

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0505273-55.2018.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: ITALO SANTANA DOS SANTOS Advogado (s): JORGE ANTONIO FERNANDO CONCEICAO BALDINI APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): I ACORDÃO EMENTA: APELAÇÃO-CRIME. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS: ARTIGO 33 DA LEI N.º 11.343/2006. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSIÇÃO DAS PENAS DE 02 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL ABERTO, ALÉM DE 200 (DUZENTOS) DIAS-MULTA, CADA UMA NO MENOR VALOR LEGAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. IMPROVIMENTO. MATERIALIDADE COMPROVADA POR MEIO DE PROVAS DOCUMENTAL, PERICIAL E TESTEMUNHAL. AUTORIA IGUALMENTE DEMONSTRADA. POLICIAIS QUE, INQUIRIDOS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO, RELATARAM TODA A DINÂMICA DO FLAGRANTE E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS DE MANEIRA SEGURA E HARMÔNICA, DESCREVENDO A EFETIVA APREENSÃO DE DROGAS E DE NUMERÁRIO EM DINHEIRO NA POSSE DO ACUSADO. EFICÁCIA PROBATÓRIA DOS DEPOIMENTOS POLICIAIS, MÁXIME QUANDO FIRMES E CONVERGENTES, ALÉM DE NÃO EXISTIR INDICATIVO DE ABUSOS NA REALIZAÇÃO DA DILIGÊNCIA OU INTERESSE NA FALSA INCRIMINAÇÃO DO ACUSADO. NEGATIVA DA TRAFICÂNCIA APRESENTADA PELO ACUSADO QUE NÃO ENCONTRA RESPALDO PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO MANTIDA. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DE PORTE PARA USO PRÓPRIO (ARTIGO 28 DA LEI N.º 11.343/2006). NEGATIVA DA PRÁTICA DA TRAFICÂNCIA. IMPROVIMENTO. POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA DAS FIGURAS DO USUÁRIO E DO TRAFICANTE DE DROGAS. PRINCÍPIOS DA CONSUNÇÃO E DA PROPORCIONALIDADE. FATO MAIS ABRANGENTE QUE SE SOBREPÕE A OUTRO MENOS RELEVANTE. PREDOMÍNIO DA INFRAÇÃO CAPITULADA NO ARTIGO 33 DA LEI DE TÓXICOS, A MAIS GRAVE. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. ESCOLHA DO PATAMAR DE REDUÇÃO DA PENA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 (DOIS TERÇOS). IMPOSSIBILIDADE. MAGISTRADO QUE NÃO UTILIZOU AS CIRCUNSTÂNCIAS PREPONDERANTES DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA NA PRIMEIRA FASE DO PROCESSO DOSIMÉTRICO. VALORAÇÃO NA TERCEIRA FASE PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. DOSIMETRIA DA PENA REALIZADA DE FORMA ESCORREITA. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Apelação n.º 0505273-55.2018.8.05.0001, provenientes da 2.ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, em que figura como Apelante o Acusado ÍTALO SANTANA DOS SANTOS, e como Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1.ª Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao Apelo, nos termos do voto da Relatora. IVONE BESSA RAMOS Desembargadora Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 28 de Agosto de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0505273-55.2018.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: ITALO SANTANA DOS SANTOS Advogado (s): JORGE ANTONIO FERNANDO CONCEICAO BALDINI APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): I RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Réu ÍTALO SANTANA DOS SANTOS, por intermédio da Defensoria Pública do Estado da Bahia, em irresignação aos termos da Sentença condenatória proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2.ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que, julgando procedente a Denúncia contra ele oferecida, condenou-o pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, ao cumprimento da pena de 02 (dois) anos, a ser cumprida em

regime inicial aberto, a qual restou substituída por duas penas restritivas de direitos, e ao pagamento de 200 (duzentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo, vigente, à época dos fatos. Narrou a Peça Acusatória (Id. 37631917): “[...] No dia 22/05/2017, por volta das 16:00 horas, na Estrada da Rainha, Salvador/BA, o Denunciado foi preso em flagrante por trazer consigo, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para comercialização 141,18 g (cento e quarenta e um gramas e dezoito centigramas) de cannabis sativa, conhecida como maconha, distribuídos em 46 porções acondicionadas em sacos plásticos incolor, 4,56g (quatro gramas e cinquenta e seis centigramas) de cocaína, substância sólida de cor branca sob a forma de pó, distribuídos em 7 porções acondicionadas em microtubos plásticos tipo eppendorf, 10,58g (dez gramas e cinquenta e oito centigramas) de cocaína, substância sólida de cor amarela sob a forma de “pedras”, distribuídos em 108 porções, desembaladas contidas em um recipiente plástico cilíndrico transparente com tampa verde e 4,57g (quatro gramas e cinquenta e sete centigramas) de cocaína, substância sólida de coloração amarelada sob a forma de “pedras fragmentadas” e resíduos contidos em saco plástico incolor, substâncias psicotrópica e entorpecente de uso proscrito no Brasil e relacionadas nas Listas F-2 e F-1, da Portaria n.º 344/1998, da Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, consoante Laudo de Constatação de fl. 18. Apurou-se que no dia do fato Policiais Militares lotados na PETO 1ª CIPM, receberam informações de que havia indivíduos traficando na Invasão da Matança, Bairro Barbalho e com apoio da Guarnição Barbalho 9.0203, organizaram a diligência e se dirigiram ao local e lá chegando adentraram a Invasão em sentidos opostos ao tempo em que avistaram 04 indivíduos em atitude suspeita, os quais ao virem as viaturas policiais efetuaram disparos de arma de fogo contra os Policiais que revidaram, oportunidade em que os indivíduos se dispersaram, 03 deles correram para o interior da Invasão e 01 dos indivíduos, o ora Denunciado, correu em sentido à Estrada da Rainha, onde foi capturado e na busca pessoal restaram apreendidos no interior de uma bolsa tiracolo que portava as drogas acima discriminadas, a quantia de R\$120,46 (cento e vinte reais e quarenta e seis centavos) e 01 aparelho celular marca Samsung, cor branca, com bateria e chip da operadora TIM, consoante Auto de Exibição e Apreensão de fl. 16, oportunidade em que confessou ao SD/PM JONATAS ALBUQUERQUE DE ALMEIDA ser traficante, mas que pratica o crime de maneira forçada porque do contrário morre, (fl. 4), sendo então conduzido e apresentado juntamente com os materiais arrecadados à Autoridade Policial para as providências cabíveis. Interrogado, fls. 10/12, o Denunciado, em resumo, negou a posse das drogas apreendidas e alegou que se dirigiu ao local do fato para comprar maconha quando chegaram as viaturas policiais e houve a correria [...]”. A Denúncia foi recebida em 29.05.2018 (Id. 37635132). Finalizada a instrução criminal e apresentados os Memoriais pela Acusação e pela Defesa, foi proferido o Édito acima mencionado (Id. 37635306). Inconformado, o Acusado manejou Apelação (Id. 37635319), em cujas razões pugna a sua absolvição, ao sustentar a fragilidade probatória quanto à autoria criminosa. Subsidiariamente, requer a desclassificação da imputação do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 para o crime de porte de droga para uso pessoal (art. 28 da mesma Lei), alegando se tratar de mero usuário; ou o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado no maior patamar legal (§ 4.º do art. 33 da Lei de Drogas). Devidamente intimado, o Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões, pugnando o improvimento do Apelo defensivo e a consequente manutenção da Sentença guerreada em sua inteireza (Id.

37635323). Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do Apelo (Id. 41255954). É o breve relatório, que ora submeto à apreciação da eminente Desembargadora Revisora, com as homenagens de estilo. IVONE BESSA RAMOS Desembargadora Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0505273-55.2018.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: ITALO SANTANA DOS SANTOS Advogado (s): JORGE ANTONIO FERNANDO CONCEICAO BALDINI APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): I VOTO I. Do juízo de admissibilidade Inicialmente, verifica-se que o presente Recurso de Apelação é próprio e tempestivo, tendo sido manejado, ademais, por quem exhibe legítimo interesse na reforma do Édito Condenatório. Portanto, é medida de rigor o conhecimento deste inconformismo, passando-se, de logo, ao exame de suas questões de fundo. II. Do mérito recursal II.A. Do pleito de absolvição Passando-se ao mérito recursal, o Acusado pugna a absolvição da imputação de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n.º 11.343/2006), ao sustentar a fragilidade probatória quanto à autoria do crime. Tal alegação, porém, não merece guarida. De logo, observa-se que a comprovação da efetiva apreensão de drogas de natureza proscriita repousa, em suma, no auto de exibição (Id. 37635118, p. 17), laudo de constatação (Id. 37635118, p. 20) e no laudo pericial (Id. 37635125), que apontaram que os materiais encontrados na posse do apelante se referiam a 46 papérolas de maconha, pesando um total de 141,8 (cento e quarenta e um gramas e dezoito centigramas); 7 porções de cocaína em pó, pesando 4,56g (quatro gramas e seis centigramas); 108 porções de pedras de crack, pesando 10,58g (dez gramas e cinquenta e oito centigramas) e 4,57g (quatro gramas e cinquenta e sete centigramas) de cocaína, sob a forma de “pedras fragmentadas”. Em relação às circunstâncias do flagrante e à concreta vinculação das drogas ao Acusado, cuida-se de aspectos devidamente esclarecidos em juízo, de maneira segura, precisa e detalhada, pelos depoentes Jonatas Albuquerque e Alberto Luis Santos da Cruz, Policiais Militares que participaram da diligência e bem relataram as condições da abordagem e a subsequente apreensão do material ilícito em poder do Acusado. Confirmam-se os seus testemunhos firmados sob o crivo do contraditório: “[...] que se recorda da operação que resultou na prisão do acusado; que já conhecia o acusado de outras diligências; que foi a primeira vez que prendeu o acusado; que nas demais diligências se trataram apenas em abordagem na pessoa do acusado e nada encontrado na posse do mesmo; que a PM já tinha informações anteriores que o acusado era o gerente da boca de fumo naquela localidade; que era uma incursão de rotina na localidade em razão do intenso tráfico de drogas existente; que o fato se deu na localidade denominada Matança; que foram duas viaturas até o local; que foi uma viatura por cima e outra por baixo; que o acusado estava em companhia de outro indivíduo na parte de cima; que quando a viatura chegou pela parte de cima, o réu tentou evadir pela parte de baixo, sendo surpreendido pela outra viatura na parte de baixo; que o réu foi detido, contudo o outro indivíduo conseguiu evadir e não foi identificado pelos outros policiais; que o depoente e outro colega realizaram a revista pessoal no réu; que o réu trazia consigo uma tira colo preta, contendo bastante droga; que o depoente solicitou autorização para consultar breves anotações, contidas em seu aparelho celular, sobre a quantidade de droga apreendida; que foram apreendidas maconha e crack e alguns pinos de substância análoga à cocaína; que estavam acondicionados em porções individuais; que havia dinheiro, 100 poucos reais em dinheiro trocado; que o mesmo confessou no dia que estava

