

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 0700088-38.2021.8.05.0004 – Comarca de Alagoinhas/BA Apelante/Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotor de Justiça: Dr. Pedro Costa Safira Andrade Promotora de Justiça: Dra. Mariana Tejo Marques de Oliveira Apelado/Apelante: Stael Bohemio de Almeida Advogado: Dr. Antônio Jorge Santos Júnior (OAB/BA: 37.082) Origem: 1ª Vara Criminal da Comarca de Alagoinhas/BA Procuradora de Justiça: Dra. Lícia Maria de Oliveira Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães ACÓRDÃO APELAÇÕES CRIMINAIS SIMULTÂNEAS. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. DEFERIMENTO. DECLARADA A HIPOSSUFICIÊNCIA DO SENTENCIADO. MANUTENÇÃO, TODAVIA, DA OBRIGAÇÃO DE PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. PLEITO ABSOLUTÓRIO FORMULADO PELA DEFESA. INACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS DE FORMA INEQUÍVOCA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. DOSIMETRIA DAS PENAS. PEDIDO DEFENSIVO DE AFASTAMENTO DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVAMENTE VALORADA. ALBERGAMENTO. AÇÕES PENAS EM CURSO QUE NÃO PODEM SER UTILIZADAS PARA EXASPERAR A PENA-BASE, A TÍTULO de CONDUTA SOCIAL DESFAVORÁVEL. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REQUERIMENTO MINISTERIAL DE VALORAÇÃO DE VETOR PREPONDERANTE, CONFORME ART. 42 DA LEI Nº 11.343/06. CABIMENTO, DIANTE DA NATUREZA E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES. CIRCUNSTÂNCIA A SER SOPESADA, ENTRETANTO, NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. PENAS-BASE REDIMENSIONADAS AO MÍNIMO LEGAL. PRETENSÃO DA DEFESA DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. INVIABILIDADE. RECORRENTE QUE CONTAVA COM MAIS DE 21 (VINTE E UM) ANOS AO TEMPO DO FATO. PLEITO DEFENSIVO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006. ACOLHIMENTO. ELEMENTOS CONCRETOS INSUFICIENTES a EVIDENCIAR A DEDICAÇÃO do réu a ATIVIDADES CRIMINOSAS. REDUÇÃO DAS REPRIMENDAS EM 1/3 (UM TERÇO), LEVANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO A VARIEDADE, NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. PATAMAR DE DIMINUIÇÃO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. PEDIDOS DA DEFESA DE MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL PARA O ABERTO E DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. SANÇÃO CORPORAL DEFINITIVA REDIMENSIONADA PARA QUANTUM INFERIOR A 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. CONCEDIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. APELOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS, a fim de redimensionar as penas definitivas do Apelante para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, modificando o regime prisional inicial para o aberto e substituindo a sanção corporal por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução, servindo o presente acórdão como Alvará de Soltura em favor do Recorrente, se por AL não estiver preso. I – Cuida-se de Recursos de Apelação interpostos pelo Ministério Público do Estado da Bahia e por Stael Bohemio de Almeida, insurgindo-se contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Alagoinhas/BA, que condenou o réu às penas de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade. II – Narra a exordial acusatória (ID. 168434732, PJe 1º Grau), in verbis, que “[...] no dia 03/02/2021, por volta das 16h30min, policiais militares realizavam ronda de rotina nas imediações do Bairro Cachorro Magro, nesta cidade, quando foram informados por populares no sentido que um indivíduo estava realizando tráfico de drogas em uma casa abandonada, situada em uma bifurcação na parte de baixo do referido Bairro. Empreendida diligência,

os militares deslocaram-se até o local apontado, momento em que avistaram o aludido indivíduo, o qual, ao perceber a aproximação da guarnição, empreendeu fuga pelos fundos da casa e dispensou um saco plástico, sendo alcançado e detido. Procedida abordagem e revista no referido indivíduo, no caso, o denunciado, foi encontrada com este a quantia de R\$ 94,00 (noventa e quatro reais), que fora obtida com a venda de drogas. Gize-se, ainda, que, dentro do saco plástico dispensado pelo acusado, foram encontradas 24 (vinte e quatro) “trouxinhas” da erva cannabis sativa, com massa bruta total de 45,6 g (quarenta e cinco gramas e seis decigramas), 02 (duas) pedrinhas de crack e 01 (uma) pedra maior desta mesma substância entorpecente, as quais possuem um peso total somado de 35,7 g (trinta e cinco gramas e sete decigramas), além de 09 (nove) porções contendo cocaína, pesando um total de 11,6 g (onze gramas e seis decigramas), drogas estas que seriam destinadas ao comércio ilícito. Em face disso, o acusado foi conduzido em flagrante delito à DT de Alagoinhas para a adoção das medidas cabíveis. [...]”

III – Irresignado, o Ministério Público interpôs Recurso de Apelação (ID. 168435396, PJe 1º Grau), postulando, em suas razões, a reforma da sentença, a fim de que a circunstância preponderante prevista no art. 42 da Lei nº 11.343/06, referente à natureza da droga, seja valorada negativamente, diante da apreensão de “crack” e cocaína, entorpecentes de elevado grau de dependência e poder destrutivo, devendo a pena-base privativa de liberdade ser fixada em 07 (sete) anos de reclusão, pois o vetor relativo à conduta social já foi reputado como desfavorável pelo Juiz de origem.

IV – O Sentenciado, também inconformado, manejou Recurso de Apelação (ID. 168435399, PJe 1º Grau), pleiteando a Defesa, na peça de interposição, a observância da gratuidade da justiça, tendo em vista a hipossuficiência econômica do Apelante para arcar com as custas processuais. Nas razões recursais (ID. 168435433, PJe 1º Grau), pugnou pela absolvição por insuficiência probatória, com a incidência do brocardo in dubio pro reo, argumentando que as testemunhas de acusação prestaram depoimentos contraditórios. Subsidiariamente, requereu a fixação das penas-base no mínimo legal, afastando-se a valoração negativa das circunstâncias judiciais; o reconhecimento da atenuante da menoridade relativa (art. 65, I, do Código Penal); a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06; a modificação do regime prisional para o aberto; a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos; e, por fim, a concessão do direito de recorrer em liberdade.

V – Inicialmente, defere-se o benefício da justiça gratuita ao Apelante Stael Bohemio de Almeida, à vista da afirmação do seu estado de hipossuficiência, nos termos do art. 99, caput, e § 3º, do Código de Processo Civil (Lei n.º 13.105/2015). Salienta-se que a Lei Adjetiva Civil, na Seção IV do Capítulo II, especificamente nos seus arts. 98 a 102, passou a tratar da gratuidade de justiça, derogando a Lei n.º 1.060/1950. O deferimento do pedido de justiça gratuita, todavia, não possui o condão de afastar, de plano, a obrigação de arcar com as custas processuais decorrentes da sucumbência, pois tais encargos são efeitos próprios da sentença penal condenatória, a teor do art. 804 do Código de Processo Penal. A Lei n.º 13.105/2015, em seu art. 98, prevê que a obrigação de arcar com o pagamento das custas processuais subsiste, mesmo diante do deferimento dos benefícios da gratuidade.

VI – O pleito absolutório formulado pela Defesa não merece acolhimento. A materialidade e a autoria delitivas restaram suficientemente comprovadas no conjunto probatório (PJe 1º Grau), merecendo destaque o Auto de Exibição e Apreensão (ID. 168434733, pág. 09); os Laudos de Constatação e Pericial

Toxicológico Definitivo (ID. 168434733, pág. 17/18 e ID. 168434735), nos quais se verifica que os entorpecentes apreendidos se tratavam de 45,6g (quarenta e cinco gramas e seis decigramas) de tetrahidrocanabiol (THC), conhecida como “maconha”, 11,6g (onze gramas e seis decigramas) e 35,7g (trinta e cinco gramas e sete decigramas) de benzoilmetilecgonina (cocaína), sendo a segunda em forma de “crack”, substâncias de uso proscrito no Brasil; além dos depoimentos judiciais dos policiais militares Ernando dos Santos Souza e Adonias Moreira de Assis (ID. 168435366 e PJe Mídias), responsáveis pela prisão em flagrante do Recorrente, transcritos no édito condenatório. VII – Apesar das razões ventiladas pela Defesa, verifica-se que os policiais militares apresentaram depoimentos congruentes a respeito dos fatos durante a audiência instrutória, narrando de forma harmônica a diligência realizada, em consonância com o relatado na esfera extrajudicial (ID. 168434733, págs. 05/07) e constante na denúncia, ressaltando que, ao ser capturado, o Apelante afirmou que estava vendendo drogas em razão de estar desempregado e sua companheira grávida de um filho seu, tendo, ainda, outro filho pequeno. Oportuno registrar que a simples qualidade de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos por eles veiculados, mormente quando se apresentam coesos com os demais elementos e circunstâncias colhidos dos autos, e quando oferecidos em Juízo, sendo oportunizado o contraditório, como se deu no presente caso. Ademais, não se vislumbra, na espécie, nenhum indício de que os agentes estatais tenham prestado depoimentos falsos a respeito dos fatos, com intenção de prejudicar os Sentenciados, não havendo elementos que evidenciem a ocorrência de rixa anterior com o Recorrente ou de flagrante forjado. VIII – Nesse ponto, o Sentenciante consignou: “[...] cumpre frisar que o testemunho dos policiais é coeso e coerente não só fase judicial, mas também na fase inquisitória, vez que prestaram depoimentos no mesmo sentido e sob o dever dizer a verdade, diferente do que ocorreu com o réu e a sua irmã, ambos descompromissados com a verdade. A irmã do réu, inclusive, foi introduzida [no] processo como testemunha de defesa. Portanto, diante dos depoimentos prestados, sobretudo aqueles prestados pelos policiais sob o dever de dizer a verdade, não restam dúvidas da situação fática descrita pelos mesmos de que o réu realmente estava guardando drogas para venda”. IX – Outra não foi a compreensão da douta Procuradoria de Justiça: “[...] premente registrar que a materialidade do crime ficou demonstrada no Auto de Exibição e Apreensão de fl. 12 e nos Laudos Periciais de fls. 20 e 72-73, atestando a apreensão de “vinte e quatro trouxinhas de erva seca, que aparenta ser maconha, duas pedras pequenas de substância que aparenta ser crack, uma pedra maior substância que aparenta ser crack e nove porções de substância em pó de cor branca que aparenta ser cocaína, um aparelho celular de marca Samsung, a quantia de R\$ 94, 00 (noventa e quatro reais)”. Ademais, a autoria do delito foi desvelada pela prova oral colhida no curso da persecução penal, consoante gravações disponibilizadas no Portal PJe Mídias”. X – Vale lembrar que, para a configuração do crime de tráfico de drogas, não se exige a efetiva prática de atos de comercialização da substância entorpecente. Pratica o delito de tráfico não apenas aquele que comercializa a droga, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção e da circulação dos psicotrópicos. O tipo penal contido no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 é crime permanente, de ação múltipla e de mera conduta, sendo irrelevante a prova da traficância. São várias ações identificadas pelos diversos verbos e o delito se consuma com a prática de qualquer das hipóteses previstas. XI – In casu, embora a

quantidade de drogas apreendidas não tenha sido expressiva, a variedade dos entorpecentes, quais sejam 45,6g (quarenta e cinco gramas e seis decigramas) de “maconha”, 11,6g (onze gramas e seis decigramas) de cocaína e 35,7g (trinta e cinco gramas e sete decigramas) de “crack”; a forma em que estavam fracionados e acondicionados, a primeira em 24 (vinte e quatro) trouxinhas, a segunda em 09 (nove) trouxinhas e a terceira em uma embalagem plástica e 02 (duas) trouxinhas, contendo certa quantidade de pedras; a apreensão de R\$ 94,00 (noventa e quatro reais) reais; e o fato de os policiais terem sido informados por populares sobre a traficância realizada pelo acusado em uma casa abandonada, não deixam dúvidas da destinação comercial dos psicotrópicos. Por conseguinte, na hipótese vertente, as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção que concluem pelo acerto da condenação do Denunciado pelo crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, não havendo que se falar em absolvição pela incidência do princípio in dubio pro reo. XII – Na sequência, passa-se ao exame da dosimetria das penas. Na primeira fase, após análise das circunstâncias judiciais e preponderantes (art. 59 do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/06), o Juiz a quo reputou como desfavorável o vetor referente à conduta social do réu, justificando que “sua conduta social se demonstra negativa na medida em que já é conhecido pela prática do crime de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo”, pelo que fixou as penas-base em 06 (seis) anos de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo. XIII – Contudo, a leitura da sentença permite concluir que o Magistrado singular embasou a valoração negativa da conduta social do Apelante com esteio na existência de ação penal em curso em seu desfavor, de nº 0502241-33.2018.805.0004, em trâmite na 2ª Vara Criminal de Alagoinhas, pelos delitos de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo, fundamento esse inidôneo, na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “[...] inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a reprimenda, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção da não culpabilidade, nos termos da Súmula 444/STJ (É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base)” (AgRg no REsp n. 1.984.392/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 30/5/2022.). Logo, merece guarida o pedido defensivo para afastamento da valoração desfavorável da circunstância judicial relativa à “conduta social do agente”. XIV – Também deve ser albergada a pretensão Ministerial, para que a circunstância preponderante referente à natureza das drogas seja negativamente valorada. Isso porque, conquanto a quantidade dos entorpecentes apreendidos não tenha sido elevada, a variedade das substâncias encontradas, sendo maconha, cocaína e “crack”, essa em maior montante, e possuindo os dois últimos psicotrópicos alto poder viciante quando colocados em circulação, diante da maior nocividade, justificam a valoração desfavorável do aludido vetor. A respeito, vide STJ – AgRg no HC: 771446 SP 2022/0293561-3, Data de Julgamento: 18/10/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/10/2022. XV – Nada obstante, considerando a atual compreensão adotada pelos Tribunais Superiores no que se refere à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos será sopesada apenas na terceira fase da dosimetria, em observância à regra non bis in idem. Sobre o tema: “A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da

dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712)" (REsp n. 1.887.511/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1/7/2021). XVI – Assim, afastada a valoração negativa da conduta social e deslocada a circunstância preponderante para ser observada na última etapa, mister redimensionar as penas-base ao mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo. Já na segunda fase, inviável acolher o requerimento da Defesa para reconhecimento da atenuante da menoridade relativa, uma vez que o Recorrente possuía 26 (vinte e seis) anos à época do fato delituoso, ocorrido em 03/02/2021, enquanto o seu nascimento se deu em 04/01/1995 (ID. 168434733, pág. 25, PJe 1º Grau). De maneira que, ausentes agravantes e atenuantes, ficam estabelecidas como provisórias as penas aplicadas na etapa antecedente. XVII – Avançando à terceira fase, o Magistrado singular afastou a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, expondo a seguinte motivação: “incabível a redução insculpida no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06 ao passo que o réu não preenche os requisitos necessários para a incidência da referida benesse, tendo em vista que já responde a outra ação penal nesta Comarca pela prática do mesmo crime – 0502241-33.2018.8.05.0004 – o que demonstra sua dedicação a atividades ilícitas, sobretudo o tráfico de drogas, já sendo conhecido no meio policial por essa prática”. XVIII – Como cediço, a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. No que concerne à aplicação da aludida minorante, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 10/08/2022, alinhando-se ao entendimento mais recente sufragado no Supremo Tribunal Federal, fixou tese em recursos repetitivos, no sentido de que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (REsp 1.977.027 e REsp 1.977.180). Nesse contexto, em consonância com o recente entendimento jurisprudencial firmado nos Tribunais Superiores, à míngua de elementos probatórios que indiquem, de forma segura, a dedicação do Apelante a atividades criminosas, tratando-se de Réu primário, sem registro de maus antecedentes, forçoso reconhecer que razão assiste à Defesa no tocante à possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. XIX – Registre-se, por oportuno, que a Terceira Seção do STJ, “na apreciação do HC 725.534/SP, revisou as diretrizes estabelecidas no EREsp n. 1.887.511/SP e firmou o entendimento de que é possível a utilização do critério da natureza e quantidade da droga apreendida tanto para a fixação da pena-base, quanto para a modulação da minorante do tráfico privilegiado – nesse último caso, ainda que sejam os únicos elementos aferidos” (EDcl nos EDcl no HC n. 723.643/RJ, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 11/11/2022.). XX – Quanto à modulação da fração de redução, cumpre observar que, apesar da quantidade total de droga apreendida não ter sido expressiva, a natureza e a variedade das substâncias, a saber, maconha, crack e cocaína, sendo essas últimas altamente danosas à saúde humana, justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo. Isso porque, não é possível desconsiderar o

fato de que as drogas ilícitas possuem distintas potencialidades e graus de pureza. Assim, o patamar de redução da pena deverá guardar correlação com o maior ou menor perigo de dano à saúde pública, perigo que se materializa na potencialidade real da substância que seria disseminada.

XXI – Desse modo, tendo em vista a variedade e natureza das drogas apreendidas, bem assim que tal circunstância preponderante não foi sopesada na 1ª fase da dosimetria, reputa-se razoável, ao caso em testilha, a incidência do redutor na fração de 1/3 (um terço), a título de prevenção e reprovação do delito. Tal conclusão é corroborada, inclusive, pelo princípio da individualização da pena, que deve nortear o magistrado na aplicação da reprimenda. Nesta senda, ausentes causas de aumento e aplicado o redutor de 1/3 (um terço), restam as reprimendas definitivamente fixadas em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo.

