

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700616-38.2021.8.05.0080 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. INALBERGAMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. AUTO DE APREENSÃO. LAUDOS PERICIAIS. DEPOIMENTOS HARMÔNICOS E COERENTES DOS POLICIAIS. CONFISSÃO DO ACUSADO. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 231 DO STJ. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO “TRÁFICO PRIVILEGIADO”. POSSIBILIDADE. AÇÃO EM PENAL EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. TEMA REPETITIVO N.º 1139 DO STJ. REGISTRO DE UM ÚNICO ATO INFRACIONAL DOCUMENTADO NOS AUTOS. AUSÊNCIA DE RAZOÁVEL PROXIMIDADE TEMPORAL ENTRE TAL ATO E O CRIME EM APURAÇÃO. INTERVALO DE TEMPO SUPERIOR A TRÊS ANOS. SENTENÇA GUERREADA EM DISSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO CONSOLIDADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ NO ERESP N.º 1.916.596/SP. “TRÁFICO PRIVILEGIADO” RECONHECIDO. PRECEDENTES DESTA EGRÉGIA CORTE ESTADUAL DE JUSTIÇA. REDUTOR APLICADO NA FRAÇÃO DE UM TERÇO. PENA FINAL IMPOSTA NÃO SUPERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO PARA REDUZIR A PENA PARA TRÊS ANOS E QUATRO MESES DE RECLUSÃO, DEFINIR O REGIME ABERTO E SUBSTITUIR A SANÇÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, A SEREM DEFINIDAS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. I – Trata-se de Recurso de Apelação interposto, contra a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Feira de Santana/BA, que condenou o Acusado, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, à pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo legal, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. II – A materialidade restou comprovada nos autos, sobretudo pelo Auto de Exibição e Apreensão, pelo Laudo de Exame Pericial de Constatação e pelo Laudo de Exame Pericial Definitivo, todos demonstrando a natureza, a quantidade e a forma de acondicionamento das drogas ilícitas apreendidas (cinco gramas de maconha embaladas em um papel, e trinta e sete gramas de cocaína distribuídas em trinta e uma porções de pequenos sacos e pinos plásticos). No que toca à autoria, esta foi comprovada, de forma robusta, pelos testemunhos judiciais dos policiais que realizaram a prisão, em flagrante, do ora Apelante, e pela confissão deste, que ocorreu em ambas as fases da persecução criminal. III – Atendo-se à dosimetria da pena, constata-se que o Juízo primevo, de forma prudente e razoável, não desvalorou nenhuma circunstância do art. 59, do Código Penal, fixando a pena-base no mínimo legal. Na segunda etapa, diante da Súmula de nº 231 do STJ (“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal), não é possível que as atenuantes da confissão e da menoridade relativa incidam neste caso concreto, reduzindo a pena para aquém do mínimo legal. IV – Na terceira etapa, a decisão vergastada negou o reconhecimento do “tráfico privilegiado”, “dada a existência de procedimentos para apuração de atos infracionais, havendo condenação em um deles por fato análogo a roubo majorado (autos n. 0516325-39.2017.8.05.0080), não se olvidando de que houve recente prisão em flagrante pela suposta prática do crime de tráfico de drogas (APF n. 0500222-15.2021.8.05.0080), o que denota habitualidade delitiva e o não preenchimento dos requisitos elencados pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06”. V – Contudo, de acordo com o Tema Repetitivo n.º

1139 do STJ: “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06” (STJ, REsp 1977027/PR, Terceira Seção, Relatora Min. , Julgado em 10/8/2022). Logo, a existência de lavratura de Auto de Prisão em Flagrante em desfavor do Recorrente não constitui óbice à incidência do redutor do “tráfico privilegiado”. VI – Resta analisar, então, se o restante da fundamentação utilizada pelo Juízo primevo, no sentido de que “a existência de procedimentos para apuração de atos infracionais, havendo condenação em um deles por fato análogo a roubo majorado (autos n. 0516325–39.2017.8.05.0080)”, é idônea para afastar a aplicação do redutor em comento. Neste âmbito, mostra-se imprescindível rememorar o entendimento consolidado pela Terceira Seção do STJ, ao enfrentar a divergência jurisprudencial atinente à possibilidade (ou não) de a minorante do “tráfico privilegiado” ser afastada com base em registro de ato infracional pretérito (REsp n. 1.916.596/SP, Julgado em 8/9/2021). Na ementa do referido julgado, consignou-se que, “apesar de a medida socioeducativa, impositiva e preponderantemente pedagógica, possuir certa carga punitiva, certo é que não configura pena e, portanto, não induz reincidência nem maus antecedentes”, de sorte que “é incompatível considerar o registro de anterior ato infracional, na terceira fase da dosimetria da pena do crime de tráfico de drogas, como elemento caracterizador da dedicação do agente a atividades delituosas, obstando a minorante, equiparando a conduta a crime hediondo e recrudesendo a execução penal”. Aclarou-se ainda que “o registro da prática de fato típico e antijurídico por adolescente (inimputável), que não comete crime nem recebe pena, atingida a maioridade penal, não pode ser utilizado como fundamento para se deduzir a dedicação a atividades criminosas, e produzir amplos efeitos desfavoráveis na dosimetria e execução da pena” (STJ, REsp n. 1.916.596/SP, Terceira Seção, Relator: Min. , Relatora para Acórdão Min. , Terceira Seção, Julgado em 8/9/2021). VII – Feitas estas importantes considerações, a Terceira Seção da Corte Cidadã consolidou o entendimento jurisprudencial intermediário, no sentido de que, excepcionalmente, “o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração” (STJ, REsp n. 1.916.596/SP, Terceira Seção, Relator: Min. , Relatora para Acórdão Min. , Terceira Seção, Julgado em 8/9/2021). VIII – Aplicando-se, ao presente caso concreto, o precitado entendimento jurisprudencial consolidado pelo STJ, constata-se que, embora o Juízo primevo tenha indicado a “existência de procedimentos para apuração de atos infracionais” em desfavor do Acusado, só há, nos autos, documentação referente a um único procedimento deste jaez, qual seja, a sentença referente à execução da medida socioeducativa decorrente da condenação proferida nos autos de n.º 0516325–39.2017.8.05.0080. Logo, só está devidamente documentada nos autos a existência de um procedimento para apuração de atos infracionais, e não de “procedimentos”. Em relação a este único procedimento para apuração de ato infracional documentado nos autos, o Juízo primevo evidenciou a gravidade concreta de tal ato pretérito, indicando se tratar de roubo majorado. Contudo, em dissonância com a jurisprudência consolidada pela Terceira Seção do STJ no REsp n. 1.916.596/SP, o magistrado de piso não demonstrou “a razoável proximidade temporal” do ato infracional com o

