

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300132-28.2020.8.05.0079 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: e outros (2) Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros Advogado (s): A ACÓRDÃO EMENTA: APELAÇÃO-CRIME. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENOR: ARTIGOS 33 E 35 DA LEI N.º 11.343/2006 E 244-B DO ECA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSIÇÃO DAS PENAS DE 09 (NOVE) ANOS RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E DE 1.200 DIAS-MULTA. APELO DEFENSIVO. I. DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS – ARTIGO 35 DA LEI N.º 11.343/2006. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO: PROVIMENTO. AUSÊNCIA DE PROVAS HÁBEIS A SUBSIDIAR UM ÉDITO CONDENATÓRIO. VÍNCULO ASSOCIATIVO ESTÁVEL E PERMANENTE DOS ACUSADOS QUE NÃO RESTOU DEVIDAMENTE DEMONSTRADO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO. ÔNUS PROBATÓRIO DA ACUSAÇÃO. INTELIGÊNCIA DO ART. 386, INCISO VII, DO CPP. PRINCÍPIO IN DUBIO PRO REO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. II. DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS – ARTIGO 33 DA LEI N.º 11.343/2006. REQUERIMENTO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O TIPO DESCRITO NO ARTIGO 28 DA LEI N.º 11.343/2006 (PORTE DE DROGAS PARA USO). NÃO CABIMENTO. 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. PEDIDO DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. CABIMENTO. NORMA QUE PREVÊ, COMO REQUISITOS À CONCESSÃO DO BENEFÍCIO, A PRIMARIEDADE DO RÉU, A EXISTÊNCIA DE BONS ANTECEDENTES E A AUSÊNCIA DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS OU DE INTEGRAÇÃO À ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIIS EM CURSO QUE NÃO AUTORIZAM, DE PER SI, A NEGATIVA DA APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. EXEGESE FIRMADA NO TEMA 1.139 PELO STJ. RÉUS TECNICAMENTE PRIMÁRIOS. MODUS OPERANDI DO DELITO QUE NÃO CORROBORA A TESE ACUSATÓRIA DE DEDICAÇÃO DOS APELANTES A ATIVIDADES CRIMINOSAS. APREENSÃO DE POUCA QUANTIDADE DE DROGA COM BAIXO GRAU DE LESIVIDADE – A SABER, 135 GRAMAS DE MAÇONHA. III. DELITO DE CORRUPÇÃO DE MENORES – ARTIGO 244-B DO ECA. ALEGAÇÃO DE AUSÊNCIA DE PROVAS DA OCORRÊNCIA DO CRIME. NÃO ACOLHIMENTO. CRIME DE NATUREZA FORMAL: INCIDÊNCIA DA SÚMULA N.º 500 DO STJ. ADOLESCENTE SURPREENDIDA EM COMPANHIA DOS RÉUS NO CONTEXTO DO FLAGRANTE, PREPARANDO DROGAS. INSERÇÃO DO ADOLESCENTE NO CONTEXTO DA TRAFICÂNCIA. ABSOLVIÇÃO DESCABIDA. CONDUTA, NO ENTANTO, QUE MELHOR SE AMOLDA À MAJORANTE DO ARTIGO 40, VI DA LEI DE TÓXICOS. RECLASSIFICAÇÃO QUE SE IMPÕE, POR FORÇA DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. IV. DOSIMETRIA. 1.ª FASE: CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS POSITIVAS. PENA-BASE DOS RÉUS FIXADA EM 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO. 2.ª FASE: ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA REQUERIDA EM FAVOR DO RÉU : IMPROCEDÊNCIA. ACUSADO QUE, À ÉPOCA DO FATO, JÁ POSSUÍA 22 ANOS DE IDADE. PENAS INTERMEDIÁRIAS MANTIDAS EM 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO. 3.ª FASE: INCIDÊNCIA DA MAJORANTE DESCRITA NO ARTIGO 40, VI, DA LEI DE DROGAS, PARA TODOS OS RÉUS, QUE ENSEJA O AUMENTO DA REPRIMENDA EM 1/6 (UM SEXTO). RECONHECIMENTO, LADO OUTRO, DA MINORANTE PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4.º, DA MESMA LEI, QUE DEMANDA A REDUÇÃO DA PENA EM 1/6 (UM SEXTO). PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE FINAL ESTABELECIDADA EM 04 (QUATRO) ANOS, 10 (DEZ) MESES E 10 (DEZ) DIAS DE RECLUSÃO. SANÇÃO PECUNIÁRIA REFORMADA PARA 485 (QUATROCENTOS E OITENTA E CINCO) DIAS-MULTA. V. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO DA APELAÇÃO DA DEFESA NA ESFERA CRIMINAL. IMPOSIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE DEFINITIVA DE 04 (QUATRO) ANOS, 10 (DEZ) MESES E 10 (DEZ) DIAS DE RECLUSÃO. RÉUS TECNICAMENTE PRIMÁRIOS, PAIRANDO, SOBRE A SUA CONDUTA,

CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. TEMPO DE PRISÃO PREVENTIVA (APROXIMADOS DEZ MESES E QUINZE DIAS ATÉ A SENTENÇA) QUE DEVE ORIENTAR A ESCOLHA DO REGIME. ARTIGO 387, § 2.º, DO CPP, C/C ARTIGO 33, § 2.º, c, DO CP. READEQUAÇÃO, DE OFÍCIO, PARA O REGIME INICIAL ABERTO QUE É DE RIGOR. VI. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. NÃO CABIMENTO. FALTA DE PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 44 DO CP. ÓBICE TEMPORAL. FIXAÇÃO DE REPRIMENDA SUPERIOR A 04 (QUATRO) ANOS. VII. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. POSSIBILIDADE. RÉUS SEGREGADOS EM REGIME MAIS GRAVOSO DO QUE O IMPOSTO EM JULGAMENTO DE APELAÇÃO. POSSIBILIDADE DE AGUARDAR O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO EM LIBERDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 5.