

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 8003726-22.2022.8.05.0271 – Comarca de Valença/BA Apelante: Leonardo Braz dos Santos Defensora Pública: Dra. Deylane Azevedo Moraes Leite Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Dra. Fernanda Pataro de Queiroz Origem: 2ª Vara Crime, Infância e Juventude da Comarca de Valença/BA Procuradora de Justiça: Dra. Eny Magalhães Silva Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães ACÓRDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06). PRELIMINAR DE NULIDADE PROCESSUAL. NÃO ACOLHIMENTO. ACUSADO QUE, AO AVISTAR A VIATURA POLICIAL, CORREU, DISPENSANDO A DROGA EM UM MATAGAL. MATERIAL ILÍCITO LOCALIZADO PELA GUARNIÇÃO APÓS VARREDURA NO LOCAL. ABORDAGEM POLICIAL JUSTIFICADA PELA FUNDADA SUSPEITA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INALBERGAMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS SUFICIENTEMENTE COMPROVADAS PELO CONJUNTO PROBATÓRIO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE CONSUMO COMPARTILHADO DE DROGAS (ART. 33, § 3º, DA LEI Nº 11.343/06). IMPOSSIBILIDADE. CONTEXTO FÁTICO QUE NÃO INDICA CONDIÇÃO DE USUÁRIO. DOSIMETRIA DAS PENAS. PRETENSÃO DE RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006). ACOLHIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DO REDUTOR APENAS COM BASE NA EXISTÊNCIA DE OUTRAS AÇÕES PENAIS EM DESFAVOR DO RÉU. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS EVIDENCIADORES DE QUE O ACUSADO SE DEDIQUE A ATIVIDADES CRIMINOSAS OU INTEGRE ORGANIZAÇÃO. REDUÇÃO DAS PENAS NA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6. EXISTÊNCIA DE OUTRAS CINCO AÇÕES PENAIS EM CURSO. ESPECIAL PODER LESIVO DA DROGA “CRACK”. PLEITO DE ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. INADMISSIBILIDADE. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, para aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, e reduzir as penas definitivas impostas ao Apelante para 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, no valor unitário mínimo. I – Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Leonardo Braz dos Santos, insurgindo-se contra a sentença que o condenou às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. II – Extraí-se da exordial acusatória (id. 43347072), in verbis: “[...] no dia 28 de agosto de 2022, por volta das 13h20, na Rua Principal, Cajueiro, no Município Presidente Tancredo Neves/BA, nesta Comarca, o Denunciado LEONARDO BRAZ DOS SANTOS, agindo de forma livre e consciente, trazia consigo, para fins de tráfico, 23 (vinte e três) pedras de “crack”, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Ao que se apurou, policiais militares efetuavam patrulhamento de rotina pelo local dos fatos, quando avistaram o denunciado LEONARDO BRAZ DOS SANTOS em situação suspeita e decidiram abordá-lo. Em revista pessoal, o denunciado foi surpreendido portando a quantidade de 23 (vinte e três) pedras de “crack”, ocasião em que lhe fora dada voz de prisão pela guarnição policial. A elevada quantidade de drogas, a forma de armazenamento e o local em que se deu a prisão em flagrante evidenciam que tais produtos se destinavam ao comércio ilícito [...]”. III – Em suas razões de inconformismo, em apertada síntese, suscita o Apelante, preliminarmente, a nulidade do processo, em virtude da suposta ilegalidade da abordagem policial, uma vez que teria se baseado em mera “atitude suspeita”. No mérito, pleiteia a absolvição, por ausência de lastro probatório.

Subsidiariamente, pugna pela desclassificação para a conduta de consumo compartilhado de drogas (art. 33, § 3º, da Lei nº 11.343/06), pelo reconhecimento do tráfico privilegiado, e pela isenção do pagamento das custas processuais. IV – Inicialmente, não merece prosperar a preliminar de nulidade do processo, em decorrência da suposta ilegalidade da abordagem policial, que teria se baseado em mera “atitude suspeita”, pelo simples fato de o local ser conhecido pelo tráfico de drogas e o acusado ter olhado para trás, para a viatura, e corrido. Ao contrário do que afirma a defesa, a hipótese não foi de uma “fishing expedition”, ou seja, uma revista pessoal exploratória, com base em uma trivial desconfiança dos agentes de segurança, elementos intuitivos ou com alto grau de subjetivismo. Analisando os autos, notadamente o depoimento judicial da testemunha do rol de acusação Moisés Pereira Almeida (mídia audiovisual, PJE Mídias), sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, o que se observa é que sequer houve uma busca pessoal, tendo o acusado, à vista da viatura policial, corrido, passando por cercas, matos e pulando de um terreno para o outro, até que, vendo-se encurralado, dispensou as drogas e um isqueiro no mato, objetos que foram posteriormente localizados pela guarnição, em varredura do local. V – Assim, a conduta dos policiais militares limitou-se à perseguição do Apelante, sendo desnecessária qualquer busca pessoal quando a substância entorpecente já havia sido lançada em matagal próximo. Cumpre ressaltar que rondas de rotina integram a atividade policial, sendo certo que “a abordagem policial decorre do poder de polícia inerente à atividade do Poder Público que, calcada na lei, tem o dever de prevenir delitos e condutas ofensivas à ordem pública” (HC n.º 385.110/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 14/6/2017). VI – Ademais, ficou demonstrada a existência de fundadas razões para a perseguição e abordagem do Acusado, tendo em vista que, além de o local ser conhecido pelo tráfico de entorpecentes e alta periculosidade, não sendo incomum que a polícia seja recebida com disparos de arma de fogo, conforme a prova oral produzida nos autos, há inegável atitude suspeita na conduta de quem foge da guarnição policial e ainda dispensa objetos ao ser interceptado. VII – Muito recentemente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em caso semelhante, manifestou-se no sentido de que “a abordagem foi realizada em razão da presença de fundadas suspeitas, porquanto um dos pacientes se evadiu do local ao avistar a viatura policial e, após buscas no perímetro, ambos os pacientes foram localizados escondidos entre os arbustos, circunstâncias que configuraram justa causa para a realização das buscas pessoais – que resultaram na apreensão de 25g (vinte e cinco gramas) de crack, 97g (noventa e sete gramas) de maconha, um revólver calibre 32, com 3 munições e um revólver calibre 38, com 3 munições –, estando híidas, portanto, as provas produzidas” (STJ, AgRg no HC 734704/AL 2022/0102858-0, Data de Julgamento: 14/02/2023, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 17/02/2023). VIII – Trata-se de precedente corolário do entendimento já firmado no RHC nº 158.580/BA, da lavra do Ministro Rogério Schietti: “Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) – baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto – de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.” (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro Rogério Schietti, T6 – Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022). IX – No

