

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO Nº. 8001774-27.2022.8.05.0103 COMARCA DE ORIGEM: ILHÉUS/BA ÓRGÃO JULGADOR: 2ª CÂMARA CRIMINAL – 1ª TURMA APELANTE: ADVOGADA: – OAB/BA 53.650 APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTORA DE JUSTIÇA: PROCURADOR DE JUSTIÇA: EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME TIPIFICADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº. 11.343/2006. 1 – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DIANTE DE SUPOSTA FRAGILIDADE PROBATÓRIA. INACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS INCONTESTES. AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO. LAUDOS PRELIMINAR E DEFINITIVO QUE ATESTAM A ESPECIFICIDADE DA DROGA: 67 (SESSENTA E SETE) PEDRAS DE COCAÍNA EM FORMA DE PEDRA, VULGO CRACK, COM PESO BRUTO APURADO DE 18,54G (DEZOITO GRAMAS E CINQUENTA E QUATRO CENTIGRAMAS). 2 – DO PLEITO PARA RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. DESCABIMENTO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DISPOSTOS NO § 4º, DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DA DROGA APREENHIDA. APELANTE VOLTADO À PRÁTICA DE CRIMES E QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA, O QUE PODE SER AFERIDO PELA EXTENSA QUANTIDADE DE TIPOS DE DROGAS QUE PORTAVA (COCAÍNA, MACONHA E CRACK), ASSIM COMO POR SUA DECLARAÇÃO PRESTADA EM SEDE POLICIAL, NO BOJO DOS AUTOS DE Nº 0500212-33.2020.8.05.0103 – PROCEDIMENTO DE APURAÇÃO DE ATO INFRACIONAL, ONDE INFORMOU QUE FAZ PARTE DE FACÇÃO CRIMINOSA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. 3 – PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. DESCABIMENTO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44, DO CÓDIGO PENAL. APELANTE CONDENADO À PENA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, HIPÓTESE EM QUE ULTRAPASSA A QUANTIA FIXADA PARA A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. INCONGRUÊNCIA COM A NORMA DO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA MANTIDA INTEGRALMENTE. 4 – CONCLUSÃO: CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO. Vistos, relatados e discutidos os Autos da APELAÇÃO nº. 8001774-27.2022.8.05.0103, tendo , como APELANTE e, na condição de APELADO, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, os eminentes Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal – 1ª Turma Julgadora – do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, ACORDAM, conforme certidão de julgamento, para CONHECER e IMPROVER o recurso interposto, nos termos do voto do Relator, conforme certidão de julgamento. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 24 de Abril de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO Nº. 8001774-27.2022.8.05.0103 COMARCA DE ORIGEM: ILHÉUS/BA ÓRGÃO JULGADOR: 2ª CÂMARA CRIMINAL – 1ª TURMA APELANTE: ADVOGADA: – OAB/BA 53.650 APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTORA DE JUSTIÇA: PROCURADOR DE JUSTIÇA: RELATÓRIO Trata-se de RECURSO DE APELAÇÃO interposto por , em face da Sentença prolatada pelo Juízo a quo, que lhe condenara à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, acrescida do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um terço) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato, em razão da suposta autoria da prática delitiva do art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006. O Ministério Público do Estado da Bahia ofereceu Denúncia em desfavor do Recorrente, trazendo a proemial, Id. 37734165, que no dia 16 de fevereiro de 2022, por volta das 05:40h, na Vila Freitas, Avenida Esperança, Ilhéus-BA, o denunciado trazia consigo, para fins de mercancia, 32 (trinta e duas) buchas de Cannabis Sativa L., droga vulgarmente conhecida como maconha, com massa bruta total de 44,647g (quarenta e quatro gramas, seiscentos e