º, INCISO LXV, DA CF/88. CONCESSÃO DE ORDEM DE HABEAS CORPUS. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA EM PARTE. Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Apelação n.º 0300132-28.2020.8.05.0079, provenientes da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Eunápolis/BA, em que figuram como Apelantes os , E , 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 DAR PARCIAL PROVIMENTO à Apelação, para absolver os Réus da prática do delito de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei n.º 11.343/2006), reconhecer a incidência da figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4.º da mesma lei) e reclassificar a conduta de corrupção de menor para a majorante do art. 40, VI, da Lei n.º 11.343/2006, com o redimensionamento das penas de cada um para 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial aberto, e a concessão do direito de recorrer em liberdade, tudo nos termos do voto da relatora. 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. 0300132-28.2020.8.05.0079 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: e outros (2) Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros Advogado (s): A RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelos Réus , e , em face da Sentença de procedência da Denúncia proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Eunápolis/BA. Narrou a Peça Acusatória (Id. 196701411 – PJE1G) que: “[...] os denunciados foram flagrados, no dia 16 de janeiro de 2020, por volta das 15h00min, no meio do matagal da Rua da Bica, na Praça da Liberdade, Centro, neste município de Eunápolis/BA, por prepostos da Polícia Militar, trazendo consigo 162 (cento e sessenta e duas) buchas da droga ilícita Cannabis Sativa, vulgarmente conhecida como “maconha”, totalizando 162g (cento e sessenta e dois gramas), e mais 09 (nove) tabletes daquela mesma droga ilícita, totalizando 09g (nove gramas), sem autorização – isto, além de uma arma branca, tipo faca peixeira, e uma balança de precisão (vide auto de exibição e apreensão de fls. 11). II – Esclarecem os autos que uma guarnição da Polícia Militar estava em ronda de rotina pelo centro desta cidade quando realizou uma incursão pela Rua da Bica, local de intensa movimentação do tráfico de drogas. Ao passarem pelo local, os policiais ouviram vozes vindas do meio do matagal, o que os motivou a realizarem um cerco, para fim de localizar e identificar os suspeitos. Como resultado foram flagrados os denunciados, e os indivíduos de nomes e . Registre-se que, para , a autoridade policial procedeu com um Termo Circunstanciado de Ocorrência, por trazer consigo apenas uma bucha da droga ilícita

“maconha”, ficando evidenciado que o respectivo porte era para consumo pessoal; já para foi lavrado um Boletim de Ocorrência Circunstanciado, uma vez que é o mesmo se tratava de uma adolescente na prática de ato infracional semelhante ao crime de tráfico de drogas. III – Ressalta-se que com o denunciado foram encontradas 40 (quarenta) buchas de “maconha” e uma quantia de R\$105,00 (cento e cinco reais). Perante a autoridade policial aquele confessou que estava naquele local vendendo a droga. Já com o denunciado foi encontrada apenas uma bucha de “maconha”, porém, apesar de alegar encontrar-se no local para comprar a droga para seu consumo pessoal, ele já é conhecido no meio policial como traficante de drogas ilícitas, além de autor de crimes contra o patrimônio, o que ratifica a fundada suspeita de que ele estava efetivamente envolvido com o tráfico de drogas naquela ocasião. Já com o denunciado também foi encontrada uma bucha de “maconha”, entretanto, no momento em que os policiais localizaram os suspeitos, ele, ICAR0, lançou para o resto do grupo um saco com 121 (cento e vinte e uma) buchas de “maconha” e 09 (nove) tabletes dessa mesma droga; além disso, foi ao lado do denunciado que foi localizada e apreendida a balança de precisão.” A Peça Acusatória foi recebida em 26.03.2020 (Id. 196701423). Finalizada a instrução criminal e apresentados os Memoriais pela Acusação e pela Defesa, foi proferida Sentença (Id. 196701653), que condenou os Acusados como incursos nas previsões do art. 33, caput, e 35, ambos da Lei n.º 11.343/2006, e do art. 244-B da Lei n.º 8.069/1990, em concurso material de crimes, impondo-lhe a reprimenda total de 09 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado, e a sanção pecuniária de 1.200 (mil e duzentos) dias-multa, cada um no menor valor legal. Irresignados, os Sentenciados, e interpuseram o presente recurso de Apelação. Em suas razões (Id. 196701656, 196701672 e 196701680), pugnam a sua absolvição dos delitos de associação para o tráfico de drogas e de corrupção de menores, com esteio no art. 386, VII, do CPP, ao sustentarem a fragilidade probatória quanto à presença de dolo. Quanto ao delito de tráfico de drogas, requerem a desclassificação da conduta para o tipo de porte de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei n.º 11.343/2006), ou, subsidiariamente, o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado em seu patamar máximo (§ 4.º do art. 33 da Lei). O Acusado ainda pede o reconhecimento, em seu favor, da atenuante da menoridade relativa (art. 65, I, do CP). Por fim, todos pleiteiam a possibilidade de aguardarem o trânsito em julgado da condenação em liberdade. Devidamente intimado, o Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões, pugnando o improvimento dos Apelos defensivos e a consequente manutenção da Sentença guerreada em sua inteireza (Id. 196701682, 196701683 e 196701684). Instada a se manifestar, a douta Procuradora de Justiça opinou pelo provimento parcial dos Apelos para “afastar a condenação dos Apelantes pelo crime de associação para o tráfico de droga e aplicar o redutor de pena previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em relação ao Apelante ” (Id. 23548199). É o breve relatório, que ora submeto à apreciação da eminente Desembargadora Revisora, com as homenagens de estilo. Desembargadora Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300132-28.2020.8.05.0079 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: e outros (2) Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros Advogado (s): A VOTO I. Do juízo de admissibilidade Inicialmente, verifica-se que os presentes Recursos de Apelação são próprios e tempestivos, tendo sido manejado, ademais, por quem exhibe legítimo

interesse na reforma do Édito Condenatório. Portanto, é medida de rigor o conhecimento destes inconformismos, passando-se, de logo, ao exame de suas questões de fundo. II. Do mérito recursal II.A. Da materialidade e autoria do delito de tráfico de drogas Passando-se ao mérito recursal, os Apelantes trazem ao acertamento jurisdicional o sustentáculo de ausência de provas acerca do seu envolvimento no delito de tráfico de drogas narrado na Exordial Acusatória, lançando argumentos a fim de desclassificar sua conduta para o tipo de Posse de droga para uso próprio. Sucede que tais alegações não merecem guarida, posto que o arcabouço probatório torna inconteste a materialidade da traficância e sua autoria na pessoa dos Recorrentes, na forma estabelecida no Édito condenatório guerreado, o qual se lastreou na prova produzida no bojo da instrução criminal, analisando-a, apenas para fins de corroboração, em cotejo com os elementos colhidos na fase inquisitorial, apreciando-a livremente e de forma fundamentada, em conformidade com as diretrizes da norma insculpida no art. 155 do CPP. Veja-se, de logo, no tocante à materialidade, que o Auto de Exibição e Apreensão atesta a retenção, pela Autoridade Policial, além de dois celulares, de “arma branca, tipo faca peixeira; a importância de R\$ 115,00 (cento e quinze reais); 40 (quarenta) buchas de maconha, totalizando aproximadamente 40 (quarenta) gramas; 01 (uma) bucha de maconha, totalizando aproximadamente 01 (um) gramas; 121 (cento e vinte e uma) buchas de maconha, totalizando aproximadamente 121 (cento e vinte e uma) gramas; 09 (nove) tabletes de maconha, totalizando aproximadamente 09 (nove) gramas; uma balança de precisão, marca tomate, cor prata” (Id. 196699804). O Laudo de Constatação n.º 2020 24 PC 000180-01 confirmou a descrição do material apreendido, apontando com exatidão a gramatura total apreendido de maconha, que foi de 216,80 g (duzentos e dezesseis gramas e oitenta centigramas) (Id. 196701527). Enviada a substância apreendida ao Departamento de Polícia Técnica da SSP/BA para análise definitiva, o Laudo Pericial n.º 2020 24 PC 000180-02 detectou, efetivamente, a substância -9 tetrahydrocannabinol (THC), um dos princípios ativos do vegetal Cannabis sativa, L, popularmente conhecido por maconha (Id. 196701520). No mais, o Laudo n.