crime ora em apuração. Nesta esteira, em consulta ao ESAJ – 1º Grau (autos n.º 0516325-39.2017.8.05.0080, fls. 1/4), afere-se que o ato infracional referenciado no decisum vergastado para afastar o redutor do “tráfico privilegiado” fora cometido em 12/12/2017, isto é, há mais de cinco anos. IX – Portanto, perfilhando-se ao entendimento jurisprudencial consolidado pelo STJ no EREsp n. 1.916.596/SP, e diante da distância temporal de mais de três anos entre o ato infracional pretérito (datado de 12 de dezembro de 2017) e o crime que deu origem a estes autos (perpetrado em 26 de março de 2021), conclui-se que o Recorrente faz jus ao reconhecimento do “tráfico privilegiado”. Imprescindível salientar, neste ponto, que a quantidade de droga apreendida com o Acusado foi diminuta (cinco gramas de maconha e trinta e sete gramas de cocaína), não houve apreensão de apetrechos para o tráfico (como balanças e/ou prensas hidráulicas), nem de cadernos de anotações, aditivos químicos ou outros objetos que indicassem envolvimento habitual com atividades criminosas. O Recorrente foi preso sozinho, quando estava na rua, não tendo havido investigação pretérita ou posterior ao flagrante que indicasse dedicação às atividades criminosas. Ademais, nada há, nos autos, que indique que o ato de mercancia flagrado tinha caráter interestadual ou intermunicipal. X – Pontue-se que, em julgado recente desta Egrégia Corte Estadual de Justiça, de relatoria do Des. convocado, a Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal aplicou o indigitado precedente do STJ, e fez incidir a causa da diminuição prevista no § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06, diante da ausência de proximidade temporal entre o ato infracional pretérito e o crime sob apuração. (TJBA, 05012847020208050001, Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Relator: Des. convocado, Data de Publicação: 07/12/2022). Há também precedente recente desta Colenda Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal, no qual a existência de um único registro de ato infracional foi entendida como circunstância pessoal inidônea para o afastamento do “tráfico privilegiado”. (TJBA, Apelação: 0500750-14.2020.8.05.0103, Relator (a): Des. Substituto, Publicado em: 17/11/2021). XI – Sopesando as nuances deste caso concreto – registro de um ato infracional e de um procedimento de Auto de Prisão em Flagrante em desfavor do Acusado; apreensão de inexpressiva quantidade de droga de baixo potencial lesivo (cinco gramas de maconha) e de diminuta quantidade de narcótico de alto potencial lesivo (trinta e sete gramas de cocaína); ausência de apreensão de apetrechos para o tráfico (como balança e aditivos químicos); ato de mercancia sem caráter interestadual ou intermunicipal; ausência de concurso de agentes – é razoável e proporcional que a causa de diminuição em comento seja aplicada no percentual de um terço. Logo, aplicando-se a causa de diminuição do “tráfico privilegiado”, na fração de um terço, a sanção restritiva de liberdade fica reduzida a 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. A pena de multa, em obediência ao método trifásico, também deve ser reduzida em um terço, sendo fixada em 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos. XII – Em virtude da quantidade de pena aplicada – não superior a quatro anos –, da ausência de circunstância judicial valorada de forma negativa e da primariedade do Recorrente, deve ser determinado o regime inicial de cumprimento aberto, em atenção ao art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Precedentes do STJ e desta Egrégia Corte Estadual de Justiça. XIII – Como o crime imputado foi cometido sem violência ou grave ameaça, as circunstâncias judiciais não foram desvaloradas, o Acusado não é reincidente, e a reprimenda imposta não é superior a quatro anos, deve ser substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de

direitos, a serem definidas pelo Juízo da Execução. Precedentes do STJ e desta Egrégia Corte Estadual de Justiça. XIV – Recurso CONHECIDO e PROVIDO EM PARTE, a fim de reduzir a sanção corporal imposta para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial aberto, mais o pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor mínimo legal, com consequente substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Execução. Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal nº 0700616-38.2021.8.05.0080, em que figuram, como Apelante, , e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal Segunda Turma Julgadora do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto, a fim de reduzir a sanção corporal imposta para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial aberto, mais o pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor mínimo legal, com consequente substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Execução, e assim o fazem pelas razões que integram o voto do eminente Desembargador Relator. Sala das Sessões da Primeira Câmara Criminal 2ª Turma do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 07 de março de 2023. PRESIDENTE DESEMBARGADOR RELATOR PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA BMS06 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Concessão em parte Por Unanimidade Salvador, 7 de Março de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700616-38.2021.8.05.0080 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposto por , assistido pelo advogado (OAB/BA 30.580), contra a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Feira de Santana/BA, que condenou o Acusado, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, à pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo legal, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. A exordial acusatória assim narrou a conduta delitiva (ID 33804211): “1. Consta do inquérito policial anexo, proveniente da DTE de Feira de Santana, que, no dia 26 de março de 2021, por volta das 19:00 horas, prepostos da Polícia Militar avistaram o DENUNCIADO parado sobre uma bicicleta, em uma esquina na Rua Vespasiano com a Telegrafo. Este, por sua vez, ao perceber a chegada da guarnição policial, movimentou-se em direção a um supermercado, tendo sido alcançado e abordado pelos policiais. 2. Adotou-se as providências necessárias, realizando-se a abordagem pessoal do DENUNCIADO, o qual foi encontrado portando, por baixo de suas vestes, 30 pinos plásticos, tipo Eppendorf, que acondicionavam em totalidade 9,10 g (nove gramas e dez centigramas de cocaína), 10 porções de cocaína, com massa bruta de 19,80g (dezenove gramas e oitenta centigramas) embaladas individualmente em plástico transparente, 1 saco plástico transparente, que acondicionava diversos fragmentos de substância sólida cocaína, com massa bruta de 7,50 g (sete gramas e cinquenta centigramas) e uma porção de erva seca de cannabis sativa, com massa bruta de 5,20 g (cinco gramas e vinte centigramas) – conforme identificado no laudo de constatação de folhas 21 dos autos. 3. Após a abordagem, o DENUNCIADO informou aos policiais que comprou os