XXII – Outrossim, diante do quantum ora redimensionado, cabível a modificação do regime prisional inicial para o aberto (art. 33, § 2º, c, do CP), bem como a substituição da sanção corporal por duas restritivas de direitos (nos termos do art. 44, do CP), a serem fixadas pelo Juízo da Execução. Finalmente, considerando as alterações efetuadas, mister conceder ao Recorrente o direito de recorrer em liberdade.

XXIII – Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e provimento parcial de ambos os Apelos, a fim de retificar a dosimetria na primeira fase, excluindo o vetor conduta social e acrescentando a circunstância especial descrita no art. 42 da Lei nº 11.343/06.

XXIV – APELOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS, a fim de redimensionar as penas definitivas do Apelante para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, modificando o regime prisional inicial para o aberto e substituindo a sanção corporal por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução, servindo o presente acórdão como Alvará de Soltura em favor do Recorrente, se por AL não estiver preso. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 0700088-38.2021.8.05.0004, provenientes da Comarca de Alagoinhas/BA, em que figuram, como Apelantes/ Apelados, o Ministério Público do Estado da Bahia e Stael Bohemio de Almeida ACORDAM os Desembargadores integrantes da Colenda Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em conhecer e DAR PARCIAL PROVIMENTO aos Apelos, a fim de redimensionar as penas definitivas do Apelante para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, modificando o regime prisional inicial para o aberto e substituindo a sanção corporal por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução, servindo o presente acórdão como Alvará de Soltura em favor do Recorrente, se por AL não estiver preso, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto da Desembargadora Relatora.

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 7 de Março de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 0700088-38.2021.8.05.0004 – Comarca de Alagoinhas/BA Apelante/Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotor de Justiça: Dr. Pedro Costa Safira Andrade Promotora de Justiça: Dra. Mariana Tejo Marques de Oliveira Apelado/Apelante: Stael Bohemio de Almeida Advogado: Dr. Antônio Jorge Santos Júnior (OAB/BA: 37.082) Origem: 1ª Vara Criminal da Comarca de Alagoinhas/BA Procuradora de Justiça: Dra. Lícia Maria de Oliveira

Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães RELATÓRIO Cuida-se de Recursos de Apelação interpostos pelo Ministério Público do Estado da Bahia e por Stael Bohemio de Almeida, insurgindo-se contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Alagoinhas/BA, que condenou o réu às penas de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade. Digno de registro que o feito foi distribuído a este Gabinete, constando a informação da existência de prevenção em relação aos autos do Habeas Corpus sob o n.º 8003303-36.2021.8.05.0000 (certidão de ID. 23564746, PJe 2º Grau), verificando-se, ainda, em consulta ao aludido sistema, os Habeas Corpus nº 8010486-58.2021.8.05.0000 e 8026789-50.2021.8.05.0000, também distribuídos a este Gabinete. Em observância aos princípios da celeridade, da efetividade e da economia processual, e considerando ali se consignar, no que relevante, a realidade do processo até então desenvolvida, adota-se, como próprio, o relatório da sentença (ID. 168435390, PJe 1º Grau), a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto. Opostos Embargos de Declaração (ID. 168435391, PJe 1º Grau), estes foram acolhidos tão somente "para extrair da objurgada oração, na sentença condenatória, a expressão "no mínimo legal" e, por conseguinte, redefinir a predita oração da seguinte maneira: "Fixo a pena-base em 6 (seis) anos de reclusão" (ID. 168435393, PJe 1º Grau). Irresignado, o Ministério Público interpôs Recurso de Apelação (ID. 168435396, PJe 1º Grau), postulando, em suas razões, a reforma da sentença, a fim de que a circunstância preponderante prevista no art. 42 da Lei nº 11.343/06, referente à natureza da droga, seja valorada negativamente, diante da apreensão de "crack" e cocaína, entorpecentes de elevado grau de dependência e poder destrutivo, devendo a pena-base privativa de liberdade ser fixada em 07 (sete) anos de reclusão, pois o vetor relativo à conduta social já foi reputado como desfavorável pelo Juiz de origem. O Sentenciado, também inconformado, manejou Recurso de Apelação (ID. 168435399, PJe 1º Grau), pleiteando a Defesa, na peça de interposição, a observância da gratuidade da justiça, tendo em vista a hipossuficiência econômica do Apelante para arcar com as custas processuais. Nas razões recursais (ID. 168435433, PJe 1º Grau), pugnou pela absolvição por insuficiência probatória, com a incidência do brocardo in dubio pro reo, argumentando que as testemunhas de acusação prestaram depoimentos contraditórios. Subsidiariamente, requereu a fixação das penas-base no mínimo legal, afastando-se a valoração negativa das circunstâncias judiciais; o reconhecimento da atenuante da menoridade relativa (art. 65, I, do Código Penal); a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06; a modificação do regime prisional para o aberto; a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos; e, por fim, a concessão do direito de recorrer em liberdade. Nas contrarrazões, a Defesa (ID. 168435433, PJe 1º Grau) e o Parquet (ID. 212393118, PJe 1º Grau) pugnaram pelo desprovimento do recurso interposto pela parte adversa. Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e provimento parcial de ambos os Apelos, a fim de retificar a dosimetria na primeira fase, excluindo o vetor conduta social e acrescentando a circunstância especial descrita no art. 42 da Lei nº 11.343/06 (ID. 37174970, PJe 2º Grau). Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara

Criminal 2ª Turma Apelação n.º 0700088-38.2021.8.05.0004 – Comarca de Alagoinhas/BA Apelante/Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotor de Justiça: Dr. Pedro Costa Safira Andrade Promotora de Justiça: Dra. Mariana Tejo Marques de Oliveira Apelado/Apelante: Stael Bohemio de Almeida Advogado: Dr. Antônio Jorge Santos Júnior (OAB/BA: 37.082) Origem: 1ª Vara Criminal da Comarca de Alagoinhas/BA Procuradora de Justiça: Dra. Lícia Maria de Oliveira Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães VOTO Cuida-se de Recursos de Apelação interpostos pelo Ministério Público do Estado da Bahia e por Stael Bohemio de Almeida, insurgindo-se contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Alagoinhas/BA, que condenou o réu às penas de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade. Narra a exordial acusatória (ID. 168434732, PJe 1º Grau), in verbis, que “[...] no dia 03/02/2021, por volta das 16h30min, policiais militares realizavam ronda de rotina nas imediações do Bairro Cachorro Magro, nesta cidade, quando foram informados por populares no sentido que um indivíduo estava realizando tráfico de drogas em uma casa abandonada, situada em uma bifurcação na parte de baixo do referido Bairro. Empreendida diligência, os militares deslocaram-se até o local apontado, momento em que avistaram o aludido indivíduo, o qual, ao perceber a aproximação da guarnição, empreendeu fuga pelos fundos da casa e dispensou um saco plástico, sendo alcançado e detido. Procedida abordagem e revista no referido indivíduo, no caso, o denunciado, foi encontrada com este a quantia de R\$ 94,00 (noventa e quatro reais), que fora obtida com a venda de drogas. Gize-se, ainda, que, dentro do saco plástico dispensado pelo acusado, foram encontradas 24 (vinte e quatro) “trouxinhas” da erva cannabis sativa, com massa bruta total de 45,6 g (quarenta e cinco gramas e seis decigramas), 02 (duas) pedrinhas de crack e 01 (uma) pedra maior desta mesma substância entorpecente, as quais possuem um peso total somado de 35,7 g (trinta e cinco gramas e sete decigramas), além de 09 (nove) porções contendo cocaína, pesando um total de 11,6 g (onze gramas e seis decigramas), drogas estas que seriam destinadas ao comércio ilícito. Em face disso, o acusado foi conduzido em flagrante delito à DT de Alagoinhas para a adoção das medidas cabíveis. [...]” Irresignado, o Ministério Público interpôs Recurso de Apelação (ID. 168435396, PJe 1º Grau), postulando, em suas razões, a reforma da sentença, a fim de que a circunstância preponderante prevista no art. 42 da Lei nº 11.343/06, referente à natureza da droga, seja valorada negativamente, diante da apreensão de “crack” e cocaína, entorpecentes de elevado grau de dependência e poder destrutivo, devendo a pena-base privativa de liberdade ser fixada em 07 (sete) anos de reclusão, pois o vetor relativo à conduta social já foi reputado como desfavorável pelo Juiz de origem. O Sentenciado, também inconformado, manejou Recurso de Apelação (ID. 168435399, PJe 1º Grau), pleiteando a Defesa, na peça de interposição, a observância da gratuidade da justiça, tendo em vista a hipossuficiência econômica do Apelante para arcar com as custas processuais. Nas razões recursais (ID. 168435433, PJe 1º Grau), pugnou pela absolvição por insuficiência probatória, com a incidência do brocardo in dubio pro reo, argumentando que as testemunhas de acusação prestaram depoimentos contraditórios. Subsidiariamente, requereu a fixação das penas-base no mínimo legal, afastando-se a valoração negativa das circunstâncias judiciais; o reconhecimento da atenuante da menoridade relativa (art. 65,

I, do Código Penal); a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06; a modificação do regime prisional para o aberto; a substituição da sanção corporal por restritivas de direitos; e, por fim, a concessão do direito de recorrer em liberdade. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, conhece-se dos Apelos. Inicialmente, defere-se o benefício da justiça gratuita ao Apelante Stael Bohemio de Almeida, à vista da afirmação do seu estado de hipossuficiência, nos termos do art. 99, caput, e § 3º, do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). Salienta-se que a Lei Adjetiva Civil, na Seção IV do Capítulo II, especificamente nos seus arts. 98 a 102, passou a tratar da gratuidade de justiça, derogando a Lei nº 1.060/1950. O deferimento do pedido de justiça gratuita, todavia, não possui o condão de afastar, de plano, a obrigação de arcar com as custas processuais decorrentes da sucumbência, pois tais encargos são efeitos próprios da sentença penal condenatória, a teor do art. 804 do Código de Processo Penal. A Lei nº 13.105/2015, em seu art. 98, prevê que a obrigação de arcar com o pagamento das custas processuais subsiste, mesmo diante do deferimento dos benefícios da gratuidade. O pleito absolutório formulado pela Defesa não merece acolhimento. A materialidade e a autoria delitivas restaram suficientemente comprovadas no conjunto probatório (PJe 1º Grau), merecendo destaque o Auto de Exibição e Apreensão (ID. 168434733, pág. 09); os Laudos de Constatação e Pericial Toxicológico Definitivo (ID. 168434733, pág. 17/18 e ID. 168434735), nos quais se verifica que os entorpecentes apreendidos se tratavam de 45,6g (quarenta e cinco gramas e seis decigramas) de tetrahydrocannabinol (THC), conhecida como "maconha", 11,6g (onze gramas e seis decigramas) e 35,7g (trinta e cinco gramas e sete decigramas) de benzoilmetilecgonina (cocaína), sendo a segunda em forma de "crack", substâncias de uso proscrito no Brasil; além dos depoimentos judiciais dos policiais militares Ernando dos Santos Souza e Adonias Moreira de Assis (ID. 168435366 e PJe Mídias), responsáveis pela prisão em flagrante do Recorrente, transcritos no édito condenatório e reproduzido a seguir: SD/PM ERNANDO DOS SANTOS SOUZA (Mídia)"(...) Em resposta a pergunta do Ministério Público, respondeu: que participou da diligência que culminou na prisão de Stael; que estavam em rondas pelo Cachorro Magro e um transeunte informou que havia uma pessoa vendendo drogas numa casa abandonada; que foram verificar a denúncia e ao se aproximar do local um indivíduo ao avistar a viatura empreendeu fuga em direção ao fundo da casa; que imediatamente desceram da viatura e efetuaram o acompanhamento do indivíduo, sendo que ele foi alcançado no fundo da casa dispensando um saco; que ao fazer a busca no local foi verificado que o saco dispensado continha uma quantidade de droga; que havia maconha, crack e cocaína; que também foi encontrado uma quantia em dinheiro e um celular; que o acusado informou que estaria traficando devido a sua esposa estar grávida e por já ter um filho pequeno; que já conhecia Stael por ter prendido ele outra vez; que a casa onde ele foi pego era abandonada e o acusado foi preso no quintal especificamente; À pergunta da Defesa, respondeu: que não havia mais ninguém na casa além do Stael; que não haviam pessoas na rua que visualizaram a prisão.(...)". SD/PM ADONIAS MOREIRA DE ASSIS (Mídia)"(...) À pergunta do Ministério Público, respondeu: que participou da diligência que culminou na prisão de Stael; que estavam patrulhando pela Praça Kennedy e ao se aproximar do cachorro magro foram informados por um transeunte de que havia um indivíduo traficando numa casa abandonada; que deslocaram ao local indicado e ao chegarem na frente da residência o indivíduo correu em

