

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0010402-90.2012.8.05.0201 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: CARLOS SANTOS DO NASCIMENTO ADVOGADAS: JOSIELY OLIVEIRA SANTOS OAB/BA 27.581, JOSIELMA OLIVEIRA SANTOS OAB/BA 29.717 APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTOR DE JUSTIÇA: BRUNO GONTIJO ARAÚJO TEIXEIRA PROCURADOR DE JUSTIÇA: ANTÔNIO CARLOS OLIVEIRA CARVALHO ACORDÃO EMENTA. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. RÉU CONDENADO AS PENAS DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, SOB REGIME FECHADO, E AO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. INSURGÊNCIAS RECURSAIS: 1-PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NÃO ALBERGADO. VALIDADE DO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS MILITARES, UNÍSSONOS E HARMÔNICOS ENTRE SI, NOS TERMOS DO NARRADO NA EXORDIAL ACUSATÓRIA. VERSÃO DO ACUSADO, EM JUÍZO, QUE INCORREU EM DIVERGÊNCIAS E INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA, NÃO MERECENDO, ASSIM, CREDIBILIDADE. 2-PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O USO PESSOAL DE ENTORPECENTE. NÃO ACOLHIDO. TRAFICÂNCIA CONSTATADA. CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA. COMPROVAÇÃO DOS NÚCLEOS TÍPICOS GUARDAR E TRAZER CONSIGO. 3-PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 44, § 3º DA LEI 11.343/06. ACOLHIMENTO. ENTENDIMENTO DESTA RELATORA, PARA, NA ESTEIRA DE JULGADOS DO STF E STJ (HC 175.466; HC 648.079/SP), BEM COMO PELO NOVÍSSIMO ENTENDIMENTO PACIFICADO DA MATÉRIA COM O TEMA REPETITIVO Nº 1139 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ESTABELECEM QUE AÇÕES PENAIS EM CURSO NÃO POSSUEM O CONDÃO DE AFASTAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO DO REDUTOR NO PATAMAR MÍNIMO, DIANTE DA QUANTIDADE, VARIEDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS EM PODER DO APELANTE. 4-REQUERIMENTO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. CRITÉRIO OBJETIVO PREVISTO NO INCISO I DO ART. 44 DO CP PARA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA OU SUSPENSÃO DA PENA FICA DESATENDIDO NO TOCANTE AO QUANTUM DE PENA APLICADA AO RECORRENTE. PARECER MINISTERIAL PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. APELAÇÃO CONHECIDA E JULGADA PARCIALMENTE PROVIDA, REDIMENSIONANDO-SE A REPRIMENDA DO RECORRENTE, CARLOS SANTOS DO NASCIMENTO, PARA 04 (QUATRO) ANOS E 02 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, E 416 (QUATROCENTOS E DEZESSEIS) DIAS-MULTA, CADA UM NO VALOR DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO FATO DELITUOSO, MANTENDO-SE A SENTENÇA VERGASTADA, DOCUMENTO DE ID 35835883/89, NOS DEMAIS TERMOS. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº. 0010402-90.2012.8.05.0201, que tem como Recorrente CARLOS SANTOS DO NASCIMENTO e Recorrido MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Acordam os Desembargadores componentes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, em CONHECER DO RECURSO E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO PRESENTE APELO, reduzindo-se a pena aplicada ao apelante para 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, mantendo-se a sentença vergastada, documento de ID 35835883/89, nos demais termos, de acordo com o voto da 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, 3 de Abril de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0010402-90.2012.8.05.0201 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: CARLOS SANTOS DO NASCIMENTO ADVOGADAS: JOSIELY OLIVEIRA

SANTOS OAB/BA 27.581, JOSIELMA OLIVEIRA SANTOS OAB/BA 29.717 APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTOR DE JUSTIÇA: BRUNO GONTIJO ARAÚJO TEIXEIRA PROCURADOR DE JUSTIÇA: ANTÔNIO CARLOS OLIVEIRA CARVALHO RELATÓRIO Trata-se de Apelação Criminal interposta por CARLOS SANTOS DO NASCIMENTO, contra a sentença de ID 35835883/89, proferida pelo M.M. da 1ª Vara Criminal da Comarca de Porto Seguro/BA, que o condenou pela prática do crime previsto no art. 33, caput da Lei 11.343/06, à uma pena definitiva de 05 (anos) ano de reclusão, em regime inicial fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no valor equivalente a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. Inicialmente, em vista do princípio da celeridade e da economia processual, peço vênha para adotar o relatório da sentença vergastada de ID 35835883/89, acrescentando o registro dos atos processuais subsequentes, conforme a seguir. Deflagrada a ação penal e ultimada a instrução processual, adveio sentença penal condenatória, de ID35835883/89, entendendo o Juízo a quo pela suficiência dos elementos probatórios da autoria e materialidade delitiva do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. Dessa forma, julgou procedente o pedido constante na denúncia, impingindo ao recorrente