

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8003729-36.2021.8.05.0004 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros Advogado (s): APELADO: ALAN DOS SANTOS e outros Advogado (s): LUIS ANTONIO SANTOS E SANTOS ACORDÃO APELAÇÕES SIMULTÂNEAS. LEI REPRESSORA AO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RÉU CONDENADO COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. CONCEDIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRETENSÕES RECURSAIS: 1. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA DA AUTORIA DELITIVA (PLEITO DEFENSIVO). INACOLHIMENTO. BUSCA E APREENSÃO LEGITIMADA PELA FUNDADA SUSPEITA DE TRÁFICO DE DROGAS E CONSTATAÇÃO OBJETIVA DE COMPORTAMENTO DO RÉU. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEMONSTRADAS NOS AUTOS. VERSÃO DEFENSIVA DESTOANTE DOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA VERGASTADA QUE SE IMPÕE. 2. AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (PLEITO MINISTERIAL). DESCABIDO. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS, JUNTAMENTE COM AS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE, QUE NÃO SE MOSTRAM SUFICIENTES A CONFIGURAR DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. MANUTENÇÃO DA INCIDÊNCIA DO REFERIDO REDUTOR. 3. REFORMA DA DOSIMETRIA DA PENA (PLEITO DEFENSIVO). PROVIDA PARCIALMENTE. MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA NA MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/2 (UM MEIO), IMPONDO-SE A REFORMA DESTA PARA O MÁXIMO LEGALMENTE PREVISTO. PENA DEFINITIVA REDIMENSIONADA PARA 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO, BEM COMO AO PAGAMENTO DE 166 (CENTO E SESSENTA E SEIS) DIAS-MULTA. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO. 4. DISPENSA DA PENA DE MULTA E DAS CUSTAS PROCESSUAIS (PLEITO DEFENSIVO). DESARRAZOADA. OBSERVÂNCIA DO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE DA PENA DE MULTA, IDENTIFICADA COMO SENDO UMA SANÇÃO PENAL. ADOTADO O CRITÉRIO BIFÁSICO, SEGUNDO O QUAL A CAPACIDADE ECONÔMICA DO APELANTE É VERIFICADA APENAS NA ESCOLHA DO VALOR DO DIA-MULTA. CASO EM TELA EM QUE TAL VALOR FOI ARBITRADO NO MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. ISENÇÃO DAS DESPESAS PROCESSUAIS NÃO CONHECIDA POR SE TRATAR DE MATÉRIA DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. APELAÇÃO MINISTERIAL CONHECIDA E DESPROVIDA. APELAÇÃO DEFENSIVA PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDA. Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime nº 8003729-36.2021.8.05.0004, oriundos do Juízo de Direito da 2ª Vara Crime da Comarca de Alagoinhas, tendo como apelantes e apelados MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e ALAN DOS SANTOS. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO APELO MINISTERIAL, bem como CONHECER PARCIALMENTE E, NESTA EXTENSÃO, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO DEFENSIVO, de acordo com o voto do Relator. Sala das sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. João Bosco de Oliveira Seixas Relator 04 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 10 de Junho de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8003729-36.2021.8.05.0004 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros Advogado (s): APELADO: ALAN DOS SANTOS e outros Advogado (s): LUIS ANTONIO SANTOS E SANTOS RELATÓRIO “Cuidam os presentes autos de apelações simultâneas interpostas contra sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara

Crime da Comarca de Alagoinhas. Acerca do fato delitivo sub judice, narrou o ilustre Representante do Ministério Público que, no dia 07/10/2021, por volta das 17:00 h, na Rua São Felix, em Alagoinhas, policiais militares, após terem sido comunicados por populares acerca da existência de um grupo que estava traficando drogas naquela localidade, deslocaram-se e flagrantearam o indivíduo Alan dos Santos na posse de substância entorpecente para fins de mercancia. Prosseguiu o Parquet discorrendo que: "(...) Narram os autos que, durante busca pessoal, os policiais militares apreenderam na posse do denunciado cinco tabletes de maconha, com massa bruta total de 2.590,80g (dois mil quinhentos e noventa gramas e oitenta centigramas), um saco plástico preto contendo maconha com massa bruta total de 70,20 g (setenta gramas e vinte decigramas), um saco plástico contendo cocaína em forma de pó com massa bruta total de 41,10 g (quarenta e uma gramas e dez centigramas) e um saco plástico contendo cocaína em forma de pedra com massa bruta igual a 282,70 g (duzentos e oitenta e duas gramas e setenta centigramas), além de uma balança de precisão e uma faca. Assim, o acusado foi preso em flagrante e conduzido à delegacia de polícia para adoção das providências cabíveis. Ressalte-se que, de acordo com a quantidade e natureza das drogas apreendidas, com