

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA ADIADO POR MAIS UMA SESSÃO COM PEDIDO DE VISTA PELO DES. ABELARDO PAULO DA MATTA NETO. EM SESSÃO DE JULGAMENTO DIA 05-07-2022, FOI JULGADO PROVIMENTO POR MAIORIA, PARA ABSOLVER OS APELANTES, CONCEDENDO FORÇA DE ALVARÁ DE SOLTURA. LAVARA O ACÓRDÃO O DESEMBARGADOR ABELARDO PAULO DA MATTA NETO. Salvador, 5 de Julho de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000468-23.2021.8.05.0276 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: RICARDO ROCHA CASTRO MAIA e outros Advogado (s): RAFAEL SMITH FREIRE LIMA, RODOLFO ROGERIO DE JESUS SARMENTO, JOAO EMANUEL MOREIRA CARVALHO, ANDRE LUIS DO NASCIMENTO LOPES, ANDREIA LUCIARA ALVES DA SILVA LOPES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Apelações Criminais interpostas por RICARDO ROCHA CASTRO MAIA e JOSÉ MARQUES DOS SANTOS ROCHA contra a sentença prolatada pelo Juízo de Direito da Comarca de Wenceslau Guimarães/BA que o condenou os acusados nas penas dos artigos 33 e 35 da lei nº 11.343/2006 e art. 16, parágrafo primeiro, IV da lei n. 10.826/2006, na forma do art. 69 do CP, determinando o início do cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicialmente fechado, da seguinte forma: "(...) A) Réu RICARDO ROCHA CASTRO MAIA (...) Em sendo aplicável ao caso a regra prevista no artigo 69 do Código Penal (concurso material), diante da existência de desígnios autônomos do agente na prática dos três crimes, fica o réu RICARDO ROCHA CASTRO MAIA condenado, definitivamente a 11 (nove) anos de reclusão e ao pagamento de 1.210 (um mil e duzentos e dez) dias multa no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente à época do crime. (...) A) Réu JOSÉ MARQUES DOS SANTOS ROCHA (...) Em sendo aplicável ao caso a regra prevista no artigo 69 do Código Penal (concurso material), diante da existência de desígnios autônomos do agente na prática dos três crimes, fica o réu JOSÉ MARQUES DOS SANTOS ROCHA condenado, definitivamente a 11 (nove) anos de reclusão e ao pagamento de 1.210 (um mil e duzentos e dez) dias multa no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente à época do crime. (...) Custas pelos réus. (...). Narra a denúncia (ID. 24243831) que "Consta do incluso Caderno Policial que os denunciados se associaram para o tráfico, sendo certo que traziam consigo substância entorpecente, desta forma, praticando os crimes previstos nos arts. 33 e 35, caput, da Lei n.: 11.343/06. Consta, ainda, que os denunciados portavam, em comunhão de desígnios, arma de fogo de uso permitido com numeração suprimida em desacordo com determinação legal e regulamentar. Noticiam os autos policiais que, no dia 20 de maio de 2021, por volta das 12h00min., na BR 101, Km 359, próximo à entrada do Assentamento Che Guevara, Wenceslau Guimarães/BA, os denunciados foram presos em flagrante delito, pois traziam consigo 300g (trezentos) gramas de substância alcaloide, popularmente conhecida como "cocaína" pronta para o consumo, consoante laudo de constatação preliminar de fls. 13 (ID 111921046), assim agindo sem autorização e em desacordo com a determinação legal e regulamentar (Portaria n.: 344/98 – SVS/MS), além da arma uma arma de fogo do tipo pistola ZIGANA PK9, cal. 9mm., de origem turca, com numeração suprimida, municiada com um cartucho e dez munições intactas, também em desacordo com determinação legal e regulamentar (Portaria n.: 1.220/2019 – CExército/MD) (Cf. Auto de Exibição e Apreensão às fl. 12 – ID 111921046). Emerge do caderno policial que, no dia e hora prefalados, os Policiais Militares realizavam rondas de rotina na localidade do assentamento referido, quando deram voz de parada ao condutor do veículo FIAT/TORO, placa policial

PLK2095, onde se encontravam os denunciados. Na ocasião da abordagem, o automóvel era conduzido por RICARDO, o qual não portava documentos pessoais e obrigatórios, como a CNH. No banco carona dianteiro, encontrava-se JOSÉ MARQUES, o "GAZO" e, no assento traseiro, Laína Sarmiento Oliveira. Dada a verificação da irregularidade administrativa frente ao condutor, e instalada a fundada suspeita, foi procedida a revista no veículo referido, oportunidade em que encontraram, os policiais, no interior de uma bolsa – cuja propriedade lhes foi informada como sendo do primeiro denunciado – um saco plástico contendo 300g do entorpecente "cocaína". Seguindo-se a diligência, logo abaixo do banco do carona, a guarnição localizou uma arma de fogo do tipo pistola ZIGANA PK9, cal. 9mm., de origem turca, com numeração suprimida, municiada com um cartucho e dez munições intactas. Dados os achados e verificado o banco de dados nacional, verificou-se que JOSÉ MARQUES era foragido da justiça e possuía um Mandado de Prisão em aberto, bem como uma extensa ficha criminal, sendo um dos principais alvos de captura da SSP/BA e um dos mais procurados meliantes do Estado. Quanto a RICARDO, a despeito de não possuir antecedentes, este informa ser proprietário da droga e da arma encontradas e que JOSÉ MARQUES nada sabia. No entanto, JOSÉ MARQUES é contumaz na prática do ilícito do SISNAD e responde a acusação por homicídio, sendo certo que, no momento da busca policial, a arma de fogo se encontrava bem abaixo do banco do carona, à disposição deste denunciado, trazendo, neste momento, justa causa à narrativa de liame intersubjetivo das condutas de ambos os acusados quanto ao porte de arma e ao vínculo associativo para o tráfico. (...) Quanto a RICARDO, a despeito de não possuir antecedentes, este informa ser proprietário da droga e da arma encontradas e que JOSÉ MARQUES nada sabia. No entanto, JOSÉ MARQUES é contumaz na prática do ilícito do SISNAD e responde a acusação por homicídio, sendo certo que, no momento da busca policial, a arma de fogo se encontrava bem abaixo do banco do carona, à disposição deste denunciado, trazendo, neste momento, justa causa à narrativa de liame intersubjetivo das condutas de ambos os acusados quanto ao porte de arma e ao vínculo associativo para o tráfico.". Após a instrução criminal, RICARDO ROCHA CASTRO MAIA e JOSÉ MARQUES DOS SANTOS ROCHA foram condenados nas penas dos artigos 33 e 35 da lei nº 11.343/2006 e art. 16, parágrafo primeiro, IV da lei n. 10.826/2006, na forma do art. 69 do CP, determinando o início do cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicialmente fechado. Inconformados, ambos os Apelantes, por meio de seus respectivos advogados, interpuseram Apelações Criminais. O Apelante RICARDO ROCHA CASTRO MAIA apresentou suas razões de recurso conforme ID 24243937, pugnando, primeiramente, pelo deferimento da assistência judiciária gratuita, eis que o Recorrente alega não ter condições de arcar com as custas processuais e honorários advocatícios. Alega que "a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ) decidiu que é incabível condenação por tráfico de drogas sem laudo definitivo, tendo sido ressaltado na decisão que "a Terceira Seção uniformizou o entendimento de que a ausência do laudo definitivo toxicológico implica na absolvição do acusado, em razão da falta de comprovação da materialidade delitiva, e não na nulidade do processo".". Afirma que "diferentemente do que aduz o membro do Ministério Público, não existe provas convincentes e incontroversas acerca da configuração do crime de tráfico de drogas, associação para o tráfico e em relação ao crime previsto no art. 16, IV, da Lei 10.826/2003". Aduz que "(...) que tanto a autoria quanto a tipicidade do delito descrito no art. 35 da Lei 11.343/2006, imputado a

Ricardo, quedaram-se totalmente INDEMONSTRADAS, tanto na denúncia quanto na sentença ora vergastada”. Sustenta que “o tráfico-privilegiado deve incidir no presente caso, foi o que decidiu o STF, julgando que o crime de tráfico privilegiado de entorpecentes não tem natureza hedionda. Por esse motivo, a pena pode ser reduzida de 1/6 a 2/3, conforme o artigo 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas”. Afirma também que “quanto a procedência pelo crime do artigo 16, IV, da Lei 10826/2003, esta não merece prosperar, vez que de rigor a sua desclassificação para o crime previsto no artigo 14 da Lei 10.826/2003, substituindo-se a pena corporal por restritivas de direito”. Alega ainda o não cabimento da pena de multa, sobretudo, por não ter condições financeiras de pagá-la. Diante do exposto, requereu seja conhecido e provido o recurso para “1 – Reformar a r. Sentença para absolver a ora Apelante do crime de tráfico pelo qual restou condenada, com fundamento no inc. VII, do art. 386, do Código de Processo Penal; 2 – Subsidiariamente, acaso diverso seja o entendimento desse Egrégio Tribunal, para reformar a sentença exacerbada quanto ao crime capitulado no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, aplicando-se o redutor previsto no parágrafo 4º, do art. 33 da sobredita Lei de Drogas, no seu grau máximo, até porque o Apelante é primário, possui bons antecedentes, nunca se dedicou a atividades criminosas nem integra qualquer organização criminosa, bem como converter a pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, nos termos do art. 44, ss do CP; 3 – Reformar a sentença combatida no sentido de ABSOLVER a Apelante do crime inculcado no art. 35, da Lei 11.343/06, associação para o tráfico, nos termos do art. 386, II, do CPP, por não ter ficado provado a existência do crime de associação para o tráfico; 4 – A desclassificação do crime do art. 16, IV, da Lei de Armas, para o art. 12 da Lei 10.826/2003, substituindo-se a pena corporal por restritivas de direito; 5 – Acolher ao pedido quanto ao direito do Apelante recorrer em liberdade, expedindo-se, para tanto, o competente Alvará de Soltura; 6 – Seja reformada a sentença condenatória no que pertine à pena de multa, ante as parcas condições financeiras afetas ao Sr. Ricardo, a fim de que guarde consonância com a pena privativa de liberdade aplicada em definitivo ao Apelante, devendo ser apurada a precariedade da situação financeira, com mais acuidade, no Juízo das Execuções Penais; 7 – Seja concedido o benefício da Justiça Gratuita.”. O outro Apelante JOSÉ MARQUES DOS SANTOS ROCHA apresentou suas razões de recurso conforme ID. 24243934 sustentando que “analisando os autos, verifica-se a ausência de laudo toxicológico definitivo”. Aduz que “a vida pregressa do apelante foi utilizada para fundamentar a sua culpa, numa verdadeira aplicação do Direito Penal do Inimigo”. Continua afirmando que “o fato do apelante ter sido investigado ou preso anteriormente não conduz ao entendimento – ou não deveria conduzir – de que estaria envolvido com o delito em apuração”. Também apela da sentença quanto ao crime de associação ao tráfico aduzindo que “como já exaustivamente destacado, a droga não pertencia ao apelante José Marques. Ricardo assumiu a propriedade da droga e revelou ser usuário de cocaína”. Por fim, requer seja conhecido e provido o recurso, bem como “(....) postula-se a justa ABSOLVIÇÃO do apelante JOSÉ MARQUES DOS SANTOS ROCHA, com fulcro no art. 386, V ou VII, do CPP; Subsidiariamente, em caso de eventual condenação, requer seja aplicada a causa de diminuição de pena constante do § 4º do art. 33 da Lei de Tóxicos, em seu redutor máximo (correspondente a 2/3). Por fim, a aplicação do regime aberto para cumprimento inicial da sanção, com esteio no art. 33, § 2º, c), do CP, como também a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44,

