade da droga e o respectivo potencial lesivo”. Todavia, reconheceu e aplicou a circunstância atenuante da confissão, estabelecendo a pena intermediária em 05 (cinco) anos de reclusão. Na etapa derradeira fixou a reprimenda em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, haja vista a causa de aumento capitulada no

art. 40, VI, da Lei 11.343/2006. Ademais, o Inculpado pretende a reforma da dosimetria de sua reprimenda, para que seja reconhecido o incidente do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 (tráfico privilegiado), visto, sob a sua ótica, preencher os requisitos para tal benefício. Consabido, em se tratando de crime de tráfico de drogas, deve-se considerar, para a fixação da pena-base e a aplicação do dispositivo legal acima, as condições insertas no art. 42 desta legislação, in verbis: Art. 42. O Juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente". Outrossim, ressalte-se que é livre ao Magistrado a valoração das provas produzidas durante a instrução processual, conforme prescreve o art. 155, caput, do Código de Processo Penal, devendo fundamentá-la com base em todo o conjunto probatório colhido no caderno processual, o que fez o Juízo de Primeiro Grau no tocante ao não reconhecimento do tráfico privilegiado no caso em liça, quando considerou a dedicação do Acusado à atividades criminosas. Motivando o seu posicionamento, eis o acerto da decisão: "[...]Em arremate, tenho entendido que a redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas é inaplicável aos casos de agentes que tenham maus antecedentes. Reza o § 4º do art. 33 da Lei 11.313/06 que: "Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa." Note-se, a respeito, que a minorante referida é uma benesse e, portanto, exceção à regra; destarte, não deve ser objetiva e indiscriminadamente aplicada, mas reservada a casos excepcionais em que a pena mínima do tráfico (que, sabidamente, por si só é um crime grave e usualmente merece a mais severa repressão) se mostre desproporcional. Seguindo essa premissa, verifico do documento de fls.96, que o acusado, quando da sua prisão no presente processado, respondia a ação penal, também por tráfico, nos autos 0501745-29.2019.805.0146, sendo certo, que após os presentes autos, já foi preso outras duas vezes, pelo mesmo delito, o que denota a sua dedicação a atividades criminosas [...]" De fato, não cabe a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, como pretendido pela defesa, pois, segundo o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, processos em andamento só não podem ser utilizados na primeira fase dosimétrica da pena para majorá-la, sendo possível empregar fatos criminais para justificar o afastamento da citada benesse. Na hipótese dos autos, o Acusado responde, consoante demonstrado na decisão vergastada a uma ação penal em curso, também por tráfico, nos autos 0501745- 29.2019.805.0146, sendo certo, que após os presentes autos, já foi preso outras duas vezes, pelo mesmo delito, o que denota a sua dedicação a atividades criminosas, circunstância esta que ratifica a sua predisposição à criminalidade e, por conseguinte, obsta o reconhecimento da aludida redutora. Em casos análogos, o STJ já tem posicionamento consolidado: "a existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva" (AgRg noHC 649.849/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 06/04/2021, DJe 09/04/2021). No mesmo sentido, observa-se os precedentes deste tribunal: "(...) Sobreleve-se que, considerando-se o entendimento adotado por este

Relator, no sentido de que a existência de inquéritos policiais e ações penais em andamento apenas impede a configuração de maus antecedentes, mas não da “dedicação à atividade criminosa”, com maior razão não há óbice para que condenações já transitadas em julgado, ainda que por fatos posteriores, sejam utilizadas para caracterização da dedicação às atividades criminosas, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006.” (...) (TJ-BA- APL: 00003503320148050082, Relator: , Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Data de Publicação: 20/02/2019) APELAÇÃO CRIMINAL. PRÁTICA DO DELITO TIPIFICADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO EM FACE DA FRAGILIDADE DO ACERVO PROBATÓRIO. AUTORIA E MATERIALIDADE DO DELITO DE TRÁFICO DEVIDAMENTE COMPROVADAS NOS AUTOS. EFICÁCIA PROBATÓRIA DOS TESTEMUNHOS PRESTADOS POR POLICIAIS NA FASE POLICIAL E EM JUÍZO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI 11.343/06. AS CIRCUNSTÂNCIAS EM QUE OCORRERAM OS FATOS DEMONSTRAM QUE O APELANTE FOI FLAGRADO EM ATIVIDADE PRÓPRIA DE TRAFICANTE DE ENTORPECENTE E NÃO DE USUÁRIO. DOSIMETRIA REAVALIADA E ALTERADA DE OFÍCIO. PENA BASE AUMENTADA SEM FUNDAMENTAÇÃO. PENA BASE REDUZIDA PARA O MÍNIMO LEGAL. SEGUNDA FASE. INCIDÊNCIA DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA ESPECÍFICA. MUDANÇADO QUANTO DE 11 MESES PARA 1/6. TERCEIRA FASE. NÃO INCIDÊNCIA DA REDUTORA PREVISTA NO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. RÉU QUE RESPONDE A VÁRIOS PROCESSOS POR TRÁFICO DE DROGAS. PENA DEFINITIVA APLICADA EM 05 (CINCO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO, REDUZINDO, AINDA, A PENA DE MULTA PARA 583 (QUINHENTOS E OITENTA E TRÊS) DIAS-MULTA. (TJ-BA Classe: Apelação, Número do Processo: 0550787-65.2017.8.05.0001, Relator (a): , Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Publicado em: 06/06/2019) Destarte, concluindo que o Recorrente efetivamente não faz jus à aplicação do referido beneplácito, nenhuma alteração há de ser feita em sua dosimetria, porquanto fixada corretamente. Ex positis, por todas as razões de fato e de direito explanadas, CONHEÇO PARCIALMENTE DO RECURSO INTERPOSTO E, NESTA EXTENSÃO, NEGÓ-LHE PROVIMENTO, mantendo-se a sentença a quo incólume em todos os seus termos. É como voto. Salvador, data registrada no sistema. DES. Relator