

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0006668-06.2010.8.05.0039 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Romulo de Sousa Oliveira Advogado (s): ANDRE LUIZ CORREIA DE AMORIM APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): 02 ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DO ART. 28, DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA, QUANTIDADE, LOCAL E CONDIÇÕES EM QUE SE DESENVOLVEU A AÇÃO. RÉU QUE CONFESSOU QUE ARMAZENAVA 769,04 GRAMAS DE COCAÍNA, 21,16 GRAMAS DE HAXIXE E 120 GRAMAS DE MACONHA. MONITORAMENTO POLICIAL PRETÉRITO. MANDADO DE BUSCA E APRENSÃO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES COMPROVADO. DOSIMETRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. RECONHECIDA A ATENUANTE DA CONFISSÃO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO DA APELAÇÃO. SUPLEMENTAÇÃO DA FUNDAMENTAÇÃO PELO JUÍZO AD QUEM, DESDE QUE NÃO RESULTE EM AGRAVAMENTO DAS PENAS IMPOSTAS AO APELANTE. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS NOS AUTOS QUE CARACTERIZAM A DEDICAÇÃO DO APELANTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. GRUPO CRIMINOSO QUE VINHA SENDO ACOMPANHADO HÁ MESES PELA POLÍCIA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA REFERIDA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL nº 0006668-06.2010.8.05.0039, em que figura como apelante RÔMULO DE SOUSA OLIVEIRA, por intermédio de patrono constituído, bel. André Luiz Correia Amorim, OAB/BA nº 20.590, e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Acordam os Desembargadores componentes da 1ª Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, CONHECER DA APELAÇÃO, para IMPROVÊ-LA, nos termos do voto do Relator. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 13 de Junho de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0006668-06.2010.8.05.0039 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Romulo de Sousa Oliveira Advogado (s): ANDRE LUIZ CORREIA DE AMORIM APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): 02 RELATÓRIO Vistos. Narra a denúncia (fls. 106-108) que: “[...] Consta do Inquérito Policial em anexo, oriundo da Delegacia de Tóxicos e Entorpecentes -DTE, Salvador, que no dia 13 de agosto de 2010, por vota das 15:00 horas, policiais civis lotados no DENARC, cumpriam Mandado de Busca de Apreensão, expedido pela Juíza da 1ª Vara Crime da Comarca de Camaçari, oportunidade em que chegaram ao imóvel localizado à Estrada do Coco, Km 13,5, Quadra B, nº 04, Condomínio Bosque de Jauá, neste município, avistaram o ora denunciado, em companhia de outro indivíduo, saindo do referido imóvel a bordo de um veículo Focus, sendo que, ao ser realizada a abordagem ao ora denunciado foi constatado que este trazia consigo seis papelotes de cocaína, além de um saco com cocaína a granel, oportunidade em que, prosseguindo a diligência até a referida residência, mediante mandado judicial, foram encontradas 500g de cocaína, além de certa quantidade de haxixe e maconha, bem como uma balança de precisão, e a importância de R\$7.532,00 (sete mil quinhentos e trinta e dois reais) havendo sido o denunciado preso em flagrante delito e conduzido à Delegacia local [...]”. Por economia processual e em atenção ao princípio da duração razoável do processo, adoto, como próprio, o relatório da sentença de fls. 338-345, prolatada pelo Juízo de Direito da

1ª Vara Criminal da Comarca de Camaçari/BA. Ademais, acrescenta-se que finalizada a instrução processual, o Juízo a quo julgou procedente a denúncia e condenou o réu, RÔMULO DE SOUSA OLIVEIRA, como incurso nas penas do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, tendo fixado a reprimenda definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, à base de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, em regime SEMIABERTO, e 500 (quinhentos) dias-multa, além da condenação ao pagamento de custas e despesas processuais, com a ressalva da gratuidade. Ademais, declarou a perda do valor apreendido em favor da União.