também, do CP, caso cabível diante da reprimenda final aplicada. Ademais, prequestiona os arts. 155, 156, 386, V e VII, todos do CPP, art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, bem como o art. 5º, LVII, LIV, XLVI, da CF/88, para fins de eventual recurso à superior instância". Em contrarrazões de ID nº 24243940 e 27323603, o Ministério Público requereu o total desprovemento dos recursos. A douta Procuradoria de Justiça, por seu turno, ofertou parecer pelo conhecimento e desprovemento das Apelações, para que seja mantida a sentença vergastada ID 25335225. Com este relato, submeto o exame dos autos ao eminente Des. Revisor, nos termos do artigo 166 do RITJBA. Salvador, 06 de maio de 2022. DESEMBARGADOR BALTAZAR MIRANDA SARAIVA RELATOR BMS08 Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000468-23.2021.8.05.0276 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: RICARDO ROCHA CASTRO MAIA e outros Advogado (s): RAFAEL SMITH FREIRE LIMA, RODOLFO ROGERIO DE JESUS SARMENTO, JOAO EMANUEL MOREIRA CARVALHO, ANDRE LUIS DO NASCIMENTO LOPES, ANDREIA LUCIARA ALVES DA SILVA LOPES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO VISTA Registrada a sinopse fático-jurídica pelo Excelentíssimo Desembargador Relator (ID. 27539999), tem-se à apreciação de recursos de Apelações Criminais interpostas por RICARDO ROCHA CASTRO MAIA e JOSÉ MARQUES DOS SANTOS ROCHA em face da sentença prolatada pelo Juízo de Direito da Comarca de Wenceslau Guimarães/BA, que condenou os acusados nas penas dos artigos 33 e 35 da lei nº 11.343/2006 e art. 16, parágrafo primeiro, IV da lei n. 10.826/2006, na forma do art. 69 do CP. Após exame detido dos autos, com o escopo de manter a coerência de julgados pretéritos de relatoria deste Signatário, máxima vênica, entendo por bem divergir do judicioso voto do ilustre Relator. Com efeito, compulsando-se os fólhos infere-se a inexistência de laudo toxicológico definitivo, motivo pelo qual não restou demonstrada a materialidade delitiva, inobstante presença de laudo preliminar (ID 120348537). É de bom alvitre salientar, inclusive, que até mesmo no aludido laudo preliminar acostado aos autos, o perito técnico responsável pelo exame foi enfático em esclarecer a necessidade do exame toxicológico definitivo, reforçando, desse modo, a tese da fragilidade da materialidade in casu, vejamos: "Este é um teste preliminar de constatação: o resultado definitivo será obtido através da análise cromatográfica, cujo laudo será enviado posteriormente" (sic) Destarte, o referido laudo preliminar não é dotado de certeza idêntica ao do definitivo, conforme exige a jurisprudência do STJ. Por outro lado, embora o Ministério Público sustente a existência de laudo definitivo, em verdade, o mesmo laudo preliminar foi acostado em duas oportunidades nos autos [id 120348537 (21/07/21); id 120347835 (18/08/21)], gerando certa confusão processual. Por derradeiro, ainda que não seja corrente majoritária na jurisprudência, esta Egrégia Turma possui precedentes no sentido de considerar imprescindível a realização do exame toxicológico definitivo: a) Apelação Criminal n. 0000363-97.2009.8.05.0117, de relatoria do Des. Lourival Almeida Trindade, julgado em 03/02/2011, improvido, por maioria, o recurso da acusação; b) Apelação Criminal n. 0006538-51.2011.8.05.0113, da minha relatoria, julgado em 16/04/2013, provido para absolver o apelante, à unanimidade; c) Apelação Criminal nº 0300004-29.2015.8.05.0064, de relatoria da Juíza Substituta de 2º Grau Convocada, Dra. Janete Fadul de Oliveira, julgado em 01/09/2015, provido para absolver os apelantes, à unanimidade, d) AC nº 0501448-37.2016.8.05.0078, da minha relatoria, julgada por esta E.Turma, em 21.02.2018. Nesse contexto, rogando vênica a posicionamento distinto, entendo que ausência do laudo definitivo acarreta a absolvição nos delitos

de tráfico de substância entorpecente, porque não comprovada a materialidade, ainda mais quando o laudo preliminar existente não é dotado de certeza idêntica ao definitivo. Por outro lado, imperioso esclarecer que para a configuração do delito insculpido no art. 35 da Lei 11.343/06 é desnecessária a comprovação da materialidade quanto ao delito de tráfico, sendo prescindível a apreensão da droga ou o laudo toxicológico. Nessa linha intelectual, é indispensável, tão somente, a comprovação da associação estável e permanente, de duas ou mais pessoas, no intuito da prática da narcotraficância. Ocorre que, ao nosso sentir, no caso em tela não restou comprovado tais requisitos pelo Ministério Público. Com efeito, infere-se do acervo probatório, mormente das próprias declarações prestadas pelos policiais militares em juízo, que os acusados, no dia 20.05.2021, foram parados em uma blitz de rotina, oportunidade em que foram flagrados na posse de 300g de pó branco (aparentemente cocaína), além de uma arma de fogo. Entrementes, registre-se que não houve qualquer investigação prévia em face dos réus, de modo não se vislumbra a existência de elementos probatórios que comprovem o liame subjetivo entre eles no sentido de se organizarem para a prática do comércio ilícito de drogas de forma perene e regular. De fato, no caso concreto, o magistrado a quo levou em consideração tão somente o histórico criminal dos acusados para a condenação do delito de associação para o tráfico, o que é insuficiente. Diante do esgrimido, entendo que os Apelantes devem ser absolvidos das acusações dos crimes insculpidos nos artigos 33 e 35 da Lei 11.3423/06. Por outro lado, no que concerne ao delito de porte ilegal de arma de fogo e uso restrito, entendo que o delito deve permanecer em face dos Apelantes, tendo em vista que o acervo probatório é rígido no sentido que eles tinham ciência da existência da arma bélica (numeração raspada) no interior do veículo. Diante do quanto esgrimido, rogo vênias para divergir parcialmente do judicioso voto do Relator, com o escopo de absolver ambos Apelantes pelos crimes insculpidos nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06, mantendo-se, todavia, a condenação pelo crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, nos termos alhures expostos. Atenciosamente. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Relator

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n.

8000468-23.2021.8.05.0276 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: RICARDO ROCHA CASTRO MAIA e outros Advogado (s): RAFAEL SMITH FREIRE LIMA, RODOLFO ROGERIO DE JESUS SARMENTO, JOAO EMANUEL MOREIRA CARVALHO, ANDRE LUIS DO NASCIMENTO LOPES, ANDREIA LUCIARA ALVES DA SILVA LOPES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELAÇÕES CRIMINAIS. PROCESSO PENAL. Arts. 33, CAPUT, da lei 11.343/06. AUSÊNCIA DE LAUDO PERICIAL DEFINITIVO, A ATESTAR A NATUREZA ENTORPECENTE DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA. ônus probatório da materialidade delitiva do órgão acusador. Absolvição que se impõe. DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. ACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE VÍNCULO PERMANENTE E ESTÁVEL ENTRE OS ENVOLVIDOS. PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. CONDENAÇÃO MANTIDA. RECURSOS PROVIDOS PARCIALMENTE. 1. Sem maiores digressões, compulsando-se os fólios infere-se a inexistência de laudo toxicológico definitivo, motivo pelo qual não restou demonstrada a materialidade delitiva do crime de tráfico de drogas, inobstante presença de laudo preliminar (ID 120348537). 2. É de bom alvitre salientar, inclusive, que até mesmo no aludido laudo preliminar acostado aos autos, o perito técnico foi enfático ao esclarecer acerca da necessidade do exame toxicológico definitivo, reforçando, desse modo, a tese da fragilidade da

materialidade in casu. 3. Por outro lado, no que tange ao delito previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, não restou demonstrado o animus associativo existente entre os Sentenciados de forma estável e, por consequência, que já praticavam o tráfico de drogas há considerável tempo, requisitos considerados indispensáveis, pela doutrina e jurisprudência, para caracterização do tipo penal em epígrafe. 4. Ex positis, DOU PARCIAL PROVIMENTO aos presentes recursos para absolver os acusados dos crimes inculpidos nos arts. 33 e 35 da Lei 11/343/06, redimensionando as suas penas para 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, referente ao crime catalogado no art. 16, parágrafo primeiro, IV da Lei 10.826/03, a qual deve ser substituída por duas restritivas de direitos pelo Juízo da Vara de Execuções Penais. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº. 8000468-23.2021.8.05.0276, da Vara Criminal da Comarca de Wenceslau Guimarães/BA, em que são partes, RICARDO ROCHA CASTRO MAIA e JOSÉ MARQUES DOS SANTOS ROCHA, como apelantes, e o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, como apelado. ACORDAM os Desembargadores da 2ª Turma Criminal da Primeira Câmara Crime do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por maioria, em DAR PARCIAL PROVIMENTO ÀS RESPECTIVAS APELAÇÕES, nos termos do voto do Desembargador Relator. DES. ABELARDO PAULO DA MATTA NETO RELATOR/ PRESIDENTE PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA VOTO VENCEDOR Registrada a sinopse fático-jurídica pelo Excelentíssimo Desembargador Relator (ID. 27539999), tem-se à apreciação de recursos de Apelações Criminais interpostas por RICARDO ROCHA CASTRO MAIA e JOSÉ MARQUES DOS SANTOS ROCHA em face da sentença prolatada pelo Juízo de Direito da Comarca de Wenceslau Guimarães/BA, que condenou os acusados nas penas dos artigos 33 e 35 da Lei 11.343/2006 e art. 16, parágrafo primeiro, IV da Lei 10.826/03, na forma do art. 69 do CP. Distribuídos os autos originalmente ao Eminentíssimo Desembargador Baltazar Miranda Saraiva, o ilustre julgador, em sessão datada de 14.06.2022, apresentou o judicioso voto no sentido de que fossem improvidos os presentes recursos. Entrementes, este Signatário solicitou vista dos autos, com o escopo de analisar, de forma acurada, o acervo probatório coligido. Retomado o julgamento em 21.06.2022, este Signatário apresentou voto de divergência no sentido de que os Apelantes fossem absolvidos dos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, mantendo, porém, a condenação do delito inculcado no art. 16, parágrafo primeiro, IV da Lei n. 10.826/03. Após a apresentação do supracitado voto de vista, o Ilustre Relator refluíu parcialmente do seu entendimento a fim de absolver os acusados tão somente do crime de associação para o tráfico. O Eminentíssimo Des. Pedro Augusto Costa Guerra seguiu o Relator, uma vez entender que é prescindível laudo definitivo no crime de tráfico de drogas. Este Signatário, todavia, manteve a absolvição também em relação ao crime de tráfico de drogas, sendo acompanhado, na ocasião, pela Ilustre Desembargadora Soraya Moradillo Pinto, razão pela qual foi designado para lavrar o voto, de modo que passo a expor. É, em resumo, o relatório. Sem maiores digressões, compulsando-se os fólios infere-se a inexistência de laudo toxicológico definitivo, motivo pelo qual não restou demonstrada a materialidade delitiva do crime de tráfico de drogas, inobstante presença de laudo preliminar (ID 120348537). É de bom alvitre salientar, inclusive, que até mesmo no aludido laudo preliminar acostado aos autos, o perito técnico foi enfático ao esclarecer acerca da necessidade do exame toxicológico definitivo, reforçando, desse modo, a tese da fragilidade da materialidade in casu. Vejamos: “Este é um teste preliminar de