entorpecentes por seiscentos reais e iria realizar a comercialização deles. 4. Também no interrogatório promovido pela autoridade policial judiciária, o DENUNCIADO confirmou a aquisição dos entorpecentes, realizada no Distrito de Ipuacu, com o intuito de venda por ele, identificando que cada porção de crack é vendida pela quantia de R\$ 5,00 (cinco reais) e o papelote de cocaína por R\$ 80,00 (oitenta reais)." Em prestígio aos preceitos da celeridade e da economia processual, e tendo em vista ali se externar, suficientemente, no que relevante, a realidade da marcha processual até então desenvolvida, adota-se o relatório da sentença de ID 33804252, a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto. Inconformado, o Apelante, por meio de sua defesa técnica, interpôs o presente Recurso, requerendo, em síntese: a) a absolvição por ausência de provas; b) subsidiariamente, a incidência das atenuantes da confissão e da menoridade relativa, reduzindo-se a pena, na segunda etapa da dosimetria, para aquém do piso legal; c) a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06; d) a definição do regime aberto para o início do cumprimento da sanção; d) a substituição da pena privativa de liberdade pela reprimenda restritiva de direitos. (ID 33804263). Em contrarrazões de ID 33804319, o Ministério Público requereu o conhecimento e o desprovimento do Recurso interposto. Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça ofertou parecer pelo conhecimento e improvimento desta Apelação (ID 38734027). Com este relato, submeto o exame dos autos ao eminente Des. Revisor, nos termos do artigo 166 do RITJBA. Salvador, 08 de fevereiro de 2023. DESEMBARGADOR RELATOR BMS06 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700616-38.2021.8.05.0080 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Conforme relatado, trata-se de Recurso de Apelação interposto por , assistido pelo advogado (OAB/BA 30.580), contra a sentença proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Feira de Santana/BA, que condenou o Acusado, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, à pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo legal, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. A exordial acusatória assim narrou a conduta delitiva (ID 33804211): "1. Consta do inquérito policial anexo, proveniente da DTE de Feira de Santana, que, no dia 26 de março de 2021, por volta das 19:00 horas, prepostos da Polícia Militar avistaram o DENUNCIADO parado sobre uma bicicleta, em uma esquina na Rua Vespasiano com a Telegrafo. Este, por sua vez, ao perceber a chegada da guarnição policial, movimentou-se em direção a um supermercado, tendo sido alcançado e abordado pelos policiais. 2. Adotou-se as providências necessárias, realizando-se a abordagem pessoal do DENUNCIADO, o qual foi encontrado portando, por baixo de suas vestes, 30 pinos plásticos, tipo Eppendorf, que acondicionavam em totalidade 9,10 g (nove gramas e dez centigramas de cocaína), 10 porções de cocaína, com massa bruta de 19,80g (dezenove gramas e oitenta centigramas) embaladas individualmente em plástico transparente, 1 saco plástico transparente, que acondicionava diversos fragmentos de substância sólida cocaína, com massa bruta de 7,50 g (sete gramas e cinquenta centigramas) e uma porção de erva seca de cannabis sativa, com massa bruta de 5,20 g (cinco gramas e vinte centigramas) – conforme identificado no laudo de constatação de folhas 21 dos autos. 3. Após a abordagem, o DENUNCIADO informou aos policiais que comprou os

entorpecentes por seiscentos reais e iria realizar a comercialização deles. 4. Também no interrogatório promovido pela autoridade policial judiciária, o DENUNCIADO confirmou a aquisição dos entorpecentes, realizada no Distrito de Ipuacu, com o intuito de venda por ele, identificando que cada porção de crack é vendida pela quantia de R\$ 5,00 (cinco reais) e o papelote de cocaína por R\$ 80,00 (oitenta reais).” O Apelante pleiteia, inicialmente, a absolvição por ausência de provas suficientes para embasar a sua condenação no crime tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343 de 2006. Apesar da argumentação expedida, não lhe assiste razão. Com efeito, a materialidade restou comprovada nos autos, sobretudo pelo Auto de Exibição e Apreensão (ID 33804212, p. 8), pelo Laudo de Exame Pericial de Constatação (ID 33804212, p. 22) e pelo Laudo de Exame Pericial Definitivo (ID 33804233), todos demonstrando a natureza, a quantidade e a forma de acondicionamento das drogas ilícitas apreendidas (cinco gramas de maconha embaladas em um papel, e trinta e sete gramas de cocaína distribuídas em trinta e uma porções de pequenos sacos e pinos plásticos). No que toca à autoria, esta foi comprovada, de forma robusta, pelos testemunhos judiciais dos policiais que realizaram a prisão, em flagrante, do ora Apelante, e pela confissão deste, que ocorreu em ambas as fases da persecução criminal. Ressalte-se que os agentes policiais foram uníssonos em afirmar a materialidade e a autoria do crime cometido pelo Recorrente, prestando declarações harmônicas, tanto na fase inquisitiva como na fase judicial. Transcrevem-se, adiante, trechos degrevados do depoimento colhido da testemunha de acusação SD/PM (ID 33804241), perante o crivo do contraditório e da ampla defesa: “Que integrou a guarnição que realizou a prisão do réu; que estavam trafegando pela rua do Telégrafo, quando o avistaram na rua, em uma bicicleta; que quando ele percebeu a presença da guarnição, saiu pedalando em direção ao supermercado; que diante dessa atitude, foram ao encalço para realizar a abordagem e encontraram os entorpecentes; que ele estava sozinho, sentado na bicicleta com um pé de apoio no chão; que ele não possuía nenhum material visível; que foi à noite, e a guarnição estava de motocicleta; que por estar escuro, inicialmente não dava para perceber que era a polícia, só quando chegaram mais perto; que ao perceber, ele saiu pedalando em direção ao supermercado e parou na frente; que não ingressou no estabelecimento, ficou no passeio; que fez a revista pessoal do réu; que se lembra de uma sacola plástica enrolada na cintura, no short, com uns pinos, um material dentro dela; que se lembra de em torno de vinte pinos pelo menos; que não se recorda de papelotes como material, apenas dos pinos efetivamente; que se lembra de uma bucha de maconha; que não se recorda de crack; que não se recorda de um celular; que ao encontrar o material com , ele informou que tinha acabado de sair de casa, e que havia comprado há pouco tempo para fazer a comercialização”. As declarações do SD/PM são confirmadas, também em sede de inquirição judicial, pelo que disse o CB/PM (ID 33804241): “Que integrou a guarnição que realizou a prisão do réu; que o outro policial, testemunha dessa ação penal, junto com outro, foram quem realizaram a abordagem de , enquanto que o depoente e outro estavam tentando encontrar a guarnição; que encontrou eles depois; que no momento da abordagem em si não estavam juntos; que precisaram de apoio, chamou a viatura e encaminharam o acusado para delegacia; que a abordagem de fato não presenciou; que era comandante da guarnição; que não estavam juntos quando avistaram ; que chegou depois; que o outro que participou da abordagem do réu, junto com o PM , foi o PM ; que quando chegou ao local, foi informado que encontraram droga com o réu, que ele ia

tentar fugir na bicicleta, mas não deu tempo; que visualizou o material apreendido com ele; que se tratava de papелotes com algo aparentando cocaína, e alguns pinos com essa substância branca; que se recorda de crack e não se lembra de maconha; que disse que comprou essa droga para comercializar". Constata-se que os depoimentos supracitados, colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, foram coesos e harmoniosos entre si, além de guardarem plena correspondência com as declarações que integram o Auto de Prisão em Flagrante. Ademais, inexistem nos autos quaisquer elementos probatórios que retirem a credibilidade dos depoimentos prestados pelos policiais militares ou que desabonem a conduta por eles adotada durante a prisão do Recorrente. Nessa esteira, é preciso destacar que as declarações dos agentes policiais, servidores que possuem fé pública, gozam de presunção de veracidade, sendo plenamente aptas a embasar uma condenação, quando consentâneos com os demais elementos de prova dos autos, e quando não apresentam contradições e inconsistências – exatamente o caso destes autos. Senão, veja-se: [...] A condenação do paciente por tráfico de drogas foi lastreada em contundente acervo probatório, consubstanciado nas circunstâncias em que ocorreram sua prisão em flagrante – após denúncias anônimas que levaram a polícia a realizar uma ronda na área conhecida como Rua da Nóia e a flagrarem o paciente na posse de 7 embrulhos contendo crack, sendo que a massa de cada uma das embalagens pesava cerca de 7 gramas (e-STJ, fls. 8/9) –; Some-se a isso o fato de que um dos menores apreendidos junto com o paciente haver confirmado que a droga seria dele (e-STJ, fl. 9). – Ademais, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes. – A pretensão formulada pelo impetrante encontra óbice na jurisprudência desta Corte de Justiça sendo, portanto, manifestamente improcedente. – Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no HC 718.028/PA, Quinta Turma, Relator: Min. , Julgado em 15/02/2022, DJe 21/02/2022). (Grifos nossos). PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDENAÇÃO PARA O TIPO DE PORTE DE ENTORPECENTES PARA USO PRÓPRIO. INVIÁVEL O REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO NO WRIT. JUÍZO CONDENATÓRIO DA ORIGEM FIRMADO EM ELEMENTOS CONCRETOS DE PROVA. DOSIMETRIA. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...). – Na hipótese, as instâncias ordinárias, com base no acervo probatório, firmaram compreensão no sentido da efetiva prática do crime de tráfico de drogas, e não de posse de entorpecentes para mero uso pessoal, especialmente, considerando o histórico de infrações do ora agravante, o testemunho dos policiais condutores do flagrante, a forma de acondicionamento da droga apreendida e a dinâmica dos fatos (agente que transportava drogas preparadas para venda após sair de conhecido ponto de tráfico). (...) – Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC n. 631.183/SP, Relator: Min. , Quinta Turma, julgado em 15/12/2020, DJe de 17/12/2020). (Grifos nossos). (...) Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese. (...). (STJ, HC n. 492.467/RJ, Relator: Min. , Quinta Turma, Julgado em 21/5/2019, DJe de 27/5/2019).

(Grifos nossos). (...). PROVAS COLHIDAS EXCLUSIVAMENTE NO INQUÉRITO. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA NO TESTEMUNHO DO POLICIAL RESPONSÁVEL PELA PRISÃO EM FLAGRANTE. ELEMENTO DE PROVA VÁLIDO. PRECEDENTE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no AREsp n. 1.289.557/PE, Relator: Min. , Sexta Turma, Julgado em 4/9/2018, DJe de 14/9/2018). (Grifos nossos). Ao ser interrogado extrajudicialmente, o Recorrente confessou a posse das drogas, e que o material apreendido se destinava ao comércio ilícito (ID 33804212, p. 5). Posteriormente, em seu interrogatório em Juízo, o Acusado ratificou a confissão, reafirmando que as drogas apreendidas estavam sob seu poder e que havia o intuito de mercancia. É, portanto, indene de dúvidas que as provas produzidas durante a instrução processual são suficientes para embasar a condenação do Apelante pelo delito de tráfico de drogas, delito que possui uma série de núcleos verbais, dentre eles “oferecer”, “fornecer”, “ter em depósito”, “transportar”, “trazer consigo” ou “guardar”, amoldando-se, portanto, a lei à situação fática, em que o Apelante trazia consigo, para fins de mercancia, drogas posteriormente identificadas como maconha e cocaína, substâncias de uso proscrito, conforme a Portaria n. 344/98 da ANVISA. Atendo-se à dosimetria da pena, constata-se que o Juízo primevo, de forma prudente e razoável, não desvalorou nenhuma circunstância do art. 59, do Código Penal, fixando a pena-base no mínimo legal. Na segunda etapa, diante da Súmula de nº 231 do STJ (“A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”), não é possível que as atenuantes da confissão e da menoridade incidam neste caso concreto, reduzindo a pena para aquém do mínimo legal. Na terceira etapa, a decisão vergastada negou o reconhecimento do “tráfico privilegiado”, “dada a existência de procedimentos para apuração de atos infracionais, havendo condenação em um deles por fato análogo a roubo majorado (autos n. 0516325-39.2017.8.05.0080), não se olvidando de que houve recente prisão em flagrante pela suposta prática do crime de tráfico de drogas (APF n. 0500222-15.2021.8.05.0080), o que denota habitualidade delitiva e o não preenchimento dos requisitos elencados pelo art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06”. Importante repisar, neste ponto, a jurisprudência consolidada pela Terceira Seção do STJ no julgamento do REsp 1977027 / PR (Relatora Ministra , Julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022), em sede de recurso repetitivo, no qual a Corte Cidadã firmou a tese (Tema Repetitivo n.º 1139) de que: “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06”. No caso destes autos, a decisão combatida não evidenciou a existência de processo penal com condenação com trânsito em julgado em desfavor do Acusado, tendo o Juízo de origem indicado, apenas, a existência de procedimento em curso decorrente de “recente prisão em flagrante pela suposta prática do crime de tráfico de drogas”. Destarte, em consonância com o Tema Repetitivo n.º 1139 do STJ, a existência de inquérito em curso não obsta o reconhecimento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33, da Lei 11.34/06. Resta analisar, então, se o restante da fundamentação utilizada pelo Juízo primevo, no sentido de que “a existência de procedimentos para apuração de atos infracionais, havendo condenação em um deles por fato análogo a roubo majorado (autos n. 0516325-39.2017.8.05.0080”, é idônea para afastar a aplicação do redutor em comento. Neste âmbito, mostra-se imprescindível rememorar o entendimento consolidado pela Terceira Seção do STJ, ao enfrentar a divergência jurisprudencial atinente à possibilidade (ou não) de a minorante do “tráfico privilegiado” ser afastada com base em registro de

