

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 0700681-33.2021.8.05.0274 – Comarca de Vitória da Conquista/BA Apelante/Apelado: Ericles Silva Queiroz Defensor Público: Dr. Eduardo Yuri Tatai Apelante/Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotor de Justiça: Dr. Marcelo Pinto de Araújo Origem: 3ª Vara Criminal da Comarca de Vitória da Conquista/BA Procuradora de Justiça: Dra. Tânia Regina Oliveira Campos Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães ACÓRDÃO APELAÇÕES CRIMINAIS simultâneas. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06). ÉDITO CONDENATÓRIO. PLEITO DEFENSIVO DE ABSOLVIÇÃO E, SUBSIDIARIAMENTE, DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO PRÓPRIO (ART. 28 DA LEI N.º 11.343/2006). INACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS comprovadas DE FORMA INEQUÍVOCA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. EVIDENCIADA A FUNDADA SUSPEITA APTA A LEGITIMAR A ABORDAGEM E REVISTA PESSOAL. ELEMENTOS DE PROVA SUFICIENTES PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO PELA INFRAÇÃO PENAL TIPIFICADA NO ART. 33, CAPUT, DA LEI DE DROGAS. DOSIMETRIA DAS PENAS. PEDIDO DA DEFESA DE REDUÇÃO DAS PENAS–BASE AO MÍNIMO LEGAL. ALBERGAMENTO. VETORIAL “MOTIVOS DO CRIME” VALORADA NEGATIVAMENTE COM LASTRO EM FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. LUCRO FÁCIL INERENTE AO TIPO PENAL. BASILARES REDIMENSIONADAS. PRETENSÃO MINISTERIAL DE AFASTAMENTO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. ALEGATIVA DE QUE O SENTENCIADO SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS POR RESPONDER A OUTRAS AÇÕES PENAS. INVIABILIDADE. INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAS EM CURSO QUE NÃO SÃO HÁBEIS A IMPEDIR A APLICAÇÃO DA ALUDIDA MINORANTE, CONFORME RECENTE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. JULGAMENTO DE PROCESSO AFETADO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS QUE EVIDENCIEM, DE FORMA SEGURA, A DEDICAÇÃO DO RÉU A ATIVIDADES CRIMINOSAS. PLEITO DEFENSIVO DE INCIDÊNCIA DA FRAÇÃO RELATIVA AO TRÁFICO PRIVILEGIADO NO PATAMAR MÁXIMO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). NÃO CABIMENTO. MANTIDA A FRAÇÃO DE REDUÇÃO EM 1/2 (METADE), LEVANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO A QUANTIDADE e NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS. FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. PENAS DEFINITIVAS RATIFICADAS. APELO MINISTERIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. APELO DEFENSIVO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, apenas para afastar a valoração negativa atribuída ao vetor “motivos do crime”, sem reflexos na dosimetria das penas, mantendo-se os demais termos da sentença vergastada. I – Cuida-se de Recursos de Apelação interpostos pelo Ministério Público do Estado da Bahia e por Ericles Silva Queiroz, insurgindo-se contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Vitória da Conquista/BA, que condenou o Réu às penas de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, substituindo a sanção corporal por duas penas restritivas de direitos e concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. II – Narra a exordial acusatória (ID. 40350417), in verbis, que: “[...] no dia 16 de dezembro de 2020, por volta das 15:30h, na Praça da Saudade, Bairro Sumaré, nesta cidade, policiais militares flagraram o denunciado levando consigo duas trouxinhas da substancia entorpecente conhecida vulgarmente como cocaína. Os policiais ainda encontraram na residência do denunciado, por ele guardadas, mais treze trouxinhas da mesma substância (peso total de 24,30g), e vinte trouxinha da substância entorpecente conhecida como maconha (peso total de 14,85g), e, junto a elas, a quantia de cento e cinquenta reais, tudo em circunstâncias que indicavam que o material era destinado ao tráfico de

drogas. Consta na peça informativa que no dia e horas referidos, policiais militares em ronda de rotina avistaram o denunciado, que agiu de forma suspeita, aparentando extremo nervosismo ao ver a viatura. Os policiais realizaram a abordagem, e acharam as duas trouxinha de cocaína. Seguindo a diligência, os policiais foram à casa do Denunciado, onde este afirmou ter mais drogas guardadas, o que foi efetivamente encontrado, conforme acima descrito, tendo Éricles admitido aos policiais que estava comercializando a substância para pagar uma dívida. [...]” (sic). III – Irresignado, o Ministério Público interpôs Recurso de Apelação (ID. 40351225), postulando, em suas razões (ID. 40351232), o afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ao argumento de que o Réu se dedica a atividades criminosas por responder a outras ações penais; e, em consequência, a alteração das penas aplicadas e do regime prisional inicial para cumprimento da sanção privativa de liberdade. IV – O Sentenciado, também inconformado, interpôs Recurso de Apelação (ID. 40351228), requerendo a Defesa, nas razões recursais (ID. 40351248), a absolvição por insuficiência probatória, sob a alegativa de que o édito condenatório foi calcado tão somente nos depoimentos dos policiais e elementos colhidos em sede investigativa, aduzindo, ainda, arbitrariedade policial na abordagem e busca pessoal, uma vez que as “fundadas suspeitas” não restaram plenamente justificadas ao longo do feito. Subsidiariamente, pleiteia a desclassificação do delito de tráfico de drogas para o de porte para consumo próprio; e, caso mantida a condenação, o redimensionamento das penas-base ao patamar mínimo, em razão da valoração negativa equivocada do vetor “motivos do crime”, bem como a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado na fração máxima de 2/3 (dois terços). V – Os pleitos absolutório e desclassificatório não merecem acolhimento. In casu, ao ser ouvido pela Autoridade Policial, o Recorrente confessou a prática delitiva, afirmando que trazia consigo petecas de cocaína no bolso da bermuda e que aguardava uma pessoa para comprar o entorpecente, quando foi abordado pelos policiais e os levou até sua residência, onde havia mais petecas de cocaína e maconha, além da quantia de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), dos quais cem reais eram provenientes da venda de drogas. Relatou, ademais, que estava vendendo psicotrópico por ter sofrido ameaça de um indivíduo de alcunha “JP”, em razão de já ter sido preso e perdido a droga (ID. 40350569). Em Juízo, embora tenha admitido que se assustou ao ver os policiais porque estava com duas trouxas de cocaína no bolso, bem assim que levou os agentes públicos até sua residência onde havia mais cocaína e maconha, o Réu alegou que as drogas foram adquiridas por ele e alguns amigos para consumo nas festas natalinas, sendo os entorpecentes guardados em sua residência por morar sozinho (ID. 40351101 e PJe Mídias). VI – Nada obstante, verifica-se que a versão apresentada pelo Apelante em sede instrutória não guarda amparo nos autos, uma vez que a materialidade e autoria delitivas restaram suficientemente comprovadas no conjunto probatório, merecendo destaque o Auto de Exibição e Apreensão (ID. 40350569, pág. 10); os Laudos Toxicológicos Provisório e Definitivos (ID. 40350569, págs. 12/13 e IDs. 40350589/40350590), nos quais se constata que os entorpecentes apreendidos se tratavam de 14,85g (quatorze gramas e oitenta e cinco centigramas) de tetrahydrocannabinol (THC), conhecida como “maconha”, e 24,30g (vinte e quatro gramas e trinta centigramas) de benzoilmetilecgonina (cocaína), substâncias de uso proscrito no Brasil; bem como os depoimentos judiciais do SD/PM Anderson da Silva Prado e SD/PM Ronaldo Barros Lima (IDs. 40350966, 40351100 e PJe Mídias), responsáveis pela prisão em flagrante do Recorrente, provas essas

