

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8143112-38.2021.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE:

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

ALB/02

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, DA LEI 11.343/2006). POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12, DA LEI 10.826/2003). RECURSO DA DEFESA. RÉU CONDENADO À PENA DE 05 (CINCO) ANOS, 09 (NOVE) MESES E 15 (QUINZE) DIAS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA INICIALMENTE EM REGIME SEMIABERTO, ALÉM DO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, NO VALOR UNITÁRIO MÍNIMO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33, DA LEI ANTIDROGAS. IMPOSSIBILIDADE. INDICAÇÃO DE DEDICAÇÃO DO RECORRENTE ÀS ATIVIDADES ILÍCITAS.

I – Restou demonstrada a intimidade mais aguda do Apelante com a prática de atividades ilícitas, diante da existência de representações por atos infracionais procedentes.

II – No recente julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 1.916.596, a Terceira Seção da Corte Superior firmou a orientação no sentido de que “o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração” (EResp n. 1.916.596/SP, Rel. Ministra , TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 8/9/2021).

III – Nos presentes autos, extrai-se que o Juízo a quo deixou de

reconhecer o tráfico privilegiado, diante da prévia existência, em desfavor do Apelante, de 02 (dois) registros de prática de atos infracionais, inclusive com aplicação de medidas socioeducativas. Como se não bastasse, ao exame acurado dos fólios, observa-se que o Acusado já constava como alvo de investigação em razão de seu suposto envolvimento no tráfico local, tendo sido preso em flagrante quando do cumprimento de mandado de busca e apreensão expedido nos autos do Processo nº 8128149-25.2021.8.05.0001, ocasião em que fora surpreendido na posse de arma, drogas (mais de cinco quilos de maconha), balanças de precisão, além de cédulas de papel-moeda grosseiramente falsificadas. Naquela oportunidade, restou apurado que o Recorrente ainda tentou se desfazer das drogas, jogando-as para a área do fundo da cobertura do vizinho. Destarte, tais circunstâncias não se compatibilizam “com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas”. Assim, resta configurado o óbice ao reconhecimento do privilégio contido no § 4º, do art. 33, da Lei de Tóxicos, o qual tem o condão de agraciar o traficante primário, de bons antecedentes, que não possui a personalidade voltada para o crime – não sendo esta a hipótese do Recorrente.

APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. Ex officio, ante o efeito devolutivo do recurso, corrige-se para detenção a modalidade da pena correspondente ao crime inculcado no art. 12, da Lei nº 10.826/2003. Penas definitivas fixadas em 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto – quanto ao delito de tráfico de drogas (art. 33, da Lei 11.343/2006), e em 01 (um) ano de detenção, no regime inicial aberto, referente ao crime de posse irregular de arma de fogo (art. 12, da Lei nº 10.826/2003), além da condenação à pena pecuniária de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

#### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8143112-38.2021.8.05.0001, da Comarca de Salvador/BA, sendo Apelante e, Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER do recurso, NEGAR-LHE PROVIMENTO, e, ex officio, CORRIGIR para detenção a modalidade da pena correspondente ao crime inculcado no art. 12, da Lei nº 10.826/2003, na forma do Relatório e do Voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e não provido Por Unanimidade  
Salvador, 16 de Agosto de 2022.

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8143112-38.2021.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE:

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

ALB/02

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação interposto pela Defesa de , tendo em vista sua irresignação com o conteúdo da sentença de ID 30056542, proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador que, julgando parcialmente procedente o pedido acusatório, condenou o ora Apelante pela prática dos crimes previstos no art. 33, da Lei 11.343/2006,

e art. 12, da Lei 10.826/2003, na forma do art. 69, do CP, aplicando-lhe as penas de 05 (cinco) anos, 09 (nove) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, sendo absolvido das sanções previstas no art. 289, do CP.

Em suas razões (IDF 30059549), requer a Defesa o reconhecimento da causa especial de diminuição prevista no § 4º, do Art. 33, da Lei 11.343/2006, a fim de que a pena do Apelante seja reduzida em sua fração máxima de 2/3 (dois terços).

O Ministério Público, ora apelado, nas contrarrazões (ID 30059554), refuta a tese perfilhada pelo Apelante, mantendo-se in totum a sentença hostilizada.

No parecer de ID 30783129, a douta Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso.

É o Relatório, que ora submeto ao crivo do Eminentíssimo Desembargador Revisor, para os devidos fins.

Salvador/BA, 12 de julho de 2022.

Desa. – 1ª Câmara Crime 1ª Turma  
Relatora

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8143112-38.2021.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE:

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

ALB/02

VOTO

I – PRESSUPOSTOS RECURSAIS DEVIDAMENTE CONFIGURADOS. CONHECIMENTO DO APELO.