direção ao fundo da casa, mas foi alcançado no fundo da residência onde tentava dispensar um saco contendo uma quantidade de drogas; que tinha maconha, crack, cocaína e dinheiro em pouca quantidade; que já conhecia o Stael de outra prisão; que o acusado informou que estaria vendendo drogas por estar desempregado e prestes a ser pai; que ele estava sozinho no local; (...)" . Apesar das razões ventiladas pela Defesa, verifica-se que os policiais militares apresentaram depoimentos congruentes a respeito dos fatos durante a audiência instrutória, narrando de forma harmônica a diligência realizada, em consonância com o relatado na esfera extrajudicial (ID. 168434733, págs. 05/07) e constante na denúncia, ressaltando que, ao ser capturado, o Apelante afirmou que estava vendendo drogas em razão de estar desempregado e sua companheira grávida de um filho seu, tendo, ainda, outro filho pequeno. Oportuno registrar que a simples qualidade de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos por eles veiculados, mormente quando se apresentam coesos com os demais elementos e circunstâncias colhidos dos autos, e quando oferecidos em Juízo, sendo oportunizado o contraditório, como se deu no presente caso. Ademais, não se vislumbra, na espécie, nenhum indício de que os agentes estatais tenham prestado depoimentos falsos a respeito dos fatos, com intenção de prejudicar os Sentenciados, não havendo elementos que evidenciem a ocorrência de rixa anterior com o Recorrente ou de flagrante forjado. Nessa esteira: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR EFETUADA POR POLICIAIS MILITARES SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. INFORMAÇÕES PRÉVIAS DE OCORRÊNCIA DE TRÁFICO DE DROGAS NA RESIDÊNCIA. PERMISSÃO DO PACIENTE PARA ENTRADA DOS POLICIAIS NA RESIDÊNCIA. SUBSEQUENTE CONFISSÃO INFORMAL DO RÉU DE QUE OS ENTORPECENTES HAVIAM SIDO ARMAZENADOS EM LOCAL DISTANTE DA RESIDÊNCIA. VALIDADE. CREDIBILIDADE DO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS EM JUÍZO. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE, ANTE A EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO, CONJUGADA COM A QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. [...] 7. A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. Precedentes: AgRg no HC 606.384/SC, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 29/09/2020; AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 05/08/2019; REsp n. 1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 17/05/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 17/03/2016. [...] (STJ, HC 608.558/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 07/12/2020) (grifos acrescidos) [...] 0 Superior Tribunal de Justiça tem entendimento firme de que os depoimentos dos policiais, que acompanharam as investigações prévias ou que realizaram a prisão em flagrante, são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. [...]. 10. Agravo regimental não provido." (STJ, AgRg no AREsp 918.323/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019) (grifos acrescidos) HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. PALAVRA DE POLICIAIS. PROVA PARA A CONDENAÇÃO. VALIDADE. INSUFICIÊNCIA DO ACERVO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. WRIT NÃO CONHECIDO. I – A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado

pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja possível a concessão da ordem de ofício. II – O depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes. III – Ademais, no caso dos autos, constou do v. acórdão vergastado que os depoimentos dos policiais são corroboradas por outros elementos probatórios, notadamente a apreensão de considerável quantidade de crack, de forma a demonstrar que a droga tinha por destinação o tráfico ilícito. IV – Afastar a condenação, in casu, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória. Habeas corpus não conhecido. (STJ, HC 404.507/PE, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 10/04/2018, DJe 18/04/2018) (grifos acrescidos). Nesse ponto, o Sentenciante consignou: “[...] cumpre frisar que o testemunho dos policiais é coeso e coerente não só fase judicial, mas também na fase inquisitória, vez que prestaram depoimentos no mesmo sentido e sob o dever dizer a verdade, diferente do que ocorreu com o réu e a sua irmã, ambos descompromissados com a verdade. A irmã do réu, inclusive, foi introduzida [no] processo como testemunha de defesa. Portanto, diante dos depoimentos prestados, sobretudo aqueles prestados pelos policiais sob o dever de dizer a verdade, não restam dúvidas da situação fática descrita pelos mesmos de que o réu realmente estava guardando drogas para venda”. Outra não foi a compreensão da douta Procuradoria de Justiça: “[...] premente registrar que a materialidade do crime ficou demonstrada no Auto de Exibição e Apreensão de fl. 12 e nos Laudos Periciais de fls. 20 e 72-73, atestando a apreensão de “vinte e quatro trouxinhas de erva seca, que aparenta ser maconha, duas pedras pequenas de substância que aparenta ser crack, uma pedra maior substância que aparenta ser crack e nove porções de substância em pó de cor branca que aparenta ser cocaína, um aparelho celular de marca Samsung, a quantia de R\$ 94, 00 (noventa e quatro reais)”. Ademais, a autoria do delito foi desvelada pela prova oral colhida no curso da persecução penal, consoante gravações disponibilizadas no Portal PJe Mídias”. Vale lembrar que, para a configuração do crime de tráfico de drogas, não se exige a efetiva prática de atos de comercialização da substância entorpecente. Pratica o delito de tráfico não apenas aquele que comercializa a droga, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção e da circulação dos psicotrópicos. O tipo penal contido no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 é crime permanente, de ação múltipla e de mera conduta, sendo irrelevante a prova da traficância. São várias ações identificadas pelos diversos verbos e o delito se consuma com a prática de qualquer das hipóteses previstas: Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos)

dias-multa. Sobre a matéria, colaciona-se o seguinte aresto: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA ESTREITA DO WRIT. MERCANCIA. PRESCINDIBILIDADE. TIPO MISTO ALTERNATIVO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O habeas corpus não é a via adequada para apreciar o pedido de desclassificação do delito, tendo em vista que, para se desconstituir a conclusão obtida pelas instâncias locais sobre a condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do remédio heróico, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória. 2. O crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo, restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC 618.667/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 27/11/2020) (grifos acrescidos) In casu, embora a quantidade de drogas apreendidas não tenha sido expressiva, a variedade dos entorpecentes, quais sejam 45,6g (quarenta e cinco gramas e seis decigramas) de “maconha”, 11,6g (onze gramas e seis decigramas) de cocaína e 35,7g (trinta e cinco gramas e sete decigramas) de “crack”; a forma em que estavam fracionados e acondicionados, a primeira em 24 (vinte e quatro) trouxinhas, a segunda em 09 (nove) trouxinhas e a terceira em uma embalagem plástica e 02 (duas) trouxinhas, contendo certa quantidade de pedras; a apreensão de R\$ 94,00 (noventa e quatro reais) reais; e o fato de os policiais terem sido informados por populares sobre a traficância realizada pelo acusado em uma casa abandonada, não deixam dúvidas da destinação comercial dos psicotrópicos. Por conseguinte, na hipótese vertente, as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção que concluem pelo acerto da condenação do Denunciado pelo crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, não havendo que se falar em absolvição pela incidência do princípio in dubio pro reo. Na sequência, passa-se ao exame da dosimetria das penas. Transcreve-se, a seguir, trecho do decisio vergastado: [...] Evidenciadas a autoria e materialidade, passo à dosimetria da pena, apreciando as circunstâncias judiciais insculpidas no art. 59 do CP e art. 42 da Lei 11.343/06: a culpabilidade inerente ao tipo penal; em relação aos antecedentes, nada digno de nota, tendo em vista que o réu responde a outra ação penal de nº 0502241-33.2018.805.0004 (Tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo, 2ª Vara Criminal); a conduta social, apesar de já responder a outro processo pela prática de mesmo crime, sua conduta social se demonstra negativa na medida em que já é conhecido pela prática do crime de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo; quanto aos motivos, ao que parece, o réu cometeu o crime por necessidade financeira, sobretudo em razão de já ter um filho e estar à espera de outro, versão essa trazida pelos policiais e pela atual esposa do acusado na fase inquisitória. A justificativa não elide a responsabilidade penal porque o acusado, sendo válido para o trabalho lícito, optou por espontânea vontade, pela atividade delitual do tráfico; as circunstâncias do crime e comportamento da vítima, face à natureza do delito, não incidem negativamente à pena; as conseqüências do crime, nada digno de nota; natureza e quantidade do produto, nada digno de nota. Fixo a pena base no mínimo legal, portanto em 06 (seis) anos de reclusão. Não vislumbro a

incidência de circunstâncias atenuantes e agravantes, nem causas de aumento ou diminuição de pena, cominando-se a pena definitivamente em 06 (seis) anos de reclusão a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto. Relativamente à pena de multa, consideradas as circunstâncias judiciais, como acima analisadas, fixo a pena-base em 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa. Não há, da mesma forma, circunstâncias agravantes ou atenuantes nem causa de aumento ou diminuição de pena, cominando-se a pena definitivamente em 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, devendo o dia-multa ser calculado em 1/30 do salário mínimo. [...] Na primeira fase, após análise das circunstâncias judiciais e preponderantes (art. 59 do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/06), o Juiz a quo reputou como desfavorável o vetor referente à conduta social do réu, justificando que "sua conduta social se demonstra negativa na medida em que já é conhecido pela prática do crime de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo", pelo que fixou as penas-base em 06 (seis) anos de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo. Contudo, a leitura da sentença permite concluir que o Magistrado singular embasou a valoração negativa da conduta social do Apelante com esteio na existência de ação penal em curso em seu desfavor, de nº 0502241-33.2018.805.0004, em trâmite na 2ª Vara Criminal de Alagoinhas, pelos delitos de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo, fundamento esse inidôneo, na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "[...] inquéritos policiais ou ações penais em andamento não se prestam a majorar a reprimenda, seja a título de maus antecedentes, conduta social negativa ou personalidade voltada para o crime, em respeito ao princípio da presunção da não culpabilidade, nos termos da Súmula 444/STJ (É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base)" (AgRg no REsp n. 1.984.392/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 30/5/2022.). Logo, merece guarida o pedido defensivo para afastamento da valoração desfavorável da circunstância judicial relativa à "conduta social do agente". Também deve ser albergada a pretensão Ministerial, para que a circunstância preponderante referente à natureza das drogas seja negativamente valorada. Isso porque, conquanto a quantidade dos entorpecentes apreendidos não tenha sido elevada, a variedade das substâncias encontradas, sendo maconha, cocaína e "crack", essa em maior montante, e possuindo os dois últimos psicotrópicos alto poder viciante quando colocados em circulação, diante da maior nocividade, justificam a valoração desfavorável do aludido vetor. A respeito, vide STJ – AgRg no HC: 771446 SP 2022/0293561-3, Data de Julgamento: 18/10/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/10/2022. Nada obstante, considerando a atual compreensão adotada pelos Tribunais Superiores no que se refere à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos será sopesada apenas na terceira fase da dosimetria, em observância à regra non bis in idem. Sobre o tema: "A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712) "(REsp n. 1.887.511/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1/7/2021). Assim, afastada a valoração negativa da conduta social e deslocada a circunstância