quarenta e sete miligramas), 50 (cinquenta) eppendorfs (pinos) e 01 (uma) trouxinha de cocaína, com massa bruta total de 51,159g (cinquenta e um gramas, cento e cinquenta e nove miligramas), e diversas pedrinhas de crack, com massa bruta total de 16,486g (dezesseis gramas, quatrocentos e oitenta e seis miligramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Irresignado com a Sentença, fora interposto recurso, pelo Apelante, pugnando pela reforma da sentença, a fim de que seja absolvido, em virtude da ausência de autoria. Acaso mantida a condenação, requereu a aplicação da pena no mínimo legal, com o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, substituindo, em seguida, a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. As contrarrazões do Parquet, pugnando pelo improvimento recursal. Os autos foram distribuídos, na forma regimental deste Sodalício, pela DIRETORIA DE DISTRIBUIÇÃO DO 2º GRAU, conforme se infere da certidão exarada, sobre vindo, então, os autos conclusos, na data de 12/12/2022, conforme fluxo eletrônico do gabinete desta Desembargadoria. Instada a manifestar-se, a Procuradoria de Justiça opinou pelo improvimento do apelo – Id. nº. 39475888. É O SUCINTO RELATÓRIO. ENCAMINHEM-SE OS AUTOS À DESEMBARGADORA IVETE CALDAS, NA CONDIÇÃO DE REVISORA, COM AS CAUTELAS DE PRAXE, OBSERVANDO, INCLUSIVE, POSTERIORMENTE, NO QUE TANGE A EVENTUAL PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. Salvador/BA., data registrada em sistema. Desembargador RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO Nº. 8001774-27.2022.8.05.0103 COMARCA DE ORIGEM: ILHÉUS/BA ÓRGÃO JULGADOR: 2ª CÂMARA CRIMINAL – 1ª TURMA APELANTE: ADVOGADA: – OAB/BA 53.650 APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTORA DE JUSTIÇA: PROCURADOR DE JUSTIÇA: VOTO Inicialmente, urge esclarecer que encontram-se presentes os requisitos de admissibilidade, intrínsecos e extrínsecos, razão pela qual CONHECE-SE DO RECURSO DE APELAÇÃO interposto por , em face da Sentença prolatada pelo Juízo a quo. Não havendo arguição de preliminares, então, passa-se à análise meritória. Seguindo tais premissas, constata-se, após exame acurado dos fólios, não merecer reforma a decisão guerreada, havendo no caderno processual substrato fático e jurídico suficiente para a condenação do Apelante à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, acrescida do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um terço) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato, em razão da suposta autoria da prática delitiva do art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006 O Ministério Público do Estado da Bahia ofereceu Denúncia em desfavor do Recorrente, trazendo a proemial, Id. 37734165, que no dia 16 de fevereiro de 2022, por volta das 05:40h, na Vila Freitas, Avenida Esperança, Ilhéus-BA, o denunciado trazia consigo, para fins de mercancia, 32 (trinta e duas) buchas de Cannabis Sativa L., droga vulgarmente conhecida como maconha, com massa bruta total de 44,647g (quarenta e quatro gramas, seiscentos e quarenta e sete miligramas), 50 (cinquenta) eppendorfs (pinos) e 01 (uma) trouxinha de cocaína, com massa bruta total de 51,159g (cinquenta e um gramas, cento e cinquenta e nove miligramas), e diversas pedrinhas de crack, com massa bruta total de 16,486g (dezesseis gramas, quatrocentos e oitenta e seis miligramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Com efeito, exsurge dos autos estar satisfatoriamente demonstradas a materialidade e a autoria delitivas, através do auto de exibição e apreensão (Id. 37734166 – Pág. 34) laudo de preliminar das drogas (Id. 37734166 – Pág. 35/38), e laudo pericial definitivo (Id. 37734899), o qual atestou que a substância apreendida se tratava de tetrahydrocannabinol