a reprimenda penal acima referida, todavia lhe foi concedido o direito de recorrer em liberdade, porquanto o acusado respondeu ao processo solto, não havendo notícias que tenha voltado à delinquir. Irresignado com o decisorio, Carlos Santos do Nascimento, através de advogadas constituídas, interpôs o presente apelo, na petição de ID 35835891/35835900, requerendo, em suas razões recursais, a reforma da sentença condenatória, a fim de que seja absolvido da imputação que lhe foi feita na denúncia, em razão da falta de provas e em respeito ao princípio do in dubio pro reo. Subsidiariamente, pleiteia pela desclassificação do delito em apreço para o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, bem como que seja aplicado o redutor de pena previsto na inteligência do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, no seu patamar máximo, substituindo, deste modo, a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Apelo devidamente recebido na decisão de ID 35835913. Em contrarrazões, documento de ID 35835977, o Parquet requer, no mérito, para que a Apelação seja julgada conhecida e totalmente improcedente, mantendo-se a sentença impugnada em todos os seus termos. Encaminhados os autos à Douta Procuradoria de Justiça, esta se manifestou por meio do parecer de ID 40762847, do Procurador Dr. Antônio Carlos Oliveira Carvalho, pelo conhecimento e provimento parcial do Apelo, “a fim de ser reconhecida a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, mantendo-se a sentença condenatória em seus demais termos”. Relatados os autos, encaminhei-os ao Douto Desembargador Revisor, a qual solicitou a inclusão do feito em pauta para julgamento. É o Relatório. Salvador/BA, de 2023. Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0010402-90.2012.8.05.0201 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE:CARLOS SANTOS DO NASCIMENTO ADVOGADAS: JOSIELY OLIVEIRA SANTOS OAB/BA 27.581, JOSIELMA OLIVEIRA SANTOS OAB/BA 29.717 APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTOR DE JUSTIÇA: BRUNO GONTIJO ARAÚJO TEIXEIRA PROCURADOR DE JUSTIÇA: ANTÔNIO CARLOS OLIVEIRA CARVALHO VOTO Cinge-se a presente Apelação na pretensão recursal de reforma do édito condenatório, tendo o Apelante pugnado, em síntese, pela: 1) absolvição; 2) desclassificação do delito previsto no art. 33 para aquela conduta contida no art. 28 da Lei nº 11.343/2006; 3) aplicação da minorante pertinente ao tráfico

privilegiado; 4) substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Presentes os requisitos de admissibilidade recursal, conheço do presente Apelo. Passa-se à análise das questões aventadas sob os tópicos que ora seguem. 1. Da absolvição Narra a denúncia, de ID 35835674/75, in verbis: “(...) No dia 04 de novembro de 2012, por volta das 20:50 horas, na Rua Maurício Lessa, nº 14, Bairro Trancosinho, Distrito de Trancoso, nesta urbe, o denunciado foi flagrado por Policiais Militares mantendo em depósito 34 (trinta e quatro) pedras da droga vulgarmente conhecida como “crack” e 06 (seis) trouxinhas de “cocaína”, conforme Laudo de Exame Pericial Provisório de fl. 17, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, além de um rolo de papel alumínio e 02 (duas) balanças, conforme Auto de Exibição e Apreensão de fl. 06. Narra o procedimento policial que policiais militares faziam ronda no Distrito de Trancoso, nesta urbe, quando avistaram um indivíduo saindo de um beco, em atitude suspeita, e resolveram abordá-lo. Durante a abordagem foi encontrando em poder do indivíduo duas pedras de “crack”, ao ser indagado pelos policiais onde havia comprado a droga o indivíduo apontou para o beco. Os policiais se deslocaram até o beco indicado, e enquanto um dos policiais entrava na residência, o acusado saiu correndo, tentando evadir-se, contudo, foi contido pelos policiais que aguardavam do lado de fora. Por sua vez, o indivíduo que havia sido abordado, anteriormente, conseguiu evadir-se, tomando rumo ignorado. Ao realizarem buscas na residência do acusado, os policiais encontraram as drogas e objetos acima mencionados (...)” Embora não questione a materialidade do crime, estampada no Auto de Exibição e Apreensão de ID 35835691, no Laudo Provisório de ID 35835709/10 e no Laudo Definitivo Pericial de Drogas de ID 35835777, a Defesa aduz que os depoimentos dos policiais militares, utilizados para estadear o édito condenatório, não são válidos no caso vertente, tendo havido o intento deliberado, dos agentes de segurança pública, em culpabilizar o acusado. Alega, ainda, a Defesa, que não restou provada a finalidade de mercancia da substância encontrada, razão pela qual, o apelante deve ser absolvido relativamente ao delito do art. 33 da Lei de Tóxicos. Nessa toada, fica clarividente a fragilidade dos depoimentos das testemunhas da