Inconformado com o r. decum, o acusado, por intermédio de seu respectivo advogado, interpôs recurso de apelação (fls. 348) e razões recursais (fls. 358/363). Na oportunidade, pugnou pela desclassificação do crime de tráfico de drogas para o crime tipificado no Art. 28, da Lei 11.343/06 ou, subsidiariamente, pela aplicação da pena mínima ao crime de tráfico de drogas, e consequente aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06. Em manifestação constante nas fls. 368/370, o Ministério Público apresentou contrarrazões, nas quais requereu o conhecimento e improvemento do recurso. A Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e improcedência do recurso (ID n. 24628571). É o relatório. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0006668-06.2010.8.05.0039 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Romulo de Sousa Oliveira Advogado (s): ANDRE LUIZ CORREIA DE AMORIM APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): 02 VOTO Vistos. Presentes os requisitos de admissibilidade dos recursos, passo ao enfrentamento das teses suscitadas pelos apelantes. I. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES PARA O ART. 28, DA LEI 11.343/06. Sustenta a Defesa, em suma, que os fatos que circundam a acusação da prática do delito capitulado no art. 33, da Lei nº 11.343/06, demonstram que, em verdade, trata-se de hipótese em que deve ser reconhecida a desclassificação da conduta perpetrada pelo Apelante. Isso porque, segundo o Recorrente, o Apelante reconheceu a autoria delitiva, mas esclareceu que a droga era para seu uso pessoal. Ademais, afirma que consta nos autos laudo de exame médico que comprova que o Apelante é dependente químico, e já foi algumas vezes internado. Aduz, ainda, que o Apelante não foi flagrado vendendo substância entorpecente e não existe nos autos qualquer prova de que o Apelante se encontrava em situação de mercantilismo dessas substâncias ilícitas. Alega que o fato de ter sido encontrado com uma variedade de drogas não poderia servir como “prova para condenar o ora apelante como traficante de drogas”. Em que pese o esforço argumentativo, entendo que a tese defensiva não merece prosperar. Com efeito, é cediço que o art. 33, da Lei 11.343/06, tem a finalidade de punir a traficância, prevendo um total de dezoito condutas típicas relacionadas ao comércio e a movimentação de entorpecentes, sem que se exija a presença de qualquer elemento subjetivo, como o intuito do indivíduo de traficar ou comercializar. Vejamos: Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. A seu turno, o art. 28, da Lei 11.343/06, prevê o porte de

substâncias entorpecentes para consumo pessoal, tratando-se de conduta flexibilizada pelo legislador penal, especialmente porque aqui já não há punição com a privação da liberdade, além de que, para sua configuração, é necessária a presença do elemento subjetivo especial, qual seja, a finalidade do consumo próprio, consoante se vê a seguir: Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. Ocorre que, para que seja constatado qual tipo penal se adequa ao caso concreto, não é apenas a quantidade de entorpecentes encontrados na posse do indivíduo, ou mesmo a sua declaração de que se trata de substância para uso pessoal, que define a sua verdadeira finalidade. Para tanto, o § 2º do art. 28, da Lei 11.343/06, definiu diversos elementos a serem observados pelo julgador, os quais serão de fundamental importância para se concluir pela necessidade (ou não) da intervenção estatal na sua forma mais grave, in verbis: § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. Ao tratar do tema, Luiz Flávio Gomes leciona que: “[...] A Lei estabeleceu uma série (enorme) de critérios para se descobrir se a droga destina-se (ou não) a consumo pessoal. São eles: natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente. [...] A quantidade de droga, por si só, não constitui, em regra, critério determinante. [...] Daí a necessidade de se valorar não apenas um critério (o quantitativo), senão todos os fixados na Lei. [...]” (GOMES, 2006)