(THC), conhecida como ativos do vegetal cannabis sativa, L, e benzoilmetilecgonina (cocaína), ambas de uso proscrito no Brasil conforme previsão da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde. Além disso, na fase instrutória, foram ouvidas as testemunhas de acusação – SUB TEN/PM, CB/PM e o SD/PM –, bem como interrogado o apelante, como registrado no termo de audiência (Id. 37734901 e 37734926). Do teor das provas orais, extrai-se a autoria do Apelante no crime pelo qual fora condenado, confirmando os elementos colhidos na fase inquisitorial. A autoria do crime descrito nos autos, por sua vez, é igualmente certa, não só pelas circunstâncias em que se deu a apreensão da droga, mas também pelos depoimentos testemunhais colhidos em sede policial e ao longo da instrução processual, uma vez que apontam exatamente o Apelante como autor da ação delitiva. Percebe-se que os testemunhos dos policiais guardam inteira coerência entre si e com o restante da evidência reunida no caderno processual, inexistindo qualquer razão para crer que sirva de veículo a imputações falsas ou levemente formuladas, sendo certo que mantiveram a consonância com a declaração prestada em sede policial. Senão, veja-se: "[...] que estavam em patrulhamento tático no local e ao entrarem na rua, alguns indivíduos correram e o réu e o menor foram alcançados; que revistaram o réu e com ele apreenderam uma bolsa contendo o material apreendido; que foi o soldado quem fez a revista pessoal no réu; que não se recorda o tipo de droga apreendida mas era uma quantidade razoável; que nada encontraram com o menor; que era ronda de rotina e réu não resistiu à prisão [...]". SUB TEN/PM "[...] que não conhecia o réu antes de participar da prisão dele; que receberam informações de que haviam pessoas traficando no local e quando entraram na rua, haviam 3 pessoas que, quando viram a viatura, saíram correndo; que conseguiram alcançar o réu e mais uma pessoa; que com o réu encontraram a bolsa que foi apresentada na Delegacia; que a bolsa continha cocaína e maconha e não se recorda se tinha também pedras de crack, sendo que a droga já estava embalada para a venda; que não se recorda se o réu admitiu que estava traficando mas a bolsa preta estava com ele; que foi o Soldado Aranha quem fez a revista pessoal no réu; que com o outro rapaz nada de ilícito foi apreendido; que na bolsa encontraram também dinheiro; que acha que o réu não conseguiu dispensar a bolsa porque a ação foi rápida; que não apreenderam outra bolsa em local diverso e não abordaram mais ninguém nesse momento; que eles informaram que era a terceira pessoa que fugiu e esse fugitivo já tinha trocado tiros com os Policiais anteriormente; que o réu não resistiu à prisão; que estava presente durante a busca pessoal; que os dois foram alcançados juntos [...]". CB/PM "[...] que estavam em ronda de rotina e o réu e mais uma pessoa tentaram fugir mas conseguiram prender o réu; que com o réu encontraram a droga apreendida; que acredita que foi o depoente quem fez a busca pessoal pois sempre é o depoente quem faz a busca nessas situações; que a droga estava com o réu; que nada apreenderam com o menor que estava com o réu; que pelo que se recorda, tinha maconha e algum outro tipo de droga, e era muita droga; que o réu tentou fugir mas depois não resistiu à prisão quando foi detido; que uma outra pessoa conseguiu fugir e era uma pessoa bastante conhecida ali da vila, conhecida como um dos líderes da localidade, mas não se recorda o nome [...]". SD/PM efeito, é pacífico na jurisprudência o entendimento de que a simples condição de policial não invalida ou faz desacreditar o depoimento, sendo impossível desqualificá-lo pelo só fato de ser prestado por agente estatal no desempenho de suas atividades funcionais, sem qualquer interesse pessoal na causa. Confira-

se, a respeito, o seguinte julgado: “Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.” (STJ, HC 149540/SP, Relatora Ministra, Quinta Turma, Julgamento em 12/04/2011). Decerto, o Tribunal da Cidadania já consolidou entendimento neste sentido, como pode-se extrair da ementa abaixo colacionada: “TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO DO ÉDITO REPRESSIVO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO APROFUNDADO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ESTREITA DO WRIT. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA NO DEPOIMENTO DE POLICIAIS CIVIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO NÃO DEMONSTRADA. 