o local e as condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais e à conduta do denunciado, extrai-se que as drogas apreendidas se destinavam à comercialização (...)" . Por tal fato, foi oferecida denúncia imputando ao acusado a prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 (id. 51231425). Após a devida instrução criminal, sobreveio sentença julgando o pedido da denúncia procedente e condenando o réu nos termos desta, a uma pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente, sendo concedido o direito de recorrer em liberdade (id. 51232020). Irresignado, o Ministério Público interpôs recurso e apresentou suas razões no sentido de que a dosimetria da pena fosse reformada apenas para afastar a causa de aumento do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, do CP), eis que o réu não preenche os requisitos legais para tanto, precisamente por possuir registro criminal anterior, bem como pela elevada quantidade de drogas apreendida (id. 51232030). Encaminhados a esta Corte de Justiça, foram distribuídos por sorteio, vindo-me conclusos (id. 51274454). De igual forma, o réu interpôs apelo apresentando as seguintes pretensões: 1) A absolvição por ausência de provas da autoria delitiva, ressaltando, inclusive, inexistirem fundamentos específicos para a realização da abordagem policial; 2) Subsidiariamente, a reforma da dosimetria da pena, com a aplicação do tráfico privilegiado no seu patamar máximo, a fixação do regime aberto e a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, e, ainda, a dispensa do pagamento da pena de multa e das custas processuais ante a hipossuficiência econômica do réu (id. 61121304). Contrarrazoando, o réu e o Ministério Público pugnaram pelo conhecimento e desprovimento das respectivas apelações (id's 61121305 e 61121308). Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do apelo defensivo, bem como pelo conhecimento e provimento do apelo ministerial para afastar a incidência da causa de aumento prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 (id. 62071537). Examinados os autos, elaborei o presente relatório e o submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor, para os devidos fins. Salvador, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. João Bosco de Oliveira Seixas Relator 04 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE

JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8003729-36.2021.8.05.0004 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros Advogado (s): APELADO: ALAN DOS SANTOS e outros Advogado (s): LUIS ANTONIO SANTOS E SANTOS VOTO “Devidamente observados os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço de ambos os apelos. 1) Da pretendida absolvição defensiva ante a insuficiência probatória e pela ausência de fundamentos da abordagem policial realizada (pleito defensivo) Acerca do contexto narrado na denúncia, observa-se que o douto sentenciante entendeu que a condenação pelo crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 se encontrava embasada pelos documentos acostados aos autos e pelas oitivas judiciais. Inicialmente, quanto à alegação da ausência de fundamentos para a realização da abordagem policial, tem-se, pela narrativa da peça acusatória, que os policiais militares, após terem sido comunicados por populares acerca da existência de um grupo que estava traficando drogas naquela localidade, deslocaram-se e flagrantearam o indivíduo Alan dos Santos na posse de substância entorpecente para fins de mercancia. Em tal local, indicado inicialmente como sendo uma casa abandonada, estava o réu, ora apelante, momento em que foi apreendida uma significativa quantidade de substância entorpecente. Precisamente sobre tais detalhes, necessário, portanto, conferir as oitivas judiciais contidas na gravação audiovisual da audiência de instrução e julgamento, disponibilizada através da Plataforma LifeSize. Vejamos: Valdemar Leandro Cavalcante de Albuquerque Santos, identificado como sendo um dos policiais militares que efetuou o flagrante do réu, afirmou, em síntese, que se recordava dos fatos narrados na denúncia, elucidando que aquele se encontrava em uma residência abandonada e ao, chegarem no local, o réu estava próximo do material apreendido, inclusive, desenterrando uma grande quantidade da droga (tabletes de maconha e, também, tinha cocaína). Questionado sobre a motivação de tal diligência, a testemunha respondeu que não recordava se foi ordem da CICOM ou se foram populares que passaram a informação, que, ao que se lembra, parecia ser sobre tráfico de drogas. Asseverou não saber se o imóvel era propriedade do réu, destacando apenas que era uma casa em construção, de laje, cujo chão ainda era “batido”. Que existiam materiais de construção (barro, areia, bloco), mas não sabe informar se o réu trabalhava naquele local. Não se recordou do resto do material que estava na casa, mas afirmou que os materiais apreendidos indicavam que a droga iria ser comercializada. Que o réu era a única pessoa no imóvel, mas não se recorda se assumiu a propriedade da droga apreendida, sendo que não reagiu à abordagem policial. Lucas Freitas Costa, também policial militar, afirmou não se recordar completamente dos fatos narrados, mas apenas de terem encontrado o réu numa construção e visualizarem este desenterrando uma boa quantidade de droga (tabletes de maconha e cocaína), não se recordando se a diligência foi oriunda da CICOM ou de ronda policial. Destacou não conhecer anteriormente o réu ou, ainda, ter ciência de seu envolvimento com o tráfico de drogas. Não se recorda ter apreendido faca ou balança de precisão. O réu Alan dos Santos, ao ser interrogado, respondeu as perguntas formuladas em juízo, afirmando que trabalhava como ajudante de pedreiro e costumava ganhar R\$ 300,00 (trezentos reais) por semana, bem de ter sido preso anteriormente por ser dependente de cocaína. Admitiu ainda ser usuário de cocaína, mas não como antes. Sobre os fatos narrados na denúncia, esclareceu que havia acabado de chegar na obra (pois teria ido “bater a laje” em um dia e no outro iria terminar), quando os policiais chegaram com a denúncia que havia droga no

local. Ressaltou que, certamente, havia droga no referido local, mas não significa dizer que a droga que era de sua propriedade. Neste aspecto, apontou que, naquela obra, tinha também um rapaz de prenome "Magno", responsável pela droga. O declarante asseverou que, na hora em que tudo aconteceu, não falou nada com os policiais, pois ficou com receio do que poderia acontecer. Que os policiais não pegaram droga alguma na mão do declarante, pois a droga estava no local. Ainda, acrescentou que, quando os policiais chegaram no local, já tinha uns 40 (quarenta) minutos que o senhor Magno havia saído de lá. Destacou que foram os policiais que encontraram a droga após terem revistado todo o local, acrescentando o declarante, inclusive, que nenhuma da referida droga era para seu uso pessoal. Frisou que a droga encontrada não era de sua propriedade e que nunca foi traficante. Que trabalhava naquela obra há aproximadamente 05 (cinco) meses e foi contratado por Dona Ana, sendo que conheceu Magno lá mesmo. Esclareceu que Magno não trabalhava na obra, mas era conhecido dos donos, por isso que ia lá, utilizando o local para guardar a droga. Que o pedreiro Iranildo ainda questionou Magno sobre tal situação, mas este respondeu que não teria problema, pois quando terminasse a quantidade da droga que ali se encontrava, não iria comprar mais. Afirmou que a dona da obra não comparecia muito no local, pois era uma senhora de idade, mas Magno já conhecia o pedreiro. Diante do teor de tais oitivas judiciais, restou demonstrado, portanto, que os policiais militares, movidos apenas por razão de ordem do Centro Integrado de Comunicações (CICOM) ou por informações de populares, adentraram numa casa, inicialmente identificada como sendo abandonada, a qual, entretanto, posteriormente aparentou estar em construção, onde se encontrava o réu, ora apelante, sendo este abordado por ter sido avistado desenterrando uma significativa quantidade de drogas. Restou delimitado, portanto, que a busca pessoal realizada pelos policiais não decorreu de mera uma atitude suspeita do réu, ora apelante, mas sim de fundadas suspeitas do tráfico de drogas e da constatação objetiva de comportamento deste, motivo pelo qual entende este relator que deve ser rechaçada a alegação de ausência de justificativa para a referida abordagem policial, sendo esta legítima. Em sentido semelhante, mutatis mutandis, vem sendo perfilhado o entendimento jurisprudencial da Egrégia Corte de Justiça: "(...) 1. O art. 244 do CPP dispõe que "a busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar". 2. No caso dos autos, havia denúncia anônima circunstanciada a respeito do tráfico de drogas em determinada região, descrevendo inclusive as características físicas do indivíduo e, em diligência ao local indicado, os policiais avistaram um indivíduo (paciente Glayson) com as características contidas na denúncia, o qual demonstrou nítido nervosismo e despejou um objeto no chão, ao lado do pneu de um veículo, o que motivou a sua abordagem. Na oportunidade foi encontrada uma porção de maconha. Desse modo, devidamente justificada a existência de fundada suspeita, não há falar em qualquer ilegalidade na busca pessoal (...)" (STJ, AgRg no HC n. 834.523/G0, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 22/4/2024, DJe de 24/4/2024) – grifos nossos. No que se refere à materialidade delitiva, verifica-se, através do auto de exibição e apreensão, do laudo de constatação preliminar e do laudo definitivo que foram apreendidas uma balança de precisão, uma arma branca e substâncias entorpecentes identificadas como sendo de uso proscrito no Brasil, em consonância com a Portaria nº