Conheço do Recurso, visto que atendidos os pressupostos para sua admissibilidade.

II – DO MÉRITO.

A) DA IMPOSSIBILIDADE DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006).

O Ministério Público denunciou o ora Recorrente pelas práticas dos delitos descritos no art. 33, da Lei nº11.343/2006, no art. 12, da Lei 10.826/2003 e art. 289, do CP, na forma do art. 69, do CP, narrando, em síntese, que:

“(...) no dia 19 de novembro de 2021, o denunciado foi preso, pois, quando do cumprimento do mandado de prisão, expedido pela 1ª Vara de Tóxicos de Salvador, na rua Numa Pompílio Bitencurt, Edf. Itapema, 975, apto 304, Bairro Pernambués, foi confirmado que utilizava o referido imóvel como depósito de arma, drogas e cédulas falsas.

Depreende-se que Policiais Militares, no dia indicado, foram cumprir mandado no apartamento citado, que se tratava de uma cobertura e ficava num prédio residencial de três andares, em razão de informações indicarem que estaria utilizando-o como depósito de armas, drogas e de cédulas falsas.

Segundo logrou apurar, no dia e local, acima especificados, os Agentes Públicos, em cumprimento ao mandado de busca nº 8128149-25.2021.8.05.0001, supra referido, baterem na porta do apartamento, especificado acima, identificando-se como policiais, mas não foram atendidos, oportunidade, inclusive, que perceberam uma movimentação, dentro do apartamento, e, diante da recusa, arrombaram a porta para garantir acesso ao local e, ao ali adentrarem, verificaram que estava muito nervoso e se encontrava na companhia, apenas, de dois cachorros, sendo que, quando questionado sobre a motivação de não ter aberto a porta, se manifestou de forma confusa. Em continuidade a diligência, os Servidores Públicos notaram: 1- que a área do fundo do apartamento de era separada da área do fundo do apartamento vizinho, apenas por um muro baixo; 2-que, na casa, havia um odor muito forte de maconha; 3- que havia resquícios de maconha espalhada, fazendo um rastro que seguia até a área do fundo.

Depreende-se que, na oportunidade, os policiais observaram, ainda, a existência de sacos de cor preta jogados no chão da área do fundo do apartamento vizinho, atentando-se que, de alguns dos sacos avistados, saiam embalagens plásticas e de papel contendo maconha, de modo que não

tiveram a menor dúvida de que não abriu a porta, pois, na tentativa de não ser flagrado na posse de drogas, estava ocupado jogando o material ilícito para área do fundo da cobertura do vizinho.

Na ocasião, os Agentes Públicos dirigiram-se ao apartamento vizinho e foram atendidos por que, por sua vez, permitiu o acesso à área do fundo, onde foram apreendidos os sacos plásticos e afirmou que teriam sido jogados a sua casa, naquele momento.

Os servidores, também, verificaram que o apartamento de não tinha cheiro de maconha e, diante de todo contexto, acabou confirmando que os sacos eram de sua propriedade e que eles teriam sido dispensados pela área do fundo, quando da chegada dos agentes.

Com a abertura dos sacos foram encontrados: 18 (dezoito) pacotes com, aproximadamente, 5 kg (cinco quilos) de maconha; centenas de sacos plásticos pequenos; uma pistola TAURUS, série FII 16013, calibre 7,65mm, municiada com três cartuchos; um maço de cédulas falsas, sendo 8 cédulas idênticas de R\$ 100,00 (cem reais) com o mesmo número de série 893391, 3 cédulas idênticas de R\$ 100,00 (cem reais) com o mesmo número de série 38580420, 5 cédulas idênticas de R\$ 100,00 (cem reais) com o mesmo número de série 0070513, 6 cédulas idênticas de R\$ 100,00 (cem reais) com o mesmo número de série 0010997, três cédulas de R\$ 200,00 (duzentos reais) borradas (impressão em jato de tinta); além de 4 (quatro) telefones celulares bloqueados (um LG, 2 SAMSUNG e um "android phone").

Na casa de, dentro de uma caixa de plástico, que estava na cozinha, foram localizados duas balanças de precisão; um saco plástico contendo 5 (cinco) comprimidos de e maconha esfarelada; um IPHONE bloqueado; quantia de R\$ 650,00 (seiscentos e cinquenta reais); três chaves de carro e, na garagem, um PEUGEOT 208, cor prata, em nome de.