º 2020 24 PC 004447-01 procedeu à descrição física da balança apreendida de marca Tomate, registrando tratar-se de equipamento eletrônico destinado à medição em massa de pequenas grandezas, e da faca tipo peixeira, marca Star, medindo aproximadamente 41,5cm (quarenta e um centímetros e meio) de comprimento total (Id. 196701543). Relativamente à autoria do delito, de igual sorte constata-se sua demonstração nos fólios, porquanto os elementos probatórios amealhados são suficientes para indicar estarem, e de posse das substâncias ilícitas destinadas à mercancia. Nesse sentido, os Policiais Militares, e, na condição de testemunhas de Acusação, apontaram em seus depoimentos colhidos sob o crivo do contraditório: “... Que como é costumeiro lá o tráfico de drogas, a gente resolveu fazer uma incursão no local que já conhecido; no final, já encerrando a incursão, a gente observou vozes de algumas pessoas e aí já conhecendo o local resolvemos cercar o local e deu que a gente encontrou cerca de cinco indivíduos, cinco suspeitos naquele ambiente justamente e alguns já conhecidos, praticamente todos conhecidos no chão, encontramos drogas até no chão, eu fui quem fiz a busca pessoal, encontrei as buchas de maconha, tabletes pelo corpo de um, no bolso de outro, fizemos a busca em volta e encontramos também uma faca que eles estavam usando para cortar a droga e que parecia de que eles estavam dividindo a droga; que identificamos os mesmos, inclusive o menor no anterior eu com outra guarnição tinha apreendido ele com droga no bairro Minas Gerais; após essa

identificação, a gente deu voz de prisão; observamos o Ícaro que já era conhecido, bastante conhecido, o mais conhecido de todos, ele se desfez de uma sacola plástica, uma sacola de mercado, se desfez, jogou no meio dos outros; que aí após dada a voz de abordagem, eu que fiz a busca pessoal no bolso do Ícaro, encontrei uma bucha de maconha, mas na sacola que ele jogou fora se encontrava o restante da maconha, outros cento e poucas realmente buchas de maconha e no caso de ele tava com uma pochete no corpo dele, a pochete que tava com ele foi onde eu encontrei também maconha tabletes pequenos de maconha e buchas de maconha, na cintura dele; a gente encontrou duas balanças de precisão, uma maior e outra menor; uma tava com o Ícaro e a outra próxima do menor..." (depoimento do PM, vide Pje-mídia, conforme degravação no Parecer Ministerial, ao Id. 23548199, p. 6) "... Que era comandante da guarnição; que estavam fazendo rondas e decidiram fazer incursão na Rua da Bica; que ouviu vozes em um matagal; que fizeram o cerco e adentraram ao matagal encontrando os Apelantes em posse de drogas; que havia grande quantidade de drogas, além de balança de precisão e faca, utilizada para cortar as drogas... que os Apelantes são conhecidos pela prática do tráfico de drogas e outros crimes; que o Apelante confessou a prática de drogas; que os Apelantes estavam juntos cortando as drogas para vender; que havia um menor repartindo as drogas com os Apelantes, o qual também já era conhecido pela polícia..." (depoimento do PM, vide Pje-mídia, conforme degravação no Parecer Ministerial, ao Id. 23548199, p. 6) "... Que estava realizando rondas na Rua da Bica, local em que comumente ocorre tráfico de drogas, quando ouviu vozes vindas do fundo de uma casa, onde foram encontradas drogas em posse dos Apelantes; que foram apreendidas balanças de precisão e facas utilizadas para repartir as drogas; que os Apelantes são conhecidos pela prática de tráfico no local; que os Apelantes estavam juntos cortando as drogas para distribuir..." (depoimento do PM, vide Pje-mídia, conforme degravação no Parecer Ministerial, ao Id. 23548199, p. 6-7) No que concerne aos sobreditos depoimentos, vale destacar que, segundo entendimento amplamente firmado pela jurisprudência, não há óbice para que que efetuaram a prisão ou a apreensão do agente prestem o seu testemunho acerca dos fatos, em conformidade com o art. 202 da Lei Adjetiva Penal. Afora isso, não se extrai dos autos que os Policiais que funcionaram como testemunhas tivessem particular interesse na condenação dos Apelantes, não tendo a Defesa contraditado os mesmos quando da instrução probatória, tampouco indicado, em qualquer momento, indício de parcialidade em suas versões. Lado outro, os Apelantes afirmaram que a droga apreendida era unicamente para uso próprio (vide Pje-mídias). Ocorre que a negativa referente ao tráfico, por eles apresentada, ante a ausência de qualquer outro elemento que venha a lhe fortalecer, acaba por apenas denotar a expressão ampla e irrestrita de seu legítimo direito constitucional de autodefesa, não sendo tal fato, por si só, capaz de ilidir as demais provas amealhadas durante a instrução criminal. Nesse ponto, 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. Em resumo, malgrado os Recorrentes