Diante disso, resta averiguar a hipótese sub judice, à luz dos referidos critérios, previstos no art. 28, § 2º, da Lei 11.343/06, a fim de se inferir se, de fato, o Apelante trazia consigo substância entorpecente para consumo próprio, consoante declarado pelo mesmo, ou para mercantilização. No que tange ao elemento da natureza da droga, a análise do auto de exibição e apreensão (fls. 124), laudo de constatação (fls. 126) e do laudo pericial (fls. 29), revela que as substâncias apreendidas se tratam de “maconha” (THC) e “cocaína” (benzoilmetilecgonina), sendo esta altamente entorpecente e nociva. Quanto à quantidade de droga apreendida, foram encontradas: “(...) 10 (dez) porções de substância sólida na forma de pó branco, estando seis porções fragmentadas e acondicionadas em sacos plásticos incolores, três porções compactadas e acondicionadas em pedaços de plástico amarelo envoltas por papel filme e uma porção compactada na forma de meio tablete e acondicionada em pedaço de plástico branco envolta por papel filme, medindo a massa bruta de 769,04g (setecentos e sessenta e nove gramas e quatro centigramas); 04 (quatro) porções de material sólido, resinoso, enegrecido, medindo a massa líquida de 21,16g (vinte e um gramas e dezesseis centigramas), estando três porções envoltas por papel filme e uma porção sem embalagem individual, contidas em recipiente de vidro; 03 (três) porções de substância sólida na forma de erva seca, estando uma porção fragmentada e duas prensadas, de coloração esverdeada, constituída de fragmentos de talos, folhas, inflorescências e frutos oblongos, medindo a massa bruta de 120,53g (cento e vinte gramas e cinquenta e três centigramas), acondicionadas em pedaços de papel filme e contidas em saco plástico

transparente". (laudo de constatação, fls. 126) Ademais, o local e as condições em que se desenvolveu a ação são elementos que ganham notável importância em desfavor do Recorrente. Ora, além de enorme quantidade de droga, foram encontradas na residência do apelante, uma balança de precisão e a quantia de R\$ 7.000,00 (sete mil reais). As testemunhas policiais GERALDO LIMA REGO, OSNI GRACINDO e OSWALDO SANTANA ROCHA FILHO em juízo (fls. 51, 52, 277 e 278), afirmaram: "(...) que se recorda da diligência que resultou na denúncia da presente ação penal; que se recorda que se tratava de uma busca e apreensão por causa de tráfico de drogas; que o acusado era um dos indivíduos que vinha sendo monitorados pela polícia na época por conta do tráfico de drogas; que as investigações indicaram que o acusado tinha recebido uma quantidade de drogas naqueles dias, o que levou o delegado a representar pedindo busca e apreensão, o que foi deferido, e o depoente participou das diligências para cumprimento dos mandados; que além do acusado a polícia também estava monitorando os indivíduos Gustavo Regueira Conde Filho e "Luisinho" e "Niltão" que eram irmãos; que o local era um condomínio fechado em Jaué, tendo os policiais identificado a casa do acusado que constava do mandado; que haviam dois veículos parados um na porta e um na garagem e ficaram fazendo a vigilância; por volta de uma hora depois dois indivíduos embarcaram no veículo que estava na porta e resolveram fazer a abordagem antes que saíssem do condomínio; que o veículo era conduzido por Romulo e ao fazerem a revista pessoal nele os policiais encontraram 02 porções de Cocaína e uma delas estava sub-fracionadas em 06 porções menores de 01 grama cada; que não encontraram nada com o outro indivíduo e em seguida foram até a residência onde encontram uma porção maior de cerca de 500 gramas de cocaína dentro de um armário na cozinha; que se tratava de uma única porção grande embalada em plástico e fita adesiva; ainda na cozinha encontraram maconha dentro da geladeira, cerca de 120 gramas, no quarto encontraram haxixe, 21 gramas, material para embalagem por exemplo fio a fita adesiva; que encontraram ainda R\$6.500,00 dentro de um guarda-roupa; que encontraram também uma balança de precisão no quarto; que a droga encontrada com o acusado no carro estava embalada com o mesmo material daquela encontrada na casa embora estivesse fracionada; que no início o acusado nega propriedade das drogas mas que depois assumiu dizendo que a droga que estava com ele na abordagem já estava pronta para venda; que na carteira do acusado havia cerca de R\$2.0000 que ele assumiu ser produto de venda de entorpecentes: que o acusado não alegou ser usuário, que a pessoa que estava com o acusado no carro era amigo dele e usuário de drogas; que o acusado chegou a dizer aos policiais que tinha adquirido aquela droga com Gustavo Regueira que tinha sido preso dias antes. "(...) participou da diligência narrada na denúncia; a operação se iniciou para dar cumprimento a mandado de busca; que o mandado de busca era para residência; mas que viram que um veículo ia saindo do local e aguardaram a saída do mesmo, fazendo a abordagem em seguida; que a Informação era que se tratava de crime de tráfico; que na primeira abordagem ainda no veículo encontraram com o acusado uma certa quantidade de cocaína em suas vestes; que não fez a revista no Imóvel, que foi aguardando as duas pessoas que estavam no veículo durante a abordagem; que chegou a ver o material apreendido na residência se tratando de uma quantidade maior de cocaína e dinheiro que foi apresentado na delegacia; que na casa encontram embalagens semelhantes a encontrada nas vestes do acusado; que não se recorda como estava acondicionada a quantidade maior de droga que estava na residência; que se recorda de ter sido apreendida uma balança de precisão; que se recorda que

o valor em dinheiro era maior que R\$7.000,00; que não se recorda se o dinheiro estava trocado; que havia outra pessoa com o acusado no carro; que se tratava de um amigo do acusado que estava na casa com ele; que lembra que haviam outros tipos de droga no local, mas não lembra qual; que o acusado assumiu que era traficante e que vendia drogas; que o indivíduo que estava com o acusado era usuário; que não sabe informar onde foi encontrada a droga na residência. "(...) se recorda dos fatos descritos na denúncia; Que os policiais já investigavam essa quadrilha, a qual fazia tráfico de entorpecentes em bairros nobres, como Pituba, Barra e outros; Que era uma espécie de "delivery", onde as pessoas ligavam e recebiam a droga; Que após a prisão de Gustavo Regueira, o depoente e os policiais foram cumprir o mandado de busca e apreensão na residência de Rômulo; Que Romulo já era investigado e foi citado, também, no interrogatório de Gustavo Regueira; Que, na data do fato, os policiais se dirigiram até o condomínio, onde Romulo residia, e montaram uma campanha próximo a residência do mesmo; Que, em dado momento, Romulo saiu da residência em um veículo com companhia de outro indivíduo, não se recordando qual era o tipo do veículo; Que realizaram, a abordagem ainda dentro do condomínio, e ao realizar a busca pessoal em Romulo e a busca no veículo, encontraram certa quantidade de entorpecentes, do tipo cocaína; Que, de imediato, foi dada voz de prisão a ambos indivíduos que estavam dentro do carro, e se dirigiram à residência de Romulo, onde foi realizado mandado de busca, onde encontraram mais entorpecentes, do tipo cocaína, que a quantidade não era pequena, mas não se recorda a certa a quantidade, e cerca de seis mil e quinhentos reais; Que Romulo admitiu que a cocaína era dele, e declarou que a pessoa que estava em sua companhia era apenas um usuário; Que, salvo engano, foram apreendidos balança de precisão e sacos plásticos, petrechos comumente relacionados ao tráfico; Que não se recorda se foi apreendido outro tipo de droga; Que não se recorda quem era o fornecedor de droga para Romulo; Que estava sendo investigado pela equipe há cerca de seis meses; Que não se recorda se Romulo declarou há quanto tempo estava traficando droga: Que não se recorda se Romulo assumiu que a droga era para a traficância, mas que os policiais tinham certeza que ele se dedicava ao tráfico na modalidade "delivery", fruto do que se apurou nas investigações; Que a notícia que os policiais têm é de que tanto Romulo quanto Gustavo Regueira continuam traficando; Que o depoente não Integra mais o DENARC". Cumprido salientar, ademais, que em interrogatório judicial, o réu assim afirmou: "(...) que a residência em que foi preso era alugada; que morava lá; que a droga pertencia a um amigo meu que guardou lá porque na época eu tinha separado de minha esposa e estava usando muito; que ele me deu uma pequena quantidade para eu guardar essa droga para ele; que a droga encontrada era para guardar e depois devolver ao meu amigo; que sabia que na sua casa tinha cocaína; que ele me dava uma parte para eu usar (...)". (mídia audiovisual) Importa registrar que, contrariamente à tese defensiva, não é exigível que o acusado seja encontrado na efetiva venda de substâncias ilícitas para a caracterização da traficância, posto que o tipo penal (art. 33, da Lei 11.343/06) se consuma com a prática de qualquer uma das condutas estabelecidas no tipo. No mesmo sentido: EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. DESNECESSIDADE DE EFETIVA COMERCIALIZAÇÃO. 1. Para acolhimento da tese de desclassificação do delito, imprescindíveis o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita. Precedentes. 2. O art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, veicula crime de ação múltipla, sendo

desnecessária, para violação desse tipo penal, a efetiva comercialização, bastando a incidência em qualquer dos verbos nucleares descritos em referido dispositivo legal. 3. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF – HC: 197215 SP 0038127–83.2021.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 15/03/2021, Primeira Turma, Data de Publicação: 09/04/2021) APELAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA POR CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, "CAPUT", DA LEI Nº 11.343/06)– RECURSO DEFENSIVO REQUERENDO ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – PLEITO SUBSIDIÁRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA PREVISTA NO ART. 28 DO MESMO DIPLOMA (PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL) – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – VALIDADE DOS DEPOSITOS DOS POLICIAIS – DESCLASSIFICAÇÃO INVIÁVEL – CONDENAÇÃO DE RIGOR – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...] V – O crime de tráfico não reclama, para sua configuração, o ato de venda da substância ilícita, eis que o núcleo do tipo do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, abarca ações múltiplas, tais como "transportar", "trazer consigo", "guardar" e "manter em depósito", de modo que a só realização de uma delas já é suficiente para comportar a condenação. [...] VIII – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJ-BA – APL: 05015751220168050001, Relator: Pedro Augusto Costa Guerra, Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Data de Publicação: 20/03/2019) Desta forma, considerando-se que as circunstâncias fáticas não guardam sintonia com o disposto no § 2º, do art. 28, da “Lei Antidrogas”, entendo que as substâncias entorpecentes encontradas em poder do Apelante não se destinavam para mero uso pessoal, bem como que as condutas típicas de “trazer consigo” e “armazenar” tais narcóticos são suficientes para ensejar a condenação, nos termos do art. 33, da Lei nº 11.343/06, ainda que o Recorrente tenha declarado em sentido contrário. II. DA DOSIMETRIA DA PENA. É sabido que o cálculo da pena privativa de liberdade, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, obedece ao denominado sistema trifásico, que consiste na aplicação prática do princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF/88). Dessa forma, passo à reavaliação da dosimetria da pena, não somente nas questões apontadas pelo apelante, mas em sua integralidade, uma vez que se trata de matéria de ordem pública. Na primeira fase da dosimetria, estabelece-se a pena-base, atendendo-se às circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, bem como, em se tratando do delito de tráfico de entorpecentes, àquelas circunstâncias estabelecidas no art. 42, da Lei nº 11.343/06. Conforme sedimentado pela doutrina e jurisprudência pátria, neste primeiro momento, a autoridade judiciária está atrelada aos limites mínimo e máximo abstratamente estabelecidos no preceito secundário do tipo, de modo que a pena-base somente se afastará do patamar mínimo caso estejam presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis. No caso dos autos, o juízo a quo valorou negativamente a quantidade e natureza da droga. Senão vejamos: “Analisadas as diretrizes do artigo 59 do Código Penal não há nada a valorar em prejuízo do réu. Em relação à natureza e a quantidade das substâncias que o artigo 42 da Lei nº. 11.343/06 determina que sejam considerados na primeira etapa da dosimetria da pena verifica-se que há grande reprovabilidade na conduta do réu, uma vez que o mesmo foi preso com variados entorpecentes: uma expressiva quantidade de cocaína, quase 800g (oitocentos gramas) – substância nociva com elevado poder degenerador da personalidade, forte capacidade viciante e de conhecida potencialidade letal, 120 g (cento e vinte gramas) de maconha e 21g (vinte e um gramas) de haxixe. Assim, fixo a pena-base em 07 (sete) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, à base de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, com a devida correção monetária, diante da

presumida situação financeira do denunciado (fls. 338/345). Com efeito, sabe-se que na primeira fase da dosimetria, estabelece-se a pena-base atendendo-se às circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal. No crime de tráfico de drogas, todavia, por força do art. 42, da Lei 11.343/2006, o juiz deve considerar, com preponderância ao art. 59, do CP, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. Diante do que determina o art. 42, da Lei nº 11.343/06, mostra-se congruente a fundamentação apresentada pelo d. magistrado, notadamente, pela natureza e a considerável quantidade de entorpecente que o acusado tinha consigo, o que, indubitavelmente, é digno de maior reprovação. É o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA DROGA E MAUS ANTECEDENTES. FRAÇÃO DE 1/6 DE AUMENTO. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. 1. A natureza e a quantidade de drogas apreendidas justificam a exasperação da pena-base, a teor do preceito do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 2. O Supremo Tribunal Federal ao julgar o RE n. 593.818/SC, com repercussão geral reconhecida, decidiu que: "Não se aplica ao reconhecimento dos maus antecedentes o prazo quinquenal de prescrição da reincidência, previsto no art. 64, I, do Código Penal". 3. Ainda que a lei não estabeleça percentual, esta Corte de Justiça tem jurisprudência consolidada de que é proporcional a fração de 1/6 de aumento, calculado a partir da pena mínima abstratamente prevista, para cada vetorial negativa considerada na fixação da pena-base. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 658.192/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 28/09/2021, DJe 04/10/2021)(grifamos) PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. ART. 42, DA LEI N. 11.343/2006. ALEGADA DESPROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REDUTORA APLICADA NA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6. TRANSPORTE DE DROGAS. MULA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA É IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. No que concerne à fixação da pena-base acima do mínimo legal, cumpre registrar que a dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito. 2. Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes, é indispensável atentar para o que disciplina o art. 42, da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59, do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. Precedentes. 3. A ausência de limites preestabelecidos pelo Código Penal para a exasperação da pena-base em decorrência do reconhecimento de circunstâncias judiciais negativas é fator que confere ao magistrado – observado seu livre convencimento motivado – certa margem de escolha da fração mais adequada às peculiaridades do caso concreto. Nesse contexto, a jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro de 1/6 para cada circunstância negativamente valorada, fração eleita em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, ressalvada a apresentação de motivação concreta, suficiente e idônea que justifique a necessidade de elevação em patamar superior. 4. In casu,

extrai-se do acórdão recorrido que a exasperação em patamar superior a 1/6 foi devida e suficientemente motivada, em razão da natureza e expressiva quantidade da substância entorpecente apreendida – 51,5kg de cocaína (e-STJ fl. 381) –, circunstância que, inclusive, desborda em muito do ordinário do tipo penal, justificando o maior rigor penal atribuído e, portanto, o acréscimo de 3 anos e 4 meses à pena-base aplicado pelo Tribunal de origem (e-STJ fl. 381), que não se mostra desproporcional. [...]

8. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no AREsp: 1834998 MS 2021/0040621-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 11/05/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/05/2021). (grifamos) Desse modo, acertada a exasperação da pena-base pelo juízo a quo, de modo que a mantenho em 07 (sete) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, à base de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Na segunda fase, não foram verificadas circunstâncias agravantes, entretanto, o Juízo primevo, acertadamente, reconheceu a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a pena na proporção de 1/6, fixando a penalidade intermediária em 05 (cinco) anos, 10 (dez) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à base de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo. Na terceira e última fase do procedimento dosimétrico, o juízo a quo afastou a hipótese de tráfico privilegiado, bem como indicou a inexistência de causas de aumento de pena, mantendo a pena definitiva no mesmo quantum da pena intermediária, nos seguintes termos: “No que tange à possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, verifico que, in casu, esta não é cabível, considerando que o réu responde a outro processo criminal (autos nº 0340343-20.2018.8.05.0001), fato que indica dedicação à atividade criminosa (...). Diante disto, inexistindo causas de aumento ou diminuição da pena, fixo a pena definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à base de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato delituoso; atendendo aos artigos 49, parágrafo 1º e 60, ambos do Código Penal, haja vista a inexistência de elementos concretos acerca da condição financeira do réu, tornando esta pena DEFINITIVA”. Neste ponto, o recorrente sustenta a necessidade de aplicação da causa minorante afastada pelo Magistrado de origem, na fração máxima. Em que pese o esforço argumentativo do apelante, entendo que os fundamentos invocados não são o suficiente para fazer incidir em seu favor a causa especial de redução da pena do tráfico privilegiado. Com efeito, a referida causa redutora foi criada com a finalidade de dar tratamento diferenciado ao traficando ocasional, ou seja, aquele que não faz do tráfico, ou da criminalidade em geral, o seu meio de vida, por merecer menor reprovabilidade, e, consequentemente, dar a ele um tratamento mais benéfico do que ao traficante habitual. Para que seja reconhecida, o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, determina explicitamente que o acusado deve ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa, requisitos estes que a jurisprudência pátria entende que devem ser cumulativos. Vejamos: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. INCIDÊNCIA DO BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. REGIME MAIS GRAVOSO. ELEVADA QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a



atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. [...] 4. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 1976893/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2022, DJe 14/03/2022) “PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO DITO PRIVILEGIADO EM RELAÇÃO AO AGRAVANTE MÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS INDICADORAS DE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA DOS AUTOS. FRAÇÃO DE REDUÇÃO MENOR DO QUE 1/6 NA SEGUNDA ETAPA, PELA CONFISSÃO REALIZADA PELO AGRAVANTE MOACIR. ILEGALIDADE NÃO RECONHECIDA. REFORMATIO IN PEJUS. INOCORRÊNCIA. ORDEM DENEGADA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja, cumulativamente, primário e portador de bons antecedentes e não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. [...] 5. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no HC 562.074/MS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 13/12/2021) Cumpre salientar que, o entendimento mais atual do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a existência de ações penais não transitadas em julgado, por si só, não possui o condão de afastar a incidência da causa redutora. Nesse sentido: “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. AUSÊNCIA DE EXPRESSIVIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. INDEFERIMENTO COM BASE EM MOTIVAÇÃO INVÁLIDA. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. CABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO. [...] 2. No que se refere ao redutor do tráfico privilegiado, a Suprema Corte, em recentes julgados, consignou que, na ausência das demais situações impeditivas da causa de diminuição da pena, tão somente a existência de ações penais, sem trânsito em julgado, não pode justificar o afastamento da minorante. [...] 4. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no HC 615.283/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/11/2021, DJe 25/11/2021) “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. TRÁFICO PRIVILEGIADO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA QUE NÃO PODE SER AFASTADA APENAS COM BASE NO FATO DO SENTENCIADO POSSUIR AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. No acórdão paradigma, consignou-se que ações penais em andamento justificam, de forma idônea, o afastamento do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. 2. No acórdão embargado, por seu turno, adotou-se posicionamento contrário, em razão de precedentes de ambas as Turmas do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF considerarem inidôneo o afastamento da referida causa de diminuição de pena com base apenas em ações penais em andamento, em atenção ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. 3. Consoante precedentes, verifica-se nesta Corte a adesão ao posicionamento advindo do STF, ou seja, a existência de ações penais em andamento não justifica a conclusão de que o sentenciado se dedica às atividades criminosas para fins de obstar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. 4. Agravo Regimental desprovido.” (AgRg nos EAREsp 1852098/AM, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/10/2021, DJe 03/11/2021) Observe-se que a vedação contida no entendimento da Corte Superior diz respeito à análise isolada da

existência de ações penais ainda em curso como um fator negativo, de modo que não seria o suficiente para se concluir que o indivíduo se dedica a atividades criminosas, especialmente porque tal fato demonstraria a primariedade e bons antecedentes, em atenção ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Na hipótese, entretanto, o afastamento dessa causa de diminuição da pena não se fundamenta, exclusivamente, na existência de uma outra ação penal ainda em tramitação, mas em outros elementos constantes dos autos, os quais evidenciam que o Apelante tem envolvimento com organização criminosa, que se dedica à traficância, de modo a evidenciar a total inexistência do alegado direito de ter reconhecida, em seu favor, a causa minorante sob análise. Registre-se, porque oportuno, que as constatações que a seguir serão consignadas não importam em qualquer ilegalidade, posto que, diante do amplo efeito devolutivo do recurso de apelação e desde que a reprimenda não seja agravada, o juízo ad quem poderá modificar a fundamentação empregada na sentença, ainda que se tratando de recurso exclusivo da Defesa, sem que se configure reformatio in pejus. É o entendimento do STJ: “PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. APELAÇÃO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SUPLEMENTAÇÃO DE FUNDAMENTOS PELO TRIBUNAL. QUALIFICADORAS SOBEJANTES. DESLOCAMENTO. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO QUANTUM DA PENA DEFINITIVA. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVA DA. I – O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que, o efeito devolutivo da apelação permite ao julgador de substituir a fundamentação empregada pelo magistrado sentenciante e assim manter a quantidade de pena imposta, sem que isso configure violação ao princípio da ne reformatio in pejus (artigo 617 do CPP), desde que isso não implique em aumento da pena fixada pelo juízo sentenciante. [...] Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AREsp 1918068/MG, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 04/11/2021) “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 155, § 4º, IV, DO CÓDIGO PENAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. APELAÇÃO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SUPLEMENTAÇÃO DE FUNDAMENTOS PELO TRIBUNAL. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. [...] 2. A jurisprudência desta Corte admite a suplementação de fundamentação pelo Tribunal que revisa a dosimetria da pena, sempre que não haja agravamento da pena do réu, em razão do efeito devolutivo amplo de recurso de apelação, não se configurando, nesses casos, a reformatio in pejus. 3. Agravo regimental improvido.” (AgRg no AREsp 1802200/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 24/05/2021) Com efeito, faz-se necessário consignar que o recorrente confessou em juízo que armazenava a droga em sua casa a pedido de “Gustavo Regueira” e que os policiais afirmaram que já monitoravam o grupo há seis meses, restando evidenciado que o apelante se dedicava a atividades criminosas. Senão vejamos: “(...) que o acusado era um dos indivíduos que vinha sendo monitorados pela polícia na época por conta do tráfico de drogas; que as investigações indicaram que o acusado tinha recebido uma quantidade de drogas naqueles dias, o que levou o delegado a representar pedindo busca e apreensão, o que foi deferido, e o depoente participou das diligências para cumprimento dos mandados; que além do acusado a polícia também estava monitorando os indivíduos Gustavo Regueira Conde Filho e “Luisinho” e “Niltão” que eram irmãos (...)”. (depoimento de GERALDO LIMA REGO, fls. 51) “(...) Que os policiais já investigavam essa quadrilha, a qual fazia tráfico de entorpecentes em

bairros nobres, como Pituba, Barra e outros; Que era uma espécie de "delivery", onde as pessoas ligavam e recebiam a droga; Que após a prisão de Gustavo Regueira, o depoente e os policiais foram cumprir o mandado de busca e apreensão na residência de Rômulo; Que Romulo já era investigado e foi citado, também, no interrogatório de Gustavo Regueira; (...) Que estava sendo investigado pela equipe há cerca de seis meses; (...) Que não se recorda se Romulo assumiu que a droga era para a traficância, mas que os policiais tinham certeza que ele se dedicava ao tráfico na modalidade "delivery", fruto do que se apurou nas investigações (...)" (depoimento de OSWALDO SANTANA ROCHA FILHO, fls. 277/278) Desse modo, em atenção às provas constantes dos autos, e, após a verificação de que o apelante exercia a traficância, entendendo que a pretensão defensiva carece de respaldo legal e jurisprudencial, mantém-se o afastamento da incidência da causa especial de redução da pena do tráfico privilegiado. Assim, mantenho a pena definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprido em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos delituosos. III. CONCLUSÃO Ante o exposto, voto pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO da apelação, mantendo a sentença vergastada em todos os seus termos. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR