

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8133958-93.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: FERNANDO JESUS DA CONCEICAO Advogado (s): DEIVISON SANTOS DE ALMEIDA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, DA LEI Nº 11.343/06). PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO (ART. 16, IV, DA LEI Nº 10.826/03). INCIDÊNCIA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PROVIMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS USADAS NA PRIMEIRA FASE PARA EXASPERAR A PENA-BASE E NA TERCEIRA FASE PARA AFASTAR O § 4º, ART. 33, DA LEI Nº 11.343/06. BIS IN IDEM. REFORMA QUE SE IMPÕE. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS EVIDENCIANDO A DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO TIPIFICADO NO ART. 16 DA LEI 10.826/03 PARA A CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO INCISO IV, ART. 40, DA LEI Nº 11.343/06. IMPROVIMENTO. DELITOS AUTÔNOMOS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. DESPROVIMENTO. MANUTENÇÃO DOS MOTIVOS ENSEJADORES DA PRISÃO. OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE. 1.Trata-se de recurso de apelação interposto por Fernando Jesus da Conceição, irresignado com a sentença que o condenou pelas práticas dos delitos tipificados no art. 16, IV, da Lei nº 10.826/03 e art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, em concurso material, à pena de 08 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial fechado, além do pagamento de 593 (quinhentos e noventa e três) dias-multa, cada um no valor equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. 2. No dia 14 de outubro de 2021, nesta capital, na localidade Amendoeira, bairro do Ogunjá, após revista pessoal em via pública, o Apelante foi preso portando 01 (um) revólver, marca Rossi, numeração suprimida e uma mochila contendo 186 (cento e oitenta e seis) porções de maconha, totalizando 564,61g (quinhentos e sessenta e quatro gramas e sessenta e um centigramas); 98 (noventa e oito) porções de cocaína acondicionadas individualmente em microtubos plásticos, totalizando 192,45g (cento e noventa e dois gramas e quarenta e cinco centigramas); 01 (uma) balança de precisão pequena; a quantia de R\$ 44,15 (quarenta e quatro reais e quinze centavos) e 03 (três) pacotes de saco plástico transparente. 3. Pedido de reconhecimento do tráfico privilegiado. Provimento, na esteira do parecer da d. Procuradoria de Justiça. Natureza e quantidade das drogas usadas para exasperar a basilar e, ao mesmo tempo, afastar o § 4º, art. 33, da lei nº 11.343/06. Observa-se que o Juízo a quo, de fato, considerou os elementos relacionados no art. 42 da Lei 11.343/06 para exasperar a pena-base e utilizou o mesmo fundamento para afastar a aludida causa de diminuição de pena. 4. Nesse viés, insta asseverar que o Pretório Excelso no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), considerou como bis in idem a utilização da "quantidade" de droga apreendida na primeira fase de fixação da pena, e também para impedir a aplicação da aludida causa especial de diminuição de pena. Corroborando com tal entendimento, em julgado recente (RESP n.º 1887511/SP), de Relatoria do Min. João Otávio de Noronha, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, a fim de estancar as inúmeras divergências existentes entre as Turmas criminais do STJ quanto ao tema, consignou a existência de bis in idem em caso análogo, vedando a utilização, a um só tempo, da quantidade e variedade das drogas para a valoração da pena base, e para desautorizar a concessão da aludida causa de diminuição (STJ – RECURSO ESPECIAL Nº 1887511–SP 2020/0195215–3, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento 09/06/2021, TERCEIRA SEÇÃO). O aludido aresto, inclusive, pontuou que o "tráfico

privilegiado" é um instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, motivo pelo qual a quantidade e a natureza da droga não são aptas, por si sós, a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa. Portanto, a despeito da quantidade de drogas apreendida no caso, na esteira do aludido julgado, tal fato não pode servir de óbice à aplicação da causa de diminuição de pena, notadamente por tal circunstância ter sido valorada na primeira fase da dosimetria. 5. Acrescente-se que, embora tenha havido a apreensão de arma de fogo, tal fato não foi mencionado pela magistrada singular ao afastar a aludida benesse. Assim, à míngua de recurso da acusação, inovar na fundamentação seria incorrer em reformatio in pejus. Ademais, na esteira do parecer da d. Procuradoria de Justiça, evidencia-se que os petrechos para o tráfico demonstram o fim mercantil das drogas e não, necessariamente, a dedicação às atividades criminosas. Ante o exposto, em razão da vedação ao bis in idem, bem como da inexistência de fundamentação primeva sobre outras circunstâncias aptas a afastar a aplicação da aludida medida, merece provimento o recurso defensivo, fazendo jus o Apelante à incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da lei 11.343/06, no patamar máximo. 6. Desclassificação da conduta tipificada no art. 16 da Lei nº 10.826/03 para a causa de aumento prevista no inciso IV, art. 40, da Lei 11.343/06. Desprovimento. Autonomia entre as condutas. Não há elementos concretos demonstrando que o Apelante estivesse exibindo a arma de fogo como recurso de intimidação difusa ou coletiva, conforme redação do art. 40, IV, da Lei nº 11.343/06. Assim, não restou evidenciado que o delito de porte ilegal de arma de fogo tenha sido praticado como um meio para garantir a mercancia de drogas. 7. Sanção definitiva do tráfico de drogas. A pena-base do delito de tráfico de drogas foi mantida em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Na segunda fase, não houve atenuantes ou agravantes. Na terceira etapa, em face da reforma da sentença para aplicar o tráfico privilegiado, na fração de 2/3 (dois terços), a sanção provisória restou redimensionada para 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além de 191 (cento e noventa e um) dias-multa. 8. Em relação à dosimetria do crime previsto no art. 16, IV, da Lei nº 11.343/06 não há o que se reformar, pois a sanção foi fixada no mínimo legal de 03 anos de reclusão, além de 10 (dez) dias-multa, à razão mínima unitária. 9. Reconhecido o concurso material entre os crimes, nos termos do art. 69 do Código Penal, o réu resta definitivamente condenado à pena de 04 (quatro) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além de 201 (duzentos e um) dias-multa, à razão mínima unitária. Conforme a regra do art. 33, § 2º, b, do CP, fixo o regime inicial semiaberto. 10. Resta desprovido o direito de recorrer em liberdade, uma vez que o Apelante permaneceu preso durante toda a ação penal e ainda persiste o risco à ordem pública (outra ação penal pela mesma imputação). Todavia, a prisão provisória deve ser compatibilizada com o regime semiaberto, conforme entendimento dos Tribunais Superiores, de modo que o Apelante deve ser transferido para estabelecimento compatível com o referido regime. 11. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8133958-93.2021.8.05.0001, em que figura como Apelante FERNANDO JESUS DA CONCEIÇÃO e como apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores componentes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do

Estado da Bahia, em CONHECER do recurso e julgá-lo PARCIALMENTE PROVIDO, conforme certidão de julgamento, nos termos do voto condutor. Salvador/BA, data registrada no sistema. Nartir Dantas Weber Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 15 de Setembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8133958-93.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: FERNANDO JESUS DA CONCEICAO Advogado (s): DEIVISON SANTOS DE ALMEIDA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s):

RELATÓRIO O ilustre Representante do Ministério Público ofertou denúncia em face de FERNANDO JESUS DA CONCEIÇÃO como incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06 e do art. 16 da Lei nº 10.826/03, na forma do art. 69 do CP. A acusatória narra o seguinte: Consta do procedimento investigatório anexo que, no dia 14 de outubro de 2021, nesta capital, o ora denunciado trazia consigo substâncias entorpecentes de uso proscrito no Brasil, conhecidas como maconha e cocaína, já fracionadas para venda a usuários. Segundo apurou os autos do procedimento inquisitorial, policiais militares receberam informação da CICOM de que estava havendo disparos de arma de fogo, na Vila Paraíso, no Bairro do Ogunjá. Ato contínuo, a guarnição se deslocou até o local, mas não obteve êxito na localização de indivíduos ou elementos alvejados por armas de fogo. Posteriormente, por volta das 19h00, nova informação foi passada pela CICOM indicando que havia indivíduos disparando armas de fogo na localidade conhecida como Amendoeira, também situada no Bairro do Ogunjá, e que provavelmente seriam os mesmos indivíduos da informação anterior. Realizadas as diligências com o apoio do Batalhão da Choque, os prepostos do estado localizaram cerca de quatro indivíduos em um local que funcionava como “boca de fumo”, e estes, ao perceberem a presença da guarnição, empreenderam fuga. Ainda em incursão, os policiais alcançaram o ora denunciado. Após a abordagem e consequente revista, como ele foi encontrado uma mochila rosa contendo: • 186 (cento e oitenta e seis) porções de maconha, sendo 184 (cento e oitenta e quatro) porções de menor tamanho, embaladas em plástico incolor, 01 (uma) porção de maior tamanho compactada e parcialmente embalada em plástico incolor, e 01 (uma) porção de tamanho médio acondicionada em uma sacola plástica preta, totalizando 564,61g (quinhentos e sessenta e quatro gramas e sessenta e um centigramas); • 98 (noventa e oito) porções de cocaína acondicionadas individualmente em microtubos plásticos, totalizando 192,45g (cento e noventa e dois gramas e quarenta e cinco centigramas); • 01 (uma) balança de precisão pequena; • 07 (sete) aparelhos celulares; • 01 (uma) balaclava, cor preta; • R\$ 44,15 (quarenta e quatro reais e quinze centavos); • 01 (uma) corrente prateada; • 01 (um) revólver, marca Rossi, numeração suprimida; • 03 (três) pacotes de saco plástico transparente. Auto de prisão em flagrante de ID 31758544, auto de exibição e apreensão de ID 31758544 – Pág. 7, laudo de constatação de ID 31758545 – Pág. 10, laudo de exame pericial das drogas de ID 31758559, laudo pericial da arma de fogo e munições de ID 31758557. Transcorrida a instrução, a M.M. Juíza da 2ª Vara de Tóxicos de Salvador/Ba, na sentença de ID 31758599, julgou PROCEDENTE a denúncia para condenar FERNANDO JESUS DA CONCEIÇÃO como incurso nas sanções previstas no art. 16, da Lei nº 10.826/2003 e art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006. O crime de tráfico de drogas foi apenado com 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado, além de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo do fato delituoso.

O crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito recebeu a reprimenda definitiva de 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto, e 10 (dez) dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. Em razão do concurso material, as penas foram unificadas em 08 (oito) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 593 (quinhentos e noventa e três) dias-multa, cada um no valor equivalente a um trigésimo do salário-mínimo vigente à época do fato. Não foi concedido o direito de recorrer em liberdade. Inconformado com a sentença, FERNANDO JESUS DA CONCEIÇÃO apresentou razões de apelação no ID 31758615 requerendo a incidência do § 4º, art. 33 da lei 11.343/06. Em relação à conduta de portar arma de fogo, requereu que seja desclassificada para o art. 40, IV, da Lei nº 11.343/06. Pleiteou ainda o direito de recorrer em liberdade. Em contrarrazões de ID 31758620, o Ilustre Representante do Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e total improvimento do recurso. A d. Procuradoria de Justiça, no parecer de ID 32434027, subscrito pela Dr.ª Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves, manifestou-se pelo conhecimento e parcial provimento do apelo. Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. Salvador/BA, data registrada no sistema Nartir Dantas Weber Relatora AC15 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8133958-93.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: FERNANDO JESUS DA CONCEIÇÃO Advogado (s): DEIVISON SANTOS DE ALMEIDA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade. A defesa não realiza pleito absolutório e, analisando os autos, não se verifica nenhuma ilegalidade que deva ser declarada de ofício. A autoria e materialidade restaram comprovadas nos depoimentos das testemunhas e nos documentos coligidos aos autos (Auto de prisão em flagrante de ID 31758544, auto de exibição e apreensão de ID 31758544 – Pág. 7, laudo de constatação de ID 31758545 – Pág. 10, laudo de exame pericial das drogas de ID 31758559, laudo pericial da arma de fogo e munições de ID 31758557). Outrossim, passemos ao exame dos pedidos defensivos. PEDIDO DE INCIDÊNCIA DO § 4º, ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06 Compulsando-se os autos, evidencia-se que o Apelante foi preso na posse de 564,61g (quinhentos e sessenta e quatro gramas e sessenta e um centigramas) de maconha e 192,45g (cento e noventa e dois gramas e quarenta e cinco centigramas) de cocaína, além de apetrechos para o tráfico (uma balança de precisão pequena e três pacotes de sacos plásticos). Analisando-se a sentença condenatória, verifica-se que a magistrada primeva utilizou a natureza e a quantidade de drogas para exasperar a pena-base, tecendo a seguinte fundamentação: O réu agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar; quanto aos antecedentes, verifico que o réu responde a outro processo de idêntica natureza pela 3ª Vara de Tóxicos (autos de nº 0577202-85.2017). Entretanto, em observância à súmula nº 444 do STJ, deixo de valorar tal circunstância judicial; no que tange à personalidade, não tem este Juízo informações relevantes para valorar; também inexistem dados sobre sua conduta social; o motivo e as consequências do crime são os comuns inerentes ao tipo penal; as circunstâncias do crime lhe são desfavoráveis, eis que foi detido em via pública trazendo consigo elevada quantia de drogas de natureza diversa – 186 (cento e oitenta e seis) porções de maconha, totalizando 564,61g (quinhentos e sessenta e quatro gramas e

sessenta e um centigramas) e 98 (noventa e oito) porções de cocaína, totalizando 192,45g (cento e noventa e dois gramas e quarenta e cinco centigramas), esta última de elevado poder viciante e destrutivo; as consequências são desconhecidas à vista de inexistência de elementos comprobatórios do tempo da atividade mercantil; não se pode cogitar do comportamento da vítima. (Sentença, ID 31758599 – Pág. 8, grifei). Assim, a basilar restou fixada em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias–multa. Todavia, a natureza e a quantidade das drogas foram também utilizadas para afastar o tráfico privilegiado. Vale transcrever excerto da sentença neste particular: Registre-se ainda que, no caso em apreço não incide a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, haja vista terem sido apreendidos com o réu – além da vultosa quantidade de drogas – sacos plásticos transparentes e balança de precisão, sinais que fazem por concluir a dedicação do denunciado às atividades criminosas. (sentença de ID 31758599 – Pág. 8, grifei). Todavia, o Pretório Excelso, em sede de Repercussão Geral, julgou o ARE n.º 666.334/AM, em 03/04/2014, fixando o entendimento de que “as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena” (STF, ARE 666334 RG, Relator (a): GILMAR MENDES, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2014). Em outros termos, o Supremo Tribunal Federal entende configurar bis in idem a dupla utilização da natureza e quantidade da droga apreendida, ao aumentar as penas-base na primeira fase e, na terceira, deixar de conceder ou, aplicar em fração inferior à máxima, a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Mais recentemente, em 09/06/2021, a fim de estancar as inúmeras divergências existentes entre as Turmas Criminais quanto ao assunto, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça julgou o REsp. 1.887.511/SP, de Relatoria do Min. João Otávio de Noronha, fixando as seguintes premissas: “1) a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são fatores a serem necessariamente considerados na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006; 2) sua utilização supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa; 3 – podem ser utilizados para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas na primeira etapa, para fixação da pena-base” (STJ, REsp1887511/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2021, DJe 01/07/2021, grifos no original). O aludido aresto, inclusive, asseverou que o “tráfico privilegiado” é um instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, motivo pelo qual a quantidade e a natureza da droga não são aptas, por si sós, a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa. Consoante decisão do STJ, “a natureza e a quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas, supletivamente, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a

integração a organização criminosa” (AgRg no HC nº 714322/SP). Retornando ao caso sob análise, evidencia-se que o tráfico privilegiado foi afastado em virtude da natureza e quantidade das drogas, assim como os sacos plásticos e a balança de precisão apreendidos na mochila do Apelante. Todavia, os apetrechos em poder do Acusado indicam tão somente a finalidade comercial da droga, não se prestando a configurar a dedicação às atividades criminosas. Ressalte-se que a apreensão de arma de fogo em poder do Apelante poderia constituir fundamento para afastar o tráfico privilegiado, mas não foram utilizados pelo julgador singular e, à míngua de recurso da acusação, não deve ser considerada. Este também é o posicionamento da d. Procuradoria de Justiça, conforme trecho do parecer a seguir transcrito: Inicialmente, verifica-se que a motivação lançada no decisum invectivado não desponta como suficiente e idônea para se considerar que o apelante se dedica a atividades criminosas. Isso porque a magistrada a quo se refere expressamente ao fato de terem sido apreendidos sacos plásticos e balança de precisão em seu poder. No entanto, bem se vê que a mera apreensão de tais objetos indica tão somente o destino dos entorpecentes, efetivamente voltado à mercancia ilícita – tipificando, portanto, o delito de tráfico de drogas – mas não são seguros o bastante para se considerar que o recorrente se dedica a atividades criminosas. Vale dizer que se depreendem dos autos outras circunstâncias que levam a crer que, de fato, ele se dedica a tarefas ilícitas (como o próprio contexto da sua prisão em flagrante). Todavia, tais fatores não foram elencados pelo juízo de piso no comando sentencial e, à míngua de recurso manejado pelo órgão acusatório, não há como inovar a fundamentação lançada no decisum, sob pena de se incorrer em indesejável reformatio in pejus. (Parecer ID 32434027, grifos aditados). Convém transcrever ainda decisão do STJ na qual entendeu-se que a natureza e quantidade dos entorpecentes, aliados à apreensão de petrechos comuns ao tráfico não são suficientes para comprovar a dedicação às atividades criminosas. Confira-se: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. QUANTIDADE DE DROGA VALORADA SOMENTE PARA AFASTAR O RECONHECIMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO NA TERCEIRA FASE DO CÁLCULO DA PENA EM DESACORDO COM A CONCLUSÃO DA TERCEIRA SEÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, NO JULGAMENTO, EM 09/06/2021, DO RESP 1.887.511/SP, REL. MINISTRO JOÃO OTÁVIO DE NORONHA. RÉUS PRIMÁRIOS E DE BONS ANTECEDENTES. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS E APREENSÃO DE PETRECHOS COMUNS AO TRÁFICO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE, POR SI SÓS, NÃO PERMITEM AFERIR A DEDICAÇÃO DOS ACUSADOS À ATIVIDADE CRIMINOSA E, PORTANTO, NÃO SE PRESTAM PARA JUSTIFICAR O AFASTAMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO OU MODULAR A FRAÇÃO DESSE BENEFÍCIO. REGIME INICIAL SEMIABERTO. CABIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Na hipótese, a Jurisdição ordinária deixou de indicar a configuração de circunstância válida que constituiria óbice à incidência do redutor previsto no art. 33, § 4.º, da Lei de Drogas, pois a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento, em 09/06/2021, do REsp 1.887.511/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, concluiu que a natureza e a quantidade de drogas, por si sós, não permitem o afastamento da referida minorante na terceira fase da dosimetria da pena. 2. A apreensão de petrechos comuns ao tráfico de drogas, por si só, não comprova que os Acusados integram organização criminosa e, por via de consequência, não se presta a fundamentar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado, justificando-se a aplicação da referida causa de diminuição em seu patamar máximo. 3.

Considerando que as circunstâncias apreciadas na formulação da nova dosimetria levaram à fixação de reprimenda corporal inferior a 4 (quatro) anos de reclusão, além da ausência de circunstâncias judiciais negativas, a quantidade das drogas apreendidas justifica o estabelecimento do regime semiaberto. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 623.689/R0, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 28/09/2021, DJe 04/10/2021, grifos). Não se pode olvidar ainda que os policiais ouvidos como testemunhas afirmaram que não conheciam o Apelante de diligências anteriores e não sabiam informar se ela era contumaz na prática delitiva. Dessa forma, tendo em vista a primariedade, os bons antecedentes, a ausência de demonstração concreta de que o Réu se dedicava a atividades criminosas ou integrasse organização criminosa e o afastamento do bis in idem, o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 é medida que se impõe. Por fim, no que toca à fração de redução a ser adotada, inexistindo fundamentos concretos não utilizados na primeira fase da dosimetria aptos a "modular" a causa de diminuição, esta deve ser aplicada no patamar máximo, ou seja, 2/3 (dois terços). Ante o exposto, passemos ao redimensionamento da pena. A pena-base do delito de tráfico de drogas foi mantida em 05 anos e 10 meses de reclusão, além de 583 dias-multa. Na segunda fase não houve atenuantes ou agravantes. Na terceira, em face da reforma da sentença para aplicar o tráfico privilegiado, na fração de 2/3, a sanção provisória restou redimensionada para 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além de 191 (cento e noventa e um) dias-multa. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PREVISTO NO ART. 16, IV, DA LEI Nº 10.826/03 PARA A CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 40, IV, DA LEI Nº 11.343/06 Depreende-se dos autos que, ao ser preso em flagrante, o Acusado estava na posse de uma arma de fogo, além das drogas e apetrechos já aludidos. Em virtude da conduta de portar arma de fogo, o Apelante foi condenado pela prática do art. 16 da lei nº 10.826/03, às penas de 03 (três) anos de reclusão, em regime aberto, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. A defesa entende que a conduta de portar arma de fogo amolda-se à hipótese prevista no art. 40, IV, da lei nº 11.343/06 e, portanto, não constitui crime autônomo. Argumenta que "os policiais em depoimento relatam que o local onde o apelante foi preso é conhecido pelo tráfico de drogas, que foi até o local após denúncias de homens traficando e portando armas de fogo, restando comprovado o uso da arma para traficância, com isso requer a absorção de porte ilegal de arma de fogo pelo tráfico". Todavia, uma análise do acervo probatório constante dos autos evidencia que o argumento da defesa não prospera. A testemunha, policial militar, disse que a polícia capturou o acusado na posse de um revólver na cintura e uma mochila nas costas contendo as drogas e apetrechos já relacionados. O também policial militar testemunhou que o Apelante foi alcançado com drogas e um revólver. As testemunhas Mateus Cardoso de Souza e Nilton Oliveira Costa, policiais militares, afirmaram que, pouco antes da prisão em flagrante do Acusado, foram informados pelo CICOM (Centro Integrado de Comunicações) da Polícia Militar de que grupos de homens armados estavam trocando tiros na localidade conhecida por Vila Paraíso. Foram ao local e encontraram apenas estojos de disparos de arma de fogo. Logo depois, em diligência na localidade Amendoeira, próxima à região da Vila Paraíso, visualizaram alguns homens evadirem ao avistarem a polícia, conseguindo alcançar apenas o Apelante. Confira-se: "(...) a localidade Amendoeira, teriam indivíduos armados e traficando; que Amendoeira é próxima da Vila

Paraíso, fica atrás da cesta do povo; chegando ao local, quando foram avistados alguns indivíduos que, por sua vez, evadiram. (...)” (Testemunha Mateus Cardoso de Souza). “(...) Posteriormente, receberam outra informação que tinha um grupo na localidade Amendoeira, que é próxima da Vila Paraíso, armados e traficando, possivelmente, seria o grupo que atacaram a Vila Paraíso. Chegando ao local, foram avistados alguns indivíduos que, por sua vez, ganharam fuga (...)” (Testemunha Nilton Oliveira Costa). Saliente-se que, conforme a redação do art. 40, IV da Lei nº 11.343/06, aumenta-se de 1/6 a 2/3 a pena prevista para o art. 33 do mesmo diploma legal quando “o crime tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva” (grifos nossos). Consoante a jurisprudência dos Tribunais Superiores, os crimes contra o sistema nacional de armas devem ser tipificados como delitos autônomos quando não houver unidade de desígnios entre o tráfico e a posse/porte de arma de fogo. Ao afastar a consunção do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito ao crime de tráfico de