tenham negado a acusação de tráfico, certo é que a prova testemunhal e as circunstâncias da prisão demonstram, à exaustão, estarem eles envolvidos na posse de substância entorpecente para a mercancia, fato que conduz, de modo evidente, à procedência da pretensão acusatória, não havendo, pois, que se falar em desclassificação de suas condutas para o tipo previsto no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, ante o disposto no § 2.º deste artigo e os elementos normativos presentes na espécie em tela. Portanto, nesse aspecto, irretocável é a Sentença condenatória, vez que restaram suficientemente demonstradas a autoria e a materialidade do crime previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343/06, em relação aos Recorrentes. II.B. Da materialidade e autoria do delito de associação para o tráfico de drogas Os Apelantes , e requerem, de outro viés, a sua absolvição da prática do delito capitulado no art. 35 da Lei n.º 11.343/06 em razão da sustentada ausência de provas, sobretudo quanto à autoria criminosa. Assiste-lhes razão. Deveras, apesar de comprovada a posse de 216,80 g (duzentos e dezesseis gramas e oitenta centigramas) de maconha, divididos em porções, para fins de mercancia a terceiros, o arcabouço probatório não se relevou robusto a demonstrar o investigado vínculo associativo entre os agentes. Como cediço, o tipo penal em apreço se configura quando ao menos duas pessoas se reúnem com a finalidade de realizarem os tipos insertos nos arts. 33, caput, e § 1º e 34, ambos da retrocitada Lei, de forma estável e permanente, não se confundindo o tipo com o mero concurso de agentes. No dizer do doutrinador , "não é suficiente [...] para a configuração do tipo penal previsto no art. 35, a existência do simples dolo de agir conjuntamente, em concurso, na prática de um ou mais crimes. É imprescindível a verificação de dolo distinto, específico: o dolo de associar-se de forma estável" (In: TÓXICOS: Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 – LEI DE DROGAS Anotada e Interpretada, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 252). Sobre o tema, já decidiu o Tribunal da Cidadania (grifos acrescidos): [...] ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA RECONHECIDAS PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INEXISTENTE. 1. Para a caracterização do crime de associação para o tráfico é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, sendo que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não se subsume ao tipo do artigo 35 da Lei n.º 11.343/2006. Doutrina. Precedentes. [...] (STJ, HC 271.616/BA, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 23/10/2013) Veja-se que, na Sentença objurgada, o Julgador a quo, visando fundamentar seu decreto condenatório quanto à malsinada associação entre os Réus, limitou-se trazer elementos hábeis de convicção que, em verdade, guardam, tão-só, relação com a prática conjunta de tráfico pelos Denunciados. Dito em outras palavras, olvidou o Magistrado Sentenciante de apontar, para além da coautoria, qualquer permanência ou estabilidade no vínculo existente entre os Acusados. Desse modo, resta ausente elemento probatório sólido produzido sob a égide do contraditório e da ampla defesa a demonstrar a estabilidade e a permanência do elo entre os Recorrentes, imprescindíveis à configuração do crime capitulado no art. 35 da Lei nº 11.434/06. Como fonte objetiva da verdade, a prova é necessária para demonstrar a existência ou a inexistência da veracidade da acusação e se dirige ao Magistrado para formar o seu convencimento, a sua convicção. Por esta razão é que o Processo Penal tem que reunir em seu bojo prova suficiente e confiável para abstrair-se do conjunto probatório a certeza da prática de um ilícito penal. Do contrário, havendo dúvida quanto ao fato jurídico denunciado, deve o Magistrado absolver o Acusado. Corroborar neste sentido

o art. 155, do CPP, pelo qual "o juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas". Ainda, para o Decreto Condenatório com privação de liberdade ou de direitos, torna-se necessária a existência de prova robusta e certa da materialidade e da autoria criminosa, sem qualquer resquício de dúvida. Do contrário, a falta de evidência, não materializada pela solidez da prova, retira a faculdade de punição, pois não se condena em dúvida ou na falta de certeza. É de trivial conhecimento que o ônus da prova, no processo penal, é da acusação, em homenagem ao Princípio da não-culpabilidade, uma vez que "o natural nos homens é a inocência, pela qual se presume, correspondendo à acusação a obrigação da prova no juízo penal" (MALATESTA, Nicolas Framarino Dei. *A Lógica das Provas em Matéria Criminal*. Buenos Aires: , 1945, p. 115). Nesse desiderato, uma prova deficiente, incompleta ou contraditória gera inevitavelmente a dúvida e, com ela, a peremptoriedade da absolvição, pois milita, em favor do penalmente Acusado, uma presunção relativa de