que corroboram a confissão realizada na esfera policial. VII – Apesar das razões ventiladas pela Defesa, observa-se que os policiais militares apresentaram depoimentos congruentes a respeito dos fatos durante a audiência instrutória, narrando de forma harmônica a diligência efetuada, em consonância com o relatado na fase extrajudicial (ID. 40350569, págs. 03 e 05), no sentido de que estavam realizando rondas de rotina próximo ao Cemitério da Saudade, local conhecido pela corriqueira ocorrência de tráfico de drogas, quando avistaram o Réu que, em atitude suspeita, além de demonstrar nervosismo, tentava colocar a mão no bolso da roupa, mudando de direção, a indicar que possivelmente estava na posse de algum ilícito, como arma ou droga, circunstâncias que ensejaram a abordagem e consequente revista, oportunidade na qual foram encontradas, no bolso do Réu, porções de cocaína, tendo o SD/PM Ronaldo descrito que, ao ser questionado sobre os psicotrópicos, o acusado alegou que estava vendendo e que entregaria para alguém. Os policiais narraram, ainda, que o flagranteado informou sobre a existência de mais drogas na sua residência, motivo pelo qual os agentes públicos para lá se dirigiram e, franqueada a entrada pelo Réu, apreenderam maior quantidade de entorpecentes, desta feita cocaína e maconha, como discriminado em sede preliminar. VIII – Oportuno registrar que a simples qualidade de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos por eles veiculados, mormente quando se apresentam coesos com os demais elementos e circunstâncias colhidos nos autos, e quando oferecidos em Juízo, sendo oportunizado o contraditório, como se deu no presente caso. Ademais, não se vislumbra, na espécie, nenhum indício de que os agentes estatais tenham prestado depoimentos falsos a respeito dos fatos, com intenção de prejudicar o Sentenciado, não havendo elementos que evidenciem a ocorrência de rixa antecedente com o Apelante ou de flagrante forjado, sendo certo que eventuais discrepâncias ou lapsos porventura existentes nos relatos prestados pelos policiais, mas que não gravitam sobre a essência do ato delituoso, não têm o condão de infirmar a credibilidade de suas palavras e a higidez do conjunto probante, já que decorrentes do desgaste da memória com o passar do tempo ou do atendimento diário de situações das mais diversas naturezas. Lado outro, as testemunhas do rol de Defesa atestaram a boa conduta do Apelante, sem que nenhuma delas tenha ratificado a versão por ele relatada em Juízo, até porque não presenciaram os fatos (IDs. 40351067/40351069 e PJe Mídias). IX – Registre-se não prosperar a alegativa da Defesa de arbitrariedade policial na abordagem e revista pessoal do Recorrente, visando a nulidade do feito. O art. 244 do Código de Processo Penal prescreve que a busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. Na hipótese vertente, consoante elucidado acima e ponderado pela douta Procuradoria de Justiça, a legítima suspeita para a busca pessoal decorreu do fato de que “o recorrente se encontrava em local conhecido pela prática do comércio espúrio de drogas, sendo observado que ficou nervoso e com a mão presa ao bolso, diante da presença dos policiais, verificando-se, após, que trazia consigo e mantinha em depósito substâncias estupefacientes e fracionadas”, tendo o próprio Apelante asseverado que se assustou ao ver os agentes públicos por trazer drogas consigo. Não se vislumbra, portanto, qualquer ilegalidade na atuação policial. X – O art. 155, caput, do Código de Processo Penal estabelece que “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". Como visto, o Juiz não poderá proferir sentença condenatória baseada tão somente em elementos de convicção colhidos durante a fase inquisitiva. De outro lado, o decisio condenatório pode considerar os elementos produzidos nos autos do inquérito policial, desde que sua veracidade tenha sido confirmada pelas provas amealhadas em Juízo, sob o crivo do contraditório, como se deu na situação em testilha. XI – Vale lembrar que não é incomum a figura do usuário-trafficante – aquele que se envolve na traficância para sustentar seu vício, bem assim que, para a configuração do crime de tráfico de drogas, não se exige a efetiva prática de atos de comercialização da substância entorpecente. Pratica o delito de tráfico não apenas aquele que comercializa a droga, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção e da circulação dos psicotrópicos. O tipo penal contido no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 é crime permanente, de ação múltipla e de mera conduta, sendo irrelevante a prova da traficância. São várias ações identificadas pelos diversos verbos e o delito se consuma com a prática de qualquer das hipóteses previstas. Nos termos do § 2º do art. 28 da Lei de Drogas, para “determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o Juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”. XII – In casu, a quantidade e variedade das drogas apreendidas, sendo 14,85g (quatorze gramas e oitenta e cinco centigramas) de “maconha” e 24,30g (vinte e quatro gramas e trinta centigramas) de cocaína; a forma em que estavam fracionadas e acondicionadas, a primeira em 20 (vinte) porções e a segunda em 15 (quinze) petecas, o fato de ter sido encontrada a quantia de R\$ 150,00 (cento e cinquenta) reais sem comprovação da origem; além de o lugar em que o Apelante foi inicialmente abordado ser conhecido pela frequente ocorrência de tráfico de drogas, não deixam dúvidas da destinação comercial dos psicotrópicos. Outrossim, não havendo nos fólios prova alguma de que as drogas foram adquiridas pelo Réu e seus amigos para serem consumidas, como por ele asseverado judicialmente, cumpre lembrar que a conduta de entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, também configura o delito de tráfico de entorpecentes. XIII – Nessa linha, pontuou o Sentenciante que “o réu confessa que estava praticando o delito tipificado no art. 33 da lei de drogas alegando que estava transportando a droga para consumi-la juntamente com a pessoa de Ricardo seu colega. Além de ter como destino a pessoa de Ricardo, o réu alegou que fez um consórcio com outros colegas na semana anterior e que uma moça, colega deles, comprou a droga. Que essa droga foi armazenada na casa do réu para ser consumida por todos em uma festa que seria realizada próxima do Natal. Que o réu tirou uma pequena parte da droga para consumir com Ricardo no dia em que foi preso. Por onde quer que se olhe, o tráfico está caracterizado. Primeiro em razão do réu estar armazenando droga para consumo seu e de terceiros, na sua residência, conforme confessado pelo próprio réu em interrogatório judicial. Também confessou que a droga transportada no ato de sua prisão se destinava não só a sua pessoa, como também a pessoa de Ricardo”. XIV – Por conseguinte, no caso em exame, as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção que concluem pelo acerto da condenação do Denunciado pelo crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, não havendo, portanto, que se falar em absolvição