constatação: o resultado definitivo será obtido através da análise cromatográfica, cujo laudo será enviado posteriormente” (sic) Destarte, o referido laudo preliminar não é dotado de certeza idêntica ao do definitivo, conforme exige a jurisprudência do STJ. Por outro vértice, embora o Ministério Público sustente a existência de laudo definitivo, em verdade, o mesmo laudo preliminar foi acostado em duas oportunidades nos autos [id 120348537 (21/07/21); id 120347835 (18/08/21)], gerando certa confusão processual. Por derradeiro, ainda que não seja corrente majoritária na jurisprudência, esta Egrégia Turma possui precedentes no sentido de considerar imprescindível a realização do exame toxicológico definitivo no crime ora analisado: a) Apelação Criminal n. 0000363-97.2009.8.05.0117, de relatoria do Des. Lourival Almeida Trindade, julgado em 03/02/2011, improvido, por maioria, o recurso da acusação; b) Apelação Criminal n. 0006538-51.2011.8.05.0113, da minha relatoria, julgado em 16/04/2013, provido para absolver o apelante, à unanimidade; c) Apelação Criminal nº 0300004-29.2015.8.05.0064, de relatoria da Juíza Substituta de 2º Grau Convocada, Dra. Janete Fadul de Oliveira, julgado em 01/09/2015, provido para absolver os apelantes, à unanimidade, d) AC nº 0501448-37.2016.8.05.0078, da minha relatoria, julgada por esta E.Turma, em 21.02.2018. Nesse contexto, rogando vênias a posicionamento distinto, entendo que ausência do laudo definitivo acarreta a absolvição nos delitos de tráfico de substância entorpecente, porque não comprovada a materialidade, ainda mais quando o laudo preliminar existente não é dotado de certeza idêntica ao definitivo. Por outro lado, imperioso esclarecer que para a configuração do delito insculpido no art. 35 da Lei 11.343/06 é desnecessária a comprovação da materialidade quanto ao delito de tráfico, sendo prescindível a apreensão da droga ou o laudo toxicológico. Nessa linha intelectual, é indispensável, tão somente, a comprovação da associação estável e permanente, de duas ou mais pessoas, no intuito da prática da narcotraficância. Ocorre que, ao nosso sentir, no caso em tela não restou comprovado tais requisitos pelo Ministério Público. Com efeito, infere-se do acervo probatório, mormente das próprias declarações prestadas pelos policiais militares em juízo, que os acusados, no dia 20.05.2021, foram parados em uma blitz de rotina, oportunidade em que foram flagrados na posse de 300g (trezentas gramas) de pó branco (aparentemente cocaína), além de uma arma de fogo de numeração raspada. Entrementes, registre-se que não houve qualquer investigação prévia em face dos réus, de modo não se vislumbra a existência de elementos probatórios que comprovem o liame subjetivo entre eles no sentido de se organizarem para a prática do comércio ilícito de drogas de forma perene e regular. De fato, no caso concreto, o magistrado a quo levou em consideração tão somente o histórico criminal dos acusados para a condenação do delito de associação para o tráfico, o que é insuficiente. Diante do esgrimido, entendo que os Apelantes devem ser absolvidos das acusações dos crimes insculpidos nos artigos 33 e 35 da Lei 11.342/06. Por outro lado, no que concerne ao delito de porte ilegal de arma de fogo e uso restrito, entendo que a condenação deve permanecer em face dos Apelantes, nos termos do voto condutor, tendo em vista que o acervo probatório é rígido no sentido que eles tinham ciência da existência da arma bélica (com numeração raspada) no interior do veículo. Passa-se à análise da dosimetria da pena no que tange ao crime remanescente, qual seja, o insculpido no art 16, parágrafo primeiro, IV da Lei n. 10.826/03. Nesse trilhar, infere-se da sentença condenatória que o magistrado a quo fixou a pena dos acusados em relação ao crime ora analisado no mínimo

legal, ou seja, em 03 (três) anos de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, de modo que não cabe qualquer modificação, inclusive em respeito ao princípio do reformatio in pejus. Em compasso com o disposto no art. 33, § 2º, c, do Código Penal, fixo o regime aberto. Considerando o preenchimento dos requisitos exigidos pelo art. 44 do Código Penal, fica a pena privativa de liberdade substituída pelas duas restritivas de direitos, as quais devem ser fixadas pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, mormente pelo fato de que não foi sopesada nenhuma circunstância judicial em desfavor dos Apelantes, bem como pelo fato de não existir condenação com trânsito em julgado em face dos mesmos. Consectariamente, revoga-se a prisão preventiva. CONCLUSÃO Ex positis, DOU PARCIAL PROVIMENTO aos presentes recursos para absolver os acusados dos crimes insculpidos nos arts. 33 e 35 da Lei 11/ 343/06, redimensionando as suas penas para 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, referente ao crime catalogado no art. 16, parágrafo primeiro, IV da Lei 10.826/03, a qual deve ser substituída por duas restritivas de direitos pelo Juízo da Vara de Execuções Penais. Concedo ao presente acórdão força de alvará de soltura, se por outra razão os Apelantes não estiverem custodiados. É o voto. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Relator designado PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000468-23.2021.8.05.0276 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: RICARDO ROCHA CASTRO MAIA e outros Advogado (s): RAFAEL SMITH FREIRE LIMA, RODOLFO ROGERIO DE JESUS SARMENTO, JOAO EMANUEL MOREIRA CARVALHO, ANDRE LUIS DO NASCIMENTO LOPES, ANDREIA LUCIARA ALVES DA SILVA LOPES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. CONCURSO MATERIAL. PLEITO DE JUSTIÇA GRATUITA. NÃO CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE EXECUÇÕES PENAS. ALEGADA AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. PROVAS ROBUSTAS DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DO TRÁFICO DE DROGAS E DO PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. LAUDOS PERICIAIS CONSTATANDO A DROGA E ATESTANDO A EFICÁCIA DE USO DA ARMA DE FOGO. LAUDO DE CONSTATAÇÃO DA DROGA COM FORÇA DE DEFINITIVO. USO DE REAGENTE QUÍMICO ATESTANDO A SUBSTÂNCIA COCAÍNA. CONFISSÃO DE UM DOS APELANTES QUANTO AO PORTE DA DROGA E DA ARMA. PRECEDENTES DO STJ. AUSÊNCIA DE PLAUSIBILIDADE DAS TESES DEFENSIVAS. DECLARAÇÕES DOS POLICIAIS. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. COESÃO DOS DEPOIMENTOS ENTRE SI E COM AS DEMAIS PROVAS PRODUZIDAS. AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO DOS APELANTES PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. NÃO COMPROVAÇÃO DA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. RECURSOS CONHECIDOS E PROVIDOS PARCIALMENTE. I – Apelações Criminais interpostas por RICARDO ROCHA CASTRO MAIA e JOSÉ MARQUES DOS SANTOS ROCHA contra a sentença prolatada pelo JUÍZO DE DIREITO DA COMARCA DE WENCESLAU GUIMARÃES/BA que condenou os acusados nas penas dos artigos 33 e 35 da lei nº 11.343/2006 e art. 16, parágrafo primeiro, IV, da Lei n. 10.826/2006, na forma do art. 69 do CP, determinando o início do cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicialmente fechado. II – O Juízo competente para decidir acerca da gratuidade da Justiça é o Juízo das Execuções Penais, após avaliação do estado de hipossuficiência econômica do apenado, razão pela qual não é possível conhecer o pleito. Precedentes. III – Em relação ao crime do art. 33, caput, da Lei. 11.343/06, a materialidade e autoria delitivas restaram

sobejamente comprovadas nos autos, sobretudo pelo Auto de Prisão em flagrante (ID 24243820, p. 11), Auto de Exibição e Apreensão (ID nº 24243821, p. 01), "Auto de Constatação Prévia com Termo de Compromisso" (ID nº 24243821, p. 02) e "Laudo de Exame Pericial de Constatação de Cocaína" (ID 24243861, p. 05), todos demonstrando a natureza de droga ilícita da substância apreendida. Por outro lado, impende destacar que as Quinta e Sexta Turmas do STJ firmaram o entendimento de que, de forma excepcional, admite-se a possibilidade de condenação pelo crime de tráfico de drogas, mesmo que não tenha sido juntado laudo toxicológico definitivo aos autos, desde que haja laudo de constatação preliminar assinado por perito e capaz de conferir o mesmo grau de certeza da perícia definitiva, robustecido ainda por outros meios de prova, como testemunhos e confissão do acusado. Como se pode inteligir do inteiro teor do leading case, o "narcoteste pré fabricado", com utilização de reagentes químicos, realizado por perito oficial, é entendido pela Terceira Seção do STJ como possuidor de "grau de certeza idêntico" ao definitivo. É exatamente este o caso dos autos. Há laudo de constatação da droga, conhecido como "narcoteste", realizado com utilização de reagentes químicos. Esclarece-se, portanto, que não há apenas o laudo de constatação preliminar, realizado apenas mediante aspectos sensoriais (ID 24243821), porquanto está juntado aos autos também um segundo laudo, que embora não seja definitivo, valeu-se de reagentes químicos e é assinado por perito oficial (ID 24243861). Este segundo laudo, em que há utilização de reagente químico, consistindo em "narcoteste", quando somado à confissão em sede de interrogatório judicial e aos testemunhos dos policiais, fazem com que o presente caso concreto se amolde perfeitamente ao precedente do STJ EREsp n. 1.544.057/RJ, perfazendo a situação excepcional que autoriza a condenação mesmo sem juntada do laudo definitivo. IV – No que toca especificamente o delito do art. 16, parágrafo primeiro, IV da lei n. 10.826/2006, há o Laudo de Exame Pericial de Eficácia para uso de Arma de Fogo (ID nº 24243841, p. 01/03), comprovador de que o armamento apreendido em poder dos acusados possui plena eficácia para efetuar disparos, bem como apresenta numeração suprimida. Além disso, vale salientar para o fato das confissões feitas pelo Apelante RICARDO, que, através de depoimento, em Juízo, admitiu que "portava cocaína e arma de fogo", bem como admitiu que "procedia com o uso da referida droga". Alegou, em seu depoimento, que estava em um veículo juntamente a sua a namorada e o outro Apelante indo para Porto Seguro/BA "portando cocaína em sua mochila" confessando que "dentro do veículo havia uma arma de fogo", alegando "ter ele próprio colocado a referida arma dentro do veículo", afirmando ainda que se trata de um armamento "para fins de proteção de uma área rural da família", como se observa da audiência de instrução sincronizada no PJE mídias. Mais ainda, houve a oitiva dos 02 (dois) Policiais Militares que atuaram no dia da ocorrência, conforme se observa nos depoimentos do PJE mídias, que confirmaram ter encontrado a droga e a arma em posse dos Apelantes. V – Saliente-se que no depoimento do Apelante RICARDO, ele confessa que sua relação com o Apelante JOSÉ MARQUES é de "amizade", o que reforça que ambos detinham ciência de que havia droga e arma no veículo. Ademais, como provam os documentos de ID 24243821 percebe-se uma vasta quantidade de crimes imputados ao Apelante JOSÉ MARQUES, dentre estes, inclusive, um de homicídio. Além disso, no documento de ID 24243822 (p. 03/06) constam diversas reportagens de crimes deste Apelante, citando-o como "integrante de lista dos 80 (oitenta) mais procurados da Bahia.". Diante de tal panorama, a prova dos autos demonstra que o Apelante JOSÉ MARQUES não só