acusação, já que não trouxeram clareza e uniformidade na situação fática imputada ao acusado a legitimar a sua condenação pelo crime de tráfico de drogas. Assim, requer que seja relativizada a palavra dos policiais militares, declarando-se a dúvida quanto à autoria criminosa e a fragilidade das provas. Em que pese o labor defensivo, não se verifica o quanto ora arguido. Com efeito, os policiais militares, que efetuaram a diligência, narraram, em juízo, de maneira harmônica o delito perpetrado pelo acusado, em consonância com o quanto descrito na peça acusatória, não havendo motivos para descredibilizar os seus depoimentos, como bem pontuado pela nobre Julgadora: SD/PM CELSO BARBOSA OLIVEIRA – “Que confirma o depoimento dado na delegacia de policia; que após abordar o indivíduo na saída de um beco o qual apontava drogas e ao se aproximar dessa residência localizaram as pedras de craque, embalagens de cocaína prontas para mercancia, bem como, uma boa quantia de dinheiro que se encontrava com o indivíduo; que quando invadiram a residência o usuário que se encontrava ao lado de fora acabou fugindo; que a droga estava jogada no quintal (...)” SD/PM TIAGO AMORIM DE SOUZA – “Que confirma o depoimento prestado na delegacia de policia; que após abordar o indivíduo na saída de um beco, esse indivíduo tinha apontado com o dedo onde tinha adquirido a droga; que ao avistarem a residência viram o seu residente tentar fugir; que conseguiram alcançá-lo

e prendê-lo; que no momento em que a guarnição imediatamente se locomoveu para a prisão do suposto traficante, aquele usuário inicialmente abordado, conseguiu evadir-se; que na residência, mais, precisamente no quintal, foram encontradas mais de 30 (trinta) pedras de craque e algumas sacolas de cocaína, todas prontas para vendas; que o denunciado confessou para a guarnição que vendia drogas". Os depoimentos de policiais militares são considerados válidos e idôneos como meio de prova, pela jurisprudência pátria, sobretudo quando não há divergências ou contradições importantes nas suas declarações, colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, de modo que não se pode presumir que tivessem a intenção de incriminar, injustificadamente, o Recorrente. Nesse sentido: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIMES COMETIDOS NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONDENAÇÃO EXCLUSIVAMENTE EM DEPOIMENTOS DE POLICIAIS CIVIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO LACÔNICA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. REGIME PRISIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE. 1. A análise do pleito de absolvição do paciente, em relação aos crimes previstos nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, demandaria exame aprofundado do arcabouço fático-probatório constante dos autos, inviável por meio de habeas corpus. 2. Conforme entendimento desta Corte, não há óbice a que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do paciente sejam considerados na sentença como meio de prova para embasar a condenação, desde que colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de cognição, tal como na hipótese. 3. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a que seja necessária e suficiente. 4. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base se apoiando, tão somente, em referências vagas, genéricas e desprovidas de alicerce objetivo para justificá-la. 5. De acordo com a jurisprudência deste Tribunal, é inaplicável o benefício da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, diante do reconhecimento de graves circunstâncias que caracterizaram a prática delitiva, tais como a origem, a quantidade e a natureza de droga apreendida, aliada ao fato de ter sido o paciente condenado também pelo crime de associação para o tráfico de drogas, evidenciando, portanto, a dedicação às atividades criminosas. 6. Após o Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, este Tribunal firmou entendimento no sentido de que para os crimes de tráfico de drogas, cometidos sob a égide da Lei nº 6.368/76, o regime inicial de cumprimento de pena e a possibilidade de substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos devem ser regidos com base nos ditames do Código Penal. 7. No caso concreto, ficando a reprimenda final estabelecida em 6 anos de reclusão, o regime inicial semiaberto mostra-se adequado, tendo por base o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, pois se trata de condenação pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico praticados anteriormente ao advento da Lei nº 11.464/07, sendo fixada a pena-base no mínimo legal, por não identificar condições desfavoráveis previstas no art. 59, do Código Penal, sem o reconhecimento de nenhum elemento judicial tido como negativo. 8.