na vida do tráfico para sustentar a família; que na DT não recebeu novas informações sobre o réu; que as informações que tinha sobre ele era passada por populares da região; que o réu não tentou reagir à prisão; que depois do fato denunciado o depoente abordou o réu várias vezes mas ele não possuía nada; que o acusado escorregou e foi o momento que foi alcançado pela guarnição [...]”. (Depoimento do SD/PM Jonatas Albuquerque, ao Id. 37635144). “[...] que se recorda da diligência na localidade da Matança; que lembra do acusado pelo nome porque ele era contumaz na prática do tráfico de drogas na localidade da Matança, no Barbalho; que era uma incursão de rotina que ocorreu no dia do fato; que a localidade é de intenso tráfico de drogas; que não se recorda de ter feito outras abordagens ao réu; que moradores da localidade que informaram a atuação do acusado com o tráfico de drogas; que para o depoente não foi passada nenhuma informação sobre a função exercida pelo acusado no tráfico da localidade, que somente foi informado ao depoente que o réu traficava; que foram duas equipes; que houve disparos de arma de fogo contra a guarnição; que a guarnição do Peto foi pelo beco, na parte de cima e guarnição da 2ª CIPM pela parte de baixo; que foram duas equipes devido ao grande numero de indivíduos que atuam no tráfico da localidade; que o depoente integrava a equipe policial que foi pela parte superior; que o acusado integrava o grupo que efetuou disparos contra ambas as guarnições; que houve revide e o grupo tentou evadir; que o réu desceu pelo beco sendo que tropeçou e então a equipe policial logrou êxito na captura do mesmo; que o réu trazia consigo uma bolsa a tira colo e dentro da mesma havia drogas; que tinha substancias análogas a maconha, cocaína e pedra de crack; que estavam embaladas individualmente como de praxe para comercialização; que o réu tentou reagir no momento da colocação das algemas; que não se recorda se no momento da abordagem o denunciado deu alguma informação sobre a origem ou destinação das substancias entorpecentes; que na localidade existem dois irmãos denominados Matheus e Gabriel, os quais atuam no tráfico da localidade, que ambos são muito parecidos; que o depoente se recorda que um deles estava no grupo que evadiu quando as guarnições chegaram, contudo não sabe precisar se era Matheus ou Gabriel, justamente devido a semelhança física de ambos; que o depoente participou da condução do acusado até a DT; que na delegacia soube, informalmente, através do escrivão que a localidade da Matança é liderada pela facção OP (Ordem e Progresso); que não lhe foi informada qual a função exercida pelo acusado no tráfico da região da Matança; que não se recorda se foi apreendida alguma arma de fogo nessa diligência; que na bolsa a tira colo também havia dinheiro, porém o depoente não se recorda a quantia e se era dinheiro trocado”. (Depoimento Alberto Luis Santos da Cruz, ao Id. 37635146). Assim, constata-se que as suprarreferidas testemunhas não tiveram dificuldade em indicar a apreensão de drogas diversificadas durante a diligência, como também reconheceram o ora Apelante como o indivíduo à época detido em poder das mesmas. Portanto, certo é que nada autoriza a presunção da inverdade ou parcialidade de tais testemunhos, à míngua de qualquer indicativo concreto do suposto interesse dos Agentes Públicos em incriminarem falsamente o Réu, além de não haver comprovação de eventual abuso ou irregularidade na concretização do flagrante, porventura apto a subsidiar, ainda que por hipótese, a percepção do seu caráter artificioso. Cabe assinalar, ainda, que a condição funcional dos Policiais não os impede de depor acerca dos atos de ofício dos quais tenham participado, tampouco possuindo o condão de suprimir ou fragilizar a credibilidade de suas assertivas; pelo contrário, essas testemunhas

foram inquiridas sob o crivo do contraditório e mediante o devido compromisso, e mantiveram contato direto com o delito e seu autor no exercício de atividade intrinsecamente estatal, estando aptas a contribuir de modo decisivo, portanto, para a elucidação do fato e dos seus meandros. Quanto à eficácia probatória dos depoimentos prestados por Policiais, vale conferir, a título ilustrativo, precedentes do Superior Tribunal de Justiça: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME PROBATÓRIO. CONDENÇÃO COM BASE NO DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE DE DROGAS. REEXAME PROBATÓRIO. REDUÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PATAMAR DIVERSO DE 2/3. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA. ILEGALIDADE. CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. REDIMENSIONAMENTO. 1. [...]. 2. 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. 3-5. [...]. 6. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para reduzir a pena do paciente para 3 anos e 4 meses de reclusão e 500 dias-multa, e para que o juízo das execuções proceda à nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, bem como examine a possibilidade da concessão da substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos. (STJ, 6.ª Turma, HC 165.561/AM, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 02.02.2016, DJe 15.02.2016) (grifos acrescidos) HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA PARA SUSTENTAR A ACUSAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE PROBATÓRIA. 1. [...]. 2. Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes. 3. Ordem denegada. (STJ, 5.ª Turma, HC 115.516/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 03.02.2009, DJe 09.03.2009) (grifos acrescidos) Destarte, queda irretocável a Sentença recorrida quanto ao reconhecimento da incursão do Réu nas previsões do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006. II.B. Do pleito de desclassificação para o tipo de porte para uso próprio (artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006) Noutro passo, quanto ao pleito de desclassificação do crime previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 para a conduta de posse para uso próprio, por sua vez, também não merece acolhida. Deveras, da leitura dos arts. 28 e 33, da Lei de Drogas, observa-se que as expressões “trazer consigo” e “ter em depósito” aparecem em ambos dispositivos, tanto para usuário como para traficante, sendo que a destinação da droga diferencia-os e, consequentemente, define em que tipo penal será a incidência. Consoante preconiza o § 2º do art. 28 do referido diploma: “Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”. No caso sub judice, apesar ter negado a traficância, afirmando ser usuário de entorpecentes, afigura-se inviável o reconhecimento da dependência toxicológica, pois, em nenhum momento demonstrou-se nos autos qualquer documento comprobatório da

dependência alegada. Ademais, ao se declarar como usuário de entorpecentes, nada impede de ser o Apelante, simultaneamente, traficante, especialmente se for com o fim de manter seu vício. Nesta senda, digno de registro que eventual condição de usuário de drogas não elidiria o reconhecimento do delito estampado no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006. É que, como cediço, nada impede que as figuras do usuário e do traficante coexistam em uma mesma pessoa, porém, no concurso entre essas condutas, deverão ser aplicados os Princípios da consunção e da proporcionalidade, para fazer prevalecer a infração mais grave, ou seja, o fato mais abrangente que se sobrepõe em relação a outro fato menos relevante, in casu, a conduta subsumida a um dos verbos descritos no tipo penal capitulado no citado art. 33. A douta Procuradoria de Justiça, em seu opinativo de Id. 41255954, ratificando o entendimento acima esposado, assim registrou: “[...] Em que pese o apelante tenha argumentado que a droga seria de uso próprio, restou caracterizada a prática da traficância, tendo em vista o modo em que a droga estava armazenada, bem como as circunstâncias em que foi preso em flagrante. O art. 28, § 2º, da Lei 11.343/06 estabelece que para aferir se a droga se destinava a consumo próprio o juiz observará a natureza, a quantidade de substância apreendida, o local e as condições em que a ação se desenvolveu, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e antecedentes do agente. No caso em apreço, o recorrente foi preso portando quantidade e diversidade de droga acondicionada de modo muito fracionado, o que afasta a possibilidade de desclassificação do crime de tráfico de drogas para uso. Ademais, é cediço que o porte de substância entorpecente caracteriza o delito em apreço, tendo em vista que o crime imputado ao recorrente é um tipo misto alternativo, ou seja, basta a prática de uma das ações previstas no ilícito penal, para consumar o crime e consequentemente responder pelo referido delito. Nesse sentido, é o ensinamento de Guilherme de Souza Nucci: “Lembremos, ainda, que o tipo é misto alternativo, ou seja, o agente pode praticar uma ou mais condutas, respondendo por um só delito.” Por conseguinte, o simples fato de portar as referidas substâncias entorpecentes já configura o crime de tráfico ilícito de drogas, não sendo possível, in casu, reconhecer que a droga destinava-se a consumo próprio. Nesse sentido, as declarações das testemunhas, os Policiais Militares responsáveis pela prisão em flagrante do acusado, noticiaram que o indivíduo empreendeu fuga ao avistar a guarnição da Polícia Militar; ao parar o veículo os policiais afirmam de maneira uníssona que o acusado foi encontrado em poder dos materiais entorpecentes, além da quantia de R\$ 100,00 (cem) reais”. Em resumo, malgrado o Recorrente tenha negado a acusação de traficância em juízo, certo é que a prova testemunhal e as circunstâncias da prisão demonstram, à exaustão, que ele transportava porções de substâncias entorpecentes diversas (maconha e cocaína) destinadas à mercancia, além da quantia em espécie (R\$ 100,00), fato que conduz, de modo evidente, à procedência da pretensão acusatória, não havendo, pois, que se falar em desclassificação de conduta para o tipo previsto no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, ante os elementos normativos do art. 33 da mesma lei, presentes na espécie. Nesse prisma, merece ser mantida a sentença recorrida no tocante ao reconhecimento do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, porquanto demonstradas, com lastro em conjunto probante suficiente e idôneo, o intuito do apelante na mercancia da droga apreendida. II.C. Da aplicação da pena No que se refere à reforma do capítulo da dosimetria de sua pena, o Réu requer à aplicação do tráfico

privilegiado em seu grau máximo. Como é cediço, para que seja aplicada a referida causa de diminuição – permitindo um tratamento mais benéfico, pois, ao agente que vem a cometer o delito de forma isolada – torna-se imprescindível que estejam presentes, conjuntamente, todos os requisitos elencados na norma, a saber: ser o agente primário e possuidor de bons antecedentes, além de não ser ele dedicado a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa. Ainda, no que diz respeito a aspectos que indiquem a eventual dedicação criminosa do réu, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos Recursos Especiais Repetitivos (Tema 1.139), no REsp. 1977027/PR e no REsp. 1977180/PR, estabeleceu a tese, em 10.08.2022, de que é vedada a utilização, tão só, de inquéritos ou de ações penais em curso para impedir a aplicação do redutor do tráfico privilegiado. No caso concreto, o Magistrado a quo decidiu pela aplicação da minorante em epígrafe no patamar de 3/5 (três quintos) da pena, considerando, em sua fundamentação que o acusado registra bons antecedentes e que inexistem provas de que é afeto à prática delitativa ou mesmo associado com organizações criminosas, bem como a vasta variedade e quantidade de drogas. Vejamos: “[...] O réu faz jus à causa de diminuição de pena em análise, pois preenche todos os requisitos legais autorizadores de que trata o § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, segundo os elementos probatórios existentes no processo, haja vista que não possui antecedentes criminais, conforme consulta ao SAJ. Não há qualquer evidência, ademais, de que o réu integre organização criminosa ou que se dedique à prática de atividades criminosas. Não obstante, por estar trazendo consigo vasta variedade e quantidade de droga, em muitas porções (46 papelotes de maconha em sacos plásticos incolor, 7 porções de cocaína em pó, em pinos, 108 pedras de crack desembaladas em um recipiente plástico cilíndrico, e um saco plástico com cocaína em “pedra fragmentada”), compreendo por não fazer jus à redutora máxima, razão pela qual aplico em 3/5 (três quintos) a redução da pena deste”. Analisando detidamente o Édito condenatório, infere-se que, ao dosar a pena do acusado, o magistrado de primeiro grau não valorou, na primeira fase do processo dosimétrico, as circunstâncias preponderantes da quantidade e natureza da droga, características que podem ser sopesadas para delimitar o quanto de diminuição da pena na terceira fase. Não obstante a quantidade e natureza da droga apreendida não seja determinante, isoladamente, para afastar a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4.º, do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, podem auxiliar o julgador a escolher fração diferente da máxima prevista para redução, desde que não configure bis in idem. Nesse sentido, versa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NATUREZA, DIVERSIDADE E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. FRAÇÃO REDUTORA DIVERSA DA MÁXIMA LEGAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES (HC 725.534/SP – TERCEIRA SEÇÃO). AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. I – E assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos. II – O entendimento firmado neste Tribunal Superior, a natureza e a quantidade da droga apreendida constituem elementos aptos a ensejar a modulação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em grau distinto do máximo. III – No recentíssimo julgamento do HC n. 725.534/SP ? publicado em 01 de junho de 2022 ?, a Terceira Seção desta Corte firmou o

entendimento de que a natureza, a diversidade e a quantidade das drogas apreendidas, se extrapolarem os limites da razoabilidade, podem justificar a aplicação do redutor do tráfico em índice diverso do máximo. IV – Na hipótese dos autos, imperiosa a aplicação do novo entendimento desta Corte, na medida em que foi arrecadada quantidade e diversidade de drogas que não se pode considerar ínfimas (57,02g cocaína, 3,19g crack e 105,79g maconha), além de ter a apreensão envolvido mais de um tipo de entorpecente, sendo dois deles (cocaína e crack) de naturezas especialmente deletérias. V – A toda evidência, o decisum agravado, ao confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 739.550/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 26/8/2022). Assim, em consonância com o entendimento ora esposado, a natureza e quantidade da droga apreendidas podem ser usadas, a critério do magistrado, tanto na primeira fase quanto na terceira fase da dosimetria da pena, desde que não sejam utilizadas simultaneamente, sob pena de configurar bis in idem. Na hipótese, além de ter sido apreendida quantidade considerável de drogas, deve-se sopesar a sua diversidade (cocaína e maconha), como também a natureza deveras lesiva da primeira delas. Dito isso, transcrevo a bem lançada doutrina de Andrey Borges de Mendonça e Paulo Roberto Galvão de Carvalho, que esclarecem: "A grande questão é sobre o quantum a diminuir, dentro do parâmetro fixado pelo legislador (1/6 a 2/3). Como já dissemos, para obter a causa de diminuição de pena, os requisitos devem estar todos preenchidos cumulativamente. Ou se preenchem todos os requisitos ou não se preenche nenhum. Ou o sujeito é primário ou não é, ou tem bons antecedentes ou não tem, ou participa de atividades criminosas ou não participa, ou integra organização criminosa ou não integra. Não há meio-termo. Assim, como não é possível fazermos gradações utilizando os parâmetros indicados pelo próprio legislador (primariedade, bons antecedentes, não participar de atividades criminosas e não integrar organização criminosa), pois tais conceitos não admitem meio-termo, entendemos que o intérprete deve se valer de outros elementos do caso concreto para avaliar o quantum da causa de diminuição. Do contrário, sempre que tivesse direito ao benefício, a causa de diminuição seria inexoravelmente aplicada no máximo (2/3). Assim, entendemos que o magistrado deverá analisar o quanto diminuir à luz dos elementos do art. 42, notadamente a natureza e a quantidade da droga. Essa vem sendo a posição dos Tribunais Superiores (Lei de drogas: Lei 11.343, de 23 de agosto de 2006. São Paulo: Método, 2008. p. 126-127). Nessa esteira de raciocínio, considero que a fração de 3/5 (três quintos) aplicada pelo Magistrado a quo amolda-se às especificidades do caso em testilha, revelando-se justa e consentânea para diminuir a pena na terceira fase. III. Dispositivo Ante todo o exposto, nos termos do Parecer Ministerial, CONHECE-SE e NEGA-SE PROVIMENTO ao Recurso de Apelação interposto pelo Acusado, mantendo-se a Sentença objurgada em todos os seus termos. IVONE BESSA RAMOS Desembargadora Relatora