tinha plena ciência da existência da arma de fogo (que se encontrava embaixo do banco do carro) e da droga, como também detinha ciência de que estava transportando cocaína, caindo por terra a alegação de suposta “carona para Porto Seguro” junto ao outro Apelante, conforme seu depoimento inserido no PJE mídias. Portanto, todo o conjunto probatório comprova que o Apelante JOSÉ MARQUES cometeu, conjuntamente com o outro Apelante, os crimes de tráfico e de porte de arma de fogo com numeração suprimida. VII – Por outro lado, sobre a tipicidade do art. 35 da Lei 11.343/06, é imprescindível frisar que, para sua configuração, deve estar devidamente comprovada a elementar objetiva da estabilidade e da permanência da associação, da efetiva dedicação do agente à atividade criminosa praticada conjuntamente com outrem. Não obstante, o Juízo primevo explicita concretamente apenas o liame subjetivo caracterizador do concurso de pessoas, fundamentando que ambos os acusados detinham consciência de que estavam transportando droga, isto é, que ambos sabiam que havia entorpecente ilícito dentro do carro. Isto, por si só, contudo, não é suficiente para caracterizar o delito de associação para o tráfico. Precedentes. VIII – As circunstâncias de estar transportando droga e arma, não são aptas para, de forma dissociada de outros meios de prova (como, por exemplo, interceptação telefônica, investigação anterior, históricos de mensagens em celulares apreendidos), acarretar a conclusão de que os acusados estão associados de forma duradoura, estável e com vínculo subjetivo para além do mero liame referente ao concurso de pessoas. Precedentes do STJ. Destarte, a absolvição dos acusados, em relação a esta imputação, é medida que se impõe. IX – Quanto ao cabimento do tráfico privilegiado, não assiste razão aos Apelantes. Avaliando a folha de antecedentes do acusado JOSÉ MARQUES (ID 24243821, fls. 10–11), constata-se que ele é investigado em quatro inquéritos policiais, além de responder a uma ação penal na qual lhe é imputado o cometimento de homicídio qualificado consumado, restando evidenciada, portanto, sua dedicação às atividades criminosas – o que impossibilita de imediato a incidência da figura do “tráfico privilegiado”. Em relação ao acusado RICARDO ROCHA CASTRO, embora este não apresente folha de antecedentes com registros (ID 24243893), a incidência do “tráfico privilegiado” permanece obstaculizada pela circunstância de ter havido apreensão de arma de fogo no contexto de cometimento do tráfico – artefacto bélico que o próprio acusado RICARDO confessou ser de sua propriedade, frise-se. Precedentes. Dessa maneira, a prova dos autos evidencia dedicação à atividade ilícita dos Apelantes. X – Noutra quadra, improvido o pleito recursal do Apelante RICARDO quanto à desclassificação do crime do art. 16, IV, da Lei de Armas, para o art. 12 da Lei 10.826/2003, substituindo-se a pena corporal por restritivas de direito. Isso porque, se resta comprovado nos autos que foi encontrada uma arma de fogo juntamente com os Apelantes e que se encontrava com “sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado”, incidindo no caso, assim, o que encontra-se expressamente tipificado no art. 16, IV, da Lei nº 10.826/03. XI – Incompetência deste Colegiado para apreciar o pedido de afastamento da pena de multa, pois o Juízo competente para decidir acerca da gratuidade da Justiça e consequente isenção de multa é o Juízo das Execuções Penais, após avaliação do estado de hipossuficiência econômica do apenado. Além disso, vale salientar que a sanção pecuniária imposta aos Apelantes encontra-se em simetria com a pena privativa de liberdade. XII – Finalmente, verifica-se que as penas foram aplicadas no mínimo legal para cada um dos delitos, não merecendo a dosimetria realizada pelo Magistrado de origem reprimendas de qualquer espécie. XIII – Parecer ministerial pelo

desprovemento dos recursos. XIV – Recursos CONHECIDOS e PARCIALMENTE PROVIDOS. Trata-se de Apelações Criminais interpostas por RICARDO ROCHA CASTRO MAIA e JOSÉ MARQUES DOS SANTOS ROCHA contra a sentença prolatada pelo Juízo de Direito da Comarca de Wenceslau Guimarães/BA que o condenou os acusados nas penas dos artigos 33 e 35 da lei nº 11.343/2006 e art. 16, parágrafo primeiro, IV da lei n. 10.826/2006, na forma do art. 69 do CP, determinando o início do cumprimento da pena privativa de liberdade em regime inicialmente fechado, da seguinte forma: “(...) A) Réu RICARDO ROCHA CASTRO MAIA (...) Em sendo aplicável ao caso a regra prevista no artigo 69 do Código Penal (concurso material), diante da existência de desígnios autônomos do agente na prática dos três crimes, fica o réu RICARDO ROCHA CASTRO MAIA condenado, definitivamente a 11 (nove) anos de reclusão e ao pagamento de 1.210 (um mil e duzentos e dez) dias multa no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente à época do crime. (...) B) Réu JOSÉ MARQUES DOS SANTOS ROCHA (...) Em sendo aplicável ao caso a regra prevista no artigo 69 do Código Penal (concurso material), diante da existência de desígnios autônomos do agente na prática dos três crimes, fica o réu JOSÉ MARQUES DOS SANTOS ROCHA condenado, definitivamente a 11 (nove) anos de reclusão e ao pagamento de 1.210 (um mil e duzentos e dez) dias multa no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, vigente à época do crime. (...) Custas pelos réus. (...)”. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço dos recursos. Primeiramente, pugna o Recorrente RICARDO ROCHA CASTRO MAIA, em síntese, pelo deferimento da assistência judiciária gratuita, dada a sua impossibilidade de arcar com as custas judiciais. Contudo, é necessário registrar que o Juízo competente para decidir acerca da gratuidade da Justiça é o Juízo das Execuções Penais, após avaliação do estado de hipossuficiência econômica do apenado. Confira-se: RECURSO DE APELAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA POR DELITO DE ROUBO MAJORADO POR USO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE PESSOAS C/C PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E CORRUPÇÃO DE MENORES (ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL, C/C ART. 14 DA LEI Nº 10.826/2003 E ART. 244-B DA LEI Nº 8.069/90) RECURSO DEFENSIVO PLEITEANDO A DESCLASSIFICAÇÃO DE ROUBO MAJORADO PARA O DELITO DE FURTO – ABSOLVIÇÃO DO ART. 14 DA LEI Nº 10.826/2003 – RECONHECIMENTO DE ATENUANTE DA CONFISSÃO PARA REDUÇÃO DA PENA-BASE AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL E CONCESSÃO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. RECURSO DESPROVIDO. [...] X – A condenação do Réu ao pagamento das custas processuais é uma consequência natural da sentença penal condenatória, conforme imposto pelo art. 804 do Código de Processo Penal, devendo o pedido de isenção ser decidido pelo Juízo das Execuções Penais, competente para o caso, após avaliação do estado de hipossuficiência econômica do apenado. (TJBA, Apelação nº 0300595-92.2017.8.05.0040, Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Relator: Des. PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA, Publicado em: 16/11/2021). Assim, após análise do estado de miserabilidade do Sentenciado, é o Juízo da Vara de Execuções Penais que decidirá sobre eventual suspensão das custas, valendo ressaltar que, no processo penal, a garantia constitucional da assistência jurídica integral confere a possibilidade de suspensão do pagamento das custas processuais durante o período de cinco anos. Não obstante, dada à incompetência deste Tribunal para tanto, não há como avaliar o pleito. No que toca à alegada insuficiência probatória para alicerçar a condenação penal, necessário avaliar separadamente as imputações de tráfico (art. 33, caput, da Lei 11.343/06), associação para o tráfico (art. 35, da Lei 11.343/06) e porte ilegal de arma de fogo de uso restrito (art. 16, parágrafo primeiro, IV, da Lei 10.826/2006),

tecendo a devida atenção aos contornos específicos das tipicidades subjetiva e objetiva de cada delito. Em relação ao crime do art. 33, caput, da Lei. 11.343/06, a materialidade e autoria delitivas restaram sobejamente comprovadas nos autos, sobretudo pelo Auto de Prisão em flagrante (ID 24243820, p. 11), Auto de Exibição e Apreensão (ID nº 24243821, p. 01), "Auto de Constatação Prévia com Termo de Compromisso" (ID nº 24243821, p. 02) e "Laudo de Exame Pericial de Constatação de Cocaína" (ID 24243861, p. 05), todos demonstrando a natureza de droga ilícita da substância apreendida. No que toca especificamente o delito do art. 16, parágrafo primeiro, IV, da lei n. 10.826/2006, há o Laudo de Exame Pericial de Eficácia para uso de Arma de Fogo (ID nº 24243841, p. 01/03), comprovador de que o armamento apreendido em poder dos acusados possui plena eficácia para efetuar disparos, bem como apresenta numeração suprimida. Vale salientar para o fato das confissões feitas pelo Apelante RICARDO, que, através de depoimento, em Juízo, admitiu que "portava cocaína e arma de fogo", bem como admitiu que "procedia com o uso da referida droga". Alegou, em seu depoimento, que estava em um veículo juntamente a sua a namorada e o outro Apelante indo para Porto Seguro/BA "portando cocaína em sua mochila" confessando que "dentro do veículo havia uma arma de fogo", alegando "ter ele próprio colocado a referida arma dentro do veículo", afirmando ainda que se trata de um armamento "para fins de proteção de uma área rural da família", como se observa da audiência de instrução sincronizada no PJE mídias. Mais ainda, houve a oitiva dos 02 (dois) Policiais Militares que atuaram no dia da ocorrência, conforme se observa nos depoimentos do PJE mídias, que confirmaram ter encontrado a droga e a arma em posse dos Apelantes. Nessa linha, ressalte-se que os agentes policiais foram uníssomos em afirmar que encontraram a droga dentro da mochila do Apelante RICARDO que se encontrava dentro do carro, afirmando ainda que, após, ao chegarem à Delegacia foi feita uma revista mais minuciosa no veículo, momento em que foi encontrada a arma de fogo com numeração suprimida, como se observa do interrogatório dos policiais, incluso no PJE mídias, que são testemunhas de acusação nesta demanda. Ocorre que nenhum dos Apelantes possui habilitação para portar arma de fogo, agravando-se a situação pelo fato de que o armamento se encontrava com sua numeração suprimida e com total eficácia para fins de uso. Ou seja, a despeito da comprovação de autoria por parte dos Recorrentes, é preciso destacar que o Apelante RICARDO confessou, em Juízo, a existência de droga e de arma de fogo no veículo o qual se encontravam os Apelantes no dia da abordagem policial. Ademais, como provam os documentos de ID 24243821 percebe-se uma vasta quantidade de crimes imputados ao Apelante JOSÉ MARQUES, dentre estes, inclusive, um de homicídio. Além disso, no documento de ID 24243822 (p. 03/06) constam diversas reportagens de crimes deste Apelante, citando-o como "integrante de lista dos 80 (oitenta) mais procurados da Bahia.". Nessa esteira, saliente-se que no depoimento do Apelante RICARDO, o mesmo confessa que sua relação com o Apelante JOSÉ MARQUES é de "amizade", o que reforça que ambos detinham ciência de que havia droga e arma no veículo. Diante de tal panorama, a prova dos autos demonstra que o Apelante JOSÉ MARQUES não só tinha plena ciência da existência da arma de fogo (que se encontrava embaixo do banco do carro) e da droga, como também detinha ciência de que estava transportando cocaína, caindo por terra a alegação de suposta "carona para Porto Seguro" junto ao outro Apelante, conforme seu depoimento inserido no PJE mídias. Portanto, todo o conjunto probatório comprova que o Apelante JOSÉ MARQUES cometeu, conjuntamente com o outro