mesmo sentido, opinou a Douta Procuradoria de Justiça, in verbis (id. 45027464): “segundo informaram os policiais que efetuaram a prisão em flagrante, inclusive sob o crivo do contraditório, o Apelante empreendeu fuga quando avistou a guarnição policial. Como se não bastasse, o local onde foi abordado é comumente conhecido pelo intenso tráfico de droga e alta periculosidade. Assim, naquele contexto, é irrefutável que a experiência da prática policial incidiu para demandar a fundada suspeita, autorizando a realização da busca pessoal, que, de fato, culminou na apreensão de 23 pedras de crack em posse do Apelante”. Ante o exposto, rejeita-se a sobredita preliminar, posto que não restou evidenciada qualquer ilegalidade na perseguição ou na abordagem policial. X – No mérito, não merece acolhimento o pleito absolutório. A autoria e materialidade delitivas foram suficientemente comprovadas pelos elementos probatórios, em especial pelo auto de prisão em flagrante (id. 43347073, p. 01-03), pelo auto de exibição e apreensão (id. 43347073, p. 06), pelo laudo provisória de constatação de substância entorpecente (id. 43347073, p. 07), pelo laudo definitivo (id. 43347080, p. 3-4), e pela prova oral produzida em juízo. Os dois policiais militares responsáveis pela abordagem e prisão em flagrante, CB/PM Moisés Pereira Almeida e SGT/PM Márcio Nascimento Silva, prestaram depoimentos uníssomos, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Como cediço, a função de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos prestados, mormente quando se apresentam coerentes e harmônicos com os demais elementos e circunstâncias colhidos dos autos, e quando oferecidos em juízo, sendo oportunizado o contraditório. XI – Interrogado em juízo, o acusado negou a autoria do crime, afirmando ter adquirido os entorpecentes com o indivíduo com quem estava conversando quando a viatura se aproximou. Alegou, ainda, ser usuário de crack há aproximadamente cinco anos, bem como que pretendia utilizar as 23 (vinte e três) pedras da substância apreendida com outras pessoas, em aproximadamente duas horas. Ressalte-se que o crime contido no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 é permanente, de ação múltipla e de mera conduta, ou seja, 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 de substância entorpecente. São várias as ações identificadas pelos diversos verbos, e o delito se consuma com a prática de qualquer das hipóteses previstas. No caso em tela, o delito foi praticado na modalidade “trazer consigo”, restando isolada nos autos a negativa de autoria narrada no interrogatório judicial do Apelante. XII – Assim, em que pese as alegações formuladas pela defesa, os depoimentos prestados pelos agentes policiais são coerentes com todo o arcabouço probatório, não se vislumbrando discrepâncias nos relatos capazes de afastar a conclusão de que o Apelante praticou o delito descrito no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006. Ademais, inexistente nos autos qualquer indício de que os referidos agentes públicos tenham prestado depoimentos falsos a respeito dos fatos, com intenção de prejudicar o Sentenciado. Conclui-se, portanto, que as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção que concluem pelo acerto da condenação. XIII – De igual modo, não se mostra possível a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito de consumo compartilhado, previsto no art. 33, § 3º, da Lei n.º 11.343/2006, uma vez que as circunstâncias do flagrante, por si só, demonstram a consumação do crime descrito no caput do art. 33, na modalidade “trazer consigo”, inexistindo qualquer indício, nos autos, de que a substância seria oferecida pelo réu, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a