As drogas apreendidas foram submetidas a testes, conforme laudo de constatação, à fl. 53, sendo identificadas da seguinte forma: MATERIAL A – 5.220,00g (cinco mil e duzentos e vinte gramas) de maconha, distribuída em 13 (treze) porções, sendo uma porção acondicionada em filme plástico incolor, uma porção acondicionada em saco plástico verde, duas porções acondicionadas em saco plástico preto, seis porções envoltas em papel de cor branca e três porções acondicionadas em saco preto envolto com fita adesiva incolor; MATERIAL B – 05 (cinco) comprimidos, sendo 02 (dois) de cor azul claro, com inscrição em relevo "FORTNITE" e formato irregular e 03 (três) de cor vermelha e formato quadrado, que deu negativo para EXTASY (...)" (ID 30059414).

De logo, verifica-se que, da prova amealhada aos fólhos, restaram devidamente comprovadas a autoria e materialidade dos delitos de narcotraficância e de posse irregular de arma de fogo de uso permitido, tanto assim que não foram objeto de irresignação da defesa. Em relação ao crime de moeda falsa, previsto no art. 289, do CP, restou constatada que a falsificação das cédulas apreendidas era grosseira e de fácil percepção, a configurar a atipicidade de tal conduta.

Ingressando no cerne meritório e como relatado, pugna o Apelante exclusivamente pelo reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado, em sua fração máxima.

Em que pese o respeitável esforço defensivo, tal tese também não merece acolhimento.

Do exame respectivo, tem-se que a Magistrada a quo concluiu pela impossibilidade de o Apelante fazer jus à benesse, sob os seguintes fundamentos:

"(...) O acusado não ostenta antecedentes criminais. Contudo, quando menor, verifica-se que o réu respondeu a dois procedimentos de apuração de ato infracional, na 2ª Vara da Infância e Juventude, nesta Capital. Registra, também, execução de Medida Sócio Educativa na 5ª Vara da Infância e Juventude. Assim, não faz jus à causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, na medida em que se demonstra que se dedica à prática de atividades criminosas de forma rotineira (...)"(ID 30059542 – grifou-se).

Nesse aspecto, entendo que restou bem fundamentada, pelo Juízo de Primeiro Grau, a não aplicação da fração minorante no caso sub oculis. Decerto, a doutrina e jurisprudência já firmaram o entendimento no sentido de que a presença de representações por atos infracionais procedentes pode inibir a aplicação da causa de diminuição em apreço, por demonstrarem a intimidade mais aguda do réu com a prática de atividades ilícitas.

Isso porque o privilégio contido no § 4º, do art. 33, da Lei de Tóxicos, tem o condão de agraciar o traficante primário, de bons antecedentes, que NÃO possui a personalidade voltada para o crime.

Digno de registro o recente julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 1.916.596, em que a Terceira Seção da Corte Superior, para fins de consolidação jurisprudencial, firmou a orientação de que "o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração" (EResp n. 1.916.596/SP, Rel. Ministra , TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 8/9/2021).

Nos presentes autos, extrai-se que o Juízo a quo deixou de reconhecer o tráfico privilegiado, diante da prévia existência, em desfavor do Apelante, de 02 (dois) registros de prática de atos infracionais, inclusive com aplicação de medidas socioeducativas – como, de fato, é possível constatar do ID 159153120, dos autos do Auto de Prisão em Flagrante nº 8133136-07.2021.8.05.0001 (que subsidiou a presente ação penal em referência).

Como se não bastasse, ao exame acurado dos fólios, observa-se que o Acusado já constava como alvo de investigação em razão de seu suposto envolvimento no tráfico local, tendo sido preso em flagrante quando do cumprimento de mandado de busca e apreensão expedido nos autos do Processo nº 8128149-25.2021.8.05.0001, ocasião em que fora surpreendido na posse de arma, drogas (mais de cinco quilos de maconha), balanças de precisão, além de cédulas de papel-moeda grosseiramente falsificadas. Naquela oportunidade, restou apurado que o Recorrente ainda tentou se desfazer das drogas, jogando-as para a área do fundo da cobertura do vizinho.

Destarte, é possível concluir que tais circunstâncias não se

compatibilizam “com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas”. A propósito, assim vem se manifestando o STJ:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ATOS INFRACIONAIS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME E SUBSTITUIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser dessa causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante.

2. No caso, as instâncias ordinárias – dentro do seu livre convencimento motivado – apontaram elementos concretos dos autos a evidenciar que as circunstâncias em que perpetrado o delito em questão não se compatibilizariam com a posição de um pequeno traficante ou de quem não se dedica, com certa frequência e anterioridade, a atividades criminosas, notadamente ao tráfico de drogas.

3. Em sessão ocorrida no dia 8/9/2021, a Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento dos EREsp n. 1.916.596/SP (Rel. Ministro , Rel. p/ acórdão Ministra ), pacificou o entendimento de que, embora adolescentes não cometam crime nem recebam pena, não há óbice a que o registro de ato (s) infracional (is) possa ser utilizado como elemento caracterizador de dedicação do agente a atividades criminosas e, por conseguinte, como fundamento idôneo para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas.

(...)

7. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 690298 / SP, Relator (a) Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 14/10/2021, DJe 22/10/2021 – grifos adotados).

Assim, resta configurado o óbice ao reconhecimento do privilégio contido no §4º, do art. 33, da Lei de Tóxicos, o qual tem o condão de agraciar o traficante primário, de bons antecedentes, que não possui a personalidade voltada para o crime – não sendo esta a hipótese do Recorrente.

## B) DOSIMETRIA ANALISADA DE OFÍCIO.

Ante o efeito devolutivo do recurso de apelação, é mister pontuar que a Sentenciante não se atentou ao Enunciado 231, da Súmula do STJ, ao fixar a reprimenda intermediária do crime de tráfico de drogas em quantum aquém do mínimo legalmente previsto – o que certamente favoreceu o Apelante. Contudo, considerando o princípio do non reformatio in pejus – e em se tratando de recurso exclusivo da defesa, imperiosa é a manutenção do julgado.

Por outro vértice, faz-se necessária a correção ex officio da modalidade de pena correspondente ao crime inculcado no art. 12, da Lei nº 10.826/2003. É que a Magistrada Singular a fixou em (01) ano de reclusão, quando a legislação pertinente prevê a sua punição na modalidade "detenção".



Dessa forma, quanto ao delito em comento, altera-se a pena definitiva para 01 (um) ano de detenção.

Noutro giro, em se tratando de concurso material de delitos, dispõe o artigo 69, do Código Penal:

"Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela" (grifou-se).

Outrossim, o art. 76, do CP, preconiza que: "No concurso de infrações, executar-se-á primeiramente a pena mais grave".

Sobre o assunto, o Superior Tribunal de Justiça vem entendendo pela impossibilidade de se somar as reprimendas para fins de fixação do regime inicial de cumprimento de pena. A propósito, confirmam o recente julgado:

PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PORTE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E MUNIÇÕES. PENAS DE RECLUSÃO E DETENÇÃO. FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENAS. SOMATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME CORRESPONDENTE A CADA UM DOS CRIMES. ARTS. 69 E 76 DO CÓDIGO PENAL – CP. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Verifica-se que o caso dos autos não se refere à unificação das penas para fins de execução penal, mas para definição do regime inicial de cumprimento da pena. Nesse contexto, deve ser aplicado o regime correspondente para cada um dos crimes, nos termos dos arts. 69 e 76 do Código Penal e, não, o art. 111 da Lei de Execução Penal – LEP, como fez o TJGO.

2. No caso, mantém-se o estabelecimento do regime inicial semiaberto para o crime cuja a pena é de reclusão e regime inicial aberto para o crime cuja a pena é de detenção.

3. Agravo regimental desprovido" (AgRg no REsp 1935456/GO. Rel. Ministro . QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2022, DJe 26/05/2022 – grifos aditados).

De todo o exposto, tornam-se definitivas as reprimendas privativas de liberdade em 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto – quanto ao delito de tráfico de drogas (art. 33, da Lei 11.343/2006), e em 01 (um) ano de detenção, no regime inicial aberto, referente ao crime de posse irregular de arma de fogo (art. 12, da Lei nº 10.826/2003). Vale ressaltar que, apesar de reconhecido o direito à detração do período em que o Apelante permaneceu provisoriamente custodiado, na forma prevista no §2º do art. 387, do CPP, tal detração não possui o condão de alterar os regimes iniciais de cumprimento de pena, haja vista que o Apelante se encontra custodiado desde 19/11/2021 – data da sua prisão em flagrante.

Mantém-se, por derradeiro, a fixação da pena pecuniária em 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto no sentido de CONHECER do Recurso de Apelação interposto e LHE NEGAR PROVIMENTO, corrigindo-se ex officio, para detenção a modalidade da pena correspondente ao crime insculpido no art. 12, da Lei nº 10.826/2003, restando as penas definitivamente fixadas em 4 (quatro) anos, 9 (nove) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto – quanto ao delito de tráfico de drogas (art. 33, da Lei 11.343/2006), e em 01 (um) ano de detenção, no regime inicial aberto, referente ao crime de posse irregular de arma de fogo (art. 12, da Lei nº 10.826/2003), além da condenação à pena pecuniária de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, mantendo-se os demais termos da sentença guerreada.

Sala das Sessões, de de 2022.

Presidente

Relatora

Procurador (a) de Justiça