

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0505671-82.2018.8.05.0039 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Cláudio Luiz da Cruz Teixeira Advogado (s): MARCIO MAGALHAES CERQUEIRA COSTA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO DEFENSIVA. LEI REPRESSORA AO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APELANTE CONDENADO COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. NEGADO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRETENSÕES RECURSAIS: 1) ABSOLVIÇÃO DIANTE DA FRAGILIDADE PROBATÓRIA. INACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS DEMONSTRADAS NOS AUTOS. VERSÃO DO FATOS CONGRUENTEMENTE APRESENTADA PELOS POLICIAIS MILITARES. TIPO PENAL DE AÇÃO MÚLTIPLA. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MERCANCIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA VERGASTADA QUE SE IMPÕE. 2) RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ACOLHIMENTO. REGISTRO DE AÇÃO PENAL QUE NÃO CONSTA TRÂNSITO EM JULGADO. OBSERVÂNCIA DO ENTENDIMENTO PROFERIDO NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.977.027/PR DO STJ. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, JUNTAMENTE COM AS OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE, QUE NÃO SE MOSTRAM SUFICIENTES A CONFIGURAR A DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS PARA A APLICAÇÃO DO REDUTOR E NA FRAÇÃO DE 1/2 (UM MEIO). PENA DEFINITIVA REDIMENSIONADA PARA 02 (DOIS) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME ABERTO, OPORTUNAMENTE SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO, E AO PAGAMENTO DE 250 (DUZENTOS E CINQUENTA) DIAS-MULTA, NO VALOR MÍNIMO LEGALMENTE ESTIPULADO. 3) DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PREJUDICADO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA QUE IMPÕE A EXPEDIÇÃO DO COMPETENTE ALVARÁ DE SOLTURA EM FAVOR DO APELANTE, SALVO SE POR OUTRO MOTIVO ESTIVER PRESO. REGISTRO QUE DEVE SER FEITO EXCLUSIVAMENTE PELO BNMP, NOS TERMOS DO ATO CONJUNTO Nº 01/2022 EDITADO POR ESTA CORTE DE JUSTIÇA. 4) PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE MENCIONAR EXPRESSAMENTE CADA DISPOSITIVO. REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO QUE SE SATISFAZ, NESTE JULGAMENTO, COM A EXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO SOBRE AS MATÉRIAS QUE SE PRETENDE SUBMETTER AO CRIVO DA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 0505671-82.2018.8.05.0039, oriundos do Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Camaçari, tendo como apelante CLÁUDIO LUIZ DA CRUZ TEIXEIRA e como apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, CONHECER E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO DEFENSIVO, de acordo com o voto do Relator. Sala das sessões, (data registrada no momento da prática do ato). Des. João Bosco de Oliveira Seixas Relator 04

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 7 de Novembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0505671-82.2018.8.05.0039 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Cláudio Luiz da Cruz Teixeira Advogado (s): MARCIO MAGALHAES CERQUEIRA COSTA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO "Trata-se de apelação interposta, em sede de autos digitais (Sistema PJe), contra sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 2ª Vara Crime da Comarca de Camaçari, que condenou o réu Cláudio Luiz da Cruz Teixeira como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. Acerca dos fatos delitivos em comento, narrou o ilustre Representante do Ministério Público

que: “(...) no dia 11 de Setembro de 2018, por volta das 3h, a Polícia Militar foi informada da ocorrência do delito de tráfico de drogas no bairro da Lama Preta, Camaçari, que estaria sendo praticado por um indivíduo conhecido como JOÃO SUJO ou CACAU. Uma guarnição deslocou-se até o referido local, onde encontrou um indivíduo que, ao perceber a presença da Polícia, dispensou um saco no chão, o que foi notado pelos policiais. Realizada a abordagem, o referido indivíduo foi identificado como CLAUDIO LUIZ DA CRUZ TEIXEIRA. Os policiais constataram que o saco plástico que ele trazia consigo e havia dispensado continha 599,39g de maconha. Questionado, CLAUDIO LUIZ admitiu que iria comercializar a droga. Interrogado, CLAUDIO LUIZ informou que havia comprado a droga em Feira de Santana por 2 mil reais e que iria vender 25g por 60 reais e 50g por 120. Admitiu que está traficando há quase um ano e que já foi preso por porte ilegal de arma de fogo (...)”. Por tal fato, foi oferecida denúncia imputando ao acusado a prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 (ID 242782524 dos autos de origem). Após a devida instrução criminal, sobreveio sentença condenando o réu nos termos da denúncia, a uma pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, sendo negado o direito de recorrer em liberdade (ID 242782828 dos autos de origem). Irresignada com o édito condenatório, o apelante utilizou a prerrogativa do art. 600, § 4º, do CPP (ID 242782849 dos autos de origem), sendo os autos encaminhados a esta Corte de Justiça e distribuídos por sorteio, vindo-me conclusos (ID 26647730 dos presentes autos). Durante as tentativas de intimação do causídico (ID 26647750 dos presentes autos), sobreveio a determinação superior de remessa dos Autos para digitalização e migração para o Sistema PJe, sendo que, após a adoção das providências devidas, por parte do setor competente, os autos retornaram conclusos para este relator, já neste novel sistema (ID 26681200 dos presentes autos). Em 06.06.2022, o apelante apresentou suas razões nesta Segunda Instância, alegando, em suma, as seguintes pretensões: 1) A absolvição por insuficiência de provas quanto à mercância das drogas, principalmente diante da quantidade de drogas apreendida; 2) Subsidiariamente, reforma da dosimetria da pena para reconhecer o redutor do tráfico privilegiado, alterar o regime de cumprimento da pena e substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, bem como reduzir a pena de multa diante da sua condição financeira; 3) O direito de recorrer em liberdade (ID 29771800 dos presentes autos). Posteriormente, em 09.06.2022, a Defensoria Pública também apresentou razões recursais (ID 242782991 dos autos de origem), as quais, entretanto, não devem ser conhecidas diante da preclusão consumativa. Em contrarrazões recursais, o Ministério Público refutou as teses defensivas, pugnando pelo conhecimento e improvimento da apelação, para manter in totum a sentença vergastada. Prequestionou, para efeitos de interposição de recurso perante os Tribunais Superiores, toda a matéria debatida no recurso (ID 242782995 dos autos de origem). Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do apelo (ID 32901151 dos presentes autos). Elaborado o presente relatório, submeto à censura do nobre Desembargador Revisor para os devidos fins. Salvador/BA, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. João Bôsko de Oliveira Seixas 2ª Câmara Crime 2ª Turma Relator 04 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0505671-82.2018.8.05.0039 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: Cláudio Luiz da Cruz Teixeira Advogado (s): MARCIO MAGALHAES
CERQUEIRA COSTA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado
(s): VOTO “Devidamente observados os pressupostos de admissibilidade
recursal, conheço da apelação. 1) Da pretendida absolvição por
insuficiência de provas Acerca do contexto narrado na denúncia, e
diferentemente do que sustenta o apelante, observa-se que a materialidade
e autoria do crime de tráfico de drogas se encontram devidamente
comprovadas. Nesse sentido, conforme informações extraídas do Auto de
Exibição e Apreensão, restou apontada a apreensão de um saco de plástico
transparente contendo material análogo a maconha e sacos para embalagens
(ID 24278225, fls. 15), sendo a natureza e quantidade de tal substância
entorpecente confirmada pelo Exame de Constatação (ID 26880223, fls. 24) e
Laudo Definitivo (ID 242782821), atestando-se tratar da apreensão de
599,39 g (quinhentos e noventa e nove gramas e trinta e nove centigramas)
de massa bruta de cannabis sativa. No tocante à autoria delitiva, observa-
se que os depoimentos dos policiais militares foram congruentes entre si,
afirmando, em síntese, que, ao se deslocarem para o endereço informado
pela denúncia anônima, onde haveria uma pessoa realizando tráfico de
drogas, foram avistados pelo réu, ora apelante, que foi flagrantado
dispensando um saco contendo maconha, bem como encontrado na posse de
outra parte de maconha. É o que se infere dos seguintes trechos dos
depoimentos judiciais, conferido por este relator através da gravação da
audiência disponibilizada no Sistema Pje Mídias (ID 29256632 dos presentes
autos): A testemunha Adaylton Cruz Pinheiro, identificado como sendo um
dos policiais militares que efetuou o flagrante do réu, ora apelante,
declarou, em juízo, que se recordava dos fatos descritos pela acusação.
Afirmou que estavam em ronda quando receberam uma denúncia anônima de que
um “elemento” estava traficando no Bairro de “Lama Preta”, em um
condomínio tipo “minha casa, minha vida”. Que se deslocaram para averiguar
e flagrantearam o réu na posse de uma certa quantidade de droga no bolso
e, próximo a ele, um saco que foi dispensado quando o acusado avistou a
guarnição. De forma semelhante, foi prestado o depoimento do policial
militar Adelson Souza Alves, acrescentando que a informação era de que
havia um elemento na localidade de “Lama Preta” ameaçando as pessoas e
traficando drogas, e que as características descritas se assemelhavam como
o réu, apelidado de “Cacau”. Ratificou que o réu, ora apelante, foi
encontrado com uma certa quantidade no bolso e que, quando avistou a
guarnição, dispensou um saco, no qual havia maconha. Destacou que parte da
droga estava embalada para venda e outra estava solta, no saco. Por fim,
registrou que não conhecia o réu, ora apelante. Já o policial militar João
Luiz Alves Lopes narrou os fatos de forma semelhante aos demais policiais
ouvidos, acrescentando que quando o réu avistou a guarnição, tentou fugir,
dispensando um saco contendo maconha, mas foi alcançado. Por sua vez, o
réu Cláudio Luiz da Cruz Teixeira, ora apelante, em juízo, negou o crime
imputado ou que fosse usuário de drogas. Afirmou, em síntese, que possui
uma barraca de frutas dentro do condomínio e que, como já ia dar 18:00 h,
recolheu as frutas e ficou conversando com os amigos, dentro do
condomínio. Que foi abordado, de surpresa, por “policiais da P2” e, no dia
dos fatos, não portava nenhum tipo de drogas quando foi abordado, e, por
isso, não tinha como jogar nada fora, bem como não existia nada em mãos ou
no bolso. Sustentou que, realmente, foi apreendida uma quantidade de
droga, mas de outro rapaz que mora no condomínio e que foi preso junto com
ele, sendo a maconha dividida. Que não conhece os policiais e não sabe
porque eles fariam isso. Que as outras duas vezes que a família compareceu

com as testemunhas, a audiência foi adiada, acreditando que a família nem sabe da presente assentada. Atesta-se, portanto, que a versão do apelante se mostra destoante dos demais elementos constantes dos autos, principalmente diante dos depoimentos dos policiais militares, que foram congruentes na narrativa dos fatos. Especificamente sobre a validade dos depoimentos dos policiais, não é despiciendo ressaltar que deve ser atribuído a estes o valor probante devido, pois razão não existe para que sejam afastados, sobretudo quando convergentes com o conjunto fático probatório dos autos. Esse, inclusive, é o entendimento que vem sendo perfilhado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, quando destaca que "(...) A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos (...)" (STJ, HC 608.558/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 07/12/2020). Nesta senda, mostram-se, portanto, válidos tais depoimentos, principalmente porque, além de serem colhidos em nítida observância ao devido processo legal, também inexistem nos autos razões pessoais dos referidos policiais que pudessem macular a incriminação do Apelado. Portanto, diante de tais ponderações e analisando o conjunto fático-probatório, observa-se que os elementos indiciários foram devidamente judicializados, restando apontado que o réu, ora apelante, foi flagrantado, após suposta denúncia de tráfico de drogas, sendo encontrado na posse de uma quantidade significativa de maconha, sendo que parte estava devidamente embalada e a outra estava solta, em um saco. Em sendo assim, entende este relator que a situação apontada, na qual foi o apelante flagrantado, caracteriza, no mínimo, uma das ações delitivas previstas no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, conforme se infere da referida norma, in verbis: "(...) Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (...)". Ademais, especificamente sobre o aspecto da necessidade de demonstrar o fim de mercancia, v.g., como a apreensão de usuários de drogas, de petrechos para o tráfico e de uma certa quantidade de substância entorpecente, não é despiciendo destacar que, consoante entendimento jurisprudencial da Egrégia Corte Superior, não se exige tal comprovação, pois o tipo penal sub judice é de ação múltipla, configurando-se pela verificação de uma das condutas nele inseridas. É o que se observa de julgado do mencionado Sodalício: "(...) 3. O crime descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 é unissubsistente, de maneira que a realização da conduta esgota a concretização do delito. Inconcebível, por isso mesmo, a sua ocorrência na modalidade tentada. 4. É desnecessária, para a configuração do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, a efetiva tradição ou entrega da substância entorpecente ao seu destinatário final. Basta a prática de uma das dezoito condutas relacionadas a drogas para que haja a consumação do ilícito penal. Precedentes. 5. Em razão da multiplicidade de verbos nucleares previstos no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (crime de ação múltipla ou de conteúdo variado), inequívoca a conclusão de que o delito ocorreu em sua forma consumada, na modalidade "trazer consigo" ou "transportar". Vale dizer, antes mesmo da abordagem da acusada pelos agentes penitenciários, o delito já havia se consumado com o "trazer consigo" ou "transportar" drogas (no caso,

143,7 g de maconha), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Inviável, por conseguinte, a aplicação do instituto do crime impossível. (...) 12. Recurso especial provido, nos termos do voto do relator"(STJ, REsp 1523735/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 20/02/2018, DJe 26/02/2018) – grifos nossos. Feitas tais ponderações, entende este relator, portanto, que existe prova suficiente a embasar a condenação do réu, ora apelante, como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. 2) Da pretensão do reconhecimento do tráfico privilegiado Analisando as razões expostas na sentença vergastada, atesta-se que a douta magistrada fixou a basilar em 05 (cinco) anos de reclusão, que se tornou definitiva ante a inexistência de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou diminuição. Nesse último aspecto, observa-se que a douta sentenciante não reconheceu o tráfico privilegiado por entender que a quantidade da droga apreendida apontava a dedicação à atividade criminosa, bem como que o réu, ora apelante, respondia por outra ação penal. Vejamos do seguinte trecho do r. decisum: "(...) Além do réu ter sido flagrado com uma quantidade considerável de 'maconha', indicando a sua dedicação à mercancia ilícita, o réu também responde a outra ação penal nos autos de nº 0500621-46.2016, por porte ilegal de arma de fogo, não fazendo jus, portanto, ao benefício referido. Neste sentido é o entendimento da jurisprudência dominante nacional, notadamente STJ, que entende ser suficiente a existência de ações penais em curso, juntamente com as circunstâncias do caso concreto, para afastamento da causa de diminuição prevista no referido § 4.º, por caracterizarem evidências idôneas de que o denunciado se dedica a atividades criminosas. (...)” – grifos nossos. Da leitura da dosimetria da pena, entendo que o apelante faz jus à causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Especificamente sobre o tráfico privilegiado, consabido que o reconhecimento da aplicação da referida causa de diminuição da pena implica no preenchimento cumulativo dos seus requisitos, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa, o que, na visão de considerável parte da doutrina é louvável, pois representa uma forma de reduzir a punição do “traficante de primeira viagem”. In casu, conforme registrado na própria sentença vergastada, observa-se que o apelante não possui antecedentes criminais, mas apenas registro de uma ação penal, identificada pelo nº 0500621-46.2016.8.05.0039, oriunda do Juízo de Direito da 1ª Vara Crime da Comarca de Camaçari. Nesse aspecto, através de consulta ao Sistema PJe de Segundo Grau, é possível ratificar a informação de que tal ação penal não possui trânsito em julgado, pois ainda se encontra em fase recursal. Destarte, em consonância com o recente entendimento, firmado no Tema Repetitivo nº 139 da Corte Superior de Justiça, resta claro que as ações penais em curso, sem registro de definitividade, não se mostram aptas a afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado, sob pena de ofender o princípio da presunção de inocência. É o que se infere do julgado do Recurso Especial Repetitivo nº 1.977.027/PR: “RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros

requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais. 2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso. 3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza. 4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena. 5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles. 6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante. 7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis. 8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é

incerto. 9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para fins penalógicos. 10. Não se deve confundir a vedação à proteção insuficiente com uma complacência diante da atuação insuficiente dos órgãos de persecução penal. É certo que não podem ser criados obstáculos injustificáveis à atuação do Estado na defesa dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada, todavia isso não legitima a dispensa do cumprimento dos ônus processuais pelos órgãos de persecução penal, não autoriza a atuação fora da legalidade e não ampara a vulneração de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir provas concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice. 11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma "análise de contexto" para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, não há que se recorrer a inquéritos e ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e ações penais em curso na tentativa de demonstrar a dedicação criminosa, é porque os demais elementos de prova são insuficientes, sendo necessário formular a ilação de que o Acusado "não é tão inocente assim", o que não se admite em nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a ilicitude do fundamento, que decorre do raciocínio presuntivo contra o Réu que ele encerra, não se altera em face de outros elementos dos autos. 12. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06". A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017). 13. Recurso especial provido" (STJ, REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022)– grifos nossos. Precisamente quanto à questão da quantidade da droga apreendida ser considerada como mais uma circunstância indicativa para a dedicação à atividade criminosa, destaca-se que, no caso dos autos, não há como tal situação prevalecer, pois inexistente qualquer outro elemento que ampare a habitualidade delitiva do apelante. Nesse sentido, inclusive, sobreleva-se o entendimento que vem sendo perfilhado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que tal situação deve ser observada em conjunto com outros elementos do flagrante, de forma que possam nortear seguramente a tese da dedicação à atividade criminosa. É o que se extrai de recente julgado, in verbis: "(...) Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (...)" (STJ, AgRg no

AREsp 1976007/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/02/2022, DJe 25/02/2022) – grifos nossos. Realizadas tais considerações, entendo que as circunstâncias do flagrante, juntamente com a quantidade e natureza da droga apreendida, qual seja, 599,39 g (quinhentos e noventa e nove gramas e trinta e nove centigramas) de maconha, não evidenciam, por si só, a dedicação à atividade criminosa do apelante, devendo ser reconhecido o redutor do tráfico privilegiado, mostrando-se, portanto, adequada e proporcional a aplicação da fração de 1/2 (um meio), resultando numa pena definitiva de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Precisamente quanto à fixação da pena de multa e à alegada incapacidade financeira do apelante, algumas ponderações merecem ser feitas. Ora, sabe-se que, para tal quesito, deve ser observado o critério bifásico. Sobre esse contexto, considera-se que a primeira fase diz respeito à quantidade de dias-multa, devendo o Julgador se valer dos mesmos critérios utilizados para a fixação da reprimenda corporal, para que ambas as sanções guardem proporcionalidade. Já na segunda fase, o magistrado, observando a capacidade econômica do réu, fixa o valor do dia-multa. No presente caso, deve ser arbitrado o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, nos termos do quanto previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, sendo impossível diminuir tal pena, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Ainda, nesse aspecto, conclui-se que a capacidade econômica do apelante somente deve ser considerada na segunda fase de aplicação da pena de multa, ou seja, quando se escolhe o valor do dia multa e, no caso vertente, também é possível verificar que foi valorado no mínimo legal e, logo, em 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo ao tempo da prática do crime, nos termos do que dispõe o art. 49, § 1º, do Código Penal. Em relação ao regime inicial de cumprimento da reprimenda, em obediência ao art. 33, § 2º, alínea 'c' do Código Penal, entendo que deve ser fixado o regime inicial aberto para cumprimento da sanção. Por fim, preenchidos os requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal, deve a pena privativa de liberdade ser substituída por duas restritivas de direitos, sendo que uma delas deve ser de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, preferencialmente em instituição destinada ao tratamento de toxicômanos.

3) Do direito de recorrer em liberdade Por fim, observa-se restar prejudicada a pretensão quanto ao direito de recorrer em liberdade. Diante do presente redimensionamento da pena, deve ser expedido o competente alvará de soltura em favor do apelante, salvo se por outro motivo estiver preso. Registra-se que tal alvará deve ser regularizado exclusivamente através do Banco Nacional de Monitoramento e Prisão, nos termos da Resolução nº 417/2021 do CNJ c/c o Ato Conjunto nº 01/2022 editado por este Tribunal de Justiça.

4) Do prequestionamento Por fim, verifica-se que o Ministério Público prequestionou, para fins de eventual interposição de Recurso Especial ou Extraordinário, toda a matéria debatida no recurso Consoante entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, o pronunciamento explícito acerca das matérias argüidas para fins de prequestionamento se mostra desnecessário, senão veja-se: "PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – RECOLHIMENTO EFETIVADO ANTECIPADAMENTE – BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – REDISCUSSÃO DA MATÉRIA – PREQUESTIONAMENTO – I – Os embargos de declaração enfitam eliminar obscuridade, omissão ou contradição do julgado embargado, vedada sua utilização para suscitar novos questionamentos ou mesmo rediscutir a matéria. II –" O requisito do

prequestionamento se satisfaz com a existência de pronunciamento sobre as matérias que se pretende submeter ao crivo da instância extraordinária, somente sendo exigido menção expressa dos dispositivos tidos por violados na fundamentação do recurso, consoante, neste particular, já decidiu o STF (AGREGAG nº 193.772, DJ 24/10/1997) ". (EDROMS nº 14.444/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves). III – Embargos declaratórios rejeitados. (STJ – EEROMS 11927 – MG – 1ª T. – Rel. Min. Francisco Falcão)"– grifos nossos. Devidamente efetuada a escorreita análise e aplicação dos dispositivos legais necessários e atinentes à espécie, despicienda revela-se (neste julgamento) a menção expressa da adequação da sentença recorrida a cada um dos dispositivos supracitados, para fins de prequestionamento e eventual interposição de recurso às instâncias superiores. Por tais razões, voto no sentido de CONHECER E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO DEFENSIVO, reformando a sentença vergastada para redimensionar a pena definitiva em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, oportunamente substituídas por duas restritivas de direito, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias–multa, no valor mínimo legalmente estipulado". Ex positis, acolhe esta Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia o voto através do qual se CONHECE E JULGA PARCIALMENTE PROVIDA A APELAÇÃO DEFENSIVA, nos termos ora proferidos. Sala das sessões, (data registrada no momento da prática do ato). Des. João Bosco de Oliveira Seixas Relator 04