inocência. In casu, inobstante tenha sido oportunizada ao Ministério Público, em juízo, a colheita de provas que viessem a elucidar os fatos narrados na Prefacial e tornar inexoravelmente fortalecidos os indícios da prática criminosa delineados no Inquérito Policial, os elementos trazidos aos autos não foram suficientes para aclarar os fatos. Ou seja, o Órgão Ministerial não se desincumbiu de comprovar, na fase em que são indubitavelmente observados os princípios do contraditório e da ampla defesa, a configuração do delito do art. 35 da Lei de Tóxicos. Sobre a necessidade de judicialização da prova, assim brilhantemente esclarece : Portanto, em obediência ao princípio do contraditório, necessário que os elementos informativos produzidos no inquérito sejam judicializados, ou seja, sejam repetidos em juízo, agora sim observando-se o contraditório. É o que alguns autores chamam de princípio da judicialização das provas. Caso o magistrado baseasse a sentença condenatória em elementos produzidos exclusivamente durante o inquérito, estar-se-ia condenando com base em "provas" não coletadas sob o crivo do contraditório, em afronta direta a este princípio. Justamente por isso a nova legislação deixou claro que o magistrado deve se guiar, na fundamentação, pela prova produzida em contraditório judicial. Inclusive, o legislador demonstra que somente pode ser considerado "prova" aquilo que foi produzido em contraditório. Em outras palavras, o contraditório passa a ser elemento essencial do conceito de provas, relegando-se a expressão "elementos informativos" para tudo o que fora produzido sem a observância do contraditório. (MENDONÇA, Andrey Borges. *Nova reforma do Código de Processo Penal*, 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2009, p. 149) À vista, pois, da fragilidade dos elementos de convicção produzidos em sede judicial, deve-se aplicar o princípio in dubio pro reo, norteador do Direito Penal, sendo de rigor, pois, a absolvição dos Apelantes , e no que concerne à imputação do crime de Associação para o Tráfico de Drogas, com supedâneo no art. 386, inciso VII, do CPP. II.C. Da materialidade e autoria do delito de corrupção de menores Lado outro, batem-se os Apelantes , e pela absolvição do delito de corrupção de menores (art. 244-B do ECA), sob a alegação de fragilidade probatória. Todavia, cuida-se de linha argumentativa que não merece prosperar. O crime de corrupção de menores possui caráter sabidamente formal e consuma-se com a mera participação de adolescente, em companhia de agente imputável, na prática de conduta

delituosa, conclusão que se extrai da própria literalidade do art. 244-B, caput, da Lei n.º 8.069/1990 – “corromper ou facilitar a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la”. Desse modo, tem-se que nem mesmo o envolvimento pretérito do menor em comportamentos desviantes teria o condão de afastar a figura típica em tela, porquanto também informada pelo louvável propósito de evitar a permanência de pessoa ainda em formação no seio da criminalidade, o que somente estimularia a sua degradação moral, ao completo arrepio do escopo protetivo do Estatuto da Criança e do Adolescente. Mais do que isso, observa-se que o Superior Tribunal de Justiça pacificou, no âmbito jurisprudencial, o entendimento quanto à natureza formal do delito de corrupção de menores, tornando ociosa eventual discussão a esse respeito mediante a edição da Súmula n.º 500, cuja transcrição ora se mostra oportuna: Súmula n.º 500. A configuração do crime previsto no artigo 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente independe da prova da efetiva corrupção do menor, por se tratar de delito formal. Pois bem, ao exame dos autos constata-se que o adolescente L.F.M.S. foi surpreendido em companhia dos Réus no contexto do flagrante, em poder de considerável quantidade de drogas porcionadas, resultando, pois, manifesta a efetiva inserção do adolescente no âmbito da atividade ilícita. Ocorre, por outro lado, que não se mostrou adequada, data venia, a capitulação do fato em tratativa nas previsões do art. 244-B da Lei n.