consumirem, como exige o tipo penal. XIV – Ademais, segundo pesquisa publicada pela Fio Cruz (Pesquisa Nacional sobre o Uso de Crack, Org. Francisco Inácio Bastos e Neilane Bertoni – Rio de Janeiro: Editora ICICT/FIOCRUZ, 2014), o consumo de um usuário médio de crack, em um dia inteiro, consiste em 13,42 (treze vírgula quarenta e duas) pedras, quantidade muito inferior à apreendida pelo Apelante, não se revelando verossímil sua versão dos fatos de que tal montante seria utilizado em apenas duas horas, especialmente quando sopesadas as demais provas produzidas nos autos, evidenciadoras de que o acusado, vulgo “Leo-Boi”, é conhecido no meio policial pelo tráfico de entorpecentes, possuindo outras ocorrências e processos em andamento, além de ter corrido à vista da viatura policial, em local conhecido pela traficância, dispensando a droga em um matagal. Vale lembrar que a simples alegação de ser usuário de drogas ou de que o intuito era o consumo compartilhado do entorpecente com outras pessoas, por si só, não autoriza a desclassificação do crime de traficância. Afinal, nada impede a coexistência, numa mesma pessoa, das figuras do usuário e do traficante, haja vista ser comum o exercício da traficância como meio, inclusive, de sustentar o próprio vício. XV – Passa-se à análise da dosimetria das penas. Na primeira fase da dosimetria, a Juíza a quo manteve a pena basilar no mínimo legal, em razão da ausência de fundamentos aptos a lastrear a valoração negativa das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal e art. 42 da Lei de Drogas. Na segunda fase, consignou inexistirem atenuantes e agravantes a serem reconhecidas. XVI – Na terceira fase, deixou de reconhecer a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 sob o fundamento de que “o contexto dos fatos prova que o réu se dedica à atividade criminosa, mormente pela quantidade de drogas, o local e às condições em que esta fora apreendida, sendo certo que esses elementos revelam o profissionalismo da mercancia de entorpecentes” (id. 43347110). Neste ponto, assiste razão à defesa. Com efeito, para que seja reconhecido o tráfico privilegiado, o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, determina explicitamente que o acusado deve ser primário, possuidor de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa, requisitos estes que a jurisprudência pátria entende que devem ser cumulativos. XVII – Em que pese a existência de outras cinco ações penais em desfavor do Apelante, quatro pelo delito de tráfico de entorpecentes (0500307-10.2019.8.05.0229; 0500196-26.2019.8.05.0229; 0501388-96.2018.8.05.0271 e 8000664-71.2022.8.05.0271) e uma pelo crime de roubo (0501568-78.2019.8.05.0271), como já relatado pela Magistrada de origem, não há que se falar em maus antecedentes, tendo em vista que as quatro primeiras ainda estão em andamento e a última somente transitou em julgado após a prolação da sentença. Acerca do tema, 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). Desse modo, em consonância com o recente entendimento jurisprudencial firmado nos Tribunais Superiores, forçoso reconhecer, no presente caso, a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, considerando que o réu não é possuidor de maus antecedentes, inexistindo, ademais, provas nos autos de que integra organização criminosa ou se dedica habitualmente a atividades

criminosas. XVIII – Quanto à modulação da fração redutora, observa-se que, apesar de a quantidade de entorpecentes apreendidos não ter sido expressiva (vinte e três pedras de crack, não tendo constado nos laudos sua gramatura), não é possível desconsiderar o fato de que as drogas ilícitas possuem distintas potencialidades e graus de pureza. Assim, o grau de redução da pena deverá guardar correlação com o maior ou menor perigo de dano à saúde pública, que se materializa na potencialidade real da substância que seria disseminada, in casu, crack. Ademais, além de a substância apreendida ser de especial poder lesivo, verifica-se que havia cinco ações penais em curso quando da prolação da sentença, razão pela qual a fração redutora deverá incidir em seu percentual mínimo de 1/6, nos termos da jurisprudência desta Turma Julgadora nos processos-paradigma de nº 0706577-03.2021.8.05.0001 e 0536052-56.2019.8.05.0001. XIX – Isto posto, as reprimendas restam definitivamente fixadas em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, no valor unitário mínimo. Fica mantido o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos estritos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, sendo incabível a substituição por penas restritivas de direitos, por expressa vedação contida no art. 44, I, do mesmo diploma legal. XX – Por fim, não merece prosperar o pleito defensivo de isenção do pagamento das custas processuais, tendo em vista que, nos termos da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, ainda que o réu seja beneficiário da justiça gratuita, o que ocorre é a suspensão da exigibilidade das custas, ante a aferição de sua miserabilidade, podendo ser retomada a cobrança do valor, caso alterada sua situação financeira entre a data da condenação e a execução do decreto condenatório. Ademais, trata-se de análise pertinente à fase de execução da pena. XXI – Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo parcial conhecimento e, nessa extensão, pelo improvimento do Apelo. XXII – Apelo conhecido e PARCIALMENTE PROVIDO para aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, e reduzir as penas definitivas impostas ao Apelante para 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, no valor unitário mínimo. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 8003726-22.2022.8.05.0271, provenientes da Comarca de Valença/BA, em que figuram, como Apelante, Leonardo Braz dos Santos, e, como Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia. 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 AO APELO, para aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, e reduzir as penas definitivas impostas ao Apelante para 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, no valor unitário mínimo, 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, 29 de Agosto de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 8003726-22.2022.8.05.0271 – Comarca de Valença/BA Apelante: Leonardo Braz dos Santos Defensora Pública: Dra. Deylane Azevedo Moraes Leite Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Dra. Fernanda Pataro de Queiroz Origem: 2ª Vara Crime, Infância e Juventude da Comarca de Valença/BA Procuradora de Justiça: Dra. Eny Magalhães Silva Relatora:

Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães RELATÓRIO Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Leonardo Braz dos Santos, insurgindo-se contra a sentença que o condenou às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. Em observância aos princípios da celeridade, da efetividade e da economia processual, e considerando ali se consignar, no que relevante, a realidade processual até então desenvolvida, adota-se, como próprio, o relatório da sentença (id. 43347110), a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto. Irresignado, o Sentenciado interpôs Recurso de Apelação, suscitando em suas razões (id. 43347474), preliminarmente, a nulidade do processo, em virtude da suposta ilegalidade da abordagem policial, uma vez que teria se baseado em mera "atitude suspeita". No mérito, pleiteia a absolvição, por ausência de lastro probatório. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação para a conduta de consumo compartilhado de drogas (art. 33, § 3º, da Lei nº 11.343/06), pelo reconhecimento do tráfico privilegiado, e pela isenção do pagamento das custas processuais. Nas contrarrazões, pugna o Parquet pela manutenção da sentença recorrida (id. 43347478). Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo parcial conhecimento e, nessa extensão, improvimento do Apelo (id. 45027464). 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 8003726-22.2022.8.05.0271 – Comarca de Valença/BA Apelante: Leonardo Braz dos Santos Defensora Pública: Dra. Deylane Azevedo Moraes Leite Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Dra. Fernanda Pataro de Queiroz Origem: 2ª Vara Crime, Infância e Juventude da Comarca de Valença/BA Procuradora de Justiça: Dra. Eny Magalhães Silva Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães VOTO Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Leonardo Braz dos Santos, insurgindo-se contra a sentença que o condenou às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. Extrai-se da exordial acusatória (id. 43347072), in verbis: "[...] no dia 28 de agosto de 2022, por volta das 13h20, na Rua Principal, Cajueiro, no Município Presidente Tancredo Neves/BA, nesta Comarca, o Denunciado LEONARDO BRAZ DOS SANTOS, agindo de forma livre e consciente, trazia consigo, para fins de tráfico, 23 (vinte e três) pedras de "crack", sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Ao que se apurou, policiais militares efetuavam patrulhamento de rotina pelo local dos fatos, quando avistaram o denunciado LEONARDO BRAZ DOS SANTOS em situação suspeita e decidiram abordá-lo. Em revista pessoal, o denunciado foi surpreendido portando a quantidade de 23 (vinte e três) pedras de "crack", ocasião em que lhe fora dada voz de prisão pela guarnição policial. A elevada quantidade de drogas, a forma de armazenamento e o local em que se deu a prisão em flagrante evidenciam que tais produtos se destinavam ao comércio ilícito [...]". Em suas razões de inconformismo, em apertada síntese, suscita o Apelante, preliminarmente, a nulidade do processo, em virtude da suposta ilegalidade da abordagem policial, uma vez que teria se baseado em mera "atitude suspeita". No mérito, pleiteia a absolvição, por ausência de lastro probatório. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação para a

conduta de consumo compartilhado de drogas (art. 33, § 3º, da Lei nº 11.343/06), pelo reconhecimento do tráfico privilegiado, e pela isenção do pagamento das custas processuais. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, conhece-se do Apelo. Inicialmente, não merece prosperar a preliminar de nulidade do processo, em decorrência da suposta ilegalidade da abordagem policial, que teria se baseado em mera “atitude suspeita”, pelo simples fato de o local ser conhecido pelo tráfico de drogas e o acusado ter olhado para trás, para a viatura, e corrido. Ao contrário do que afirma a defesa, a hipótese não foi de uma “fishing expedition”, ou seja, uma revista pessoal exploratória, com base em uma trivial desconfiança dos agentes de segurança, elementos intuitivos ou com alto grau de subjetivismo. Analisando os autos, notadamente o depoimento judicial da testemunha do rol de acusação Moisés Pereira Almeida (mídia audiovisual, PJE Mídias), sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, o que se observa é que sequer houve uma busca pessoal, tendo o acusado, à vista da viatura policial, corrido, passando por cercas, matos e pulando de um terreno para o outro, até que, vendo-se encurralado, dispensou as drogas e um isqueiro no mato, objetos que foram posteriormente localizados pela guarnição, em varredura do local. Assim, a conduta dos policiais militares limitou-se à perseguição do Apelante, sendo desnecessária qualquer busca pessoal quando a substância entorpecente já havia sido lançada em matagal próximo. Cumpre ressaltar que rondas de rotina integram a atividade policial, sendo certo que “a abordagem policial decorre do poder de polícia inerente à atividade do Poder Público que, calcada na lei, tem o dever de prevenir delitos e condutas ofensivas à ordem pública” (HC n.º 385.110/SC, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 14/6/2017). Ademais, ficou demonstrada a existência de fundadas razões para a perseguição e abordagem do Acusado, tendo em vista que, além de o local ser conhecido pelo tráfico de entorpecentes e alta periculosidade, não sendo incomum que a polícia seja recebida com disparos de arma de fogo, conforme a prova oral produzida nos autos, há inegável atitude suspeita na conduta de quem foge da guarnição policial e ainda dispensa objetos ao ser interceptado. Muito recentemente, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, em caso semelhante, manifestou-se no sentido de que “a abordagem foi realizada em razão da presença de fundadas suspeitas, porquanto um dos pacientes se evadiu do local ao avistar a viatura policial e, após buscas no perímetro, ambos os pacientes foram localizados escondidos entre os arbustos, circunstâncias que configuraram justa causa para a realização das buscas pessoais – que resultaram na apreensão de 25g (vinte e cinco gramas) de crack, 97g (noventa e sete gramas) de maconha, um revólver calibre 32, com 3 munições e um revólver calibre 38, com 3 munições –, estando híidas, portanto, as provas produzidas” (STJ, AgRg no HC 734704/AL 2022/0102858-0, Data de Julgamento: 14/02/2023, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 17/02/2023). Trata-se de precedente corolário do entendimento já firmado no RHC nº 158.580/BA, da lavra do Ministro Rogério Schietti: “Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) – baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto – de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.” (RHC n. 158.580/BA, relator Ministro Rogério Schietti, T6 – Sexta Turma, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022). No mesmo sentido,