344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, precisamente: a) tetrahydrocannabinol (THC), componente psicoativo da cannabis sativa (maconha), distribuída em 05 (cinco) tabletes compactos, com massa bruta de 2.590,80 g (dois mil quinhentos e noventa gramas e oitenta centigramas) e num saco plástico com erva seca prensada, talos, folhas e sementes com massa bruta de 70,20 g (setenta gramas e vinte centigramas); b) benzoilmetilecgonina (cocaína), distribuída em sacos plásticos contendo 41,10 g (quarenta e um gramas e dez centigramas) e 282,70 g (duzentos e oitenta e dois gramas e setenta centigramas) (respectivamente, id. 51231426, fls. 14, 37/38 e id. 51231429). No tocante à autoria do crime em comento, atesta-se que os policiais militares registraram, em seus testemunhos, que estavam em uma diligência e, após informações obtidas pela CICOM ou populares, deslocaram-se para a referida casa abandonada e, ao chegarem lá, avistaram o réu, ora apelante, em notória situação de flagrante, desenterrando as substâncias entorpecentes, motivo pelo qual realizaram a abordagem. Diante do teor de tais oitivas e demais informações contidas nos autos, este relator conclui que a tese absolutória quanto ao crime de tráfico de drogas se revela destoante dos demais elementos probatórios, principalmente diante dos depoimentos dos policiais, aos quais deve ser atribuído o valor probante devido, pois razão não existe para que sejam afastados, sobretudo quando convergentes com o conjunto fático probatório dos autos. Feitas tais considerações, mostram-se, portanto, válidos tais depoimentos, principalmente porque, além de serem colhidos em nítida observância ao devido processo legal, também inexistem nos autos razões pessoais dos referidos policiais que pudessem macular a incriminação do apelante. Esse, inclusive, é o entendimento que vem sendo perfilhado pelo Egrégio STJ quando destaca que "(...) A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos (...)" (STJ, HC 608.558/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 07/12/2020). Destarte, restou apontado que a situação relatada pela acusação, na qual o apelante foi flagrantado, caracteriza, no mínimo, uma das ações delitivas previstas no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, conforme se infere da referida norma, in verbis: "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 (...)". Ademais, registra-se, consoante entendimento jurisprudencial da Egrégia Corte Superior de Justiça, que o tipo penal sub judice é de ação múltipla e não exige a comprovação do mercancia, configurando-se pela verificação de uma das condutas nele inseridas. Nesta senda, confira-se precedente: STJ, AgRg no AREsp n. 1.803.460/ES, relator Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 19/9/2022. Destarte, entende este relator que existe prova suficiente a manter a condenação exatamente nos termos da sentença vergastada. 2) Do pretendido afastamento do tráfico privilegiado (pleito ministerial) Acerca do contexto narrado na denúncia, frisa-se que, consoante as informações contidas nos autos, que o réu, ora apelado, foi flagrantado, dentro de uma casa abandonada, aparentemente em construção, desenterrando uma significativa quantidade de drogas, qual seja, de aproximadamente 2.700 Kg (dois quilos e setecentos gramas) de maconha e de 310 g (trezentos e dez

gramas) de cocaína. Em razão de tais informações, o douto sentenciante fixou a basilar em 05 (cinco) anos de reclusão, e, em seguida, reconheceu o tráfico privilegiado, diminuindo a pena em $\frac{1}{2}$ (um meio), a qual resultou em definitiva de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente. Vejamos dos seguintes trechos da dosimetria da pena (id. 51232020): "(...) Passa-se, em seguida, à dosimetria da pena do delito tipificado no art. 33, da Lei nº. 11.343/2006, a ser aplicada em estrita observância ao disposto no art. 68, caput, do CP. Analisando-se as diretrizes constantes no art. 59 do CP, observa-se que o réu agiu com culpabilidade normal à espécie, razão pela qual nada se tem a valorar; conforme certidão acostada aos autos, o acusado não possui antecedentes; pouco se apurou sobre sua conduta social e sobre sua personalidade, razão porque não serão valoradas; o motivo do delito é próprio e se constitui pelo desejo de obtenção de lucro fácil, o qual já é punido pela própria tipicidade e previsão do delito; as circunstâncias já se encontram relatadas nos autos e não podem ser computadas em desfavor do réu; as consequências do crime são danosas à sociedade, mas nada se valorou nos autos; o comportamento da vítima, no caso, a