º 8.069/1990, isto é, como delito autônomo de corrupção de menores, uma vez que o envolvimento ou comprometimento de adolescentes pelo comércio espúrio traduz circunstância acessória do crime de tráfico de drogas, explicitamente contemplada pela majorante prevista no art. 40, inciso VI, da Lei de Tóxicos: Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: VI – sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação; Desse modo, é providência imperiosa, à luz do princípio da especialidade, a reclassificação da conduta em questão, ex officio, para a aludida causa de aumento, com a consequente exclusão do delito de corrupção de menores e a realização das cabíveis modificações na dosimetria da pena, observada, por óbvio, a impossibilidade de agravamento da reprimenda final do Acusado no âmbito de recurso exclusivo da Defesa. Vejam-se, a título ilustrativo, arestos do Superior Tribunal de Justiça: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE AUMENTO. ART. 40, VI DA LEI DE DROGAS. CORRUPÇÃO DE MENOR. COMPROVAÇÃO DE PARTICIPAÇÃO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Por ocasião do julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.127.954/DF (DJe 1º/2/2012), a Terceira Seção deste Superior Tribunal uniformizou o entendimento de que, para a configuração do crime de corrupção de menores, basta haver evidências da participação de menor de 18 anos no delito e na companhia de agente imputável, sendo irrelevante o fato de o adolescente já estar corrompido, visto que se trata de delito de natureza formal.”(REsp 1.288.494/SP, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, DJe 21/11/2016). 2. No caso, sendo incontroversa a participação da menor, o restabelecimento da causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006 da sentença de primeiro grau é medida que se impõe. 3. Agravo regimental não provido. (STJ, 5.ª Turma, AgRg no AREsp 568.189/MG, Rel. Min. , j. 20.06.2017, DJe 28.06.2017) (grifos acrescidos) RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, VI, DA LEI DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE



MENORES. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. DUPLA PUNIÇÃO EM RAZÃO DA MESMA CIRCUNSTÂNCIA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. 1-2. [...]. 3. Caso o delito praticado pelo agente e pelo menor de 18 anos não esteja previsto nos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas, o réu poderá ser condenado pelo crime de corrupção de menores, porém, se a conduta estiver tipificada em um desses artigos (33 a 37), pelo princípio da especialidade, não será possível a condenação por aquele delito, mas apenas a majoração da sua pena com base no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006. 4. In casu, verifica-se que o réu se associou com um adolescente para a prática do crime de tráfico de drogas. Sendo assim, uma vez que o delito em questão está tipificado entre os delitos dos arts. 33 a 37, da Lei de Drogas, correta a aplicação da causa de aumento prevista no inciso VI do art. 40 da mesma Lei. 5. Recurso especial improvido. (STJ, 6.ª Turma, REsp 1.622.781/MT, Rel. Min. , j. 22.11.2016, DJe 12.12.2016) (grifos acrescidos) Registra-se, ainda, que a medida ora adotada decorre de simples inteligência do instituto da emendatio libelli, previsto no art. 383 do Código de Processo Penal, a explicitar que "o juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa [...]", ficando tal operação somente limitada, na espécie, pela vedação à reformatio in pejus, como já pontuado anteriormente. II.D. Da aplicação da pena Passando à dosimetria da pena do crime de tráfico de drogas, único delito que subsiste em relação aos Apelantes, pontue-se que as suas penas-base foram fixadas pelo Magistrado a quo no mínimo quantum legal; nas fases subsequentes, não foi reconhecida causa atenuante, agravante, minorante ou majorante, razão pela qual a sanção restou fixada em 05 (cinco) anos de reclusão. Insurge-se a Defesa pelo reconhecimento da atenuante da menoridade relativa (art. 65, I, do CP) em favor do , bem como pela aplicação da figura do tráfico privilegiado com relação a todos os Réus, , e , ao alegarem o preenchimento dos requisitos descritos no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006. No tocante à atenuante, trata-se, porém, de argumentação não condizente com o cenário fático identificado à espécie, pois se verifica do arcabouço probatório que o Acusado , nascido em 07.01.1998 (196701326, 196701181, 196701177), já possuía 22 (vinte e dois) anos de idade à ocasião do fato, ocorrido em 16.01.2020. Já o pleito de reconhecimento da figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006) merece acolhimento com relação a todos os Acusados. No caso concreto, o Magistrado a quo negou a aplicação do privilégio em razão de os Apelantes terem sido condenados, na Sentença, também pelo cometimento do crime de associação para o tráfico de drogas. Essa situação, contudo, não mais subsiste, à vista da absolvição proferida, por esta Turma, quanto ao aludido crime, diante da notória inexistência de provas acerca da estabilidade e permanência do vínculo criminoso dos Acusados. 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.