ato infracional pretérito (REsp n. 1.916.596/SP, Julgado em 8/9/2021). Na ementa do referido julgado, consignou-se que, “apesar de a medida socioeducativa, impositiva e preponderantemente pedagógica, possuir certa carga punitiva, certo é que não configura pena e, portanto, não induz reincidência nem maus antecedentes”, de sorte que “é incompatível considerar o registro de anterior ato infracional, na terceira fase da dosimetria da pena do crime de tráfico de drogas, como elemento caracterizador da dedicação do agente a atividades delituosas, obstando a minorante, equiparando a conduta a crime hediondo e recrudesendo a execução penal” (STJ, REsp n. 1.916.596/SP, Terceira Seção, Relator: Min. , Relatora para Acórdão Min. , Terceira Seção, Julgado em 8/9/2021). Aclarou-se ainda que “o registro da prática de fato típico e antijurídico por adolescente (inimputável), que não comete crime nem recebe pena, atingida a maioridade penal, não pode ser utilizado como fundamento para se deduzir a dedicação a atividades criminosas, e produzir amplos efeitos desfavoráveis na dosimetria e execução da pena” (STJ, REsp n. 1.916.596/SP, Terceira Seção, Relator: Min. , Relatora para Acórdão Min. , Terceira Seção, Julgado em 8/9/2021). Feitas estas importantes considerações, a Terceira Seção da Corte Cidadã consolidou o entendimento jurisprudencial intermediário, no sentido de que, excepcionalmente, “o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração” (STJ, REsp n. 1.916.596/SP, Terceira Seção, Relator: Min. , Relatora para Acórdão Min. , Terceira Seção, Julgado em 8/9/2021). Aplicando-se, ao presente caso concreto, o precitado entendimento jurisprudencial consolidado pelo STJ, constata-se que, embora o Juízo primevo tenha indicado a “existência de procedimentos para apuração de atos infracionais” em desfavor do Acusado, só há, nos autos, documentação referente a um único procedimento deste jaez, qual seja, a sentença de ID 33804227, referente à execução da medida socioeducativa decorrente da condenação proferida nos autos de n.º 0516325-39.2017.8.05.0080. Logo, só está devidamente documentada nos autos a existência de um procedimento para apuração de atos infracionais, e não de “procedimentos”. Em relação a este único procedimento para apuração de ato infracional documentado nos autos, o Juízo primevo evidenciou a gravidade concreta de tal ato pretérito, indicando se tratar de roubo majorado. Contudo, em dissonância com a jurisprudência consolidada pela Terceira Seção do STJ no REsp n. 1.916.596/SP, o magistrado de piso não demonstrou “a razoável proximidade temporal” do ato com o crime ora em apuração. Nesta esteira, em consulta ao ESAJ – 1º Grau (autos n.º 0516325-39.2017.8.05.0080, fls. 1/4), afere-se que o ato infracional referenciado no decisum vergastado para afastar o redutor do “tráfico privilegiado” fora cometido em 12/12/2017, isto é, há mais de cinco anos. Portanto, perfilhando-se ao entendimento jurisprudencial consolidado pelo STJ no REsp n. 1.916.596/SP, e diante da distância temporal de mais de três anos entre o ato infracional pretérito (datado de 12 de dezembro de 2017) e o crime que deu origem a estes autos (perpetrado em 26 de março de 2021), conclui-se que o Recorrente faz jus ao reconhecimento do “tráfico privilegiado”. Imprescindível salientar, neste ponto, que a quantidade de droga apreendida com o Acusado foi diminuta (cinco gramas de maconha e trinta e sete gramas de cocaína), não houve apreensão de apetrechos para o tráfico (como balanças e/ou prensas

hidráulicas), nem de cadernos de anotações, aditivos químicos ou outros objetos que indicassem envolvimento habitual com atividades criminosas. O Recorrente foi preso sozinho, quando estava na rua, não tendo havido investigação pretérita ou posterior ao flagrante que indicasse dedicação às atividades criminosas. Ademais, nada há, nos autos, que indique que o ato de mercancia flagrado tinha caráter interestadual ou intermunicipal. Colacionam-se, a seguir, diversos precedentes da Sexta Turma do STJ, nos quais foi aplicado o entendimento jurisprudencial consolidado pela Terceira Seção no EREsp n. 1.916.596/SP, reconhecendo-se a figura do “tráfico privilegiado”, sob a fundamentação de que a “distância temporal de mais de dois anos depois do último ato infracional” não configura “a razoável proximidade temporal referida no citado EREsp n. 1.916.596/SP”. Veja-se: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. MINORANTE. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS ADICIONAIS. ATOS INFRACIONAIS. EXCEPCIONALIDADE. 1. Por ocasião do julgamento do EREsp 1.916.596/SP (Rel. Ministro , Rel. p/ acórdão Ministra), na sessão de 8/9/2021, prevaleceu, no âmbito da Terceira Seção, para fins de consolidação jurisprudencial e ressaltado o posicionamento da Relatora para o acórdão, “entendimento intermediário no sentido de que o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração”. 2. Na hipótese, contudo, foram apreendidos 11,72 gramas de crack em 22/7/2019, quantidade considerada não relevante por esta Corte, que, dada a ausência de circunstâncias adicionais, indica a adequação da minorante do tráfico privilegiado, não obstante a existência de atos infracionais anteriores: dois atos infracionais análogos aos crimes de porte de arma de fogo e homicídio tentado, aos quais foi concedida a remissão; e um ato infracional análogo à tentativa de homicídio qualificado tentado cometido em 6/9/2017, ao qual foi decretada a internação por prazo indeterminado. 3. A infração em causa é de 22/07/2019, quase dois anos depois do último ato infracional, não havendo a razoável proximidade temporal referida no citado EREsp 1.916.596/SP. 4. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no AgRg no HC n. 631.924/DF, Sexta Turma, Relator: Min. Substituto (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, Julgado em 16/11/2021). (Grifos nossos). AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NEGATIVA. EXISTÊNCIA DE ATO INFRACIONAL. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MINORANTE. INCIDÊNCIA. NECESSIDADE. 1. Trata-se do tráfico de apenas 31,2 g de crack, praticado 2 anos e 6 meses após o cumprimento de medida socioeducativa por ato infracional análogo, não havendo falar em razoável proximidade temporal entre as condutas. Precedentes. 2. Por ocasião do julgamento do EREsp n. 1.916.596/SP (Rel. Ministro , Rel. p/ acórdão Ministra), na sessão de 8/9/2021, prevaleceu, no âmbito da Terceira Seção, para fins de consolidação jurisprudencial e ressaltado o posicionamento da Relatora para o acórdão, “entendimento intermediário no sentido de que o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável

proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração". 3. Na hipótese, contudo, foram apreendidos 17,42 gramas de maconha e 4,45 gramas de cocaína em 24/12/2019, quantidade considerada não relevante por esta Corte, que, dada a ausência de circunstâncias adicionais, indica a adequação da minorante do tráfico privilegiado, não obstante a existência de atos infracionais anteriores ocorridos em 2015, 2016 e 2017. 4. A infração em causa é de 22/7/2019, mais de dois anos depois do último ato infracional, não havendo a razoável proximidade temporal referida no citado EREsp n. 1.916.596/SP (AgRg no AREsp n. 1.909.287/SP, Ministro – Desembargador Convocado do TRF/1ª Região, Sexta Turma, DJe 21/3/2022). 3. Do Supremo Tribunal Federal, colhe-se que a jurisprudência [...] vem se encaminhando no sentido de não admitir que atos infracionais análogos ao crime de tráfico de drogas anteriormente cometidos pelo agente sejam aptos a caracterizar maus antecedentes ou dedicação a atividades criminosas, para o efeito de impedir a minorante do tráfico privilegiado (HC n. 199.060/SP, Ministro , Segunda Turma, DJe 26/3/2021). 4. Incidência da causa especial de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 que se impõe. 5. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no HC n. 724.495/SP, Relator: Min. , Sexta Turma, Julgado em 29/3/2022). (Grifos nossos). AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. MINORANTE. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS ADICIONAIS. ATOS INFRACIONAIS. EXCEPCIONALIDADE. 1. Por ocasião do julgamento do EREsp 1.916.596/SP (Rel. Ministro , Rel. p/ acórdão Ministra), na sessão de 8/9/2021, prevaleceu, no âmbito da Terceira Seção, para fins de consolidação jurisprudencial e ressaltado o posicionamento da Relatora para o acórdão, "entendimento intermediário no sentido de que o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração". 2. Na hipótese, contudo, considerando-se que o flagrante resultou na apreensão de 13,2g de cocaína, 8,6g de crack e 3,3g de maconha, quantidade considerada não relevante por esta Corte; e, ainda, a ausência de circunstâncias negativas adicionais, faz-se cabível a incidência da minorante do tráfico privilegiado, não obstante a existência de atos infracionais, porquanto praticados aproximadamente 3 anos antes da data dos fatos apurados na presente ação penal. 3. Agravo regimental improvido. (STJ, AgRg no REsp n. 1.916.584/SC, Relator: Min. Substituto (Des. Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, Julgado em 16/11/2021). (Grifos nossos). AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. RECONSIDERAÇÃO. FUNDAMENTOS IMPUGNADOS. CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA FORMA PRIVILEGIADA. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS ADICIONAIS. ATOS INFRACIONAIS. EXCEPCIONALIDADE. MINORANTE RESTABELECID. (...). 2. Por ocasião do julgamento do EREsp 1.916.596/SP (Rel. Ministro , Rel. p/ acórdão Ministra), na sessão de 8/9/2021, prevaleceu, no âmbito da Terceira Seção, para fins de consolidação jurisprudencial e ressaltado o posicionamento da Relatora para o acórdão, "entendimento intermediário no sentido de que o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos,

devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração". (...). 3. Na hipótese, contudo, foram apreendidos 17,42 gramas de maconha e 4,45 gramas de cocaína em 24/12/2019, quantidade considerada não relevante por esta Corte, que, dada a ausência de circunstâncias adicionais, indica a adequação da minorante do tráfico privilegiado, não obstante a existência de atos infracionais anteriores ocorridos em 2015, 2016 e 2017. 4. A infração em causa é de 22/07/2019, mais de dois anos depois do último ato infracional, não havendo a razoável proximidade temporal referida no citado EResp 1.916.596/SP. 5. Agravo regimental provido. Agravo conhecido para prover o recurso especial a fim de restabelecer a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, ampliada para 2/3, (re) fixando a condenação definitiva em 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão e 194 dias-multa, em regime aberto, com substituição por penas restritivas de direitos. (STJ, AgRg no AREsp n. 1.909.287/SP, Relator Min. Substituto (Des. convocado do TRF-1ª Região), Sexta turma, Julgado em 15/3/2022. (Grifos nossos). Pontue-se que, em julgado recente desta Egrégia Corte Estadual de Justiça, de relatoria do Des. convocado, a Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal aplicou o indigitado precedente do STJ, e fez incidir a causa da diminuição prevista no § 4º do art. 33, da Lei 11.343/06, diante da ausência de proximidade temporal entre o ato infracional pretérito e o crime sob apuração: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE AUTORIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO. CONDIÇÃO DE USUÁRIO NÃO DEMONSTRADA. DECISÃO CONDENATÓRIA RESPALDADA NO ACERVO PROBATÓRIO. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, ART. 33 DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS NÃO DEMONSTRADA. PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL. INSUFICIÊNCIA. PRECEDENTES DO STJ. VARIEDADE E NATUREZA NOCIVA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS QUE JUSTIFICAM A FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO ABAIXO DO MÁXIMO LEGAL. READEQUAÇÃO DA PENA DE MULTA. REGIME ABERTO FIXADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, A SEREM ESTABELECIDAS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. DE OFÍCIO, ALTERADO O VALOR DO DIA-MULTA, NOS TERMOS DO ART. 49, § 1º, DO CP. (...). A conclusão de que o agente se dedica as atividades criminosas em razão da prática de atos infracionais, para fins de afastamento do tráfico privilegiado, somente se justifica quando evidenciada a gravidade da conduta pretérita, que deve guardar razoável proximidade temporal com o delito em apuração. Precedentes. A variedade e natureza nociva dos entorpecentes apreendidos justificam a aplicação da fração de diminuição do § 4.º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, abaixo do máximo legal. Pena de multa (...). Regime aberto fixado, nos termos do art. 33, § 2.º, alínea c, do CP. Verificado que a sanção alternativa cumpre a função ressocializadora esperada da pena, e preenchidos os requisitos de ordem objetiva, deve-se optar pela substituição da reprimenda corporal, se por outro motivo não estiver custodiado. (TJBA, 05012847020208050001, Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Relator: Des. Substituto, Data de Publicação: 07/12/2022). (Grifos nossos). Há também precedente desta Colenda Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal, no qual a existência de um único registro de ato infracional foi entendida como circunstância pessoal inidônea para o afastamento do “tráfico privilegiado”: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, LEI Nº 11.343/2006. (...). DOSIMETRIA. PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENA BASE NO MÍNIMO LEGAL. PREJUDICADO. ATENUANTE NA MENORIDADE RELATIVA RECONHECIDA E NÃO APLICADA. SÚMULA 231 DO STJ E TESE 158 DO STF. PRETENDIDA APLICAÇÃO DA

CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º ART. 33 DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA. AUSÊNCIA DE VETORIAIS NEGATIVAS DO ART. 59 DO CP. ATO INFRACIONAL. ÚNICO REGISTRO. AUSÊNCIA DE INDICATIVOS DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. APLICAÇÃO DE REGIME DE PENA MENOS GRAVOSO. CABIMENTO. QUANTUM DA PENA QUE SE AMOLDA AO REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO CONHECIDO, E PARCIALMENTE PROVIDO. (...). 4- A prática delitiva está plenamente comprovada. Materialidade restou devidamente comprovada através do Auto de Exibição e Apreensão (fls. 18) e Laudo Pericial Definitivo (fls. 81), os quais atestaram a presença no material apreendido, correspondente a 71gr (setenta e um gramas), distribuída em 51 (cinquenta e uma) porções da substância tetrahydrocannabinol (THC), vulgarmente conhecida como "MACONHA" além de 01 balança de precisão e da quantia de R \$ 107,00 (cento e sete) reais. Autoria – depoimentos das testemunhas de acusação que trazem elementos que configuram o tráfico, não havendo que se falar em absolvição, como pretende o apelo, vez que dissonante do conjunto probatório. (...). 9- Pedido de reconhecimento do Tráfico Privilegiado. Acolhimento. Nesse ponto, conquanto o magistrado tenha argumentado que o réu já respondeu a ato infracional pretérito análogo ao Homicídio, tem-se que o Acusado é tecnicamente primário e não há elementos, nos autos, que comprovem que ele integre organização criminosa ou que se dedique a atividades criminosas. Além disso, deve-se considerar que, na análise das circunstâncias judiciais, sua personalidade e conduta social não foram aquilatadas diante da ausência de informações nos autos, portanto não lhe tendo sido consideradas desfavoráveis e considerando, por fim, o contido no artigo 42 da Lei 11343/06 notadamente no que diz respeito à quantidade (71 gramas) e a natureza da substância apreendida (maconha), tem-se que a ponderação determina lhe seja reconhecida a redução da pena pela fração correspondente a 2/3 (dois terços) . 10- Deste modo, considerando que a pena base do recorrente foi fixada no mínimo legal de 5 (cinco) anos e que inexistem outras atenuantes ou agravantes, aplica-se a redutora na terceira etapa na fração de 2/3 (dois terços), ficando a pena definitiva em 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. (...). 11-Pedido de aplicação de regime inicial de pena menos gravoso. Provimento. Inexistindo circunstâncias que validem a imposição do regime mais gravoso, considero cabível a fixação do regime ABERTO para cumprimento inicial da reprimenda, em face da pena dosada neste Acórdão, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal. 12-Pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Provimento. Verifica-se, nos termos do art. 44, CP, que a pretensão é legítima, pois o Apelante preenche os três requisitos dispostos na lei processual. Desse modo, SUBSTITUI-SE as reprimendas corporais por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução. (...). APELO CONHECIDO, PRELIMINAR REJEITADA E, NO MÉRITO, PARCIALMENTE PROVIDO. (TJBA, Apelação: 0500750-14.2020.8.05.0103, Relator: Des. Substituto , Publicado em: 17/11/2021). (Grifos nossos). Portanto, faz-se necessária a reforma da sentença guerreada, a fim de que, em consonância com o entendimento consolidado pelo STJ, seja reconhecida, no presente caso, a figura do “tráfico privilegiado”. Sopesando as nuances deste caso concreto – registro de um ato infracional e de um procedimento de Auto de Prisão em Flagrante em desfavor do Acusado; apreensão de inexpressiva quantidade de droga de baixo potencial lesivo (cinco gramas de maconha) e de diminuta quantidade de narcótico de alto potencial lesivo (trinta e sete gramas de cocaína); ausência de apreensão de apetrechos

para o tráfico (como balança e aditivos químicos); ato de mercancia sem caráter interestadual ou intermunicipal; ausência de concurso de agentes – é razoável e proporcional que a causa de diminuição em comento seja aplicada no percentual de um terço. Logo, aplicando-se a causa de diminuição do “tráfico privilegiado”, na fração de um terço, a sanção restritiva de liberdade fica reduzida a 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão. A pena de multa, em obediência ao método trifásico, também deve ser reduzida em um terço, sendo fixada em 333 (trezentos e trinta três) dias-multa, à razão de um trigésimo do salário mínimo vigente à época dos fatos. Em virtude da quantidade de pena aplicada – não superior a quatro anos –, da ausência de circunstância judicial valorada de forma negativa e da primariedade do Recorrente, deve ser determinado o regime inicial de cumprimento aberto, em atenção ao art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Neste exato sentido: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGAÇÃO MINISTERIAL DE QUE AS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO IMPEDIRIAM A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. PRIMARIEDADE E QUANTUM DE PENA ESTABELECIDO INFERIOR A 4 (QUATRO) ANOS. REGIME ABERTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I – Na hipótese, consideradas favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, sendo primário o recorrente e o quantum de pena estabelecido não excede 4 (quatro) anos, não há razão para que não se conceda ao recorrente o regime aberto para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal. II – Ademais, não é idônea a utilização da quantidade de droga exclusivamente no momento de fixação do regime prisional, sem que tal circunstância tenha sido utilizada na primeira ou na terceira fases da dosimetria da pena. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no RHC n. 62.627/SP, Relator: Min. , Quinta Turma, Julgado em 7/4/2016). (Grifos nossos). Como o crime imputado foi cometido sem violência ou grave ameaça, as circunstâncias judiciais não foram desvaloradas, o Acusado não é reincidente, e a reprimenda imposta não é superior a quatro anos, deve ser substituída a pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos, em obediência ao art. 44 do Código Penal. Neste exato sentido, seguem precedentes do STJ: PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ASSOCIAÇÃO AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. REGIME SEMIABERTO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...). III – Na hipótese, o regime semiaberto foi estabelecido com base em considerações vagas e genéricas relativas à gravidade abstrata do crime, em clara violação aos enunciados das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e Súmula n. 440 desta Corte Superior, configurando-se, assim, o constrangimento ilegal. Ainda, a pena-base foi fixada no mínimo legal, pois consideradas favoráveis as circunstâncias judiciais, bem como o paciente é primário e a pena não excede o patamar de quatro anos. IV – 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, em moldes a serem especificados pelo Juízo da Execução Penal. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício. (STJ, HC n. 702.057/SP, Relator: Min. Substituto (Des. Convocado do TJDF), Quinta Turma, Julgado em 23/11/2021). (Grifos nossos). PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. PENA

INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 2. Hipótese em que as instâncias ordinárias concluíram pela habitualidade delitiva do agente com base em mero juízo de presunção, na medida em que foram considerados processo em curso, a afirmação dos policiais de que ele seria conhecido pelo tráfico na localidade, a falta de comprovação de atividade lícita e o montante de entorpecente apreendido (97,2g de cocaína e 14,5g de crack"). Assim, uma vez reconhecida a primariedade do réu e o tráfico em pequena escala, mostra-se proporcional a aplicação da causa de diminuição de pena na fração máxima. 3. Estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão e 167 dias-multa, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, diante da primariedade do réu e da análise favorável das circunstâncias judiciais, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal. 4. Pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução, valendo-se anotar que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a concessão do citado benefício, quando preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal. 5. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC n. 729.922/MG, Relator: Min. , Quinta Turma, Julgado em 10/5/2022, DJe de 16/5/2022). (Grifos nossos). AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NATUREZA E QUANTIDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REDUTOR. PATAMAR MÁXIMO. REGIME INICIAL ABERTO. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) III – A quantidade e a natureza da substância entorpecente constituem circunstâncias preponderantes a serem consideradas na dosimetria da pena. No presente caso, contudo, a quantidade de droga apreendida não foi elevada ao ponto de justificar a exasperação da pena-base. IV – Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante. V – A aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no patamar mínimo de um sexto ocorreu sem a devida fundamentação concreta. Desse modo, ausentes fundamentos que justifiquem sua incidência na menor fração, deve a diminuição de pena, na terceira etapa dosimétrica, ocorrer no patamar máximo de dois terços. VI – O Plenário do col. Suprem o Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 – com redação dada pela Lei n. 11.464/07 –, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal. II – Considerando a primariedade do recorrido e o quantum de pena estabelecido, 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, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior. VIII – O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de

direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 5 de 16/2/2012), permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal, como ocorre no presente caso. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC n. 741.835/SC, Relator: Min. Substituto Jesuíno Rissato (Des. Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 15/8/2022). (Grifos nossos). Ainda sobre a possibilidade de substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos, colaciona-se julgado recente desta Colenda Primeira Câmara Criminal 2ª Turma do TJBA, de relatoria do Eminentíssimo Desembargador, no qual o benefício foi concedido para pessoa que realizou o transporte de 6,5 quilos de maconha: PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. TRANSPORTE DE ENTORPECENTES (6,5KG DE "CANNABIS SATIVA"). RECURSOS DA DEFESA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE CONSTATADAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 231, STJ. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE PROVAS DE DEDICAÇÃO AO CRIME E DE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO, TÃO SOMENTE PARA REDIMENSIONAR A PENA APLICADA, E DESPROVIDO O RECURSO MINISTERIAL. I – Trata-se de Apelação Criminal interposta por e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, inconformados com a sentença prolatada pelo Juízo de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que julgou procedente a ação penal, condenando o réu à pena de 03 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime prisional inicial aberto, além do pagamento de 435 (quatrocentos e trinta e cinco) dias-multa, sendo substituída por penas restritivas de direitos. II – O Ministério Público, em sede de Apelação Criminal (fls. 186), pugnou pelo provimento do recurso (fls. 187/190), a fim de que a sentença de fls. 150/166 seja reformada para afastar a incidência da figura privilegiada e respectiva redução da pena, descrita ao parágrafo 4º do artigo 33, da Lei de Drogas. III – A Defesa, por sua vez, em suas razões recursais (fls. 205/210), alegou violação ao princípio da individualização da pena, pois aplicado o redutor previsto no § 4º, do artigo 33, em 1/6 (um sexto), quando todas as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, pugnando, assim, pela aplicação do redutor em 1/2 (metade), já que utilizar apenas a natureza e a quantidade de entorpecentes não é, por si só, requisito suficiente para mitigar o direito subjetivo do Apelante. IV – Materialidade e autoria encontram-se devidamente demonstradas nos autos, sendo que os recursos interpostos tanto pela Acusação, quanto pela Defesa, cingem-se exclusivamente sobre os critérios dosimétricos realizados pelos Juízo de Origem. V – As circunstâncias da apreensão revelam somente a condição de "mula" do Réu, o que não impõe a conclusão de que se dedicava a atividades ilícitas ou participante de organização criminosa. VI – Pena redimensionada para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, a ser cumprida em regime prisional inicial aberto, na forma do artigo 33, § 2º, c, da Lei Penal, sendo substituída por penas restritivas de direitos. VII – Recurso do Ministério Público a que se nega provimento. Recurso Defensivo a que se dá provimento. (TJBA, Apelação 0535569-26.2019.8.05.0001, Relator (a): Des. , Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Publicado em: 08/10/2020). (Grifos nossos). Assim, faz jus o Acusado à substituição da reprimenda corporal por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da

Execução. Do exposto, VOTO no sentido de CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto, a fim de reduzir a sanção corporal imposta para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, no regime inicial aberto, mais o pagamento de 333 (trezentos e trinta três) dias-multa, no valor mínimo legal, com consequente substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Execução. É como voto. Sala das Sessões da Primeira Câmara Criminal 2ª Turma do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 07 de março de 2023.
DESEMBARGADOR RELATOR BMS06