preponderante para ser observada na última etapa, mister redimensionar as penas-base ao mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo. Já na segunda fase, inviável acolher o requerimento da Defesa para reconhecimento da atenuante da menoridade relativa, uma vez que o Recorrente possuía 26 (vinte e seis) anos à época do fato delituoso, ocorrido em 03/02/2021, enquanto o seu nascimento se deu em 04/01/1995 (ID. 168434733, pág. 25, PJe 1º Grau). De maneira que, ausentes agravantes e atenuantes, ficam estabelecidas como provisórias as penas aplicadas na etapa antecedente. Avançando à terceira fase, o Magistrado singular afastou a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, expondo a seguinte motivação: “incabível a redução insculpida no parágrafo 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06 ao passo que o réu não preenche os requisitos necessários para a incidência da referida benesse, tendo em vista que já responde a outra ação penal nesta Comarca pela prática do mesmo crime – 0502241-33.2018.8.05.0004 – o que demonstra sua dedicação a atividades ilícitas, sobretudo o tráfico de drogas, já sendo conhecido no meio policial por essa prática”. Como cediço, a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. No que concerne à aplicação da aludida minorante, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 10/08/2022, alinhando-se ao entendimento mais recente sufragado no Supremo Tribunal Federal, fixou tese em recursos repetitivos, no sentido de que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (REsp 1.977.027 e REsp 1.977.180). Confirmam-se: Proclamação Final de Julgamento no RECURSO ESPECIAL n.º 1.977.027/PR, do Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra Laurita Vaz (data do julgamento: 10/08/2022): A Terceira Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções, nos termos desta decisão, e fixou a seguinte 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”, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora (STJ, processo afetado ao rito dos recursos repetitivos). AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIMINAL. INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE. RE 591.054-RG/SC. AGRADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. Precedente. II – A aplicação da 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. III – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, RE 1283996 AgR, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020, publicado em 03/12/2020). Ainda acerca do tema, veja-se o seguinte julgado: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO

ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INQUÉRIOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. UTILIZAÇÃO PARA MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA E DA SEGUNDA TURMAS DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, no exercício de discricionariedade vinculada, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao quantum ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador. 2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão pelo STJ somente em situações excepcionais de notória ilegalidade ou de abuso de poder que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação probatória. 3. Os requisitos específicos para reconhecimento do tráfico privilegiado estão expressamente previstos no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a saber, que o beneficiário seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. 4. Inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar ou modular a fração de diminuição de pena do tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral). 5. Configura constrangimento ilegal a presunção de que o agente se dedica a atividades criminosas pela simples existência de inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação criminal definitiva; da mesma maneira, configura constrangimento ilegal a modulação da fração de redução de pena do tráfico privilegiado com considerações exclusivamente acerca desses fundamentos. 6. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC 694.827/RS, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe 24/02/2022). (grifos acrescidos). Nesse contexto, em consonância com o recente entendimento jurisprudencial firmado nos Tribunais Superiores, à míngua de elementos probatórios que indiquem, de forma segura, a dedicação do Apelante a atividades criminosas, tratando-se de Réu primário, sem registro de maus antecedentes, forçoso reconhecer que razão assiste à Defesa no tocante à possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. Registre-se, por oportuno, que a Terceira Seção do STJ, “na apreciação do HC 725.534/SP, revisou as diretrizes estabelecidas no EREsp n. 1.887.511/SP e firmou o entendimento de que é possível a utilização do critério da natureza e quantidade da droga apreendida tanto para a fixação da pena-base, quanto para a modulação da minorante do tráfico privilegiado – nesse último caso, ainda que sejam os únicos elementos aferidos” (EDcl nos EDcl no HC n. 723.643/RJ, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 11/11/2022.). Quanto à modulação da fração de redução, cumpre observar que, apesar da quantidade total de droga apreendida não ter sido expressiva, a natureza e a variedade das substâncias, a saber, maconha, crack e cocaína, sendo essas últimas altamente danosas à saúde humana, justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo. Isso porque, não é possível desconsiderar o fato de que as drogas ilícitas possuem distintas potencialidades e graus de pureza. Assim, o patamar de redução da pena deverá guardar correlação com o maior ou menor perigo de dano à saúde pública, perigo que se materializa na potencialidade real da substância que seria disseminada. Desse modo, tendo em vista a variedade e natureza das drogas apreendidas, bem assim que tal circunstância preponderante não foi sopesada na 1ª fase da dosimetria, reputa-se razoável, ao caso em testilha, a incidência do

reduzidor na fração de 1/3 (um terço), a título de prevenção e reprovação do delito. Tal conclusão é corroborada, inclusive, pelo princípio da individualização da pena, que deve nortear o magistrado na aplicação da reprimenda. Nesta senda, ausentes causas de aumento e aplicado o redutor de 1/3 (um terço), restam as reprimendas definitivamente fixadas em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo. Outrossim, diante do quantum ora redimensionado, cabível a modificação do regime prisional inicial para o aberto (art. 33, § 2º, c, do CP), bem como a substituição da sanção corporal por duas restritivas de direitos (nos termos do art. 44, do CP), a serem fixadas pelo Juízo da Execução. Finalmente, considerando as alterações efetuadas, mister conceder ao Recorrente o direito de recorrer em liberdade. Pelo quanto expendido, voto no sentido de conhecer e DAR PARCIAL PROVIMENTO aos Apelos, a fim de redimensionar as penas definitivas do Apelante para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, modificando o regime prisional inicial para o aberto e substituindo a sanção corporal por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução, servindo o presente acórdão como Alvará de Soltura em favor do Recorrente, se por AL não estiver preso. Sala das Sessões, ____ de _____ de 2023. Presidente Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães Relatora Procurador (a) de Justiça