por insuficiência probatória, tampouco em desclassificação para o ilícito de porte de droga para consumo próprio. XV – A seguir, passa-se à análise da dosimetria das penas. Na primeira fase, à luz do art. 59 do Código Penal e art. 42 da Lei nº 11.343/06, o Magistrado de origem valorou negativamente apenas o vetor referente aos motivos do crime, fixando as penas-base em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário mínimo. Nesse ponto, razão assiste à Defesa quanto ao pedido de redução das basilares ao mínimo legal, uma vez que o Sentenciante utilizou fundamentação inidônea para reputar desfavoráveis os motivos do crime, pois a obtenção de lucro fácil é inerente ao tipo penal, ficando de logo afastada a valoração do aludido vetor. A respeito: STJ, AgRg no HC n. 750.438/SP, DJe de 28/4/2023. Logo, restam as penas-base redimensionadas para 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa no valor unitário mínimo. XVI – Já na segunda etapa, o Juiz a quo pontuou não haver agravantes, reconhecendo a presença da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do Código Penal). Contudo, considerando a redução ora operada nas reprimendas-base, mostra-se inviável a valoração da mencionada atenuante, em observância à Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que prescreve: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”, entendimento esse, inclusive, reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal, em 2009, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 597.270/RS, em sede de Repercussão Geral. Assim, mantêm-se como provisórias as penas estabelecidas na etapa antecedente. XVII – Avançando à terceira fase, o Magistrado singular aplicou o redutor disciplinado no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, expondo a seguinte motivação: “tendo em vista que o réu é primário, não possui maus antecedentes (não ostenta condenações definitivas anteriores), não há provas nos autos de que se dedica às atividades criminosas nem integra organização criminosa, perfeitamente possível a incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, como pretende a defesa”. XVIII – Relativamente à minorante do tráfico privilegiado, pugna o Ministério Público pelo seu afastamento, sob a alegação de que o Réu se dedica a atividades criminosas por responder a outras ações penais, com a consequente alteração das penas aplicadas e do regime prisional. Entretanto, a pretensão não merece guarida. Como cediço, a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. Tal dispositivo tem como destinatário apenas pequenos e eventuais traficantes e não os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida. XIX – No que concerne à aplicação da aludida minorante, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 10/08/2022, alinhando-se ao entendimento mais recente sufragado no Supremo Tribunal Federal, fixou tese em recursos repetitivos, no sentido de que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (REsp 1.977.027 e REsp 1.977.180). Assim, embora conste dos autos que o Recorrente responde a outras duas ações penais, a saber, 0509056- 12.2018.8.05.0274 por roubo majorado e 0500753- 38.2020.8.05.0274 por tráfico de drogas (IDs. 40350961/40350962), em consonância com o recente entendimento jurisprudencial firmado nos Tribunais Superiores, à míngua de elementos probatórios que indiquem, de forma segura, a dedicação do Apelante a atividades criminosas, tratando-se de Réu primário, sem registro de maus

antecedentes, forçoso reconhecer que o Magistrado singular procedeu com acerto ao aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. XX – Oportuno registrar que a Terceira Seção do STJ, “na apreciação do HC 725.534/SP, revisou as diretrizes estabelecidas no EREsp n. 1.887.511/SP e firmou o entendimento de que é possível a utilização do critério da natureza e quantidade da droga apreendida tanto para a fixação da pena-base, quanto para a modulação da minorante do tráfico privilegiado – nesse último caso, ainda que sejam os únicos elementos aferidos” [e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena] (EDcl nos EDcl no HC n. 723.643/RJ, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 11/11/2022.). XXI – Quanto à modulação da fração de redução, inviável acolher o pleito defensivo para aplicação no patamar máximo de 2/3 (dois terços), uma vez que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, maconha e cocaína – esta última altamente nociva à saúde humana –, demonstram maior gravidade da conduta e justificam a não incidência do redutor em seu grau máximo. Isso porque, não é possível desconsiderar o fato de que as drogas ilícitas possuem distintas potencialidades e graus de pureza. Assim, o patamar de redução da pena deverá guardar correlação com o maior ou menor perigo de dano à saúde pública, perigo que se materializa na potencialidade real da substância que seria disseminada. XXII – Desse modo, considerando a apreensão de 20 porções de “maconha”, pesando 14,85g (quatorze gramas e oitenta e cinco centigramas), e 15 petecas de cocaína, pesando 24,30g (vinte e quatro gramas e trinta centigramas), bem assim que tal circunstância preponderante não foi sopesada na 1ª fase da dosimetria, reputa-se razoável e proporcional ao caso em testilha a incidência do redutor na fração de 1/2 (metade), consoante aplicado em sentença, a título de repressão e prevenção do delito praticado. Nesta senda, ausentes causas de aumento e aplicado o redutor na fração de 1/2 (metade), restam as reprimendas definitivas ratificadas em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, bem como mantidos o regime inicial aberto (art. 33, § 2º, c, do CP); a substituição da sanção corporal por duas restritivas de direitos, na forma discriminada pelo Sentenciante; e o direito de recorrer em liberdade. XXIII – Parecer da Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e parcial provimento do Apelo Defensivo, para que as penas-base sejam redimensionadas ao mínimo legal, e pelo conhecimento e improvimento do Recurso Ministerial. XXIV – APELO MINISTERIAL CONHECIDO E IMPROVIDO. APELO DEFENSIVO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, apenas para afastar a valoração negativa atribuída ao vetor “motivos do crime”, sem reflexos na dosimetria das penas, mantendo-se os demais termos da sentença vergastada. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 0700681-33.2021.8.05.0274, provenientes da Comarca de Vitória da Conquista/BA, em que figuram, como Apelantes/Apelados, Ericles Silva Queiroz e o Ministério Público do Estado da Bahia. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Colenda Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em conhecer dos Recursos, NEGAR PROVIMENTO AO APELO MINISTERIAL e DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO, apenas para afastar a valoração negativa atribuída ao vetor “motivos do crime”, sem reflexos na dosimetria das penas, mantendo-se os demais termos da sentença vergastada, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto da Desembargadora Relatora. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA

CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 5 de Setembro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 0700681-33.2021.8.05.0274 – Comarca de Vitória da Conquista/BA Apelante/ Apelado: Ericles Silva Queiroz Defensor Público: Dr. Eduardo Yuri Tatai Apelante/Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotor de Justiça: Dr. Marcelo Pinto de Araújo Origem: 3ª Vara Criminal da Comarca de Vitória da Conquista/BA Procuradora de Justiça: Dra. Tânia Regina Oliveira Campos Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães RELATÓRIO Cuida-se de Recursos de Apelação interpostos pelo Ministério Público do Estado da Bahia e por Ericles Silva Queiroz, insurgindo-se contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Vitória da Conquista/BA, que condenou o Réu às penas de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, substituindo a sanção corporal por duas penas restritivas de direitos e concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. Digno de registro que o feito foi distribuído a este Gabinete, constando a informação da existência de prevenção em relação aos autos do Habeas Corpus sob o n.º 8000440-10.2021.8.05.0000 (certidão de ID. 40399827). Em observância aos princípios da celeridade, da efetividade e da economia processual, e considerando ali se consignar, no que relevante, a realidade do processo até então desenvolvida, adota-se, como próprio, o relatório da sentença (ID. 40351219), a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto. Irresignado, o Ministério Público interpôs Recurso de Apelação (ID. 40351225), postulando, em suas razões (ID. 40351232), o afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ao argumento de que o Réu se dedica a atividades criminosas por responder a outras ações penais; e, em consequência, a alteração das penas aplicadas e do regime prisional inicial para cumprimento da sanção privativa de liberdade. O Sentenciado, também inconformado, interpôs Recurso de Apelação (ID. 40351228), requerendo a Defesa, nas razões recursais (ID. 40351248), a absolvição por insuficiência probatória, sob a alegativa de que o édito condenatório foi calcado tão somente nos depoimentos dos policiais e elementos colhidos em sede investigativa, aduzindo, ainda, arbitrariedade policial na abordagem e busca pessoal, uma vez que as “fundadas suspeitas” não restaram plenamente justificadas ao longo do feito. Subsidiariamente, pleiteia a desclassificação do delito de tráfico de drogas para o de porte para consumo próprio; e, caso mantida a condenação, o redimensionamento das penas-base ao patamar mínimo, em razão da valoração negativa equivocada do vetor “motivos do crime”, bem como a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado na fração máxima de 2/3 (dois terços). Nas contrarrazões, o Parquet (ID. 42883318) e a Defesa (ID. 40351249) pugnam pelo improvimento do recurso interposto pela parte adversa. Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e parcial provimento do Apelo Defensivo, para que as penas-base sejam redimensionadas ao mínimo legal, e pelo conhecimento e improvimento do Recurso Ministerial (ID. 44993518). Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 0700681-33.2021.8.05.0274 – Comarca de Vitória da Conquista/BA Apelante/Apelado: Ericles Silva Queiroz Defensor Público: Dr. Eduardo Yuri Tatai Apelante/Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia

Promotor de Justiça: Dr. Marcelo Pinto de Araújo Origem: 3ª Vara Criminal da Comarca de Vitória da Conquista/BA Procuradora de Justiça: Dra. Tânia Regina Oliveira Campos Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães VOTO Cuida-se de Recursos de Apelação interpostos pelo Ministério Público do Estado da Bahia e por Ericles Silva Queiroz, insurgindo-se contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Vitória da Conquista/BA, que condenou o Réu às penas de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, substituindo a sanção corporal por duas penas restritivas de direitos e concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. Narra a exordial acusatória (ID. 40350417), in verbis, que: “[...] no dia 16 de dezembro de 2020, por volta das 15:30h, na Praça da Saudade, Bairro Sumaré, nesta cidade, policiais militares flagraram o denunciado levando consigo duas trouxinhas da substancia entorpecente conhecida vulgarmente como cocaína. Os policiais ainda encontraram na residência do denunciado, por ele guardadas, mais treze trouxinhas da mesma substância (peso total de 24,30g), e vinte trouxinha da substância entorpecente conhecida como maconha (peso total de 14,85g), e, junto a elas, a quantia de cento e cinquenta reais, tudo em circunstâncias que indicavam que o material era destinado ao tráfico de drogas. Consta na peça informativa que no dia e horas referidos, policiais militares em ronda de rotina avistaram o denunciado, que agiu de forma suspeita, aparentando extremo nervosismo ao ver a viatura. Os policiais realizaram a abordagem, e acharam as duas trouxinha de cocaína. Seguindo a diligência, os policiais foram à casa do Denunciado, onde este afirmou ter mais drogas guardadas, o que foi efetivamente encontrado, conforme acima descrito, tendo Éricles admitido aos policiais que estava comercializando a substância para pagar uma dívida. [...]” (sic). Irresignado, o Ministério Público interpôs Recurso de Apelação (ID. 40351225), postulando, em suas razões (ID. 40351232), o afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ao argumento de que o Réu se dedica a atividades criminosas por responder a outras ações penais; e, em consequência, a alteração das penas aplicadas e do regime prisional inicial para cumprimento da sanção privativa de liberdade. O Sentenciado, também inconformado, interpôs Recurso de Apelação (ID. 40351228), requerendo a Defesa, nas razões recursais (ID. 40351248), a absolvição por insuficiência probatória, sob a alegativa de que o édito condenatório foi calcado tão somente nos depoimentos dos policiais e elementos colhidos em sede investigativa, aduzindo, ainda, arbitrariedade policial na abordagem e busca pessoal, uma vez que as “fundadas suspeitas” não restaram plenamente justificadas ao longo do feito. Subsidiariamente, pleiteia a desclassificação do delito de tráfico de drogas para o de porte para consumo próprio; e, caso mantida a condenação, o redimensionamento das penas-base ao patamar mínimo, em razão da valoração negativa equivocada do vetor “motivos do crime”, bem como a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado na fração máxima de 2/3 (dois terços). Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se dos Apelos. Os pleitos absolutório e desclassificatório não merecem acolhimento. In casu, ao ser ouvido pela Autoridade Policial, o Recorrente confessou a prática delitativa, afirmando que trazia consigo petecas de cocaína no bolso da bermuda e que aguardava uma pessoa para comprar o entorpecente, quando foi abordado pelos policiais e os levou até sua residência, onde havia mais petecas de cocaína e maconha, além da quantia de R\$ 150,00 (cento e



cinquenta reais), dos quais cem reais eram provenientes da venda de drogas. Relatou, ademais, que estava vendendo psicotrópico por ter sofrido ameaça de um indivíduo de alcunha "JP", em razão de já ter sido preso e perdido a droga (ID. 40350569). Em Juízo, embora tenha admitido que se assustou ao ver os policiais porque estava com duas trouxas de cocaína no bolso, bem assim que levou os agentes públicos até sua residência onde havia mais cocaína e maconha, o Réu alegou que as drogas foram adquiridas por ele e alguns amigos para consumo nas festas natalinas, sendo os entorpecentes guardados em sua residência por morar sozinho (ID. 40351101 e PJe Mídias). Confira-se: Interrogatório de Ericles Silva Queiroz: [...] que foi preso na data que consta na denúncia, na Praça Sumaré; que tinha marcado com um amigo de ir pra uma festa com este e outras meninas, quando viu a polícia de moto e um carro branco ao lado da praça; que se assustou porque estava com duas trouxas de cocaína no bolso; que os policiais o pararam e perguntaram se tinha mais, tendo afirmado que sim e explicado para os agentes policiais que tava chegando o Natal e o acusado e mais 05 amigos se juntaram para comprar cocaína para usar na festa; que não viu problema em levar a polícia até sua residência, pois não estava traficando; que levou os policiais até sua casa e mostrou a cocaína para eles; que também havia maconha de uso, por ser fumante, além de R\$150,00 (cento e cinquenta reais), sendo uma nota de cem e outra de cinquenta; que a droga que estava em suas mãos e em sua casa foi comprada uma semana antes dos fatos por ele e seus amigos, para usarem nas festas natalinas; que guardou a droga em sua casa porque morava sozinho e seus amigos moravam com os respectivos pais; que a droga encontrada em sua posse no momento da abordagem policial era para usar com um amigo, de nome Ricardo, e oriunda da quantidade total guardada em sua residência, mas foi preso antes; que a droga encontrada em suas mãos foram duas trouxinhas de cocaína; que Ricardo participou da compra da cocaína na semana anterior; que já foi preso anteriormente duas vezes, por 157 e tráfico; que uma menina que tinha o contato da pessoa para comprar que foi pegar a droga e entregou ao acusado para guardar; que os amigos que deram dinheiro para comprar a droga foram Tiago, João, Daniel, Brenda e Gabriel, sendo Brenda a que foi buscar a cocaína; que morava sozinho, trabalhava e estudava; que guardou a droga em sua casa porque morava só; que trabalhava de barman no Espetinho Brasil, além de fazer bicos em outro bar, mas também estudava, fazendo cursos profissionalizantes no Prepara Cursos, no Centro da cidade; que fazia os cursos de manhã e à noite trabalhava, de quinta para domingo; que a droga era para uso nas festas, que cotizaram a cocaína para usar nas festas sociais, nos apartamentos de amigos em comum; que à época dos fatos acredita que tinha 20 (vinte) anos de idade; que seus pais residem em Vitória da Conquista, mas são separados; que nunca teve problema com uso abusivo de álcool, só de forma episódica em uma única vez; que a maconha usava desde 2015, mas a cocaína tinha começado a usar mais recentemente, desde 2018; que levou os policiais até sua residência porque não viu problemas em mostrar que tinha pouca quantidade em casa e que se tratava de droga para consumo, pois não traficava. [...] que não confessou na delegacia ser traficante, que a mesma versão apresentada na delegacia foi a que estava apresentando na audiência; que ninguém leu seu depoimento prestado na delegacia para ele, muito menos o próprio acusado leu antes de assinar, porque estava preocupado com o que aconteceria consigo; que sequer imaginou que seria preso de fato, achou apenas que ficaria um dia na delegacia e iria embora no dia seguinte. [...] (transcrição por aproximação) Nada obstante, verifica-se que a versão apresentada pelo

Apelante em sede instrutória não guarda amparo nos autos, uma vez que a materialidade e autoria delitivas restaram suficientemente comprovadas no conjunto probatório, merecendo destaque o Auto de Exibição e Apreensão (ID. 40350569, pág. 10); os Laudos Toxicológicos Provisório e Definitivos (ID. 40350569, págs. 12/13 e IDs. 40350589/40350590), nos quais se constata que os entorpecentes apreendidos se tratavam de 14,85g (quatorze gramas e oitenta e cinco centigramas) de tetrahydrocannabinol (THC), conhecida como “maconha”, e 24,30g (vinte e quatro gramas e trinta centigramas) de benzoilmetilecgonina (cocaína), substâncias de uso proscrito no Brasil; bem como os depoimentos judiciais do SD/PM Anderson da Silva Prado e SD/PM Ronaldo Barros Lima (IDs. 40350966, 40351100 e PJe Mídias), responsáveis pela prisão em flagrante do Recorrente, provas essas que corroboram a confissão realizada na esfera policial. Veja-se: Depoimento judicial do SD/PM Anderson da Silva Prado: [...] que se recorda parcialmente de algumas coisas, pois desse período de lá para cá atuou em ocorrências parecidas [...]; que essa situação [de tráfico] é uma prática corriqueira na região, então costumam fazer policiamento no local onde ocorreram os fatos; que o acusado estava em uma situação que indicou a possibilidade de estar com algum ilícito, como arma ou droga; que fizeram a abordagem e encontraram o material mencionado na denúncia; que conversaram com o acusado em praça pública e tentaram convencê-lo a relatar que situação era aquela e os motivos de estar com aquele material ilícito, levando a um convencimento do réu, que resolveu colaborar e os levou até sua residência; que a casa do acusado era próxima do local da abordagem e que este os levou até lá caminhando; que tinha mais drogas na casa, que ele abriu a porta para os policiais e dentro da residência tinha mais material, não se recordando exatamente a quantidade e onde estava, mas a quantidade era maior do que a encontrada na abordagem; que a quantidade parecia pouca, porém, quando se tratava de cocaína, qualquer pequena fração é um valor considerável em espécie, normalmente; que não se recorda se o acusado mencionou se era pra uso, mas que como ele tinha mais em casa, e era uma quantidade considerável, então certamente era pra venda; que não se recorda quantos agentes estavam fazendo as rondas no dia da diligência, por se tratar de um trabalho dinâmico, em que as equipes mudam com frequência; que não percebeu nenhuma atitude de mercancia de droga ou uso em praça pública, porém, por estarem fardados, deslocando e perceberem que houve mudança de atitude bruscamente, tentando voltar, parando, ficando nervoso, agitado, e sem saber para onde iria, constituem grandes indícios que levam a questionar a pessoa, como ocorreu com o acusado, levando à abordagem; que não se recorda quais eram os entorpecentes, mas que, no momento da abordagem, a quantidade que estava no bolso era pouca; que na casa não se recorda da quantidade encontrada. [...] (transcrição por aproximação) Depoimento judicial do SD/PM Ronaldo Barros Lima: [...] que se recorda do fato, apesar do tempo; que estavam fazendo uma ronda rotineira ali, próximo ao Cemitério da Saudade, quando avistaram o acusado, ele ficou um pouco nervoso, tentando colocar a mão no bolso e com atitude um pouco nervosa, sendo abordado e encontrados os entorpecentes com ele; que quando encontraram os entorpecentes questionaram o acusado e ele informou que estava vendendo o entorpecente ali e entregaria para alguém; que na casa dele tinha mais substância; que o acusado levou os agentes até a casa dele e franqueou a entrada, entregando os entorpecentes que lá se encontravam; acreditando que a quantidade da droga localizada na residência era maior do que a encontrava com o acusado na rua; que não se recorda do horário da abordagem, por ter

sido em 2020, mas acredita ter sido no período da tarde; que o acusado cooperou a todo momento, informando da existência de entorpecentes em sua residência e conduzindo os agentes até lá; que não se recorda se era ele que estava conduzindo a motocicleta ou se estava na garupa; que a casa do acusado era bem próxima do local onde ele foi encontrado; que o próprio acusado os conduziu até o imóvel; que não se recorda se o acusado estava algemado quando da captura, não lembrando se tinha mais alguém na residência no momento em que lá chegaram; que não se recorda de ter ingressado na residência, acreditando que Anderson, na condição de comandante da guarnição no dia, ingressou no imóvel; que não se recorda do colega ter mencionado onde teria encontrado os entorpecentes; que não se recorda se a entrega da droga foi feita pelo próprio acusado quando estavam ainda na entrada da residência; que após encontrarem uma porção de drogas com o acusado, ainda em via pública, ele mesmo informou que havia mais entorpecentes em sua casa, de modo que não poderiam deixar de averiguar; que não se recorda do acusado ter afirmado fazer parte de qualquer organização criminosa; que não se recorda do acusado ter, na abordagem, assumido qualquer tipo de outro delito. [...] (transcrição por aproximação) Apesar das razões ventiladas pela Defesa, observa-se que os policiais militares apresentaram depoimentos congruentes a respeito dos fatos durante a audiência instrutória, narrando de forma harmônica a diligência efetuada, em consonância com o relatado na fase extrajudicial (ID. 40350569, págs. 03 e 05), no sentido de que estavam realizando rondas de rotina próximo ao Cemitério da Saudade, local conhecido pela corriqueira ocorrência de tráfico de drogas, quando avistaram o Réu que, em atitude suspeita, além de demonstrar nervosismo, tentava colocar a mão no bolso da roupa, mudando de direção, a indicar que possivelmente estava na posse de algum ilícito, como arma ou droga, circunstâncias que ensejaram a abordagem e consequente revista, oportunidade na qual foram encontradas, no bolso do Réu, porções de cocaína, tendo o SD/PM Ronaldo descrito que, ao ser questionado sobre os psicotrópicos, o acusado alegou que estava vendendo e que entregaria para alguém. Os policiais narraram, ainda, que o flagranteado informou sobre a existência de mais drogas na sua residência, motivo pelo qual os agentes públicos para lá se dirigiram e, franqueada a entrada pelo Réu, apreenderam maior quantidade de entorpecentes, desta feita cocaína e maconha, como discriminado em sede preliminar. Oportuno registrar que a simples qualidade de policial não afasta a credibilidade dos depoimentos por eles veiculados, mormente quando se apresentam coesos com os demais elementos e circunstâncias colhidos nos autos, e quando oferecidos em Juízo, sendo oportunizado o contraditório, como se deu no presente caso. Ademais, não se vislumbra, na espécie, nenhum indício de que os agentes estatais tenham prestado depoimentos falsos a respeito dos fatos, com intenção de prejudicar o Sentenciado, não havendo elementos que evidenciem a ocorrência de rixa antecedente com o Apelante ou de flagrante forjado, sendo certo que eventuais discrepâncias ou lapsos porventura existentes nos relatos prestados pelos policiais, mas que não gravitam sobre a essência do ato delituoso, não têm o condão de infirmar a credibilidade de suas palavras e a higidez do conjunto probante, já que decorrentes do desgaste da memória com o passar do tempo ou do atendimento diário de situações das mais diversas naturezas. Nessa esteira: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO GRAU MÁXIMO DE REDUÇÃO DA PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. FRAÇÃO ADOTADA PELA CORTE

ORIGINÁRIA DEVIDAMENTE FUNDAMENTADA. ELEMENTOS CONCRETOS A JUSTIFICAR A ADOÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO). CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL DO PACIENTE CONFIRMADA PELOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS EM JUÍZO. GRAVAÇÃO DO FLAGRANTE A CONFIRMAR A CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. IDONEIDADE DOS DEPOIMENTOS POLICIAIS. AVISO DE MIRANDA. TESE NÃO ENFRENTADA PELA CORTE LOCAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] V – De outro lado, registre-se 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. Precedentes. VI – No que se refere ao Aviso de Miranda, observa-se que a referida tese não foi enfrentada pela eg. Corte de origem. Nesse compasso, considerando que a Corte de origem não se pronunciou sobre o referido tema exposto na presente impetração, este Tribunal Superior fica impedido de se debruçar sobre a matéria, sob pena de incorrer em indevida supressão de instância. VII – A toda evidência, o decisum agravado, ao confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC n. 744.555/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 1/6/2023.) (grifos acrescentados) PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. FALTA DE PROVAS DE AUTORIA. APREENSÃO DE DROGA COM O CORRÉU. DEPOIMENTO POLICIAL VÁLIDO. INVIÁVEL REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DELINEADO NOS AUTOS. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. [...] II – Sobre o tema, registre-se, por oportuno, que o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão dos recorrentes constitui meio de prova idôneo a fundamentar a condenação, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal, como ocorreu no presente caso. III – A jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. [...] V – As premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias não podem ser modificadas no âmbito do apelo extremo, nos termos da Súmula n. 7/STJ, que dispõe, verbis: "a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no AREsp n. 2.256.875/MG, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 12/6/2023.) (grifos acrescentados) Lado outro, as testemunhas do rol da Defesa atestaram a boa conduta do Apelante, sem que nenhuma delas tenha ratificado a versão por ele relatada em Juízo, até porque não presenciaram os fatos (IDs. 40351067/40351069 e PJe Mídias). Registre-se não prosperar a alegativa da Defesa de arbitrariedade policial na abordagem e revista pessoal do Recorrente, visando a nulidade do feito. O art. 244 do Código de Processo Penal prescreve que a busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. Na hipótese vertente, consoante elucidado acima e ponderado pela douta Procuradoria de Justiça, a legítima suspeita para a busca pessoal decorreu do fato de que "o recorrente se encontrava em local conhecido pela prática do comércio espúrio de drogas, sendo observado que ficou nervoso e com a mão presa ao bolso, diante da presença dos policiais, verificando-se, após, que trazia consigo e mantinha em depósito substâncias

estupefacientes e fracionadas”, tendo o próprio Apelante asseverado que se assustou ao ver os agentes públicos por trazer drogas consigo. Não se vislumbra, portanto, qualquer ilegalidade na atuação policial. O art. 155, caput, do Código de Processo Penal estabelece que “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”. Como visto, o Juiz não poderá proferir sentença condenatória baseada tão somente em elementos de convicção colhidos durante a fase inquisitiva. De outro lado, o decisio condenatório pode considerar os elementos produzidos nos autos do inquérito policial, desde que sua veracidade tenha sido confirmada pelas provas amealhadas em Juízo, sob o crivo do contraditório, como se deu na situação em testilha. Vale lembrar que não é incomum a figura do usuário-trafficante – aquele que se envolve na traficância para sustentar seu vício, bem assim que, para a configuração do crime de tráfico de drogas, não se exige a efetiva prática de atos de comercialização da substância entorpecente. Pratica o delito de tráfico não apenas aquele que comercializa a droga, mas todo aquele que, de algum modo, participa da produção e da circulação dos psicotrópicos. O tipo penal contido no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 é crime permanente, de ação múltipla e de mera conduta, sendo irrelevante a prova da traficância. São várias ações identificadas pelos diversos verbos e o delito se consuma com a prática de qualquer das hipóteses previstas: Art. 33. 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: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Sobre a matéria, colaciona-se o seguinte aresto: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA ESTREITA DO WRIT. MERCANCIA. PRESCINDIBILIDADE. TIPO MISTO ALTERNATIVO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O habeas corpus não é a via adequada para apreciar o pedido de desclassificação do delito, tendo em vista que, para se desconstituir a conclusão obtida pelas instâncias locais sobre a condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do remédio heróico, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória. 2. O crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo, restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC 618.667/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/11/2020, DJe 27/11/2020) (grifos acrescidos) Nos termos do § 2º do art. 28 da Lei de Drogas, para “determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o Juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”. In casu, a quantidade e variedade das drogas apreendidas, sendo 14,85g (quatorze gramas e oitenta e cinco centigramas) de “maconha” e 24,30g (vinte e quatro gramas e trinta centigramas) de

cocaína; a forma em que estavam fracionadas e acondicionadas, a primeira em 20 (vinte) porções e a segunda em 15 (quinze) petecas, o fato de ter sido encontrada a quantia de R\$ 150,00 (cento e cinquenta) reais sem comprovação da origem; além de o lugar em que o Apelante foi inicialmente abordado ser conhecido pela frequente ocorrência de tráfico de drogas, não deixam dúvidas da destinação comercial dos psicotrópicos. Outrossim, não havendo nos fólios prova alguma de que as drogas foram adquiridas pelo Réu e seus amigos para serem consumidas, como por ele asseverado judicialmente, cumpre lembrar que a conduta de entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, também configura o delito de tráfico de entorpecentes. Nessa linha, pontuou o Sentenciante que “o réu confessa que estava praticando o delito tipificado no art. 33 da lei de drogas alegando que estava transportando a droga para consumi-la juntamente com a pessoa de Ricardo seu colega. Além de ter como destino a pessoa de Ricardo, o réu alegou que fez um consórcio com outros colegas na semana anterior e que uma moça, colega deles, comprou a droga. Que essa droga foi armazenada na casa do réu para ser consumida por todos em uma festa que seria realizada próxima do Natal. Que o réu tirou uma pequena parte da droga para consumir com Ricardo no dia em que foi preso. Por onde quer que se olhe, o tráfico está caracterizado. Primeiro em razão do réu estar armazenando droga para consumo seu e de terceiros, na sua residência, conforme confessado pelo próprio réu em interrogatório judicial. Também confessou que a droga transportada no ato de sua prisão se destinava não só a sua pessoa, como também a pessoa de Ricardo”. Por conseguinte, no caso em exame, as circunstâncias em que se deram os fatos fornecem os elementos de convicção que concluem pelo acerto da condenação do Denunciado pelo crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, não havendo, portanto, que se falar em absolvição por insuficiência probatória, tampouco em desclassificação para o ilícito de porte de droga para consumo próprio. A seguir, passa-se à análise da dosimetria das penas. Transcreve-se o pertinente trecho do decisório vergastado: [...] DOSIMETRIA E FIXAÇÃO DA PENA CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (ART. 59 CP e 42 da Lei 11.343/2006) Culpabilidade: o acusado não agiu com dolo que ultrapasse os limites da norma penal, o que torna sua conduta inserida no próprio tipo; Antecedentes: não há antecedentes desfavoráveis nos autos, na forma preconizada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, que estabeleceu não poder ser valorada em desfavor do condenado eventuais inquéritos policiais e ação penais – não transitadas em julgado. Conduta social: trata-se de averiguar, através dessa circunstância, o seu desempenho na sociedade, em família, no trabalho, no grupo comunitário, formando um conjunto de fatores que serve para avaliar o modo pelo qual o agente tem se conduzido na vida de relação. Neste sentido poucos elementos foram colhidos nos autos para indicar a conduta social do réu, motivo pelo qual, não lhe sendo desfavorável o quesito “conduta social”, vislumbra-se a conduta social do “homem médio”, ou seja, aquela da pessoa cumpridora de seus deveres em sociedade; Personalidade do agente: refere-se ao seu caráter, índole, sensibilidade emocional. Neste quesito, também, poucos elementos foram trazidos aos autos, motivo pelo qual não lhe sendo desfavorável, adota-se a personalidade do “homem médio”, ou seja, do ser humano emocionalmente estável e de boa índole; Motivos do crime: desfavorável, pois objetiva o lucro fácil; Circunstâncias do crime: favoráveis ao acusado, pois surpreendido com reduzida quantidade de substância entorpecente; As consequências do crime: não foram graves, na

medida em que o Estado conseguiu apreender o bem criminoso, evitando seu uso em sociedade; Situação econômica do agente: nos autos constata-se a ausência de demonstração de boa condição financeira do réu. Assim, adotando o princípio do “in dubio pro reo”, considero como não tendo boa condição financeira, resultando assim, em menor expressão monetária de condenação. Assim, atento às circunstâncias judiciais fixo a pena-base próxima ao mínimo legal em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, a razão de 1/30 do salário mínimo vigente. Em face da atenuante da confissão, reduzo a pena para o patamar mínimo em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, a razão de 1/30 do salário mínimo vigente. Não existem circunstâncias agravantes. Em face da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, tendo em vista a natureza e a quantidade do tóxico apreendido e, por lhe terem sido favoráveis as circunstâncias judiciais alinhadas no artigo 59 do CP c/c artigo 42 da Lei 11.343/06, entendo que a redução há que se dar em 1/2 (metade) o que perfaz, nesta fase, uma pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa. Causas de aumento de pena: não existem. [...] Assim, considerando que a pena aplicada foi de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, respeitando-se o princípio da individualização da pena, não havendo notícia de reincidência e fixada a pena-base no mínimo legal, impõe-se a determinação do regime aberto para o início do cumprimento da pena, em observância ao disposto no art. 33, § 2º, c do Código Penal. Ante o exposto, preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, converto a pena privativa de liberdade aplicada em 02 (duas) penas restritivas de direitos consistentes em 01 (uma) pena de prestação pecuniária, que fixo em 01 (um) salário mínimo nacional, e 01 (uma) pena de prestação de serviço à comunidade, esta última nos termos do art. 46 do citado Diploma Legal. Sendo convertida a pena privativa de liberdade em penas restritivas de direitos, permito o réu recorrer em liberdade. [...] Na primeira fase, à luz do art. 59 do Código Penal e art. 42 da Lei nº 11.343/06, o Magistrado de origem valorou negativamente apenas o vetor referente aos motivos do crime, fixando as penas-base em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário mínimo. Nesse ponto, razão assiste à Defesa quanto ao pedido de redução das basilares ao mínimo legal, uma vez que o Sentenciante utilizou fundamentação inidônea para reputar desfavoráveis os motivos do crime, pois a obtenção de lucro fácil é inerente ao tipo penal, ficando de logo afastada a valoração do aludido vetor. A respeito: STJ, AgRg no HC n. 750.438/SP, DJe de 28/4/2023. Logo, restam as penas-base redimensionadas para 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa no valor unitário mínimo. Já na segunda etapa, o Juiz a quo pontuou não haver agravantes, reconhecendo a presença da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do Código Penal). Contudo, considerando a redução ora operada nas reprimendas-base, mostra-se inviável a valoração da mencionada atenuante, em observância à Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que prescreve: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”, entendimento esse, inclusive, reafirmado pelo Supremo Tribunal Federal, em 2009, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 597.270/RS, em sede de Repercussão Geral. Assim, mantêm-se como provisórias as penas estabelecidas na etapa antecedente. Avançando à terceira fase, o Magistrado singular aplicou o redutor disciplinado no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, expondo a seguinte motivação: “tendo em vista que o réu é primário, não possui maus antecedentes (não ostenta condenações definitivas anteriores), não há

provas nos autos de que se dedica às atividades criminosas nem integra organização criminosa, perfeitamente possível a incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, como pretende a defesa”. Relativamente à minorante do tráfico privilegiado, pugna o Ministério Público pelo seu afastamento, sob a alegação de que o Réu se dedica a atividades criminosas por responder a outras ações penais, com a consequente alteração das penas aplicadas e do regime prisional. Entretanto, a pretensão não merece guarida. Como cediço, a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. Tal dispositivo tem como destinatário apenas pequenos e eventuais traficantes e não os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida. No que concerne à aplicação da aludida minorante, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 10/08/2022, alinhando-se ao entendimento mais recente sufragado no Supremo Tribunal Federal, fixou tese em recursos repetitivos, no sentido de que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (REsp 1.977.027 e REsp 1.977.180). Confira-se: Proclamação Final de Julgamento no RECURSO ESPECIAL nº 1.977.027/PR, do Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra Laurita Vaz (data do julgamento: 10/08/2022): A Terceira Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções, nos termos desta decisão, e fixou a seguinte 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”, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora (STJ, processo afetado ao rito dos recursos repetitivos). AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIMINAL. INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE. RE 591.054-RG/SC. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. Precedente. II – A aplicação da causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal. III – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, RE 1283996 AgR, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020, publicado em 03/12/2020). Assim, embora conste dos autos que o Recorrente responde a outras duas ações penais, a saber, 0509056- 12.2018.8.05.0274 por roubo majorado e 0500753- 38.2020.8.05.0274 por tráfico de drogas (IDs. 40350961/40350962), em consonância com o recente entendimento jurisprudencial firmado nos Tribunais Superiores, à míngua de elementos probatórios que indiquem, de forma segura, a dedicação do Apelante a atividades criminosas, tratando-se de Réu primário, sem registro de maus antecedentes, forçoso reconhecer que o Magistrado singular procedeu com acerto ao aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Oportuno



registrar que a Terceira Seção do STJ, “na apreciação do HC 725.534/SP, revisou as diretrizes estabelecidas no EREsp n. 1.887.511/SP e firmou o entendimento de que é possível a utilização do critério da natureza e quantidade da droga apreendida tanto para a fixação da pena-base, quanto para a modulação da minorante do tráfico privilegiado – nesse último caso, ainda que sejam os únicos elementos aferidos” [e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena] (EDcl nos EDcl no HC n. 723.643/RJ, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 11/11/2022.). Quanto à modulação da fração de redução, inviável acolher o pleito defensivo para aplicação no patamar máximo de 2/3 (dois terços), uma vez que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas, maconha e cocaína – esta última altamente nociva à saúde humana –, demonstram maior gravidade da conduta e justificam a não incidência do redutor em seu grau máximo. Isso porque, não é possível desconsiderar o fato de que as drogas ilícitas possuem distintas potencialidades e graus de pureza. Assim, o patamar de redução da pena deverá guardar correlação com o maior ou menor perigo de dano à saúde pública, perigo que se materializa na potencialidade real da substância que seria disseminada. Desse modo, considerando a apreensão de 20 porções de “maconha”, pesando 14,85g (quatorze gramas e oitenta e cinco centigramas), e 15 petecas de cocaína, pesando 24,30g (vinte e quatro gramas e trinta centigramas), bem assim que tal circunstância preponderante não foi sopesada na 1ª fase da dosimetria, reputa-se razoável e proporcional ao caso em testilha a incidência do redutor na fração de 1/2 (metade), consoante aplicado em sentença, a título de repressão e prevenção do delito praticado. Nessa linha intelectual: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA PELO RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS UTILIZADAS COMO FUNDAMENTO PARA DEFINIR O QUANTUM DE DIMINUIÇÃO. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I – E assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos. II – Moldura fática delineada pelo aresto impugnado: i) pena-base fixada no mínimo legal; ii) causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006; fração de 1/2 (um meio) aplicada, haja vista a natureza, a diversidade e a quantidade de entorpecentes apreendidos – 21 invólucros de maconha, pesando 38g, e 56 invólucros de cocaína, pesando 18g. III – Entendimento jurídico: tratando-se de tráfico privilegiado, admite-se a utilização da quantidade e da natureza das drogas para modulação da fração de redução na terceira fase da dosimetria, desde que não valoradas na fixação da pena-base (HC n. 725.534/SP, Terceira Seção, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 1/6/2022). IV – Ausência de desproporcionalidade na eleição da fração. Ponderação fundamentada. Enquadramento da situação fático jurídica delineada no acórdão objurgado à juridicidade aplicável à espécie. V – A toda evidência, o decisor agravado, ao confirmar o aresto impugnado, rechaçou as pretensões da defesa por meio de judiciosos argumentos, os quais encontram amparo na jurisprudência deste Sodalício. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC n. 737.453/PR, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 14/3/2023.) Nesta senda, ausentes causas de aumento e aplicado o redutor na fração de 1/2 (metade),

restam as reprimendas definitivas ratificadas em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias—multa, no valor unitário mínimo, bem como mantidos o regime inicial aberto (art. 33, § 2º, c, do CP); a substituição da sanção corporal por duas restritivas de direitos, na forma discriminada pelo Sentenciante; e o direito de recorrer em liberdade. Pelo quanto expendido, voto no sentido de conhecer dos Recursos, NEGAR PROVIMENTO AO APELO MINISTERIAL e DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO, apenas para afastar a valoração negativa atribuída ao vetor “motivos do crime”, sem reflexos na dosimetria das penas, mantendo-se os demais termos da sentença vergastada. Sala das Sessões, \_\_\_\_ de \_\_\_\_\_ de 2023. Presidente Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães Relatora Procurador (a) de Justiça