Habeas corpus parcialmente conhecido. Ordem concedida, em parte, para reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos de reclusão, a serem cumpridos no regime inicial semiaberto, e 100 (cem) dias-multa. (HC 166.124/ES, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2020, DJe 09/08/2020) – (grifamos) Em que pese tenha confessado em sede policial, no seu interrogatório, documento de ID 35835695/96, afirmando categoricamente não usar qualquer tipo de droga, o Apelante apresenta sua versão de negativa da autoria, em juízo, Termo de ID 35835733, alegando ser somente usuário de entorpecentes, não podendo informar o nome da pessoa que lhe vendeu as drogas apreendidas em seu poder. INTERROGATÓRIO DO CARLOS SANTOS DO NASCIMENTO– SEDE INQUISITORIAL. “(...) o Interrogado estava em sua residência, acompanhado da sua companheira MARLENE DE JESUS SANTANA, quando chegaram Policiais Militares da CIPE / Mata Atlântica, os quais revistaram o imóvel, encontrando no terreno 34 (trinta e quatro) "pedras" de "crack" e 06 (seis) trouxinhas de "cocaína". Segundo o Interrogado, a droga lhe pertence e o Interrogado costumava comercializá-la. PERGUNTADO há quanto tempo trafica drogas em Trancosinho. RESPONDEU que trafica há apenas um mês. Alega que os Policiais falaram que um indivíduo apelidado de "ZÉ BAIXINHO" trafica drogas há mais tempo em Trancosinho, mas afirma que não é o Interrogado, pois o mesmo é conhecido apenas como "BAIXINHO" e não "ZÉ BAIXINHO". Alega que dois indivíduos tinham comprado 04 (quatro) pedras de "crack" em sua mão, fato ocorrido minutos antes dos Policiais chegarem e a--edita o Interrogado que os mesmos eram Policiais Militares da CIPE / Mata Atlântica, que estavam disfarçados. PERGUNTADO se já foi preso, ou processado criminalmente e se faz uso de drogas ilícitas. RESPONDEU que foi detido há cerca de quatro anos, acusado de tráfico de drogas, mas afirma que não foi autuado, pois não foi encontrado drogas em sua residência Diz que foi preso e autuado por receptação há cerca de dois anos mas afirma que quem comprou o botijão, objeto do ilícito em que o Interrogado foi acusado, foi um rapaz que estava fazendo a solda de um portão na residência do Interrogado. Durante a audiência no fórum, o fato foi esclarecido Alega que não faz uso de qualquer substância tóxica ou entorpecente (...)” (grifos nossos). INTERROGATÓRIO DO CARLOS SANTOS DO NASCIMENTO– FASE JUDICIAL. “Que é usuário de drogas; que usa crack, maconha e cocaína; que tinha comprado 20 pedras de “crack” que dar 20g (vinte gramas), e 03 (três) papелotes de pó (cocaína); que os objetos encontrados na sua casa, eram seus e de seus familiares; que já foi preso outra vez acusado de receptação; que em outra ocasião foi acusado de tráfico de entorpecentes; que não conhece os policiais que lhe prenderam; que não leu seu depoimento na delegacia; que a polícia pulou o portão para entrar na casa do interrogando; que dois policiais estavam a paisana e outro de farda; que na residência estava o interrogando, sua esposa e seu filho; que falou aos policiais que era usuário; que mostrou aos policiais aonde estava escondida a droga; que a droga estava enterrada perto da caixa de água; que os policiais acharam a droga e deram voz de prisão ao interrogando; que não pode falar o nome da pessoa que vendeu a droga.” (grifos nossos) Além disso, Marlene de Jesus Santana, companheira do apelante, afirmou que desconhecia a existência de drogas no interior da sua residência, bem como que sabia que “Baixinho” já tinha comercializado drogas, todavia confiou na palavra do recorrente de que havia parado, uma vez que a mesma o advertiu que caso soubesse de algo o abandonaria. (documento de ID 35835692). Logo, diante do cotejo das provas, não remanesce a dúvida ou suspeita acerca da operação dos policiais militares,