opinou a Douta Procuradoria de Justiça, in verbis (id. 45027464): “segundo informaram os policiais que efetuaram a prisão em flagrante, inclusive sob o crivo do contraditório, o Apelante empreendeu fuga quando avistou a guarnição policial. Como se não bastasse, o local onde foi abordado é comumente conhecido pelo intenso tráfico de droga e alta periculosidade. Assim, naquele contexto, é irrefutável que a experiência da prática policial incidiu para demandar a fundada suspeita, autorizando a realização da busca pessoal, que, de fato, culminou na apreensão de 23 pedras de crack em posse do Apelante”. Ante o exposto, rejeita-se a sobredita preliminar, posto que não restou evidenciada qualquer ilegalidade na perseguição ou na abordagem policial. No mérito, não merece acolhimento o pleito absolutório. A autoria e materialidade delitivas foram suficientemente comprovadas pelos elementos probatórios, em especial pelo auto de prisão em flagrante (id. 43347073, p. 01-03), pelo auto de exibição e apreensão (id. 43347073, p. 06), pelo laudo provisória de constatação de substância entorpecente (id. 43347073, p. 07), pelo laudo definitivo (id. 43347080, p. 3-4), e pela prova oral produzida em juízo. Os dois policiais militares responsáveis pela abordagem e prisão em flagrante, CB/PM Moisés Pereira Almeida e SGT/PM Márcio Nascimento Silva, prestaram depoimentos uníssonos, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como transcrito a seguir: “[...] que estavam em patrulhamento pelo bairro; que, quando entraram no bairro, esse cidadão Leonardo, ao avistar a viatura, tentou evadir; que conseguiram alcançar; que, quando alcançou e deu voz de abordagem, ele dispensou, jogou algo no mato que a gente conseguiu localizar depois, a droga e o isqueiro; que conduzimos para a delegacia; que a gente não sabia quem era; que eu sabia a informação sobre “Leo Boi”, mas não ligava à pessoa; que aí ele deu o nome, disse que era morador de Tancredo Neves, que morava num bairro e outro; que dissemos que íamos atrás da família dele, aí ele ficou enrolando; que, quando chegou na delegacia, o pessoal da delegacia disse “esse aí é fulano”; que não tinha nada a ver com o nome dele, com o nome que ele tinha dado à guarnição; que o local é de extremo risco e geralmente o pessoal corre, mas não recorda de o acusado ter resistido à prisão; que muitas vezes a polícia é recebida a tiros nesse bairro; que, sobre as escoriações presentes no laudo de lesões corporais do acusado, foi porque ele ralou a perna; que ele correndo, passando por cerca, pulando de um terreno para o outro, ele deve ter caído e ralou; que não foi a gente não; que a gente pegou ele no meio do mato, que a gente abordou, trouxe ele para cima e concluiu a abordagem; que, quando a gente alcançou ele, ele estava arranhado; que ele alegou que caiu; que é bairro periférico, pobre, esgoto passando a céu aberto, passando cerca de arame, esse tipo de coisa; que quando o acusado se viu encurralado, próximo do muro de uma casa, ele jogou o material; que a gente fez uma varredura e localizou; que, como sempre, eles alegam que é para uso próprio; que não encontraram outros objetos que pudessem indicar tráfico, só a droga e o isqueiro; que depois, segundo informações lá do bairro, um indivíduo lá do tráfico teria encontrado lá no matagal uma arma que supostamente o acusado teria jogado, mas isso aí não vem ao caso porque a gente não sabe a veracidade; que, quando a viatura entrou no bairro, o acusado estava conversando com um rapaz; que o acusado correu e o rapaz saiu caminhando no sentido da rua; que só visualizamos uma conversa; que não viram venda de drogas [...]”. (depoimento judicial da testemunha do rol de acusação CB/PM Moisés Pereira Almeida, mídia audiovisual, PJE Mídias) “[...] que reconhece o acusado presente na audiência como sendo o autor dos fatos descritos na denúncia; que o

depoente estava de serviço, mas não se recorda o horário; que o acusado, ao avistar a viatura, correu; que a gente encontrou o acusado com alguma...; que inclusive, se não me engano, ele até caiu; que depois a gente conseguiu pegar ele; que lá é muita ocorrência de droga, então não dá bem para lembrar detalhes de coisas que tenham ocorrido; que, sobre as escoriações constantes no laudo de lesões corporais do acusado, lembra que ele caiu e a gente conseguiu interceptar ele; que lembra de ele ter apresentado nome falso na delegacia; que só lembra que ele correu e a gente conseguiu interceptar ele; que não lembra se ele estava conversando com alguém; que a droga estava em um saco preto, mas não lembra se estava com ele ou próxima a ele [...]” (depoimento judicial da testemunha do rol de acusação SGT/PM Márcio Nascimento Silva, mídia audiovisual, PJE Mídias)