drogas, a julgadora primeva realizou a seguinte fundamentação: Quanto ao pedido da Defesa, em sede de alegações finais, de aplicar o dispositivo insculpido no inciso IV do art. 40 da Lei nº 11.343/06, entendo que o caso ora em análise não se adequa ao referido dispositivo, eis que, segundo moderna jurisprudência, o crime de porte ilegal de arma de fogo só será absorvido pelo crime de tráfico de drogas quando a utilização da arma de fogo se der para assegurar o comércio dos entorpecentes ilícitos. Neste caso, verifica-se que a arma estava presente não para assegurar o comércio da venda das drogas, mas sim para proteção pessoal do denunciado, haja vista não terem havido disparos do réu contra os policiais no momento em que estes adentraram a localidade da Amendoeira, evidenciando, deste modo, a total desvinculação entre a arma e as drogas. (Sentença de ID 31758599 – Pág. 7, grifei). Vale colacionar decisão do STJ com este mesmo entendimento: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. CONSUNÇÃO ENTRE OS CRIMES PRATICADOS. INEXISTÊNCIA. CONTEXTOS FÁTICOS DISTINTOS. CONCLUSÃO DA CORTE DE ORIGEM. REVISÃO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. De acordo com entendimento desta Corte Superior, “a absorção do crime de porte ou posse ilegal de arma pelo delito de tráfico de drogas, em detrimento do concurso material, deve ocorrer quando o uso da arma está ligado diretamente ao comércio ilícito de entorpecentes, ou seja, para assegurar o sucesso da mercancia ilícita. Nesse caso, trata-se de crime meio para se atingir o crime fim que é o tráfico de drogas, exige-se o nexo finalístico entre as condutas de portar ou possuir arma de fogo e aquelas relativas ao tráfico” (HC n. 181.400/RJ, relator Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Quinta Turma, julgado em 17/4/2012, DJe 29/6/2012). 2. No caso, tendo o Tribunal de origem concluído pela ausência de provas de que o tráfico foi exercido com o emprego de arma, destacando que a arma era para defesa pessoal do agente criminoso e não para a garantia do sucesso das atividades no tráfico, tanto que não sacou a arma ao se deparar com policiais, ou seja, tratando-se de crimes praticados em contextos diversos, não há como revisar essa conclusão, a fim de proceder à desclassificação pleiteada, sem incursão no suporte fático-probatório dos autos, providência inadmissível na via do writ. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 676665/SC, Sexta Turma, Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, DJe 12/11/2021, grifos aditados). AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS, RECEPÇÃO, RESISTÊNCIA E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA



CONSUMÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS. PENAS-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. AUMENTO JUSTIFICADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Com efeito, segundo o entendimento firmado neste Tribunal Superior "para que se reconheça o princípio da consumção é preciso que a conduta definida como crime seja fase de preparação ou de execução de outro e depende das circunstâncias do caso concreto" (AgRg no REsp n. 1753743/SP, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 21/3/2019, DJe 2/4/2019). 2. Na presente hipótese, a Corte de origem deixou de aplicar o princípio da consumção entre os crimes de receptação e posse irregular de arma de fogo, "em virtude da autonomia entre os delitos e diversidade da tutela jurídica. Os fundamentos do Tribunal de origem, quais sejam, desdobramentos em condutas diversas bem como diversidade dos bens jurídicos atingidos, encontram respaldo na jurisprudência desta Corte Superior. Ademais, diante das circunstâncias fáticas, o Tribunal Estadual afastou a aplicação do princípio da consumção por ter verificado que um crime não foi praticado como meio para a execução do outro, ou seja, o ora paciente agiu com desígnios autônomos. Nesse contexto, para dissentir das instâncias ordinárias seria necessário o revolvimento fático probatório, incabível na via estreita do writ" (HC n. 374.013/SC, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 18/10/2018, DJe 31/10/2018). 3. Esta Corte é firme no sentido de que a dosimetria penalógica é norteadada por um critério trifásico, minuciado na aplicação conjunta dos arts. 68 e 59, ambos do Código Penal. 4. Na espécie, correto o aumento de 1/6 (um sexto) nas penas-base diante da presença dos maus antecedentes do agravante, o que denota a maior reprovabilidade de sua conduta, e justifica, adequadamente, a exasperação da reprimenda, não havendo que se falar em ilegalidade ou desproporcionalidade no quantum fixado pela Corte de origem. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 642852/SP, Sexta Turma, Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, DJe 25/02/2022, grifos aditados). Analisando-se o contexto in casu, não restou provado que o Apelante atirou contra os policiais ao ser flagrantado com as drogas. Ademais, não há elementos concretos evidenciando que ele estivesse exibindo a arma de fogo como recurso de intimidação difusa ou coletiva. Não há, pois, comprovação de que o delito de porte ilegal de arma de fogo tenha sido praticado como um meio para atingir o crime fim de tráfico de drogas. Assim, por entender que houve autonomia entre as condutas delituosas, julgo improvido o pedido de desclassificação do crime do art. 16, IV, da lei nº 11.343/06 para o inciso IV, art. 40 da Lei nº 11.343/06. Em relação à dosimetria do crime previsto no art. 16, IV, da Lei nº 11.343/06 não há o que se reformar, pois a sanção foi fixada no mínimo legal de 03 anos de reclusão, além de 10 (dez) dias-multa, à razão mínima unitária. CONCURSO MATERIAL DE CRIMES A sanção do crime previsto no art. 16, IV, da Lei nº 11.343/06 restou fixada no mínimo legal de 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. O delito de tráfico de drogas, por sua vez, restou apenado em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além de 191 (cento noventa e um) dias-multa. Reconhecido o concurso material entre os crimes, nos termos do art. 69 do Código Penal, o réu resta definitivamente condenado à pena de 04 (quatro) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além de 201 (duzentos e um) dias-multa, à razão mínima unitária. Conforme a regra do art. 33, § 2º, b, do CP, fixo o regime inicial semiaberto. Deixo de substituir a pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, pois a reprimenda total é superior a 04 (quatro) anos de reclusão, não estando satisfeitos todos os requisitos do artigo 44 do CP. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE Resta

improvido o direito de recorrer em liberdade, uma vez que ainda persiste o risco à ordem pública, pois conforme destacado pela julgadora primeva, o Apelante responde a outra ação penal pelo mesmo fato delitivo, em trâmite na 3ª Vara de Tóxicos (autos de nº 0577202-85.2017). A existência de outra ação penal, ainda que não transitada em julgado, evidencia o risco de reiteração delitiva a justificar a prisão cautelar. Aduza-se ainda que o Apelante permaneceu segregado durante toda a ação penal, mantendo-se incólumes as razões do decreto de prisão. Vale transcrever decisão do STJ que comunga dos fundamentos supracitados: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE RECORRER EM LIBERDADE APÓS CONDENÇÃO EM PRIMEIRO GRAU. PACIENTE PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO. PREVENTIVA MANTIDA. APREENSÃO DE EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. INQUÉRITOS POLICIAIS OU AÇÕES PENAIS EM CURSO. LIBERDADE PROVISÓRIA EM AÇÃO PENAL DIVERSA. NOVA INFRAÇÃO. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Mantidas as circunstâncias que justificaram a decretação da prisão preventiva de paciente que ficou preso durante toda a instrução processual, não há ilegalidade na sentença condenatória que não lhe concede o direito de recorrer em liberdade. 2. São fundamentos idôneos para a decretação da segregação cautelar no caso de tráfico ilícito de entorpecentes a quantidade, a variedade ou a natureza das drogas apreendidas, bem como a gravidade concreta do delito, o modus operandi da ação delituosa e a periculosidade do agente. 3. Inquéritos policiais ou ações penais em curso justificam a imposição de prisão preventiva como forma de evitar a reiteração delitiva e, assim, garantir a ordem pública. 4. Justifica-se a prisão preventiva para garantia da ordem pública quando o agente, beneficiado por liberdade provisória em ação penal diversa, comete nova infração, hipótese em que está evidente o risco de reiteração delitiva. 5. As condições pessoais favoráveis do agente não impedem, por si sós, a manutenção da segregação cautelar devidamente fundamentada. 6. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no HC: 693912 SP 2021/0296826-1, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 19/10/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/10/2021) Desse modo, indefiro o pedido de recorrer em liberdade. Todavia, a prisão provisória deve ser compatibilizada com o regime semiaberto, conforme entendimento dos Tribunais Superiores, de modo que o Apelante deve ser transferido para estabelecimento compatível com o referido regime. CONCLUSÃO Ante todo o exposto, resta CONHECIDO e PARCIALMENTE PROVIDO o presente recurso de apelação para reconhecer o tráfico privilegiado e, mantido o concurso material de crimes, resta o Réu condenado à pena de 04 (quatro) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime semiaberto e ao pagamento de 201 (duzentos e um) dias-multa, à razão mínima unitária, devendo o Apelante ser transferido para estabelecimento compatível com o referido regime. Salvador/BA, data registrada no sistema. Nartir Dantas Weber Relatora AC15