quando da prisão em flagrante do acusado, de modo que seus depoimentos revestem de validade para a comprovação da imputação do delito de tráfico de drogas ao ora Apelante. 2. Da pleiteada desclassificação da conduta para o crime previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/2006. Aduz, a Defesa, que o acusado é apenas usuário de drogas, o que se extrai do seu interrogatório judicial. Ressalta, ainda, que momento algum as testemunhas mencionaram intenção ou atitude por parte do acusado de mercância em relação às drogas supostamente apreendidas. E não há que se falar que a simples posse em depósito ou guarda da droga caracterizaria, por si só, o delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/06. No entanto, conforme já visto, o depoimento dos policiais militares apontam a prática da traficância, e, como já esposado, tais declarações possuem validade jurídica para a comprovação do delito imputado. Como fora descrito na peça acusatória, restou devidamente comprovado que o réu guardava, em sua residência, substâncias entorpecentes ilícitas (crack e cocaína), que detinha para a comercialização. Nessa senda, é cediço que o crime de tráfico de drogas é considerado, pela jurisprudência, como delito de ação múltipla e permanente, havendo a incursão no injusto penal em face do cometimento de qualquer dos núcleos verbais descritos no tipo. Nesse sentido: RECURSO ESPECIAL. POLICIAL QUE "PLANTA "DROGA PARA INCRIMINAR TERCEIRO. ACUSAÇÃO DE TRÁFICO DE DROGA. RECORRIDO ABSOLVIDO EM SEGUNDO GRAU DE JURISDIÇÃO COM BASE NOS ELEMENTOS COLHIDOS NA INSTRUÇÃO. AUSÊNCIA DO DOLO DE TRAFICAR. DESCONSTITUIÇÃO DO JULGADO QUE DEMANDA REANÁLISE DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚM. 07/STJ. RECURSO DESPROVIDO. 1. O tipo penal do art. 33 da Lei n. 11.343/06 é crime de ação múltipla, que se consuma pela prática de qualquer um dos núcleos previstos no art. 33 da Lei n. 11.343/06. 2. Hipótese na qual policial foi denunciado como incurso no art. 33, caput. c/c o art. 40, inc. II, ambos da Lei 11.343/06, ao "plantar" droga, entendendo o Tribunal a quo que a conduta não se encontra orientada pelo dolo necessário à caracterização da traficância, pois foi comprovadamente cometida com o objetivo de incriminar terceiro. 3. Evidenciado que o acórdão recorrido cotejou minuciosamente os elementos recolhidos na instrução para absolver o réu, a desconstituição do julgado, por demandar a reanálise de provas, esbarra no Enunciado da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça – STJ. 4. Recurso especial desprovido. (Resp 1419603/PR, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2020, DJe 09/11/2020) Isto posto, rejeito a pretensão desclassificatória da Defesa. 3. Do tráfico privilegiado. Na terceira fase dosimétrica, aduz, a Defesa, que ao réu, deve ser aplicada a minorante em questão, uma vez que ele preenche todos os requisitos previstos na inteligência do § 4º, art. 33 da Lei 11.343/2006. Do cotejo da sentença objurgada, documento de ID 35835888, observa-se que foi negada a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, sob os seguintes fundamentos: "Inexistem causas de aumento e diminuição de pena. Deixo de reconhecer a causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11343/06 uma vez que o sentenciado ostenta Maus antecedentes, respondendo há outras três ações penais, uma também por tráfico de drogas ." Sobre o tema, faz-se mister pontuar que o § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas prevê a redução da pena em 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) para os indivíduos que preencham os requisitos trazidos no referido parágrafo, sendo eles: primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividade criminosa, nem integre organização criminosa. A conclusão de dedicação à atividade criminosa exige, a partir de uma análise constitucional do princípio da não culpabilidade, robustez