Como cediço, a função de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos prestados, mormente quando se apresentam coerentes e harmônicos com os demais elementos e circunstâncias colhidos dos autos, e quando oferecidos em juízo, sendo oportunizado o contraditório. Nessa esteira: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. CONDENAÇÃO BASEADA EM TESTEMUNHOS POLICIAIS. (I) NÃO INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL OBJETO DE DIVERGÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA Nº 284/STF. (II) ACÓRDÃO RECORRIDO DE ACORDO COM O ENTENDIMENTO DO STJ. SÚMULA 568/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A ausência de particularização dos artigos supostamente violados inviabiliza a compreensão da irresignação recursal, em face da deficiência da fundamentação do apelo raro. Súmula nº 284/STF. 2. É assente nesta Corte o entendimento no sentido de que 'O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso' (HC 165.561/AM, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 15/02/2016). Súmula nº 568/STJ. 3. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ, AgRg no AREsp 1054663/MG, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 04/04/2017)” (grifos acrescidos) “PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE DE ARMA. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. CONDENAÇÃO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES. MEIO DE PROVA IDÔNEO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A Corte de origem, soberana na apreciação da matéria fático-probatória, concluiu pela existência de provas suficientes para a condenação pelo delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, notadamente em razão dos depoimentos de policiais, colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, razão pela qual a revisão do julgado encontra óbice na Súmula 7/STJ. 2. O depoimento policial prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a respaldar a condenação, notadamente quando ausente dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova. 3. Agravo regimental improvido.” (STJ, AgRg no AREsp 597.972/DF, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 17/11/2016) (grifos acrescidos) Confira-se excerto do Parecer Ministerial: “A materialidade está devidamente demonstrada, a partir do Auto de Exibição e Apreensão (ID 43347073 – Pág. 6), do Laudo de Constatação Provisória (ID 43347073 – Pág. 7) e do Laudo de Exame Pericial (ID 43347080 – Pág. 3), com resultado positivo para a droga benzoilmetilecgonina (apreensão de 23 pedras de crack). Quanto à autoria delitiva, afastada a arguição de ilicitude da prova, tem-se que foram

apuradas evidências, a partir da prisão em flagrante, confirmadas nos depoimentos prestados pelos policiais, firmes e convergentes com a tese acusatória, no sentido de que o Apelante, durante a fuga, dispensou as vinte e três pedras de crack apreendidas.” (id. 45027464) Interrogado em juízo, o acusado negou a autoria do crime, afirmando ter adquirido os entorpecentes com o indivíduo com quem estava conversando quando a viatura se aproximou. Alegou, ainda, ser usuário de crack há aproximadamente cinco anos, bem como que pretendia utilizar as 23 (vinte e três) pedras da substância apreendida com outras pessoas, em aproximadamente duas horas, como transcrito a seguir: “[...] que os policiais pegaram na minha mão; que eu comprei para usar; que eu peguei na mão do homem que tem lá; que era para usar; que eu não estava traficando; que a droga estava dentro de um saco amarelo; que eu tinha acabado de pegar; que eu corri, o menino que me vendeu ficou, e eles foram atrás de mim; que sou usuário de crack há cinco anos; que eu usaria vinte e três pedras em duas horas de relógio, eu e os meninos que tem lá; que foi encontrado um isqueiro preto que eu ia utilizar para usar a droga [...]” (interrogatório judicial do réu, mídia audiovisual, PJE Mídias) Ressalte-se que o crime contido no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 é permanente, de ação múltipla e de mera conduta, ou seja, 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 de substância entorpecente. São várias as ações identificadas pelos diversos verbos, e o delito se consuma com a prática de qualquer das hipóteses previstas. No caso em tela, o delito foi praticado na modalidade “trazer consigo”, restando isolada nos autos a negativa de autoria narrada no interrogatório judicial do Apelante. Assim, em que pese as alegações formuladas pela defesa, os depoimentos prestados pelos agentes policiais são coerentes com todo o arcabouço probatório, não se vislumbrando discrepâncias nos relatos capazes de afastar a conclusão de que o Apelante praticou o delito descrito no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006. Ademais, inexistente nos autos qualquer indício de que os referidos agentes públicos tenham prestado depoimentos falsos a respeito dos fatos, com intenção de prejudicar o Sentenciado. Conclui-se, portanto, que as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção que concluem pelo acerto da condenação. De igual modo, não se mostra possível a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito de consumo compartilhado, previsto no art. 33, § 3º, da Lei n.º 11.343/2006, uma vez que as circunstâncias do flagrante, por si só, demonstram a consumação do crime descrito no caput do art. 33, na modalidade “trazer consigo”, inexistindo qualquer indício, nos autos, de que a substância seria oferecida pelo réu, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem, como exige o tipo penal. Ademais, segundo pesquisa publicada pela Fio Cruz (Pesquisa Nacional sobre o Uso de Crack, Org. Francisco Inácio Bastos e Neilane Bertoni – Rio de Janeiro: Editora ICICT/FIOCRUZ, 2014), o consumo de um usuário médio de crack, em um dia inteiro, consiste em 13,42 (treze vírgula quarenta e duas) pedras, quantidade muito inferior à apreendida pelo Apelante, não se revelando verossímil sua versão dos fatos de que tal montante seria utilizado em apenas duas horas, especialmente quando sopesadas as demais provas produzidas nos autos, evidenciadoras de que o acusado, vulgo “Leo-Boi”, é conhecido no meio policial pelo tráfico de entorpecentes, possuindo outras ocorrências e processos em andamento, além de ter corrido à vista da viatura policial, em local conhecido pela traficância, dispensando a droga em um matagal. Vale lembrar que a simples alegação de

ser usuário de drogas ou de que o intuito era o consumo compartilhado do entorpecente com outras pessoas, por si só, não autoriza a desclassificação do crime de traficância. Afinal, nada impede a coexistência, numa mesma pessoa, das figuras do usuário e do traficante, haja vista ser comum o exercício da traficância como meio, inclusive, de sustentar o próprio vício. Acerca da configuração do delito, tem-se a lição de Guilherme de Souza Nucci: "(...) oferecer (ofertar como presente) é a conduta, cujo objeto é droga. Outros requisitos são estabelecidos neste tipo novo: a) agir em caráter eventual (sem continuidade ou frequência); b) atuar sem objetivo de lucro (não é viável alcançar qualquer tipo de vantagem ou benefício); atingir pessoa do relacionamento do agente (alguém conhecido antes da oferta da droga); d) ter a finalidade de consumir a droga em conjunto. (...)” (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas – vol. 1. Rio de Janeiro: Forense, 2014, 8. ed., p. 347). Nesse sentido, os julgados adiante transcritos: Apelação – Tráfico de drogas – Condenação – Recurso defensivo – Pedidos de absolvição por falta de provas e de desclassificação para o crime de porte de drogas para consumo pessoal (art. 28 da Lei 11.343/06)– Não acolhimento – Materialidade e autoria comprovadas – Depoimentos de policiais prestados em juízo constituem meio de prova idôneo a respaldar a condenação, notadamente quando ausente dúvida sobre a imparcialidade – Prova oral harmônica e coesa – Apelante que trazia consigo droga perniciosa ("crack"), em quantidade elevada (17 porções) e acondicionadas em embalagens típicas de mercancia – Circunstâncias da prisão reforçam o "animus" de traficância – Policiais militares receberam notícia-crime anônima dando conta de que a apelante praticava a narcotraficância, o que foi confirmado pela prisão em flagrante – Versão da sentenciada dissociada das provas coligidas – Desnecessidade de que os agentes públicos presenciem o ato de mercancia – Crime de ação múltipla ou conteúdo variado – Bastante comum a figura do "traficante-usuário" ou "usuário-traficante", que comercializa entorpecentes para sustentar o próprio vício – Penas bem dosadas e regime inicial fixado corretamente, em atenção aos parâmetros legais aplicáveis à espécie, não merecendo qualquer reparo – Recurso não provido. (TJ-SP – APR: 15002257320198260585 SP 1500225-73.2019.8.26.0585, Relator: Juscelino Batista, Data de Julgamento: 23/03/2021, 8ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 23/03/2021) (grifos nossos) APELAÇÃO. Tráfico de drogas. Recurso defensivo. Pleito de desclassificação do crime de tráfico para o tipo previsto no artigo 28, da Lei n. 11.343/06. Impossibilidade. Cumprimento de mandado de busca domiciliar na casa do réu que culminou na apreensão de expressiva quantidade de "crack", confirmando o teor das reiteradas denúncias anônimas que motivaram a determinação da diligência pelo juízo a quo. Palavras dos policiais que merecem crédito à míngua de prova idônea em sentido contrário. Condição de usuário que não exclui a de traficante. Réu portador de maus antecedentes e reincidência. Condenação confirmada. Pena e regime prisional bem fixados. Negado provimento ao recurso. (TJ-SP – APR: 15006282520218260374 Morro Agudo, Relator: Leme Garcia, Data de Julgamento: 18/05/2023, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 18/05/2023) (grifos nossos) Passa-se à análise da dosimetria das penas. Na primeira fase da dosimetria, a Juíza a quo manteve a pena basilar no mínimo legal, em razão da ausência de fundamentos aptos a lastrear a valoração negativa das circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal e art. 42 da Lei de Drogas. Na segunda fase, consignou inexistirem atenuantes e agravantes a serem reconhecidas. Na terceira fase, deixou de reconhecer a causa de diminuição

de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 sob o fundamento de que “o contexto dos fatos prova que o réu se dedica à atividade criminosa, mormente pela quantidade de drogas, o local e às condições em que esta fora apreendida, sendo certo que esses elementos revelam o profissionalismo da mercancia de entorpecentes” (id. 43347110). Neste ponto, assiste razão à defesa. Com efeito, para que seja reconhecido o tráfico privilegiado, o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, determina explicitamente que o acusado deve ser primário, possuidor de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa, requisitos estes que a jurisprudência pátria entende que devem ser cumulativos. Cita-se: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMEN-TAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. INCI-DÊNCIA DO BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NECESSIDADE DE REVOL-VIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. REGIME MAIS GRAVOSO. ELEVADA QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. [...] 4. Agravo regimental não provido.” (STJ, AgRg no REsp 1976893/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2022, DJe 14/03/2022) Em que pese a existência de outras cinco ações penais em desfavor do Apelante, quatro pelo delito de tráfico de entorpecentes (0500307-10.2019.8.05.0229; 0500196-26.2019.8.05.0229; 0501388-96.2018.8.05.0271 e 8000664-71.2022.8.05.0271) e uma pelo crime de roubo (0501568-78.2019.8.05.0271), como já relatado pela Magistrada de origem, não há que se falar em maus antecedentes, tendo em vista que as quatro primeiras ainda estão em andamento e a última somente transitou em julgado após a prolação da sentença. Acerca do tema, 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). Confira-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). “AGRAVO 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. AGRAVO 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 da matéria, colaciona-se o seguinte julgado: “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INQUÉRIOS E AÇÕES PENAIIS 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). Desse modo, em consonância com o recente entendimento jurisprudencial firmado nos Tribunais Superiores, forçoso reconhecer, no presente caso, a possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, considerando que o réu não é possuidor de maus antecedentes, inexistindo, ademais, provas nos autos de que integra organização criminosa ou se dedica habitualmente a atividades criminosas. Quanto à modulação da fração redutora, observa-se que, apesar de a quantidade de entorpecentes apreendidos não ter sido expressiva (vinte e três pedras de crack, não tendo constado nos laudos sua gramatura), não é possível desconsiderar o fato de que as drogas ilícitas possuem distintas potencialidades e graus de pureza. Assim, o grau de redução da pena deverá guardar correlação com o maior ou menor perigo de dano à saúde pública, que se materializa na potencialidade real da substância que seria disseminada, in casu, crack. Ademais, além de a substância apreendida ser de especial poder lesivo, verifica-se que havia cinco ações penais em curso quando da prolação da sentença, razão pela qual a fração redutora deverá incidir em seu percentual mínimo de 1/6, nos termos da jurisprudência pacificada por esta Turma Julgadora nos

processos-paradigma de nº 0706577-03.2021.8.05.0001 e 0536052-56.2019.8.05.0001. Cita-se: [...] V – Por outro lado, faz-se mister aplicar, na terceira fase da dosimetria, a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, em razão do Tema Repetitivo 1139 do STJ, que veda a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para afastar a causa de diminuição de pena. Redutor aplicado na fração de 1/2 (metade), em razão da nocividade da droga apreendida. [...] (TJ-BA – APL: 07065770320218050001 1ª Vara de Tóxicos – Salvador, Relator: BALTAZAR MIRANDA SARAIVA, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 06/09/2022) “[...] V – No caso destes autos, é imprescindível salientar ainda que a prisão em flagrante do Apelante ocorreu em local sabidamente conhecido como ponto de tráfico de drogas (conforme informaram os policiais), e o Recorrente responde a pelo menos outros dois processos penais nos quais a imputação também é aquela prevista no artigo 33 da Lei 11.343/06. VI – Com efeito, em consulta ao E-SAJ, constata-se que contra o Acusado há as ações penais em curso de nº 0514267-38.2019.8.05.0001 e 0573924-47.2015.8.05.0001. No primeiro processo mencionado, a denúncia narra a prática de tráfico de drogas na data de 01 de março de 2019. No segundo, a exordial imputa que, no dia 28 de outubro de 2015, o ora Apelante tinha, em sua residência, um revólver (que utilizara para cometer um assalto), 29 (vinte e nove) porções de crack e 45 (quarenta e cinco) porções de maconha. E, no presente processo, o Acusado foi flagrantado com 08 (oito) porções de cocaína em pó e 01 (uma) porção de cocaína em pedra, pesando 5,90g (cinco gramas e noventa centigramas), 03 (três) porções de maconha, pesando 4,48g (quatro gramas e quarenta e oito centigramas), de sorte que as condições pessoais do Recorrente e a forma como as drogas foram encontradas – fracionadas em porções pequenas – inviabilizam o pedido defensivo de desclassificação para o art. 28 da Lei 11.343/06. VII – Assim, não prosperam os pedidos de absolvição por insuficiência de provas e de desclassificação da conduta para o crime de uso. VIII – Por outro lado, faz-se mister aplicar, na terceira fase da dosimetria, a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, em razão do Tema Repetitivo 1139 do STJ, que veda a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para afastar a causa de diminuição de pena. Fração da minorante aplicada em 1/3 (um terço) em razão da variedade e nocividade das drogas apreendidas. [...]” (TJ-BA – APL: 0536052-56.2019.8.05.0001 1ª Vara de Tóxicos – Salvador, Relator: BALTAZAR MIRANDA SARAIVA, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 06/09/2022) Isto posto, as reprimendas restam definitivamente fixadas em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, no valor unitário mínimo. Fica mantido o regime inicial semiaberto de cumprimento de pena, nos estritos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, sendo incabível a substituição por penas restritivas de direitos, por expressa vedação contida no art. 44, I, do mesmo diploma legal. Por fim, não merece prosperar o pleito defensivo de isenção do pagamento das custas processuais, tendo em vista que, nos termos da jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça, ainda que o réu seja beneficiário da justiça gratuita, o que ocorre é a suspensão da exigibilidade das custas, ante a aferição de sua miserabilidade, podendo ser retomada a cobrança do valor, caso alterada sua situação financeira entre a data da condenação e a execução do decreto condenatório. Ademais, trata-se de análise pertinente à fase de execução da pena. Nesse sentido: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE

ENTORPECENTES. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS OU DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. EXECUÇÃO PROVISÓRIA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. USO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. INVIABILIDADE. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 9. De acordo com a jurisprudência desta Corte, o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução e, por tal razão, 'nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais' (AgRg no AREsp n. 394.701/MG, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI, SEXTA TURMA, DJe 4/9/2014). 10. Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ, AgRg no AREsp n. 1.880.906/SP, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 1/4/2022). Isto posto, voto no sentido de conhecer e DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO, para aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, e reduzir as penas definitivas impostas ao Apelante para 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, no valor unitário mínimo. Sala das Sessões, ____ de _____ de 2023. Presidente Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães Relatora Procurador (a) de Justiça