Apelante, os crimes de tráfico e de porte de arma de fogo com numeração suprimida. Seguindo este rumo, saliente-se que além da farta prova documental composta de laudos que atestam a existência do tráfico de droga, e do porte ilegal de arma de fogo (com numeração suprimida) – restou-se também cabalmente demonstrada a materialidade e autoria pela prova oral, diante da confissão no depoimento do Apelante RICARDO, das incongruências no depoimento do Apelante JOSÉ MARQUES, e da robustez dos depoimentos dos 02 (dois) policiais que fizeram a abordagem no dia do fato, como se observa do PJE mídias. Por outro lado, chama a atenção para o parecer ministerial de ID 25335225 ao analisar as circunstâncias que configuram a autoria do delito ao mencionar que “(...) os acusados foram detidos em veículo com documentação irregular e ainda tentaram ludibriar os policiais, dizendo que o “pó branco” encontrado seria “remédio para sinusite”. Sendo que tal fato foi confirmado pelo Apelante RICARDO que afirmou, no seu depoimento em Juízo, ter dito às testemunhas (policiais) que a cocaína tratava-se de “remédio para sinusite” que o acomete. Entretanto, tal confissão demonstra a sua nítida intenção em enganar os Policiais Militares, o que evidencia uma conduta maliciosa por parte deste Apelante, típica de quem falta com a verdade para tentar esconder crimes ou ilegalidades. Sendo assim, demonstram-se totalmente incongruentes as alegações dos Apelantes, o que reforça a negativa de provimento do apelo em relação ao pedido de absolvição dos crimes de tráfico e de porte de arma de fogo com numeração suprimida. Por outro lado, impende destacar que as Quinta e Sexta Turmas do STJ firmaram o entendimento de que, de forma excepcional, admite-se a possibilidade de condenação pelo crime de tráfico de drogas, mesmo que não tenha sido juntado laudo toxicológico definitivo aos autos, desde que haja laudo de constatação preliminar assinado por perito e capaz de conferir o mesmo grau de certeza da perícia definitiva, robustecido ainda por outros meios de prova, como testemunhos e confissão do acusado. Imprescindível esclarecer, neste ponto, que, via de regra, a condenação pelo delito de tráfico de drogas exige a elaboração e juntada aos autos do laudo definitivo. Contudo, em situações excepcionais, quando houver, além de laudo de constatação preliminar assinado por perito, confissão e testemunhos no mesmo sentido, é possível proferir édito condenatório, valendo-se o Juízo da livre persuasão motivada na valoração das provas. Colaciona-se, a seguir, o leading case do STJ: PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO: FALTA DE PROVA, E NÃO NULIDADE. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO POR LAUDO DE CONSTATAÇÃO PROVISÓRIO ASSINADO POR PERITO QUANDO POSSUI O MESMO GRAU DE CERTEZA DO DEFINITIVO. CASO DOS AUTOS. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Nos casos em que ocorre a apreensão do entorpecente, o laudo toxicológico definitivo é imprescindível à demonstração da materialidade delitiva do delito e, nesse sentido, tem a natureza jurídica de prova, não podendo ser confundido com mera nulidade, que corresponde a sanção cominada pelo ordenamento jurídico ao ato praticado em desrespeito a formalidades legais. Precedente: HC 350.996/RJ, Rel. Min. Nefi Cordeiro, 3ª Seção, julgado em 24/08/2016, publicado no DJe de 29/08/2016. 2. Isso, no entanto, não elide a possibilidade de que, em situação excepcional, a comprovação da materialidade do crime de drogas possa ser efetuada pelo próprio laudo de constatação provisório, quando ele permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes. Isso porque, a depender do grau de complexidade e de

novidade da droga apreendida, sua identificação precisa como entorpecente pode exigir, ou não, a realização de exame mais complexo que somente é efetuado no laudo definitivo. 3. Os testes toxicológicos preliminares, além de efetuarem constatações com base em observações sensoriais (visuais, olfativas e táteis) que comparam o material apreendido com drogas mais conhecidas, também fazem uso de testes químicos pré-fabricados também chamados "narcotestes" e são capazes de identificar princípios ativos existentes em uma gama de narcóticos já conhecidos e mais comercializados. 4. Nesse sentido, o laudo preliminar de constatação, assinado por perito criminal, identificando o material apreendido como cocaína em pó, entorpecente identificável com facilidade mesmo por narcotestes pré-fabricados, constitui uma das exceções em que a materialidade do delito pode ser provada apenas com base no laudo preliminar de constatação. 5. De outro lado, muito embora a prova testemunhal e a confissão isoladas ou em conjunto não se prestem a comprovar, por si sós, a materialidade do delito, quando aliadas ao laudo toxicológico preliminar realizado nos moldes aqui previstos, são capazes não só de demonstrar a autoria como também de reforçar a evidência da materialidade do delito. 6. Embargos de divergência providos, para reformar o acórdão embargado e dar provimento ao agravo regimental do Ministério Público Federal e, tendo em conta que a materialidade do delito de que o réu é acusado ficou provada, negar provimento a seu recurso especial. (STJ, EREsp n. 1.544.057/RJ, Terceira Seção, Relator: Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Julgado em 26/10/2016, DJe de 9/11/2016).

Debruçando-se sobre o inteiro teor do Acórdão em comento, a fim de compreender o sentido e alcance da expressão "grau de certeza idêntico, pois elaborado por perito oficial" e "em procedimento e com conclusões equivalentes", conclui-se que o entendimento albergado pelo STJ é o de que a circunstância de o laudo preliminar ter sido elaborado por perito oficial garante "grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo", quando o procedimento utilizado for semelhante, equivalente. Imprescindível transcrever trecho do inteiro teor do precedente: "Além disso, há que se lembrar que os testes preliminares valem-se, usualmente, de um exame visual, olfativo e tátil que compara o material apreendido com drogas que geralmente são bastante conhecidas (ex.: maconha, cocaína, LSD etc.), exame esse que pode ser feito por qualquer leigo que já tenha tido contato anterior com o entorpecente, além de testes químicos pré-fabricados também conhecidos como "narcotestes" que nada mais são do que reagentes (disponíveis em kits preparados por laboratórios especializados ou em spray), capazes de identificar princípios ativos existentes em uma gama de narcóticos já conhecidos e mais comercializados. Por outro lado, os exames definitivos são realizados em laboratórios e por profissionais habilitados (peritos químicos, farmacêuticos etc.), tendo à sua disposição equipamentos, reagentes e meios bem mais especializados que possibilitam inclusive identificar novos tipos de entorpecentes introduzidos no mercado ou entorpecentes com fórmula mais complexa do que as até então conhecidas. Nesse sentido, é possível afirmar que, a depender do grau de complexidade e de novidade da droga apreendida, sua identificação precisa como entorpecente pode exigir, ou não, a realização do exame mais complexo que somente é efetuado no laudo definitivo. Com isso em mente, em mais de uma ocasião já tive oportunidade de me manifestar no sentido de que o laudo toxicológico definitivo é imprescindível à demonstração da materialidade delitiva do delito e, nesse sentido, tem a natureza jurídica de prova, não podendo ser confundido com mera nulidade, que corresponde a sanção

cominada pelo ordenamento jurídico ao ato praticado em desrespeito a formalidades legais. (...) Isso não obstante, vinha entendendo, também, como os demais membros da Quinta Turma desta Corte, ser perfeitamente possível que, como exceção, a prova da materialidade dos delitos de entorpecentes se fizesse por meio do auto de constatação provisório da droga, desde que acompanhado por outras provas robustas, dentre elas a prova testemunhal. (...) Recentemente, na sessão de 24/08/2016, a questão foi levada a debate na Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Habeas Corpus n. 350.996/RJ, de Relatoria do Min. NEFI CORDEIRO, ocasião em que seus componentes reconheceram, à unanimidade, que o laudo toxicológico definitivo é imprescindível à comprovação da materialidade dos delitos envolvendo entorpecentes, sem o qual é forçosa a absolvição do acusado, admitindo-se, no entanto, em situações excepcionais, que a materialidade do crime de drogas seja feita por laudo de constatação provisório, desde que ele permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo e tenha sido elaborado por perito oficial. Confira-se a ementa do acórdão em questão: (...) Depreende-se, portanto, do raciocínio desenvolvido pelo Relator, que, nem mesmo em situação excepcional, a prova testemunhal e a confissão devem ser reputadas como provas aptas a suprir a ausência do laudo toxicológico, seja ele definitivo, seja ele provisório/preliminar assinado por perito e com o mesmo grau de certeza presente em laudo definitivo. Isso porque tais provas são vocacionadas à demonstração da autoria do delito, e não da sua materialidade. Com efeito, não é desarrazoado pensar que um renomado traficante venda a usuário ou transporte algo como sendo droga, sem que o produto seja realmente um entorpecente. Em tal quadro, tanto o traficante, quanto o usuário e eventuais testemunhas atestariam ter visto ou estado em contato com entorpecente, no momento do flagrante, movidos por uma falsa convicção. Isso leva a crer que, diante de material apreendido como se fosse entorpecente, a prova de sua materialidade depende, efetivamente, de algum tipo de exame de corpo de delito efetuado por perito que possa identificar, com certo grau de certeza, a existência dos elementos físicos e químicos que qualifiquem a substância como entorpecente. Isso não obstante, continuo convicto de que, muito embora a prova testemunhal e a confissão isoladas ou em conjunto não se prestem a comprovar, por si sós, a materialidade do delito, quando aliadas ao laudo toxicológico preliminar realizado nos moldes aqui previstos, são capazes não só de demonstrar a autoria como também de reforçar a evidência da materialidade do delito. Ora, no caso concreto, vê-se que foi elaborado exame prévio de material entorpecente (e-STJ fl. 6) por perita criminal que atestou corresponder o material colhido a 131g de cocaína em pó. Além disso, a condenação imposta ao réu escorou-se, também, na sua própria confissão em juízo, como se lê no seguinte trecho da sentença (e-STJ fls. 159/163): (...) Tenho, assim, que, no caso concreto, o laudo preliminar de constatação, assinado por perito criminal, identificando o material apreendido como cocaína em pó, entorpecente identificável com facilidade mesmo por narcotestes pré-fabricados, constitui uma das exceções em que a materialidade do delito pode ser provada apenas com base no laudo preliminar de constatação". Como se pode intuir do inteiro teor do leading case, o "narcoteste pré fabricado", com utilização de reagentes químicos, realizado por perito oficial, é entendido pela Terceira Seção do STJ como possuidor de "grau de certeza idêntico" ao definitivo. É exatamente este o caso dos autos. Há laudo de constatação da droga, conhecido como "narcoteste", realizado com utilização de reagentes químicos. Esclarece-se, portanto, que não há

