

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8001303-49.2023.8.05.0176 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: CRISTIAN MIRANDA DOS SANTOS Advogado (s): Rebeca Matos Gonçalves Fernandes dos Santos, LORENA GARCIA BARBUDA CORREIA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELANTE CONDENADO COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE DA AÇÃO PENAL POR TER HAVIDO VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. AFASTADA. APREENSÃO DE ENTORPECENTES QUE SE DEU EM VIA PÚBLICA. CONDENAÇÃO CALCADA NOS ILÍCITOS APREENHIDOS FORA DO DOMICÍLIO. 2. AUSÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO PARA A CONDENAÇÃO. INACOLHIMENTO. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE DO APELANTE QUE SE MOSTRARAM SEGUROS E HARMÔNICOS. VALIDADE DOS REFERIDOS DEPOIMENTOS. PRECEDENTES DO STJ. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS SOBEJAMENTE COMPROVADAS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS CONFIGURADO. 3. REFORMA DA DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO REFERENTE À FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ALTERAÇÃO PARA O REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PARCIAL PROCEDÊNCIA. BASILAR JÁ FIXADA NO MÍNIMO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. DE OFÍCIO, RECONHECIDA A ATENUANTE DA MENORIDADE PENAL, SEM QUE SE INCIDA SEUS EFEITOS SOBRE A PENA. OBSERVÂNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. INEXISTÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS QUE INDIQUEM QUE O APELANTE INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. POUCA QUANTIDADE DE DROGAS QUE, ISOLADAMENTE, NÃO SE PRESTA A AFASTAR A FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO DA BENESSE QUE SE IMPÕE, NA FRAÇÃO DE 2/3. ALTERAÇÃO DE REGIME PARA O ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. CONCEDIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA, PRELIMINAR DE NULIDADE AFASTADA E, NO MÉRITO, PARCIALMENTE PROVIDA. Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal nº 8001303-49.2023.8.05.0176, oriundos da Vara Crime da Comarca de Nazaré, sendo apelante CRISTIAN MIRANDA DOS SANTOS e apelado o Ministério Público Estadual. Acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em conhecer em parte do recurso de apelação e, nesta extensão, afastar a preliminar de nulidade e julgá-lo parcialmente provido, de acordo com o voto do Relator. Sala das Sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. João Bôsko de Oliveira Seixas 2ª Câmara Crime 2ª Turma Relator 12 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 22 de Janeiro de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8001303-49.2023.8.05.0176 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: CRISTIAN MIRANDA DOS SANTOS Advogado (s): Rebeca Matos Gonçalves Fernandes dos Santos, LORENA GARCIA BARBUDA CORREIA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO “Cuida-se de apelação interposta por Cristian Miranda dos Santos contra a r. sentença proferida pela M.M. Juíza de Direito da Vara Crime da Comarca de Nazaré. Narrou o ilustre representante do Parquet em sua preambular acusatória (ID 50945309) que, em 31/05/2023, por volta das 11h30min, no bairro Muritiba, em Nazaré, o acusado foi flagrado por agentes policiais trazendo consigo 288 (duzentos e oitenta e oito) trouxinhas e 4 (quatro) pedras grandes de cocaína, totalizando 152g (cento e cinquenta e duas gramas). Detalhou o Órgão Ministerial que a Polícia

Civil recebeu informação de que dois indivíduos, sendo um deles o acusado, apontado como integrante da facção criminosa KATIARA e gerente do comércio ilícito de entorpecentes no bairro Muritiba, encontravam-se na esquina da entrada da Rua das Pedreiras, comercializando entorpecentes. Prosseguiu narrando que, segundo as informações obtidas pelos policiais, o denunciado estaria com uma sacola de drogas e o indivíduo não identificado com uma pistola, sendo fornecidas também as características físicas dos suspeitos. Concluiu o Ministério Público dizendo que os policiais saíram em diligência e assim que chegaram no local indicado, identificaram os suspeitos e, ao tentar efetuar a abordagem, os policiais foram recebidos com disparos de arma de fogo. Ambos os suspeitos tentaram evadir do local, mas o denunciado foi capturado. Com ele foi encontrada uma sacola contendo drogas e um carregador de rádio comunicador. O Ministério Público requereu, assim, a condenação de Cristian Miranda dos Santos nas sanções do art. 33 da Lei 11.343/2006. Ultimada a instrução criminal, sobreveio a sentença (ID 50946019) que julgou e procedente a pretensão punitiva contida na denúncia para condenar o réu pela prática do delito capitulado no art. 33 da Lei 11.343/2006, aplicando-lhe uma pena de 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, em regime semiaberto, negado o direito de recorrer em liberdade. Irresignado, o apelante interpôs o presente recurso (ID 54415360), requerendo, preliminarmente, a nulidade da ação penal por violação de domicílio. No mérito, pleiteou sua absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, requereu a reforma da dosimetria para que a basilar seja fixada no mínimo legal e para que seja reconhecida a figura do tráfico privilegiado, alterando-se o regime para o aberto. Por fim, requereu a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e pleiteou o direito de recorrer em liberdade. Em contrarrazões (ID 54415307), o Parquet manifestou-se pelo conhecimento e desprovimento do recurso. Os autos subiram a esta Superior Instância, colhendo-se o parecer da douta Procuradoria de Justiça (ID 54940752), pelo conhecimento e improvimento do recurso. Examinados os autos, elaborei o presente relatório e o submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor, para os devidos fins. É o relatório. Salvador, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. João Bôsko de Oliveira Seixas 2ª Câmara Crime 2ª Turma Relator 12 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8001303-49.2023.8.05.0176 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: CRISTIAN MIRANDA DOS SANTOS Advogado (s): Rebeca Matos Gonçalves Fernandes dos Santos, LORENA GARCIA BARBUDA CORREIA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Devidamente observados os pressupostos de admissibilidade recursal, conhece-se da apelação. 1. Da preliminar de nulidade da ação penal por ter havido violação de domicílio. O apelante argumenta que deve ser absolvido, pois a sua prisão decorreu de indevida violação de domicílio. Inicialmente, cumpre registrar que a materialidade do delito denunciado está comprovada por meio do auto de exibição e apreensão, do laudo de constatação provisório e do laudo de exame pericial das drogas, que atestam a apreensão, no que interessa ao feito, de 152g (cento e cinquenta e duas) de cocaína, distribuídas em 288 (duzentas e oitenta e oito) trouxinhas e 04 (quatro) pedras, um motor de motocicleta e um carregador de rádio comunicador (ID 50945305 – fls. 12, ID 50945306 – fls. 19 e ID 50945960). Sobre os fatos e a sua autoria, extrajudicialmente, foram ouvidos os policiais Gonçalo e Gustavo Elias, que prenderam o apelante, relatando, em síntese, que receberam informações

de que dois indivíduos estavam traficando no bairro Muritiba e um deles portando arma de fogo, sendo passadas as suas características e o nome do apelante, e que este era gerente da facção Katiara; que foi montada uma operação e se deslocaram ao local indicado, e que foram recebidos a tiros, mas que somente se conseguiu alcançar o apelante, que trazia consigo uma sacola contendo drogas e que foi feita busca em um imóvel nas proximidades, sendo encontrado um motor de motocicleta (ID 50945305 – fls. 10 e 16). Detalhando a versão acusatória, a testemunha IPC Gustavo Elias Hayne Oliveira, ouvido em juízo, disse (oitiva disponível no PJE mídias): “que se recorda da prisão do acusado; que participou da operação montada para coibir o tráfico de drogas na localidade de Muritiba; que receberam a informação de que haviam dois indivíduos traficando ali próximo à rua das Pedreiras e aí pediram apoio a Polícia Militar e foram até o local; que na denúncia foram dadas as características que trajavam as duas pessoas; que foram até a localidade no intuito de prendê-los; que fizeram o cerco, que lá chegando, um dos indivíduos evadiu-se, e o acusado Cristian foi alcançado e com o mesmo foi encontrado uma quantidade de droga do tipo cocaína, porém não sabe dizer a quantidade; que a droga estava dentro de uma sacola, acondicionada em trouxinhas para a comercialização; que cercaram a localidade e aí o acusado Cristian fugiu e foi alcançado em via pública; que a droga foi encontrada com o acusado Cristian; que fizeram buscas e em uma casa abandonada, próximo ao local, foi encontrado um motor de uma motocicleta, que foi enviado à perícia; que a polícia civil tem o mapeamento daquela região e o acusado, segundo informações, integra a facção Katiara na função de gerente do bairro de Muritiba; que na denúncia foi dado o nome de Cristian, suas características físicas e as roupas que estava usando; que foi algo muito pontual e detalhado; que tiveram a sorte de alcançá-lo e prendê-lo; que a denúncia foi anônima”. Grifos nossos 0 Sargento/PM Gonçalo Souza Silva, em juízo, não trouxe maiores informações sobre os fatos, pois não se recordava bem, diante das diversas diligências que realizou, em diferentes regiões que presta serviços, assim como não se recordava do acusado. Também foi ouvida a testemunha Cauan dos Santos Leite, primo do apelante, arrolada pelo Parquet, que, inicialmente, perante do Delegado, disse que estava em casa, quando ouviu disparos de arma de fogo e que, instantes após, o acusado apareceu correndo, pelo quintal de sua residência e que o acusado foi preso com drogas, mas que não presenciou o momento da prisão; que acredita que o acusado lhe acusou para lhe incriminar, por ser menor de idade (ID 50945306 – fls. 16). Em juízo, alterou sua versão dos fatos, afirmando que o acusado não foi preso com nada de ilícito. Vejamos (oitiva disponível no PJE mídias): “que estava capinando o quintal, quando ouviu o barulho de disparo de arma de fogo e entrou em sua residência; que demorou um pouquinho, o acusado Cristian chegou e entrou para dentro de casa; que o depoente, então, foi até a porta pegar uma pá para pegar o lixo e nisso os policiais já estavam no meio da rua e lhe abordaram na sua porta e pegaram o acusado Cristian dentro da sua casa; que seu primo Cristian não estava com nada nesse momento, não foi pego com nada, nenhuma droga; que o acusado Cristian trabalha como ajudante de pedreiro e não sabe se o mesmo faz uso de drogas; que não disse o que consta como seu depoimento na delegacia; que estava com seu advogado, Jean, na Delegacia; que reconhece como sua assinatura no termo de depoimento prestado na Delegacia; que informou na Delegacia que o acusado Cristian foi pego dentro da sua casa; que no momento em que foi ouvido em Delegacia, sua mãe não estava presente; que estava com seu pai e seu advogado, na sala da Delegacia; que o policial

que lhe pegou na sua casa foi o mesmo que acompanhou seu depoimento; que não foi lhe dado a oportunidade de ler seu depoimento na delegacia; que seu pai também não pode ler seu depoimento; que no bairro em que mora ocorre sim da polícia invadir as casas, inclusive a sua foi invadida, mas já faz tempo". Grifos nossos A testemunha Gizélia da Conceição Pinto, arrolada pela defesa, não presenciou os fatos e, ouvida em juízo, limitou-se a abonar a conduta do apelante. Por seu turno, segundo o interrogatório inicial do apelante, em sede extrajudicial, alegou ter ouvido disparos de arma de fogo, sem saber de onde partiu, que tentou fugir, mas foi alcançado no final da rua; que os policiais encontraram uma sacola com drogas, mas que não estava em seu poder e acredita ser de seu primo Cauan, o qual é traficante (ID 50945305-fls. 25). Interrogado em juízo, o apelante seguiu negando a prática delitiva, relatando o seguinte (disponível no PJE mídias): "que são falsos os fatos constantes na denúncia; que sua prisão ocorreu quando estava na casa de seu primo, e ouviram disparos; que quando os policiais chegaram, abordaram seu primo; que o acusado estava dentro de casa e escutou um barulho, e aí já viu os policiais agarrados no seu primo, que estava chorando; que os policiais lhe disseram "é você mesmo", lhe algemaram e já o levaram para a viatura; que quando ouviu o disparo, entrou pra dentro da casa da sua tia, mas os disparos foi em outro lugar; que os policiais lhe pegaram dentro de casa, mas Cauã foi pego do lado de fora; que quando botou a cara na porta, os policiais lhe apontaram a arma, lhe mandaram sair, e o interrogado saiu de dentro de casa; que saiu e que os policiais lhe pegaram sem droga nenhuma, lhe algemaram e lhe levaram; que estava no fundo do quintal capinando com Cauã; (...) que é próximo de seu primo Cauan; que não estava com sacola nenhuma; que nunca usou droga, nem vendeu droga (...) que escuta falar da facção Katiara por alto; (...) que quando o policial Gustavo entrou na casa de seu primo, não apresentou nenhum mandado ou ordem; que foi agredido por Gustavo, que lhe deu dois murros na costela, depois continuou lhe batendo, antes de lhe levar para a viatura; que não viu a droga em momento nenhum; que o policial lhe colocou na viatura sem droga nenhuma, dizendo que ia lhe levar; que ninguém lhe mostrou drogas; que a casa tem uma varanda, quando o acusado colocou a cara na porta, já viu os policiais com seu primo chorando e lhe dizendo "venha", mandando que o mesmo saísse de dentro de casa; que os policiais entraram na casa também, pois o acusado mandou que eles entrassem para revistar; que depois que o interrogado saiu, a polícia lhe prendeu e entrou para fazer a revista". Grifos nossos Pois bem. Diante do conjunto probatório exposto, o que se conclui é que o apelante foi flagrantado e preso em via pública, trazendo inúmeras trouxas de cocaína consigo. A versão trazida pelo apelante de que não foi apreendido nenhum entorpecente em seu poder, seja dentro ou fora da residência de seu primo Cauan, encontra-se fragilizada. Como se viu no auto de exibição apreensão e das declarações judiciais do policial Gustavo, foram encontradas 288 (duzentas e oitenta e oito) trouxinhas de cocaína com o apelante, quando este tentava fugir da ação policial. Além disso, a operação policial foi motivada por denúncia que, apesar de anônima, foi pormenorizada e direcionada, indicando a ocorrência de traficância na citada localidade, o nome, as características físicas e os trajes do apelante, o que, inclusive, já autorizaria a realização de busca pessoal. Nesse sentido, a Superior Corte: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. BUSCA PESSOAL/VEICULAR. FLAGRANTE EM VIA PÚBLICA. DENÚNCIA ANÔNIMA ESPECIFICADA. EXERCÍCIO REGULAR DA ATIVIDADE INVESTIGATIVA. JUSTA CAUSA CONFIGURADA. AGRAVO REGIMENTAL A

QUE SE NEGA PROVIMENTO 1. A teor do art. 244 do CPP, a busca pessoal independerá de mandado quando houver prisão ou fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida, de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou ainda quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. A busca pessoal/veicular é legítima se amparada em fundadas razões, se devidamente justificada pelas circunstâncias do caso concreto. 2. No caso, a busca pessoal/veicular está fundada em 'denúncia anônima especificada' que corresponde à verificação detalhada das características descritas do paciente e de seu veículo (motocicleta). Desse modo a denúncia anônima foi minimamente confirmada, sendo que a busca pessoal/veicular (revista) traduziu em exercício regular da atividade investigativa promovida pela autoridade policial, o que justificou a abordagem após a confirmação das características pessoais relatadas na denúncia apócrifa. 3. Por fim, afastada qualquer flagrante ilegalidade, importante esclarecer a impossibilidade de se percorrer todo o acervo fático/probatório nesta via estreita do writ, como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória e o aprofundado exame do acervo da ação penal (HC 693.758/MT, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), Quinta Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 15/12/2021). 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC n. 814.902/SP, Rel. Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 23/5/2023, DJe de 29/5/2023.) Grifos nossos No mais, o depoimento da testemunha Cauan também é frágil e não tem aptidão de invalidar o depoimento dos agentes estatais, porque, além de seu parentesco e relação próxima com o apelante, trouxe, em juízo, uma versão contraditória ao quanto dito na Delegacia. Ora afirmou que o apelante foi preso, com drogas, no final da rua e que o recorrente queria incriminá-lo, por ser menor de idade; ora sustentou que não foi apreendido nenhum entorpecente e que o apelante foi preso dentro de casa, sem trazer nada consigo. Inclusive, o próprio apelante chegou a dizer, em juízo, que foi "os policiais entraram na casa também, pois o acusado mandou que eles entrassem para revistar; que depois que o interrogado saiu, a polícia lhe prendeu e entrou para fazer a revista". Malgrado a testemunha militar Gonçalo Souza Silva, em audiência, já não se recordasse dos fatos, as suas declarações extrajudiciais não são desconsideradas, eis que completamente corroboradas, judicialmente, pelo depoimento do policial Gustavo. Por fim, não obstante a defesa alegue, em suas razões, que a testemunha Cauan estava desacompanhada de advogado, quando ouvido na Delegacia, a própria testemunha afirma que durante a sua inquirição estava na companhia de seu pai e de seu advogado, Dr. Jean Cerqueira Lima, o que também que se atesta no termo de declarações ID 50945306 – fl. 16. Logo, não se sustenta a alegação de que desconhecia o que constava em seu termo de declarações e de que são inverídicas. Assim, inexiste dúvida de que a apreensão dos entorpecentes se deu em via pública, e, neste aspecto, não há que se falar em invasão de domicílio e nem de nulidade da ação que apura o crime de tráfico. 2. Da absolvição por fragilidade probatória. O recorrente fustiga o decreto condenatório sob o fundamento de que não teriam sido reunidas provas suficientes da autoria delitiva, invocando a seu favor o princípio do in dubio pro reo. Pelo conteúdo dos depoimentos expostos no tópico anterior, não se pode falar em vagueza ou em incoerência nas narrativas apresentadas pelos agentes públicos. Ao contrário, os fatos foram narrados com alinhamento e segurança, indicando que o apelante, realmente, foi

flagrado na rua, trazendo cocaína consigo. Em que pese o apelante ter negado a prática do crime, suas declarações encontram-se soltas e isoladas do caderno probatório produzido e, por isso, não se revestem de nenhum valor probante a seu favor, não pairando dúvidas sobre as circunstâncias em que foi preso e do que trazia consigo, no momento da abordagem. Ademais, o próprio apelante, em juízo, sequer cogitou que tivesse trazendo entorpecentes e a sua versão de que não foi abordado com nada de ilegal não encontra reforço probante. Ainda sobre os depoimentos dos policiais, enfatize-se que eles foram prestados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Nesse contexto, deve ser salientado que a doutrina majoritária e a jurisprudência adotam o entendimento de que os policiais não têm nenhum impedimento em depor sobre crimes, mesmo quando efetuaram o flagrante, sendo seus depoimentos válidos para embasar um decreto condenatório. Nesse sentido: “(...) 2. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela 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, como ocorreu na hipótese (AgRg no AREsp 875.769/ES, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, DJe 14/3/2017; AgRg no AREsp 926.253/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/8/2016, DJe 26/8/2016). 3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AgRg no AREsp 1598105/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 23/03/2020) grifos nossos É sabido que a palavra dos agentes públicos não implica em automática verdade absoluta. Entretanto, o recorrente não trouxe nenhum elemento de prova que possa fragilizar as versões dos policiais, não se percebendo em suas declarações qualquer tentativa de imputar falsamente a ocorrência do crime ou que tenham sido eivadas de parcialidade, motivo pelo qual não há que se falar em necessidade de se desconsiderar tais depoimentos, conforme aduz a defesa. Dessa forma, existindo certeza quanto à autoria delitiva imputada ao apelante, bem como considerando as circunstâncias da prisão, não há como se acolher a tese defensiva de absolvição. O voto, portanto, é pela manutenção da condenação pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006. 3. Da reforma da dosimetria da pena. Subsidiariamente, espera o apelante que a sua pena-base seja fixada no mínimo legal, sustentando que inexistem elementos que autorizem a valoração negativa das circunstâncias judiciais, e que seja reconhecida a figura do tráfico privilegiado. Requereu, ainda, que, conseqüentemente, seja alterando o regime de cumprimento de pena para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Analisando-se a sentença condenatória (ID 50946019), à vista das circunstâncias judiciais, nenhuma foi tomada como negativa, pelo que se aplicou a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Assim, uma vez que a basilar já foi fixada no mínimo legal, o pleito defensivo não deve ser conhecido neste ponto. Prosseguindo, nas fases seguintes da dosimetria, foram consideradas ausentes atenuantes/agravantes e causas de aumento/diminuição, mantendo o sentenciante, como definitiva, a pena supracitada. Diante do efeito devolutivo atribuído à apelação, reconheço, de ofício, a atenuante da menoridade penal, uma vez que o apelante, nascido em 01.05.2004, era menor de vinte e um anos na data do fato (ID 50945305 – fl. 27). Não obstante, tendo a pena-base sido fixada no mínimo, deixo de incidir seus efeitos sobre a pena, em razão da vedação contida na súmula 231 do STJ. Sobre a figura do tráfico privilegiado, foi

afastada pelo a quo sob os seguintes fundamentos: “É que as declarações colhidas em juízo, bem como a relevante quantidade de entorpecente apreendida, além da sua forma de acondicionamento, indicam que o acusado ali estava se dedicando à atividade criminosa, o que afasta um dos requisitos essenciais para a concessão do benefício. (...) Mormente, quando houvera nos autos informes de que o acusado seria integrante de organização criminosa denominada “KATIARA” altamente atuante nesta urbe, sendo inclusive indicada sua posição, como sendo gerente da organização naquele bairro de Muritiba”. Data vênia do entendimento do entendimento do a quo, a terceira fase da dosimetria merece ajustes. Apesar de o policial civil Gustavo ter mencionado que a polícia mapeia o bairro de Muritiba e que, “segundo informações”, o apelante era gerente do tráfico da facção “Katiara”, não cuidou o Ministério Público de comprovar, concretamente, essa posição atribuída ao apelante. Assim, inexistente destaque a outras circunstâncias devidamente comprovadas indicativas de condutas repetidas e diferenciadas na atuação da mercancia, não há como considerar que o apelante integre organização criminosa. Ademais, não se olvida que, realmente, foram apreendidas numerosas porções de cocaína. Entretanto, a quantidade e natureza do entorpecente só pode ser utilizada para majoração da pena-base ou para a modulação da fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, mas não autoriza o afastamento da citada benesse. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. EXISTÊNCIA DE AÇÃO PENAL EM CURSO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. UTILIZAÇÃO PARA O AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1º/7/2021), definiu que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 2. O referido colegiado, posteriormente, aperfeiçoou o entendimento exarado no julgamento do mencionado Recurso Especial n. 1.887.511/SP, passando a adotar o posicionamento de que a quantidade e a natureza da droga apreendida podem servir de fundamento para a majoração da pena-base ou para a modulação da fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenham sido utilizadas na primeira fase da dosimetria (HC n. 725.534/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022). 3. Ademais, o mais recente posicionamento de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, em regra, inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem fundamentação idônea apta a respaldar a não aplicação do redutor especial de redução de pena relativa ao reconhecimento da figura privilegiada do crime de tráfico de drogas "(AgRg no HC n. 560.561/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/2/2021, DJe 17/2/2021). 4. No caso, as instâncias de origem justificaram o afastamento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com base na quantidade de droga apreendida em poder da agravada e por responder a outros processos, indicativos de que se dedicava a atividades criminosas, o que, de acordo com a atual jurisprudência desta Corte sobre o tema, não se admite. 5. Agravo

regimental desprovido. (AgRg no HC n. 838.699/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 9/10/2023, DJe de 16/10/2023.) grifos nossos Destarte, considerando que o apelante é primário e que, apesar da numerosidade de porções, a quantidade de massa de cocaína não se revela expressiva à modular a fração da minorante (cento e cinquenta e dois gramas), reconhece-se, neste julgamento, a causa de diminuição referente ao tráfico privilegiado, na fração máxima de 2/3. Assim, resta a pena definitivamente fixada em 1 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis), na fração de 1/30, do salário mínimo vigente à época dos fatos. À luz do que prevê o art. 33, § 2º, alínea c, do CP, deve ser fixado o regime inicial aberto de cumprimento da reprimenda corporal. Tendo em vista que a pena aplicada ao condenado foi inferior a 04 anos, em observância ao quanto disposto no art. 44, I, do CP, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, sendo que uma delas deve ser de prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública, preferencialmente voltada para o tratamento de toxicômanos. A outra pena restritiva de direitos e as demais condições devem ser impostas pelo Juízo das Execuções Penais competente. Fixado o regime aberto para o cumprimento de pena, imperativa a concessão do direito de recorrer em liberdade. O voto, portanto, é no sentido de conhecer parcialmente do recurso, afastar a preliminar de nulidade e dar-lhe parcial provimento para aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, fixando-se a sanção definitivamente em 01 (um) ano de reclusão e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, procedendo-se a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, concedido o direito de recorrer em liberdade, mantendo-se a sentença vergastada nos demais termos. Por fim, caso este voto seja acolhido, devem ser adotadas as providências para a imediata expedição de alvará de soltura em favor do apelante, no BNMP2". Diante do exposto, acolhe esta 2ª Turma da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia o voto através do qual se conhece parcialmente do recurso e, nesta extensão, afasta-se a preliminar de nulidade, dando-lhe parcial provimento. Sala das Sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. João Bôsko de Oliveira Seixas 2ª Câmara Crime 2ª Turma Relator 12