sociedade, em nada contribuiu para o crime. À vista, portanto, das circunstâncias individualmente acima analisadas, fixa-se a pena-base do réu, em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo vigente à época do cometimento do delito, observando-se a situação econômica do réu. Em seguida, verifica-se a inexistência de circunstâncias atenuantes e de agravantes, razão porque a pena permanece tal qual fixada na pena-base. Presente a causa de diminuição de pena constante no § 4º do art. 33 da lei n. 11.343/06, razão porque se diminui a pena no importe de 1/2 (metade), fixando-se a pena do acusado, definitivamente, em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo vigente à época do cometimento do delito, observando-se a situação econômica do condenado (...)" – grifos nossos. Ora, consabido que o reconhecimento de tal minorante exige o preenchimento cumulativo dos seus requisitos, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa, o que, na visão de considerável parte da doutrina é louvável, pois representa uma forma de reduzir a punição do "traficante de primeira viagem". In casu, apesar de o órgão ministerial, ora apelante, ter apontado que existe ação penal anterior contra o apelado, tombada sob o nº 0500623-19.2019.8.05.0004 (por crime de dano e facilitação da fuga de detentos), é possível observar, através de consulta ao Sistema PJe de Primeiro Grau que tal processo não possui trânsito em julgado, pois ainda nem mesmo foi sentenciado. Destarte, em consonância com o recente entendimento, firmado no Tema Repetitivo nº 139 da Corte Superior de Justiça, conclui-se que as ações penais em curso, sem registro de definitividade, não se mostram aptas a afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado, sob pena de ofender o princípio da presunção de inocência. É o que se infere do julgado do Recurso Especial Repetitivo nº 1.977.027/PR: "RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos

legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais. 2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso. 3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza. 4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena. 5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles. 6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante. 7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis. 8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação

habitual ao crime. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto. 9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para fins penalógicos. 10. Não se deve confundir a vedação à proteção insuficiente com uma complacência diante da atuação insuficiente dos órgãos de persecução penal. É certo que não podem ser criados obstáculos injustificáveis à atuação do Estado na defesa dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada, todavia isso não legitima a dispensa do cumprimento dos ônus processuais pelos órgãos de persecução penal, não autoriza a atuação fora da legalidade e não ampara a vulneração de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir provas concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice. 11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma "análise de contexto" para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, não há que se recorrer a inquéritos e ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e ações penais em curso na tentativa de demonstrar a dedicação criminosa, é porque os demais elementos de prova são insuficientes, sendo necessário formular a ilação de que o Acusado "não é tão inocente assim", o que não se admite em nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a ilicitude do fundamento, que decorre do raciocínio presuntivo contra o Réu que ele encerra, não se altera em face de outros elementos dos autos. 12. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06". A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c.o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017). 13. Recurso especial provido" (STJ, REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022) – grifos nossos. Outrossim, observa-se, ainda que, além de o apelado ser considerado primário e possuidor de bons antecedentes, foi flagrantado em circunstâncias delitivas que não asseguram a "dedicação à atividade criminosa". Isto porque, embora os policiais militares tenham afirmado, em sede de inquérito, que o réu, ora apelado, foi encontrado em um local que estaria havendo o tráfico de drogas, onde foram apreendidas uma quantidade considerável de maconha e pequena de cocaína, bem como uma balança de precisão e uma arma branca (id. 51231426), tais informações não foram integralmente ratificadas em juízo, quando os referidos policiais apenas atestaram a apreensão das substâncias entorpecentes, mas não se recordando sobre as demais circunstâncias do flagrante. Nesse sentido, inclusive, sobreleva-se o entendimento que vem sendo perfilhado pelo Egrégio STJ no sentido de que para configurar a

“dedicação à atividade criminosa” impõe-se observar a quantidade e natureza da droga em conjunto com outras circunstâncias do delito, as quais devem indicar a habitualidade do tráfico de drogas e não apenas um “traficante ocasional”. É o que se extrai, mutatis mutandis, de recentes julgados, in verbis: “(...) Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (...)” (STJ, AgRg no AREsp 1976007/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/02/2022, DJe 25/02/2022) – grifos nossos. “PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E POSSE IRREGULAR DE AMAR DE FOGO DE USO PERMITIDO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ELEMENTOS CONCRETOS A CONFIRMAR A DEDICAÇÃO À ATIVIDADE DELITIVA. REGIME INICIAL FECHADO FUNDADO NA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. QUANTUM DE PENA APLICADO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) III – Com efeito, os requisitos previstos na causa de diminuição – ser o agente primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa – são de observância cumulativa, vale dizer, a ausência de qualquer deles, implica a não aplicação da causa de diminuição de pena. Ademais, 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, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico. IV – A despeito da quantidade de droga apreendida – 5.202,79 g de maconha; 250,0 g de cocaína –, há outros elementos aptos a afastar o tráfico privilegiado. Conforme exposto pela Corte originária, o paciente confessou que há 03 (três) meses praticava o comércio espúrio de drogas. Ademais, com o paciente foram apreendidos petrechos utilizados comumente no comércio espúrio de drogas: um liquidificador, 01 faca, 01 balança de precisão, 01 rolo de plástico filme, 01 rolo de sacos plásticos, 01 peneira, 01 saco contendo microtubos (pinos) vazios e 01 sacola contendo saquinhos tipo zip. Assim, a Corte originária se convenceu de que o paciente se dedicava, efetivamente, às atividades criminosas, porque não se tratava de traficante ocasional. V – De qualquer sorte, a jurisprudência desta Corte Superior tem mantido o afastamento do tráfico privilegiado, quando há condenação pela prática de crime de porte/posse de armas, na hipótese em que o delito da Lei n. 10.826/2003 é perpetrado no contexto do comércio espúrio de entorpecentes. Precedentes. (...) Agravo regimental desprovido” (STJ, AgRg no HC n. 843.753/SP, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 5/12/2023, DJe de 11/12/2023) – grifos nossos. Feitas tais considerações, entendo que, no caso sub judice, as circunstâncias do flagrante não foram suficientes a demonstrar a “dedicação à atividade criminosa” do apelado, motivo pelo qual não assiste razão à pretensão ministerial, devendo, portanto, ser mantida a incidência do redutor do tráfico privilegiado. 3) Da pretendida reforma da dosimetria da pena (pleito defensivo) Por sua vez, o réu, ora apelante, pretende a reforma da dosimetria da pena, com a aplicação do tráfico privilegiado no seu patamar máximo, a fixação do

regime aberto e a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos. Ora, de fato, ao analisar as razões expostas pelo douto sentenciante, observa-se que este não apresentou qualquer fundamentação para a modulação do redutor do tráfico privilegiado na fração de 1/2 (um meio), motivo pelo qual deve esta ser aplicada no máximo legalmente previsto, qual seja, 2/3 (dois terços). Nesta senda de raciocínio, embasa recente julgado: “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REDUTOR FIXADO EM 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO ESPECÍFICA. FIXAÇÃO DO PATAMAR MÁXIMO DE 2/3. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.I – A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a.II – 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. III – In casu, 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. Agravo regimental desprovido.”(STJ, AgRg no HC n. 762.057/RN, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Quinta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 29/11/2022) – grifos nossos. Destarte, deve a pena definitiva ser reformada para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida no regime aberto, bem como ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor mínimo legalmente estabelecido. Entretanto, verificado o preenchimento dos requisitos do art. 44 do CP, deve a pena privativa de liberdade ser substituída por duas restritivas de direitos, sendo que uma delas deve ser a de prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, preferencialmente em instituição destinada ao tratamento de toxicômanos.

4) Da pretendida dispensa do pagamento da pena de multa e das despesas processuais (pleito defensivo) É de curial sabença que a pena de multa é legalmente estabelecida como uma sanção penal, não podendo ser excluída quando é expressamente prevista e cominada ao tipo penal, pois inexistente qualquer previsão legal acerca de sua exclusão. É o que se infere do entendimento que vem sendo perfilhado pela jurisprudência pátria: “(...) Nos termos da jurisprudência desta Corte, não se admite a isenção da pena de multa prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora, por falta de previsão legal (...)” (STJ, AgRg no AgRg no AREsp n. 2.026.736/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 27/5/2022) – grifos nossos. Ademais, é cediço que para fixação da pena de multa deve ser observado o critério bifásico. Nesse contexto, considera-se que a primeira fase diz respeito à quantidade de dias-multa, devendo o julgador se valer dos mesmos critérios utilizados para a fixação da reprimenda corporal, para que ambas as sanções guardem proporcionalidade. Já na segunda fase, o magistrado, observando a capacidade econômica do réu, fixa o valor do dia-multa. No presente caso, registra-se que o réu, ora apelante, foi condenado ao pagamento de “250 (duzentos e cinquenta) dias-multa”, sendo este arbitrado de forma

proporcional à pena privativa de liberdade imputada. Ainda, nesse aspecto, conclui-se que a capacidade econômica do apelante somente deve ser considerada na segunda fase de aplicação da pena de multa, ou seja, quando se escolhe o valor do dia multa e, no caso vertente, foi valorado no mínimo legal e, logo, em 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo ao tempo da prática do crime, nos termos do que dispõe o art. 49, § 1º, do CP. Já quanto à isenção do pagamento de multas processuais, resta claro que o exame da hipossuficiência do apelante não pode ser analisado por este relator, sob pena de supressão de instância, pois tal matéria é afeta ao Juízo das Execuções Penais, consoante orientação predominante no STJ, a seguir transcrita: "(...) 9. De acordo com a jurisprudência desta Corte, o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução e, por tal razão,"nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais"(AgRg no AREsp n. 394.701/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI, SEXTA TURMA, DJe 4/9/2014). 10. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no AREsp n. 1.880.906/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 1/4/2022)– grifos nossos. Feitas tais considerações, entendo que não merece ser acolhida a pretensão de dispensa de multa, bem como não deve ser conhecida a pretensão de isenção do pagamento das custas processuais. Por tais razões, vota-se no sentido de CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO APELO MINISTERIAL, bem como CONHECER PARCIALMENTE E, NESTA EXTENSÃO, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO DEFENSIVO, apenas para alterar a fração aplicada ao tráfico privilegiado e, assim, redimensionar a pena definitiva para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, bem como substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, mantendo os demais termos do édito condenatório". Ex positis, acolhe esta Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia o voto através do qual se CONHECE E NEGA-SE PROVIMENTO AO APELO MINISTERIAL e SE CONHECE PARCIALMENTE E, NESTE EXTENSÃO, JULGA-SE PARCIALMENTE PROVIDO O APELO DEFENSIVO, nos termos ora proferidos. Sala das sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. João Bosco de Oliveira Seixas Relator 04