apenas o laudo de constatação preliminar, realizado apenas mediante aspectos sensoriais (ID 24243821, fls. 02-03), porquanto está juntado aos autos também um segundo laudo, que embora não seja definitivo, valeu-se de reagentes químicos e é assinado por perito oficial (ID 24243861). No referido laudo consta, inclusive, a descrição da reação química realizada para atestar a presença do princípio ativo da cocaína: "POSITIVO para COCAÍNA, constatado através da reação química (Tiocianato de Cobalto)". Sendo assim, o laudo realizado mediante reagentes químicos, por perito oficial, tem, conforme o entendimento do STJ, o mesmo grau de certeza do laudo definitivo. Este segundo laudo juntado aos autos (ID 24243861), em que há utilização de reagente químico, consistindo em "narcoteste", quando somado à confissão em sede de interrogatório judicial e aos testemunhos dos policiais, fazem com que o presente caso concreto se amolde perfeitamente ao precedente do STJ (EResp n. 1.544.057/RJ), perfazendo a situação excepcional que autoriza a condenação, mesmo sem a juntada do laudo definitivo. Sobre os testemunhos dos policiais e sua força probante, vale trazer entendimento pacífico dos nossos Tribunais: HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. PENA: 7 ANOS E 4 MESES DE RECLUSÃO E 17 DIAS-MULTA. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS, EM JUÍZO, POR POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO. PRECEDENTES DESTE STJ. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO POR RECONHECIMENTO DE INSUBSISTÊNCIA DAS PROVAS DOS AUTOS. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. ORDEM DENEGADA. 1. Conforme orientação há muito sedimentada nesta Corte Superior, são válidos os depoimentos dos policiais em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito, tal como se dá na espécie em exame. 2. A absolvição do paciente por reconhecer a insubsistência do acervo probatório que dá suporte ao decreto condenatório implica exame aprofundado das provas, providência que refoge aos estreitos limites do Habeas Corpus. 3. Ordem denegada, em consonância com o parecer ministerial." (STJ – HC 156.586/SP, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2010, DJe 24/05/2010). APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DECLARAÇÕES PRESTADAS POR POLICIAIS. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. ERRO DE TIPO NÃO CONFIGURADO. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Mantém-se a condenação pelo crime previsto no art. 14, caput, da Lei 10.826/2003, quando comprovado pela prova pericial, pela confissão do acusado e pelo depoimento dos policiais, prestados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, de forma clara e harmônica, que o acusado recebeu, manteve sob sua guarda e ocultou arma de fogo de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal. 2. As declarações prestadas por policiais no exercício de suas funções são válidas, sobretudo quando coerentes com outros elementos probatórios, uma vez que tais agentes públicos possuem fé pública, sendo presumida a veracidade de suas alegações. 3. O crime previsto no art. 14, caput, da Lei 10.826/2003 é de mera conduta, que se consuma independentemente da existência de perigo concreto. Assim, pessoa que porta arma de fogo sem autorização legal pratica conduta típica, não havendo falar em erro de tipo. 4. Recurso conhecido e desprovido. (TJDF, Apelação Criminal nº 00021909120198070003, Terceira Turma Criminal, Des. Relator Des. WALDIR LEÔNIO LOPES JÚNIOR, Julgado em 8/7/2021, publicado no PJe: 20/7/2021). Sobre a tipicidade do art. 35 da Lei 11.343/06, é imprescindível frisar que, para sua configuração, deve estar devidamente comprovada a elementar objetiva da estabilidade e da permanência da associação, da efetiva dedicação do

agente à atividade criminosa praticada conjuntamente com outrem. Este vínculo exigido como elementar do tipo em comento detém também uma dimensão subjetiva, consubstanciada no elemento subjetivo especial do injusto caracterizado pelo ânimo de associar-se a outra (s) pessoa (s) de forma duradoura e estável para, juntos, cometerem de forma reiterada os núcleos verbais contidos nos arts. 33, caput, e/ou 33, § 1º e/ou 34 da Lei 11.343/06. Quando não estiverem presentes tais elementares, remanesce apenas o concurso de pessoas – que se demonstra pelo liame subjetivo existente apenas para a prática de um ato específico. Este é o entendimento pacificado do STJ, como se pode observar dos julgados a seguir colacionados, tanto da Sexta como da Quinta Turma: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DA IMPUTAÇÃO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PROVA INSUFICIENTE DA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DO VÍNCULO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO IMPOSSÍVEL. DEDICAÇÃO DOS PACIENTES À ATIVIDADE CRIMINOSA. CONDENAÇÃO SIMULTÂNEA POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO MANTIDA. AGRADO DESPROVIDO. 1. (...) . 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a configuração do crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35, da Lei n. 11.343/2006) exige a demonstração do elemento subjetivo do tipo específico, qual seja, o ânimo de associação de caráter duradouro e estável. Do contrário, o caso é de mero concurso de pessoas. 3. As instâncias ordinárias embasaram a condenação dos pacientes em elementos fáticos e probatórios concretos – com destaque para os depoimentos das testemunhas policiais –, os quais, detidamente examinados em primeiro e segundo graus de jurisdição, conduziram à conclusão de que os réus integrariam, de maneira estável e permanente, associação criminosa voltada à comercialização ilícita de entorpecentes. Assim, desconstituir tal entendimento, para absolver os pacientes, implicaria aprofundado reexame dos fatos e provas carreados aos autos, procedimento que é incompatível com a via estreita do habeas corpus. 4. (...) 5. Agrado desprovido. (STJ, AgRg no HC n. 618.503/RJ, Relator: MIN. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 9/12/2020, DJe de 14/12/2020). (Grifos nossos). AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEMONSTRAÇÃO DE VÍNCULO DURADOURO ESTÁVEL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. DECISÃO MANTIDA. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. É imperioso assinalar que "[a] jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que a configuração do crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35, da Lei n. 11.343/2006) exige a demonstração do elemento subjetivo do tipo específico, qual seja, o ânimo de associação de caráter duradouro e estável. Do contrário, o caso é de mero concurso de pessoas" (HC n. 482.028/RJ, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 5ª T., DJe 19/2/2019). 2. Na hipótese, as instâncias ordinárias ressaltaram a participação do agravante em um dos diversos núcleos integrantes da estrutura hierárquica da associação criminosa em exame, o qual seria responsável pela em vareja da droga apreendida, o que evidencia o elemento subjetivo do tipo penal, de modo que infirmar a conclusão a que elas chegaram implicaria indevida dilação probatória. 3. Agrado regimental não provido. (STJ, AgRg no HC n. 500.927/DF, Relator MIN. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 6/8/2019, DJe de 13/8/2019). No caso dos presentes autos, a decisão guerreada não fundamenta de forma suficiente sobre a presença das elementares específicas do tipo insculpido no art. 35 da Lei 11.343/06, referentes à

estabilidade da união e ao ânimo de associação duradoura e estável (elemento subjetivo). Vejamos trechos da sentença sob análise (ID 24243898): “Em verdade, o deslocamento com a substância; a quantidade de cocaína e o porte de uma arma de fogo com numeração raspada, são elementos externos à conduta dos agentes que revelam o aspecto interno da intencionalidade comum voltada à comercialização das drogas. De fato, os acusados agindo com vontade (dolo direto) se associaram para comercialização de drogas e efetivamente transportaram a substância proscriita, sem autorização legal ou regulamentar. Também não se sustenta a versão trazida pelos acusados de que arma pertenceria a terceiros. Isso, porque, houve momento em que RICARDO imputou a propriedade a JOSE MARQUES e, depois, a assumiu como sua, tal como narrou sua própria namorada e foi, também, dito pelos militares. (...) Em verdade, a dinâmica dos fatos, conhecida a partir das testemunhas contraditadas, revela que os agentes estavam atuando em comunhão de desígnios e contribuição mútua para venda de drogas e que utilizavam a arma de fogo como um instrumento daquela associação. Totalmente inverossímeis as versões apresentadas pelo réu. Foram encontradas arma e droga no veículo. A arma estava à disposição de ambos, eles tinham conhecimento da existência da arma no carro, assim como da droga. Não é crível que alguém dê carona a um terceiro (sendo este terceiro o Sr. José Marques, com seus extenso currículo no mundo do crime) e leve consigo arma e drogas sem que o carona saiba. É inverossímél que alguém se desloque para Porto Seguro, local reconhecidamente de custo elevado, sem ter onde se hospedar, sendo esta pessoa um pescador, de pouca capacidade financeira. Não é crível que um casal de namorados dê esta carona para um terceiro, desconhecido, sem que houvesse um prévio acordo entre eles.” Com efeito, o Juízo primevo explicita concretamente apenas o liame subjetivo caracterizador do concurso de pessoas, fundamentando que ambos os acusados detinham consciência de que estavam transportando droga, isto é, que ambos sabiam que havia entorpecente ilícito dentro do carro. Isto, por si só, contudo, não é suficiente para caracterizar o delito de associação para o tráfico, conforme explanado nos parágrafos anteriores. As circunstâncias de estar transportando droga e arma, não são aptas para, de forma dissociada de outros meios de prova (como, por exemplo, interceptação telefônica, investigação anterior, históricos de mensagens em celulares apreendidos), acarretar a conclusão de que os acusados estão associados de forma duradoura, estável e com vínculo subjetivo para além do mero liame referente ao concurso de pessoas. No exato sentido do quanto aqui exposto, colaciona-se jurisprudência do STJ: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. DECISÃO AGRAVADA. FUNDAMENTO. IMPUGNAÇÃO. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 182 DO STJ. HABEAS CORPUS EX OFFICIO. TRIBUNAL ESTADUAL QUE NÃO DECLINOU OBJETIVA E CONCRETAMENTE A ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DOS AGENTES PARA A PRÁTICA DA NARCOTRAFICÂNCIA. ÔNUS QUE SE IMPÕE NO SISTEMA ACUSATÓRIO. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. POSSIBILIDADE. FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL MAIS BRANDO. (...). ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 1. (...) 3. Hipótese em que o Tribunal a quo manteve a condenação pela prática do delito descrito no art. 35 da Lei de Drogas, sob o fundamento de que a "associação para o tráfico não exige qualquer prova de habitualidade para que seja reconhecida, bastando a existência de um concerto prévio com a finalidade de praticar o crime de tráfico de drogas". 4. No caso, mostra-se indevida a condenação pelo crime de associação para o tráfico de drogas, considerando que o sistema acusatório impõe o ônus de que seja declinada a configuração do elemento