probatória produzido pela acusação. A aplicação de jurisprudência para corroborar entendimentos jurídicos adotados nas decisões deve ser feita com prudência pelo julgador, principalmente quando utilizadas para afastar benefícios penais, como é o caso em referência, uma vez que o mero “silogismo jurisprudencial” pode representar na vida do indivíduo consequências práticas irreversíveis quando não individualizadas as peculiaridades de cada caso concreto. Não se pode desconsiderar que, embora necessária a função retributiva da pena, suas consequências são indelévels ao indivíduo, indo desde a sua privação de liberdade até o etiquetamento social pelo qual o acusado passará (labelling approach). A causa especial de diminuição de pena referente ao “tráfico privilegiado” está voltada, em verdade, a conceder ao pequeno traficante, tratamento penal proporcionalmente mais adequado a um menor juízo de reprovação da conduta praticada pelo agente que se envolve em atuação delitiva de modo episódico e eventual. No caso dos autos, esta Relatora adota o entendimento do que foi decidido na Corte Suprema e na Tese Repetitiva 1139 do Superior Tribunal de Justiça, e ora registra que ações penais em andamento não possuem o condão de afastar a aplicação da minorante em testilha. Nessa linha de intelecção, foi o julgado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa ora transcrevo: EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 AFASTADA COM FUNDAMENTO EM PROCESSOS EM CURSO. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (Julgado em 06/12/2019, SEGUNDA TURMA AG.REG. NO HABEAS CORPUS 175.466 SÃO PAULO RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA) No mesmo sentido, foi o recente entendimento do Tema Repetitivo 1139 do STJ, pacificando a matéria: RECURSO ESPECIAL REPETITIVO, PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENASIS 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. (REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022.) Sendo assim, aplico, no caso concreto, a minorante do tráfico privilegiado, em patamar mínimo (1/6), considerando, neste momento de modulação do quantum do redutor aplicado, a quantidade, variedade e nocividade dos entorpecentes apreendidos em poder do recorrente, a saber, 34 (trinta e quatro) pedras de "crack" e 06 (seis) trouxinhas de cocaína. Logo, a pena-base fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa devem ser reduzidas em 1/6 (um sexto). Desta forma, a pena definitiva deverá ser fixada em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. O regime prisional deve ser alterado para o semiaberto, em face da admissão do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, com fundamento no art. 33, § 2º, alínea 'b' do Código Penal. Destarte, redimensiono a reprimenda definitiva do apelante para 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias- multa, cada um no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. 4. Da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos Considerando a quantidade de pena aplicada ao apelante de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, revela-se idônea a não substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritiva de direito, tendo em vista o não preenchimento do requisito objetivo, conforme dispõe a inteligência do art. 44, inciso I do Código Penal: "Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I -aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)" Dito isto, em que pese alteração da sentença proferida pelo magistrado de primeiro grau, houve imposição da pena definitiva do apelante em patamar superior a 04 (quatro) anos, não havendo, deste modo, que se falar na substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Ante o exposto, voto pelo conhecimento e acolhimento parcial do apelo defensivo, redimensionando-se a pena definitiva do apelante para 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e

416 (quatrocentos e dezesseis) dias- multa, cada um no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, mantendo-se os demais termos da sentença combatida. Ex positis, acolhe esta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, o voto por meio do qual CONHECE E DAR PROVIMENTO PARCIAL ao presente Apelo interposto por Carlos Santos do Nascimento, redimensionando-se a pena definitiva do réu para 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias- multa, cada um no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, mantendo-se a sentença vergastada, documento de ID 35835883/89, nos demais termos. Salvador/BA, de de 2023. Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora