

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0510176-65.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Rafael Altino dos Santos Advogado (s): ANDRE LUIS DO NASCIMENTO LOPES, ANDREIA LUCIARA ALVES DA SILVA LOPES, RAFAEL SMITH FREIRE LIMA APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PROVA ROBUSTA DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. NÃO PREENCHIMENTOS DOS REQUISITOS NECESSÁRIOS PARA O TRÁFICO PRIVILEGIADO. APELO NÃO PROVIDO. I- Comprovando-se, pelo vasto conjunto probatório constante dos autos, a flagrância do réu na posse de substâncias ilícitas e apetrechos com inequívoca destinação à traficância, torna-se imperativo o reconhecimento de sua incursão nas sanções estabelecidas no art. 33 da Lei nº 11.343/06. II- Não há que se falar em fragilidade da prova quando assentada em exame pericial acerca da natureza das substâncias apreendidas e em depoimentos testemunhais coerentes, tanto na fase inquisitorial, quanto na fase instrutória judicial. III- A validade da prova subjetiva não é afastada pela condição de policiais das testemunhas, cujos depoimentos são amplamente passíveis de valoração, especialmente quando em compasso com as demais provas que respaldam a imputação. Precedentes do STJ. IV- Por outro lado, também não merece amparo o pleito defensivo no sentido de que seja aplicada ao Apelante a benesse prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, uma vez que restou demonstrado, in folio, sua dedicação às atividades criminosas. V- PARECER DA PROCURADORIA PELO PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. VI- APELO IMPROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO n.º 0510176-65.2020.8.05.0001, em que figuram, como Apelante, RAFAEL ALTINO DOS SANTOS e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Senhores Desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO, nos termos do voto do Relator. Salvador, de de 2022 ABELARDO PAULO DA MATTA NETO PRESIDENTE/RELATOR PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 31 de Maio de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0510176-65.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Rafael Altino dos Santos Advogado (s): ANDRE LUIS DO NASCIMENTO LOPES, ANDREIA LUCIARA ALVES DA SILVA LOPES, RAFAEL SMITH FREIRE LIMA APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros RELATÓRIO RAFAEL ALTINO DOS SANTOS, por meio de advogado devidamente constituído, irresignado com a sentença prolatada pelo MM. Juízo da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador que o condenou à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto pela prática delitiva insculpida no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006 e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias multa, interpôs o presente recurso de APELAÇÃO objetivando reformar o respeitável decism. Em sede de RAZÕES (fls.216/236), requer o causídico a absolvição do acusado, sob o argumento de que os elementos probatórios coligidos não autorizam uma sentença condenatória. Em síntese, sustenta que, diante da fundamentação utilizada na sentença, restou evidente a prevalência dos depoimentos prestados pelos policiais para embasar o decreto condenatório. Assim, alegou a impossibilidade de condenação do réu com base exclusivamente nos depoimentos dos agentes públicos, uma vez que as provas

produzidas durante a instrução probatória são insuficientes e frágeis para comprovar a autoria do delito sob análise, pugnando pela absolvição, na forma do artigo 386, VII, do CPP. Subsidiariamente, requereu que seja aplicada a pena-base no mínimo legal, bem como a aplicação da causa de diminuição de pena constante do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, em seu redutor máximo (correspondente a 2/3) e, ainda, aplicação do regime aberto para cumprimento inicial da sanção, com esteio no art. 33, § 2º, c), do CP, como também a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, também, do CP, caso cabível diante da reprimenda final aplicada. Em contrarrazões, colacionadas às fls. 240/255, a Promotoria de Justiça, por seu ilustre representante, manifestou-se pelo improvimento do Apelo, mantendo-se, in totum, a sentença vergastada. Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça, em manifestação às fls. 07/14, destes autos físicos, roga pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo provimento parcial do recurso, tão somente para que seja refeita a dosimetria. É o relatório. Retornando-me os autos à conclusão, neles lancei a presente sinopse, submetendo-a à Eminente Revisão. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0510176-65.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Rafael Altino dos Santos Advogado (s): ANDRE LUIS DO NASCIMENTO LOPES, ANDREIA LUCIARA ALVES DA SILVA LOPES, RAFAEL SMITH FREIRE LIMA APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros VOTO O recurso é próprio, tempestivo, e estão presentes as condições extrínsecas e intrínsecas de sua admissibilidade. O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA ofereceu DENÚNCIA, nos autos do processo indicado em epígrafe, em desfavor de RAFAEL ALTINO DOS SANTOS, pela prática prevista no art. 33 da Lei 11343/06. Consta do anexo IP nº 141/2020, proveniente da 11ª Delegacia Territorial Tancredo Neves, o qual foi encaminhado posteriormente para a Autoridade Policial da 10ª Delegacia Territorial – Pau da Lima, que no dia 08 de setembro de 2020, aproximadamente às 21h30min, o Denunciado foi preso em flagrante delito por trazer consigo, para serem entregues a terceiros, substâncias entorpecentes de uso proscrito, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Com efeito, emerge dos autos que no aludido dia, uma guarnição composta de policiais militares lotados na 50ª CIPM – 7 de Abril, realizava ronda preventiva e ostensiva quando foram acionados por populares, os quais indicaram um local onde costumeiramente é praticado o tráfico de drogas. De posse destas informações, a guarnição se dirigiu a uma das ruas do Loteamento do Amando, bairro Nova Brasília, e progrediu pelas sombras, até se aproximar de um indivíduo que estava no local apontado pelos populares. Diante da súbita aparição dos prepostos, o indivíduo não esboçou qualquer reação, não lhe sobrando tempo ou oportunidade para sequer reagir ou fugir. O indivíduo foi identificado como RAFAEL ALTINO DOS SANTOS, ora denunciado. Ato contínuo, realizada a busca pessoal no Denunciado, com este os policiais lograram encontrar dentro de suas calças um saco grande contendo 47 (quarenta e sete) pinos com cocaína, 20 (vinte) buchas de maconha e 01 (um) aparelho celular da marca Multilaser, cor preta, conforme consta do Auto de Exibição e Apreensão de fl. 12 do Inquérito Policial. Após a regular instrução do feito, o apelante foi condenado à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto pela prática delitiva insculpida no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006 e 500 (quinhentos) dias multa mediante sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador, no bojo da Ação

Criminal nº 0510176-65.2020.8.05.0001. Diante do contexto fático, o acusado impetrou o presente recurso de apelação objetivando a absolvição, sob o argumento de inequívoca fragilidade do acervo probatório colhido no decorrer da instrução processual. Subsidiariamente, que seja aplicada a pena-base no mínimo legal, bem como a aplicação da causa de diminuição de pena, constante do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, em seu redutor máximo (correspondente a 2/3) e, ainda, aplicação do regime aberto para cumprimento inicial da sanção, com esteio no art. 33, § 2º, c), do CP, como também a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, também, do CP, caso cabível diante da reprimenda final aplicada. Não assiste razão ao apelante. A materialidade delitiva encontra-se estampada no Auto de Exibição e apreensão de fl. 17, no Laudo de Exame de Constatação Provisório de drogas de fl. 28, no Laudo de Exame de Constatação Definitivo de drogas de fl. 117, nos registros policiais e na prova oral produzida em Juízo. De igual modo, não prosperam dúvidas acerca da autoria delitiva, uma vez que se encontram presentes nos autos elementos suficientes a ensejar a condenação lançada, mormente os depoimentos harmoniosos prestados pelos policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante do Apelante. Neste diapasão destaco os seguintes excertos dos depoimentos dos agentes públicos no âmbito judicial: SD/PM EMERSON COSTA DOS SANTOS FLS. 104 e 105: (...) que participou da diligência que culminou na prisão do réu; que faziam parte da guarnição a sua pessoa, o SD/PM das Virgens e o SD/PM Bacelar; que reconhece o réu; que a guarnição recebeu a denúncia por populares de que no local estava acontecendo tráfico de drogas. Incursionando pela localidade, a guarnição acabou por avistar o denunciado em atitude suspeita. Sendo abordado e revistado, foi encontrado o material entorpecente ilícito com o mesmo; que não recorda quem fez a revista pessoal no réu; que as drogas foram encontradas dentro do blusão do réu; que