subjetivo do tipo, com "a demonstração concreta da estabilidade e da permanência da associação criminosa" (HC 462.888/RJ, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/10/2018, DJe 05/11/2018). 5. Agravo regimental não conhecido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício, com extensão ao Corréu ERIC HENRIQUE PRUDENCIO DA SILVA. (STJ, AgRg no AREsp n. 1.946.531/RJ, Sexta Turma, Relatora: MIN. LAURITA VAZ, julgado em 26/10/2021, DJe de 4/11/2021). AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DO ELEMENTO SUBJETIVO. ABSOLVIÇÃO MANTIDA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INCIDÊNCIA. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Para a caracterização do crime de associação criminosa, é imprescindível a demonstração concreta do vínculo permanente e estável entre duas ou mais pessoas, com a finalidade de praticarem os delitos do art. 33, caput e § 1º e/ou do art. 34, da Lei de Drogas (HC 354.109/MG, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 15/9/2016, DJe 22/9/2016; HC 391.325/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 18/5/2017, DJe 25/5/2017). 2. Na hipótese, à mingua de um exame aprofundado do conteúdo probatório, verifica-se que o Tribunal de origem não apresentou elementos concretos que demonstrem efetivamente o animus associativo entre o paciente e outros agentes. A condenação pelo delito do art. 35 da Lei n. 11.343/2006 está amparada na presunção de que, por estar traficando em local dominado por facção criminosa, o agente seria dela integrante. Assim, em decorrência da falta de comprovação de pressuposto legal – elemento subjetivo –, a absolvição do paciente é de rigor. 3. Tendo sido afastado o redutor do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 unicamente em razão da condenação pelo delito de associação, impõe-se o reconhecimento o tráfico privilegiado em benefício do ora agravado. 4. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no HC n. 556.076/RJ, Relator: MIN. RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 25/8/2020, DJe de 3/9/2020). (Grifos nossos). AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO DESCRITO NO ARTIGO 35 DA LEI DE DROGAS. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO QUE DEMANDA O REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. PROVIDÊNCIA INVIÁVEL EM SEDE DE HABEAS CORPUS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Como é de conhecimento, esta Corte Superior possui pacífica jurisprudência no sentido de que é necessária a demonstração da estabilidade e da permanência da associação para a condenação pelo crime do art. 35 da Lei n. 11.343/2006. 2. No caso, as instâncias ordinárias demonstraram a presença da materialidade e da autoria do delito de associação para o tráfico, com a demonstração da concreta estabilidade e permanência da associação criminosa, tendo em vista, em especial, a prova oral colhida contida nos autos e as conversas extraídas do aparelho celular apreendido, evidenciando que a prática do crime de tráfico de drogas não era eventual, pelo contrário, representava atividade organizada, estável e em função da qual todos os corréus estavam vinculados subjetivamente. 3. (...) 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, AgRg no HABEAS CORPUS Nº 721.055 – SC, Quinta Turma, Relator: MIN. REYNALDO SOARES DA FONSECA, julgado em 22 de março de 2022). AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO PELA PRÁTICA DO DELITO DESCRITO NO ART. 35 DA LEI DE DROGAS. ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA DEVIDAMENTE DEMONSTRADAS. IMPOSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. PREJUDICADO. RECURSO

IMPROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte entende ser necessária a demonstração da estabilidade e permanência da associação para a condenação pelo crime do art. 35 da Lei n. 11.343/2006. 2. Tendo as instâncias ordinárias decidido estarem presentes amaterialidade e a autoria do delito de associação para o tráfico, com a demonstração da concreta estabilidade e permanência da associação criminosa, tendo em vista que foram extraídos dos aparelhos celulares dos réus, durante o período de um mês em que acompanhados, a marcação de eventos, a troca de informações e indicação de detalhes quanto às negociações de valores e quantidades, não há manifesta ilegalidade, de modo que infirmar a conclusão das instâncias ordinárias implicaria em revolvimento do contexto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus. 3. Mantida a condenação pelo delito de associação para o tráfico de drogas, em que a dedicação à atividade criminosa é elementar do tipo, prejudicado está o pleito de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, bem como de seus consectários legais. 4. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no HC 581.479/SC, Rel. Min. NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, julgado em 15/9/2020, DJe de 23/9/2020). (Grifos nossos). Elucidando por completo esta questão, vale transcrever as lições dos doutrinadores Cleber Masson e Vinícius Marçal: "O núcleo do tipo é "associarem-se", ou seja, aliarem-se, reunirem-se, congregarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei. A locução "reiteradamente ou não", prevista no caput do art. 35, pode levar o intérprete à errônea conclusão segundo a qual a mera reunião de duas pessoas, sem vínculo associativo (estabilidade), para o fim de praticar qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 da Lei de Drogas, já seria suficiente para caracterizar a associação para o tráfico. De fato, essa situação configura concurso de pessoas, no qual não se reclama o vínculo associativo. A união estável e permanente é a nota característica que diferencia a associação para o tráfico do concurso de pessoas (coautoria ou participação). No art. 35 da Lei de Drogas, portanto, é imprescindível o vínculo associativo, revestido de estabilidade e permanência entre seus integrantes. Em outras palavras, o acordo ilícito entre duas ou mais pessoas deve versar sobre uma duradoura, mas não necessariamente perpétua atuação em comum para o fim de cometer qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 da Lei 11.343/2006". (Lei de Drogas: aspectos penais e processuais / Cleber Masson, Vinícius Marçal. – [2. Reimp.] – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2019, p. 98). (Grifos nossos). Destarte, não havendo nos autos prova suficiente da estabilidade e do ânimos de associar-se de forma duradoura, elementares necessárias para perfeita configuração do delito previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, a absolvição dos acusados, em relação a esta imputação, é medida que se impõe. Afastada a condenação pelo delito do art. 35 da Lei 11.343/06, resta perquirir se os Recorrentes fazem jus à causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, denominada de "tráfico privilegiado". Avaliando a folha de antecedentes do acusado JOSÉ MARQUES (ID 24243821, fls. 10–11), constata-se que ele é investigado em quatro inquéritos policiais, além de responder a uma ação penal na qual lhe é imputado o cometimento de homicídio qualificado consumado, restando evidenciada, portanto, sua dedicação às atividades criminosas – o que impossibilita de imediato a incidência da figura do "tráfico privilegiado". Em relação ao acusado RICARDO ROCHA CASTRO, embora este não apresente folha de antecedentes com registros (ID 24243893), a incidência do "tráfico privilegiado" permanece obstaculizada

pela circunstância de ter havido apreensão de arma de fogo no contexto de cometimento do tráfico – artefacto bélico que o próprio acusado RICARDO confessou ser de sua propriedade, frise-se. Perfilha-se, aqui, ao entendimento esposado pelas Quinta e Sexta Turma do STJ: DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DA PACIENTE KENIA. IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. PLEITO DE APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO AO PACIENTE TIAGO. PRETENSÃO RECHAÇADA. PRISÃO EM FLAGRANTE. APREENSÃO DE 01 (UMA) SUBMETRALHADORA DE FABRICAÇÃO CASEIRA 06 (SEIS) CARTUCHOS CALIBRE 380. CONVICÇÃO DA CORTE ORIGINÁRIA. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. MODIFICAÇÃO A DEMANDAR INCURSÃO NO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO PACIENTE TIAGO. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, 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 Pedido de absolvição da paciente Kenia. Impossibilidade de acolhimento. A Corte de origem, com arrimo no acervo fático-probatório dos autos, atestou a prática do delito de tráfico ilícito de entorpecentes pela paciente, destacando os depoimentos dos policiais, a confissão extrajudicial da paciente perante os agentes públicos e a apreensão de uma balança de precisão e saquinhos plásticos, além da apreensão da droga. Desta feita, afastar a condenação, como pretende a defesa, demanda reexame de provas, medida interdita na via estreita do habeas corpus. Precedentes. III Pleito de aplicação do tráfico privilegiado ao paciente Tiago. Pretensão rechaçada. A despeito da quantidade de droga apreendida (3,9 g de cocaína), há outro elemento apto a afastar o tráfico privilegiado. Conforme exposto pelas instâncias ordinárias, foi encontrado, por ocasião da prisão em flagrante, na posse do paciente 01 (uma) submetralhadora de fabricação caseira 06 (seis) cartuchos calibre 380. Observa-se que a jurisprudência desta Corte Superior tem mantido o afastamento do tráfico privilegiado, na hipótese em que o comércio espúrio é cometido em contexto em que há apreensão de arma de fogo. Precedentes: AgRg no HC n. 738.450/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 19/5/2022; e AgRg no HC n. 720.065/CE, Sexta Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, DJe de 13/5/2022. IV Nesse contexto, a Corte originária se convenceu de que o paciente se dedicava, efetivamente, às atividades criminosas, porque não se tratava de traficante ocasional. Ademais, rever o entendimento das instâncias ordinárias para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus. Precedentes. V Pedido de absolvição do paciente com base na alegação de violação de domicílio. Verifica-se que a referida matéria aventada no presente agravo regimental não foi suscitada por ocasião da impetração. Na linha de orientação jurisprudencial desta Corte, mostra-se inadmissível a apreciação de teses não aventadas pela defesa na inicial do writ. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido. (STJ, AgRg no HC n. 734.897/MG, Relator: Min. Substituto JESUÍNO RISSATO (Des. Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022). (Grifos nossos). Dessa maneira, nenhum dos acusados faz jus à incidência do "tráfico privilegiado". Noutra quadra, improvido o pleito recursal do Apelante RICARDO quanto à desclassificação do crime do art. 16, IV, da Lei de Armas, para o art. 12