Portanto, no caso em testilha, constata-se que o pleito de aplicação da minorante deve ser acolhido, à vista do preenchimento dos requisitos legais. No que concerne à aplicação da fração redutora, todavia, não deve ela ser empregada em seu grau máximo, como pede a defesa. Foi apreendida quantidade não desprezível de drogas (repise-se, 216,80 gramas), fracionada em 162 (cento e sessenta e duas) buchas e 09 (nove) tabletes, juntamente a uma faca utilizada para o preparo da droga e duas balanças de precisão, denotando-se, ademais, uma vinculação robusta dos Apelantes com a traficância, como se infere da prova oral. Essas circunstâncias, embora não impeçam a aplicação da causa de diminuição de pena, sobretudo à vista do entendimento esposado no tema 1.139 do STJ, recomendam a aplicação da fração redutora em 1/6 (um sexto). De outro giro, considerando-se a reclassificação, na presente via recursal, da conduta de corrupção de menor, procede-se à majoração prevista no art. 40, VI, da Lei n.º 11.343/2006, também na fração de 1/6 (um sexto), já que a incursão da adolescente não envolveu maiores peculiaridades. Desta feita, considerando a fixação das penas básica e intermediária no menor quantum legal previsto no tipo penal secundário do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, procedida à diminuição e ao aumento respectivos, na forma acima consignada, redimensionam-se as penas definitivas dos , e para 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além de 485 (quatrocentos e oitenta e cinco) dias-multa, cada um no mínimo valor legal. II.E. Do regime inicial de cumprimento de pena Considerando o efeito devolutivo amplo do Apelo defensivo na seara processual penal, o quantum da pena privativa de liberdade definitiva dosada (é dizer, 04 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão), a primariedade técnica dos Réus, a favorabilidade das circunstâncias judiciais do crime a ele imputado, o tempo de prisão provisória (aproximados dez meses e quinze dias até a Sentença), bem como os ditames do art. 387, § 2.º, do CPPB, c/c art. 33, §§ 2.º e 3.º, do CPB, reforma-se de ofício o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade dos Apelantes , e para o aberto. II.F. Da substituição da pena (art. 44 do CP) Registre-se que as sanções privativas de liberdade dos Apelantes não podem ser substituída por penas restritivas de direitos, à vista da falta de preenchimento do requisito temporal previsto na primeira parte do inciso I do art. 44 do Código Penal, eis que eles foram condenados a patamar superior a 04 (quatro) anos de reclusão. II.G. Do direito de recorrer em liberdade Os Recorrentes reclamam, por fim, o direito de recorrer em liberdade. Com efeito, uma vez reformado o Édito condenatório para fixar o regime inicial aberto, não mais guarda proporcionalidade a manutenção da prisão cautelar dos , e , em atenção ao princípio da homogeneidade. Vale ponderar que a execução provisória da pena, sem que o título executivo penal haja transitado em julgado, é medida de exceção em nosso ordenamento jurídico. Como corolário, mais que inelutável, a execução provisória da pena exige a exposição justificada, em bases concretas, dos motivos ensejadores da prisão preventiva. O Superior Tribunal de Justiça possui linha cognitiva no sentido de julgar incompatível a fixação do regime aberto ou de penas restritivas de direitos com a proibição de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. Confira-se: [...] 3. Fixado o regime aberto, que se baseia na autodisciplina e no senso de responsabilidade do condenado, para o inicial cumprimento da sanção penal, o Recorrente cumprirá sua pena privativa de liberdade desvigiado. Nos termos do art. 36, § 1º, do Código Penal, o condenado deverá, fora do estabelecimento prisional e sem vigilância, trabalhar, frequentar curso ou exercer outra atividade autorizada,

permanecendo recolhido tão-somente durante o período noturno e nos dias de folga.4. Por esse motivo, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, fixado o regime aberto para o inicial cumprimento da reprimenda, em homenagem ao princípio da razoabilidade, a negativa do apelo em liberdade constitui constrangimento ilegal. Afinal, o condenado não pode permanecer preso provisoriamente em regime diverso daquele fixado para o cumprimento da sanção penal. E, por óbvio, o cumprimento de sanção penal no regime mais favorável é incompatível com o cárcere preventivo. [...] (STJ: RHC 33.193/RS, Relatora: Ministra , QUINTA TURMA, julgado em 28/05/2013, DJe 24/06/2013) CONCEDE-SE, pois, o direito de os Apelantes , e , qualificados nos autos, aguardarem em liberdade o trânsito em julgado da presente condenação. III. Dispositivo Ante todo o exposto, na esteira parcial do parecer Ministerial, CONHECE-SE e DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, para absolver os Réus , e da prática do delito de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei n.º 11.343/2006), reconhecer a incidência da figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4.º da mesma lei) e reclassificar a conduta de corrupção de menor para a majorante do art. 40, VI, da Lei n.º 11.343/2006, com o redimensionamento das penas de cada um dos Acusados para 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a serem cumpridas em regime inicial aberto, e a concessão do direito de recorrer em liberdade, tudo nos termos do voto da relatora. Desembargadora Relatora