a maconha estava em sacos plásticos e a cocaína estava em pinos eppendorf; que havia mais de 30 trouxinhas de maconha e mais de 40 pinos de cocaína; que o réu não reagiu à prisão; que, ao ser abordado, o réu disse que alguém lhe deu a droga para traficar; que o celular do réu tocava constantemente, onde pessoas avisavam ao réu que a polícia estava no local; que o réu estava sozinho no momento da abordagem; que a abordagem se deu em via pública, em uma área de matagal, no Loteamento Dom Amando; que a área da abordagem é residencial; que o traficante que domina a localidade se chama Macedo , encontrando-se preso em São Paulo; que a diligência se deu totalmente em via pública; que apenas o réu foi abordado; que após a prisão, a guarnição levou o réu diretamente para a 11ª Delegacia; que todo o material apreendido com o réu foi levado com o mesmo à Delegacia; que nunca tinha visto o réu na localidade; que a abordagem se deu por conta da denúncia de populares; que apenas o réu foi abordado e revistado; que a droga encontrada e apresentada na delegacia estava em posse direta do réu.(...) que a diligência ocorreu por volta das 21h30min; que sua função na guarnição era a de motorista; que fez a segurança externa no momento da abordagem; que o réu não reagiu à prisão.(...) "SD/PM JAIRO DOS SANTOS BACELAR JÚNIOR FLS. 129 e 132 :"(...) que reconhece o réu; que não recorda exatamente sobre os fatos; que a guarnição estava em ronda pela região da Companhia, quando populares informaram que estava ocorrendo tráfico no local, em uma boca de fumo. Feita a incursão a pé no local, a guarnição encontrou o réu; que a guarnição já estava em cima do réu quando feita a abordagem, não dando a ele tempo para reagir; que o réu estava sozinho; que foram encontradas drogas com o réu, mas que não lembra qual o tipo de

droga nem a quantidade; que foi realizada a revista pessoal no acusado, tendo sido encontradas as drogas em posse dele; que não recorda em qual parte do corpo do réu estavam as drogas, mas que estas estavam nas vestes dele; que a droga estava dividida em porções; que não sabe dizer se havia mais de um tipo de droga em posse do réu; que não sabe dizer a forma em ue as drogas estavam acondicionadas; que não lembra se a denúncia especificava que o réu estava traficando ou apenas dizia que uma pessoa estava traficando; que a denúncia dizia que alguém estava traficando drogas no local; que não tinha informações anteriores à abordagem sobre o envolvimento do réu com tráfico de drogas, apenas posteriores à prisão. (...) que a diligência ocorreu à noite, não sabendo especificar o horário; que não sabe informar qual foi o policial que encontrou as drogas; que a sua função no momento da abordagem era a de realizar a segurança externa; que três policiais participaram da diligência. (...) que apenas o réu foi preso na diligência. (&) SD/PM JOÃO PEDRO SANTANA DAS VIRGENS FLS. 128 e 132: "(...) que reconhece o réu; que são feitas várias diligências no local em que o réu foi preso, haja vista o constante tráfico de drogas no local; que recorda da prisão do réu; que a diligência se deu em uma localidade entre Jd. Nova Esperança e Nova Brasília, chamada Loteamento Dom Amando; que não recorda de a guarnição ter surpreendido o réu no momento da abordagem; que não se recorda da reação do réu à abordagem; que não recorda o tipo de droga apreendido e nem a forma de acondicionamento desta; que não existiam informações preliminares sobre o réu; que a guarnição patrulha aquela área de forma constante devido ao tráfico de drogas na localidade; que geralmente, quando feito este tipo de diligência, as denúncias chegam através de populares que denunciam de forma anônima; que a guarnição estacionou a viatura e incursionou a pé até o momento em que o réu foi visualizado e abordado; que ficou sabendo após a condução que o réu já tinha sido preso anteriormente; que não obteve informações adicionais sobre o réu. (...) que a diligência ocorreu por volta das 21h30min, tal como especifica a denúncia; que não recorda se a diligência ocorreu realmente às 21h. (...) " No caso em comento, o réu foi abordado em via pública, à noite, em local de grande incidência de tráfico de entorpecentes, portando droga fragmentada, maconha e cocaína, esta última de elevado poder viciante e destrutivo, agravado pelo fato de se encontrar em liberdade provisória concedida nos autos de n. 0509455-50.2019, no qual responde, também, por tráfico de drogas. Mister esclarecer, por oportuno, que os depoimentos dos policiais são válidos, até prova em contrário (presunção juris tantum), isso em razão de gozarem de presunção legal de veracidade, eis que exercem o munus na qualidade de Servidores Públicos. Logo, os mesmos têm elevado valor probante quando em harmonia com o arcabouço das provas coligidas. A respeito: "REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. INSUFICIÊNCIA DE PROVA E USO NO LOCAL DE TRABALHO. ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 571J. CONDENAÇÃO BASEADA EM DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Desconstituir o entendimento do Tribunal de origem, que reconheceu ter o acusado sido flagrado portando arma de fogo de uso permitido em área particular de outrem, objetivando o acusado a absolvição ou a desclassificação do delito, exige o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via eleita ante o óbice da Súmula 571J. 2. O depoimento dos policiais militares que flagraram o acusado cometendo o ilícito penal constitui meio idôneo a amparar a condenação, conforme já

sedimentou esta Corte de Justiça. 3. Agravo regimental a que se nega provimento."(AgRg no AREsp 7397485, Rel. MINISTRO JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 19/01/2016, DJe 27/01/2016). PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE DO ACÓRDÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO DE PRONÚNCIA CONSUBSTANCIADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS OBTIDOS POR INQUÉRITO POLICIAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. DELEGADO DO CASO OUVIDO EM JUÍZO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora. 2. Na linha dos precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, embora não seja possível sustentar uma condenação com base em prova produzida exclusivamente na fase inquisitorial, não ratificada em juízo, tal entendimento não se aplica à sentença de pronúncia. 3. A decisão que submete o acusado a julgamento perante o Tribunal do Júri, não exige um juízo de certeza, mas tão somente que seja apontada a materialidade do delito e os indícios suficientes sobre a autoria. Ademais, no procedimento do júri, haverá a possibilidade de renovação da prova por ocasião do julgamento da causa pelos jurados. 4. No caso dos autos, a sentença de pronúncia do paciente abordou os necessários requisitos de autoria e materialidade, com base nos depoimentos colhidos na fase policial e na prova testemunhal produzida em juízo, sob o crivo do contraditório, atendendo, portanto, o comando do art. 413 do CPP. 5. A eficácia probatória do testemunho da autoridade policial não pode ser desconsiderada tão só pela sua condição profissional, sendo plenamente válida para fundamentar um juízo, inclusive, condenatório. Precedentes. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que o reconhecimento da nulidade exige demonstração do prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio *pas de nullité sans grief*. Prejuízo não demonstrado. 7. Habeas corpus não conhecido. (HC 314454 SC 2015/0010105-7, STJ, Ministro RIBEIRO DANTAS, 17/02/2017). É necessário frisar que todas as testemunhas arroladas pela acusação, que foram ouvidas em Juízo, identificaram o apelante como o autor do fato criminoso, atribuindo ao mesmo a conduta de trazer consigo os entorpecentes e de tentar dispensar as drogas. Já a testemunha arrolada pela defesa não presenciou o fato delituoso, nada acrescentando ou esclarecendo. Assim, o conjunto probatório se mostra coeso e apto a corroborar a sentença condenatória. Por outro lado, é imperioso esclarecer que, inobstante o acusado em juízo haver negado a conduta lhe imputada, apenas confessando tratar-se de usuário, o conjunto probatório é apto para imputar a conduta descrita no art. 33 da lei 11.343/06. Em consulta ao E-SAJ, constata-se que não se trata de fato isolado na vida do Denunciado, eis que o mesmo responde a outra Ação Penal nº 0509455-50.2019.8.05.0001 perante a 2ª Vara de Tóxicos por infração ao artigo 33 da Lei 11.343/2006. Enfim, por todo o conjunto de provas e indícios infere-se que as drogas eram do acusado e que se destinavam à traficância. A testemunha de acusação Emerson Costa dos Santos, policial militar, ao ser ouvido neste Juízo, afirmou que reconhece o denunciado como sendo a pessoa presa em razão dos fatos descritos na denúncia. No mesmo sentido em linhas gerais, foi o depoimento da testemunha de acusação

Jairo dos Santos Bacelar Júnior. O referido policial militar, ao ser ouvido em Juízo, reconheceu o denunciado como a pessoa que foi presa no dia dos fatos, na forma narrada na inicial acusatória. A testemunha João Pedro Santana das Virgens também reconheceu o denunciado como sendo a pessoa presa pela sua guarnição em razão do fato narrado na denúncia. Certo é que, no caso em epígrafe, a força do conjunto probatório não se resume apenas nos testemunhos dos policiais, mas, em especial, na quantidade e na forma de acondicionamento da droga apreendida, qual seja a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido; o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa; as circunstâncias da prisão; e a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente (primariedade do réu, mas com ação anterior). Não se pode olvidar, por sua vez, a desnecessidade, para a caracterização do tráfico ilícito de entorpecentes, que o agente seja flagrado no exato momento da mercancia, uma vez tratar-se de crime de condutas múltiplas. Sobre o assunto, bastante elucidativo o seguinte julgado: PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DINÂMICA DELITIVA. QUANTIDADE APREENDIDA. FORMA DE ACONDICIONAMENTO. MODO DE OCULTAÇÃO. LOCAL NOTORIAMENTE CONHECIDO COMO PONTO DE VENDA ILEGAL DE DROGAS. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. PRÁTICA DE MERCANCIA. ART. 12 DA LEI 6.368/76, TIPO PENAL DE CONTEÚDO MÚLTIPLO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. Irrefutável que a dinâmica delitiva, a forma de acondicionamento da substância tóxica, previamente disposta para a mercancia ilícita, o modo de ocultação, o local conhecido notoriamente pelos usuários de drogas como ponto ilegal de venda de substâncias entorpecentes, impõem o reconhecimento do crime do artigo 12 da Lei n. 6.368/76. Ademais, desnecessário o efetivo exercício de mercancia, suficiente à configuração do ilícito a plena subsunção da conduta do acusado a um dos verbos constantes do referido artigo 12, tipo penal de conteúdo múltiplo. Depoimentos oriundos de agentes policiais, não contraditados ou desqualificados, uniformes a apontar a autoria do delito, fazem-se merecedores de fé na medida em que provêm de agentes públicos no exercício de suas funções e não destoam do conjunto probatório. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. A Lei nº 8.072/90 determina o cumprimento da pena em regime integralmente fechado. Em face do princípio da especificidade não incide a Lei 9.714/98, de cunha geral. Apelação improvida. (TJDFT, 20050110038184APR, Relator MARIO MACHADO, 1ª Turma Criminal, julgado em 25/08/2005, DJ 14/10/2005 p. 158). (Grifos aditados). Sem maiores digressões, infere-se que a pretensão acusatória entremostra-se devidamente robustecida pelo arsenal probatório erigido aos autos, de forma que o pleito absolutório suscitado pela Defesa carece de alicerce sólido. Por outro giro, no que tangencia à dosimetria da pena aplicada, insta consignar que não há qualquer mácula a ser sanada. Como se viu, foi fixada a pena-base em 05 anos e 10 meses de reclusão. Da análise da r. sentença (fls. 164/173), observa-se que a sanção base fora aplicada de forma justa e necessária, uma vez que, se cotejadas as circunstâncias do art. 59 do CP, se vislumbra um circunstância desfavorável capazes de elevá-la: “ (...) O réu agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar; o réu é primário, embora responda a outra ação penal pendente de julgamento; poucos elementos foram coletados sobre sua personalidade e conduta social; o motivo do delito é o desejo de obtenção de lucro fácil, o que já é punido pelo próprio tipo penal; as circunstâncias são desfavoráveis, eis que o réu estava em liberdade provisória quando voltou a ser preso portando diversas porções

de maconha e de cocaína, de elevado poder viciante e destrutivo, em via pública; as consequências são desconhecidas à vista de inexistência de elementos comprobatórios do tempo da atividade mercantil; não se pode cogitar do comportamento da vítima". De fato, não poderia a pena base ser aplicada no mínimo legal, o que somente se verifica quando todas as circunstâncias previstas no art. 59 do Código Penal Brasileiro militam em favor do acusado, o que não ocorre no caso vertente. Fato é que, nem todas as circunstâncias judiciais são favoráveis ao réu, conforme restou explicitado na sentença ora recorrida, restando comprovada a inocorrência de qualquer equívoco na aplicação de pena ao acusado. Válido é trazer à colação julgados dos Tribunais Pátrios acerca do tema em análise: TJRS: " Não sendo todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP favoráveis ao réu, não pode a pena base ser fixada no mínimo legal". (RJTJERGS 216/162) TJAP: "Somente quando todos os parâmetros norteadores do art. 59 favorecem o acusado é que a pena base deve ser estabelecida no seu me quantitativo, de sorte que deverá residir acima deste , toda vez que pelomenos um das circunstâncias judiciais militar em seu desfavor". (RDJ 17/147). Por outro lado, também não merece amparo o pleito defensivo no sentido de que seja aplicada ao Apelante a benesse prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, uma vez que restou demonstrado, in folio, sua dedicação às atividades criminosas. Ora, o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, preconiza que, se o réu for primário, ostentar bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização de igual jaez, fará jus à redução de pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). Sobre a matéria em análise, cumpre destacar que o motivo de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é justamente o de punir com menor rigor o pequeno traficante. Simplificando, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida e que, ao cometer um fato isolado, incide na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada Lei Federal. A propósito, sobre o tema, cumpre trazer à luz precedente do Superior Tribunal de Justiça: "A mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06." (AgRg no REsp n. 1.389.632/5, Rel. Ministro Moura Ribeiro, 5ª T, DJe 14/01/2014). Entrementes, embora tecnicamente primário, em consulta ao E-SAJ, constata-se que não se trata de fato isolado na vida do Denunciado, eis que o mesmo responde a outra Ação Penal nº 0509455-50.2019.8.05.0001 perante a 2ª Vara de Tóxicos por infração ao artigo 33 da Lei 11.343/2006, pela prática de delito da mesma natureza (tráfico de drogas), fato que, aliado às circunstâncias do caso concreto, revela habitualidade na prática de crimes, de maneira que resta demonstrado, de forma clara, o não preenchimento dos requisitos para a obtenção de tal benefício, impondo-se, dessa forma, o seu não acolhimento. Realce-se, por fim, conforme informativo nº 596, publicado pelo STJ (01/03/2017), a possibilidade de se utilizar inquéritos e processos penais em tramitação para avaliar a dedicação do réu às atividades criminosas, de modo a afastar a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, dentro das peculiaridades do caso concreto. Tal entendimento restou assentado após o julgamento do EREsp 1.431.091/SP, Rel. Min. Felix Fischer, pela Terceira Seção do STJ. Vejamos o seu teor: "PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO

DE PENA. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. REQUISITOS CUMULATIVOS. DEDICAÇÃO ATIVIDADE CRIMINOSA. UTILIZAÇÃO INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIS. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO DO RECURSO. I – O benefício legal previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06 pressupõe o preenchimento pelo Réu de todos os requisitos cumulativamente, sendo eles: i) primariedade; ii) bons antecedentes; iii) não dedicação em atividade criminosa; iv) não integrar organização criminosa. II – O crime de tráfico de drogas deve ser analisado sempre com observância ao mandamento constitucional de criminalização previsto no artigo 5º, XLIII, da Constituição Federal, uma vez que se trata de determinação do constituinte originário para maior reprimenda ao delito, atendendo, assim, ao princípio da vedação de proteção deficiente. III – Assim, é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 IV – In casu, o Tribunal de Justiça afastou a causa de diminuição de pena mencionada em virtude de o Réu ostentar condenação por tráfico de drogas não transitada em julgado, considerando que ele se dedica à atividade criminosa por não desempenhar atividade lícita, bem como porque "assim que saiu da cadeia, voltou a praticar o mesmo delito". Por fim, incabível o pleito de imposição de regime diverso do devidamente aplicado, nos termos do art. 33, § 2º, do Código Penal, observando a quantidade da pena imposta, uma vez que fora imposta a pena de 05 anos de reclusão ao condenado. Assim, agiu com acerto a magistrada a quo, ao prolatar o decreto condenatório ora questionado, não merecendo a mesmo qualquer reforma. Diante do quanto esposado, e na esteira da manifestação da Procuradoria de Justiça, a sentença hostilizada encontra-se irrepreensível, não merecendo nenhum reproche, devendo permanecer, por isso mesmo, na sua integralidade, razão pela qual se CONHECE do recurso e, no mérito, NEGAR PROVIMENTO AO APELO. Salvador, de 2022 Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Relator