da Lei 10.826/2003. Isso porque, se resta comprovado nos autos que foi encontrada uma arma de fogo juntamente com os Apelantes e que se encontrava com “sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado”, incidindo no caso, assim, o que encontra-se expressamente tipificado no art. 16, IV, da Lei nº 10.826/03, que assim prevê: Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019) [...]IV – portar, possuir, adquirir, transportar ou fornecer arma de fogo com numeração, marca ou qualquer outro sinal de identificação raspado, suprimido ou adulterado; Sendo assim, improvido o recurso de RICARDO quanto à desclassificação do crime do art. 16, IV, da Lei de Armas, para o art. 12 da Lei 10.826/2003. Por outro lado, deve ser improvido os recursos quanto ao afastamento do concurso material de crimes, devendo este ponto da decisão vergastada ser mantido, haja vista que, com base nas circunstâncias do crime, os Recorrentes praticaram os crimes de tráfico de entorpecentes, utilizando-se de porte ilegal de arma de fogo com numeração suprimida, tratando-se de delitos de naturezas diferentes e finalidades autônomas. Conforme jurisprudência pátria deve ser improvido o recurso e mantida a sentença quanto ao concurso material “(...) ainda que o porte de arma, especificamente no caso analisado, possa ter vinculação com o tráfico não se pode afirmar que o primeiro delito tenha servido apenas e exclusivamente como apoio ao comércio de substâncias ilícitas, haja vista que se tratando de crime de natureza não violenta, independe do uso da arma da sua configuração”. Vejamos: APELAÇÃO CRIMINAL – TRAFICO DE DROGAS – PORTE DE ARMA DE FOGO – CONCURSO MATERIAL – RECURSO DESPROVIDO. Mediante uma ação o apelante praticou os crimes de tráfico de entorpecentes e porte ilegal de arma de fogo, tratando-se de delitos de naturezas diversas e desígnios autônomos. Ainda que o porte de arma, especificamente no caso analisado, possa ter vinculação com o tráfico não se pode afirmar que o primeiro delito tenha servido apenas e exclusivamente como apoio ao comércio de substâncias ilícitas, haja vista que tratando-se de crime de natureza não violenta, independe do uso da arma da sua configuração. Mantido o concurso material. (TJ-ES – APR: 00160333320198080024, Relator: Des. WILLIAN SILVA, Data de Julgamento: 11/11/2020, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 23/11/2020). Assim, improvidos neste ponto os recursos, mantendo-se o concurso material de crimes. Noutro giro, o Apelante RICARDO pleiteia ainda que seja “reformada a sentença condenatória no que pertine à pena de multa, ante as parcas condições financeiras afetas ao Sr. Ricardo, a fim de que guarde consonância com a pena privativa de liberdade aplicada em definitivo ao Apelante, devendo ser apurada a precariedade da situação financeira, com mais acuidade, no Juízo das Execuções Penais”. Todavia, conforme já exposto, o Juízo competente para decidir acerca da gratuidade da Justiça é o Juízo das Execuções Penais, após avaliação do estado de hipossuficiência econômica do apenado, restando incompetente o presente Tribunal avaliar tal pleito. No mérito, também improvido o recurso neste tópico, haja vista que a pena do Apelante encontra-se proporcional ao valor da multa, não merecendo reforma a sentença, neste particular. Finalmente, por todas as razões acima expostas, deve ser mantida a condenação dos Apelantes em relação ao delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06 e em relação ao crime

do art. 16, parágrafo primeiro, IV da lei n. 10.826/2006, em concurso material. Contudo, entendo que necessário se faz reformar a sentença para absolver os Recorrentes da imputação referente ao delito previsto no art. 35 da Lei 11.343/06. Em sessão de julgamento desta Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Julgadora, realizada no dia 21 de Junho de 2022, decidiu-se, por dois votos a dois, pela reforma da decisão vergastada, para absolver os Recorrentes da imputação pelos delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico (arts. 33, caput, e 35, ambos da Lei 11.343/06), sendo, contudo, mantida a condenação dos Apelantes pelo cometimento do crime inculcado no art. 16, IV, da Lei 10.826/2003 (porte ilegal de arma de uso restrito). Assim, necessário se faz proceder, de ofício, à dosimetria da pena em relação ao delito do art. 16, IV, da Lei 10.826/2003, atentando-se para o princípio da non reformatio in pejus. O Juízo primevo entendera, em sua sentença vergastada (ID 24243898), em relação ao Apelante JOSÉ MARQUES DOS SANTOS ROCHA, que: “Analisando as diretrizes do artigo 59, do Código Penal, verifica-se que quanto à culpabilidade é normal à espécie; quanto aos antecedentes da ré podem ser considerado bons; não há no processo elementos suficientes para a aferição de sua personalidade, pelo que deixo de valorá-la; tampouco há provas que desabonem sua conduta social; o motivo do delito é o mesmo da espécie, o que já é punido pelo próprio tipo; as circunstâncias do crime são aquelas próprias do tipo, assim como as suas consequências penais. Sobre o comportamento da vítima, não há o que se valorar, sendo esta a sociedade Assim, respeitados os critérios de necessidade e suficiência, fixo a pena-base em 03 (três) anos de reclusão, e 10 (dez) dias multas, no equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. Não concorrem circunstâncias agravantes ou atenuantes. Por sua vez, por não concorrerem causas de aumento de pena ou de diminuição de pena, fica a Ré condenada à pena acima dosada para o delito de posse de arma de fogo.” No que se refere ao Recorrente RICARDO ROCHA CASTRO MAIA, o Juízo de piso também concluiu não haver circunstâncias judiciais desfavoráveis, nem agravantes/atenuantes e/ou causas de diminuição/aumento, aplicando a pena no seu mínimo legal, da mesma forma que procedera em relação ao Apelante JOSÉ MARQUES DOS SANTOS ROCHA. Transcreve-se, a seguir, o trecho da sentença em comento: “Analisando as diretrizes do artigo 59, do Código Penal, verifica-se que quanto à culpabilidade é normal à espécie; quanto aos antecedentes da ré podem ser considerado bons; não há no processo elementos suficientes para a aferição de sua personalidade, pelo que deixo de valorá-la; tampouco há provas que desabonem sua conduta social; o motivo do delito é o mesmo da espécie, o que já é punido pelo próprio tipo; as circunstâncias do crime são aquelas próprias do tipo, assim como as suas consequências penais. Sobre o comportamento da vítima, não há o que se valorar, sendo esta a sociedade Assim, respeitados os critérios de necessidade e suficiência, fixo a pena-base em 03 (três) anos de reclusão, e 10 (dez) dias multas, no equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. Não concorrem circunstâncias agravantes ou atenuantes. Por sua vez, por não concorrerem causas de aumento de pena ou de diminuição de pena, fica a Ré condenada à pena acima dosada para o delito de posse de arma de fogo.” Assim, no que toca ao delito previsto no art. 16, IV, da Lei 10.826/2003, deve ser mantida a pena aplicada de 03 (três) anos de reclusão, e 10 (dez) dias-multa, no equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato. Nesta esteira, levando em consideração que houve absolvição em relação à imputação dos arts. 33, caput, e 35 da Lei 11.343/06, e não havendo sido

constatadas circunstâncias judiciais desfavoráveis que justificassem a aplicação de regime mais gravoso (art. 33, § 3º, do Código Penal), os Acusados, tecnicamente primários, passam a fazer jus ao cumprimento inicial da pena aplicada de 03 (três) anos de reclusão no regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. Para além disto, como se pode intuir dos trechos supratranscritos da sentença guerreada, ambos os Recorrentes: (a) foram condenados por crime cometido sem violência ou grave ameaça; (b) não são reincidentes em crime doloso; (c) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade dos condenados, bem como os motivos e as circunstâncias do delito, não foram valoradas pelo Juízo de piso de forma desfavorável. Isto acarreta aos Apelantes, de acordo com a redação do art. 44 do Código Penal e de seus três incisos, o direito à substituição da pena restritiva de liberdade por duas restritivas de direitos. Este é o entendimento pacificado do STJ: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO PROPORCIONAL. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS FAVORÁVEIS. REGIME FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. QUANTIDADE PEQUENA DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ABERTO. ART. 33, § 2º, ALÍNEA C, DO CÓDIGO PENAL – CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. POSSIBILIDADE. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. (...) 3. Sendo a quantidade de droga apreendida pequena (7,35g de cocaína), as circunstâncias judiciais favoráveis (art. 59 do CP), a pena-base fixada no mínimo legal e a pena aplicada inferior a 4 anos, não há justificativa para aplicar regime prisional mais gravoso e vedar a substituição da pena por restritiva de direitos, devendo ser imposto o regime aberto, bem como ser concedida a substituição da pena por restritiva de direitos, de acordo com o disposto no art. 33, § 2º, alínea c, e art. 44, ambos do Código Penal, e em consonância com a jurisprudência desta Quinta Turma. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime prisional aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo de Execuções, e revogar o acórdão impugnando quanto à execução provisória da pena. (STJ, HC n. 406.141/SP, Relator: MIN. JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, Julgado em 21/11/2017, DJe de 4/12/2017). (Grifos nossos). HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO CULPOSO E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. REGIME. FUNDAMENTAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO. PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. ORDEM CONCEDIDA. 1. A ausência de peculiaridades específicas dos crimes praticados pelo paciente nulifica a imposição de regime prisional mais gravoso, por violação aos enunciados das Súmulas n. 440 do STJ e 718 e 719 do STF. 2. Considerando a primariedade do réu, o qual conta com todas as circunstâncias judiciais favoráveis, e, ainda, a pena inferior a 4 anos por crime cometido sem violência ou grave ameaça em concurso com crime culposos, impõe-se o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por restrita de direitos, por estarem atendidos todos os requisitos do art. 44 do Código Penal. 3. Habeas corpus concedido para fixar o regime aberto ao paciente e permitir a substituição da reprimenda por penas restritivas de direitos, nos termos a serem fixados pelo Juízo das Execuções Criminais. (STJ, HC n. 347.793/SP, Relator: MIN. ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, Julgado em 25/4/2017, DJe de

4/5/2017). (Grifos nossos). PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PARA AFERIÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I - (...) III - Na hipótese, a exasperação da pena-base, lastreada nas circunstâncias do crime, sob a premissa "de que a arma apreendida seria utilizada para o cometimento de roubos juntamente com o menor", trata-se de resquício do superado direito penal do autor, em detrimento do direito penal dos fatos, vale dizer, no presente caso, não constam elementos concretos para que o julgador possa avaliar acerca da possibilidade da utilização da arma de fogo em futuros delitos. IV - Quanto ao regime inicial para o resgate da reprimenda, insta consignar que, conforme o disposto no artigo 33, § 3º, do Código Penal, além do quantum da pena, também deve haver a análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do mesmo diploma legal. V - No presente caso, considerando a primariedade do paciente e o quantum de pena estabelecido, bem como a inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, forçoso concluir que faz jus ao regime aberto, para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal e das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior. VI - Preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, quais sejam, pena não superior à 4 (quatro) anos, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, réu não reincidente e circunstâncias judiciais favoráveis, o paciente faz jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (STJ, HC n. 508.548/RJ, Relator Min. FELIX FISCHER, Quinta Turma, Julgado em 4/6/2019, DJe de 11/6/2019). (Grifos nossos). Do exposto, VOTO no sentido de CONHECER os recursos e DAR-LHES PARCIAL PROVIMENTO, apenas para absolver os Recorrentes da imputação referente ao delito previsto no art. 35 da Lei 11.343/06, mantendo incólume as condenações referentes ao delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06 e ao crime delineado no art. 16, parágrafo primeiro, IV da lei n. 10.826/2006, nos mesmos moldes estabelecidos pelo Juízo de origem, sendo que, quanto à dosimetria da pena do delito do porte ilegal de arma, VOTO no sentido de acompanhar o Desembargador Relator Designado, para redimensionar as suas penas para 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 10 (dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, cuja pena privativa de liberdade deve ser substituída por duas restritivas de direitos, a ser designadas pelo Juízo da Vara de Execuções Penais. É como voto. Sala das Sessões da Primeira Câmara Criminal 2ª Turma do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 05 de julho de 2022. DESEMBARGADOR BALTAZAR MIRANDA SARAIVA RELATOR BMS08