1. Para se desconstituir o édito repressivo quanto ao delito de tráfico ilícito de entorpecentes, como pretendido no writ, seria necessário o exame aprofundado de provas, providência inadmissível na via estreita do habeas corpus, mormente pelo fato de que vigora no processo penal brasileiro o princípio do livre convencimento, em que o julgador pode decidir pela condenação, desde que fundamentadamente. 2. Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. Precedentes. “ (STJ – HC: 271616 BA 2013/0177858–1, Relator: Ministro, Data de Julgamento: 15/10/2013, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/10/2013) (Grifos acrescidos). Nesse particular, cabe pontuar que as peças produzidas na etapa policial, servem de reforço às provas colhidas durante a fase judicial, uma vez que, no sistema de valoração da prova adotado pelo direito brasileiro (Livre Convencimento Motivado), é permitido ao Magistrado formar seu entendimento cotejando o material da etapa processual com o da pré-processual. O que não se admite, evidentemente, é utilização tão somente de elementos oriundos do procedimento inquisitorial. É o que se percebe da interpretação literal do dispositivo previsto no art. 155 do Diploma de ritos penais: “Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)” (grifo acrescido) A jurisprudência também é unânime em aceitar tal entendimento, como se observa das ementas a seguir transcritas: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. VIOLAÇÃO AO ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO QUE ENCONTRA APOIO NAS PROVAS PRODUZIDAS EM JUÍZO. CAUSA DE AUMENTO RELATIVA AO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DO ARTEFATO. DESNECESSIDADE. ERESP N. 961.863/RS. AGRAVO IMPROVIDO. 1. O art. 155 do Código de Processo Penal dispõe que o magistrado não pode “fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação”. Contudo, as provas produzidas no inquérito policial podem ser valoradas, desde que em harmonia com a prova colhida na fase judicial. 2. No caso, da leitura do acórdão hostilizado, extrai-se que a sentença condenatória encontra-se fundamentada nas provas pericial (laudo papiloscópico) e testemunhal produzidas durante a instrução criminal. O depoimento que não pôde ser repetido em juízo foi corroborado por outras provas apresentadas no curso

da ação penal; não se tratando, portanto, de prova exclusiva, não há óbice à sua utilização. 3. Por sua vez, é assente o entendimento desta Corte de que, no crime de roubo com emprego de arma, a não apreensão ou a falta de realização de perícia no artefato não tem o condão de afastar a causa de aumento da pena prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, se presentes outros elementos que demonstrem sua utilização, como no caso em comento. 4. Assim sendo, inviável o provimento recursal, inclusive para o fim de comprovar-se a insuficiência de provas para a condenação, visto ser necessário o reexame de matéria fática-probatória, o que é vedado pelo enunciado da Súmula n. 7/STJ. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ – AgRg no AREsp: 377671 DF 2013/0279200–3, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 21/08/2014, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/08/2014) (grifos acrescidos) “AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA USO DE ENTORPECENTES. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL E EM JUÍZO. POSSIBILIDADE. ART. 155 DO CPP. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA NO GRAU MÁXIMO (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). MATÉRIA NÃO ALEGADA NO RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. Para o acolhimento da tese de desclassificação do crime de tráfico para o de uso de entorpecentes, seria imprescindível exceder os fundamentos do acórdão vergastado e adentrar no exame do conjunto fático-probatório, o que é vedado em recurso especial, a teor do verbete sumular n. 7 desta Corte. 2. Conforme a jurisprudência desta Corte, é possível a utilização de elementos informativos para a formação da convicção do julgador quando corroborados por outras provas judicializadas, como ocorreu na espécie, não havendo, portanto, violação do art. 155 do CPP. 3. Evidenciado o manifesto constrangimento ilegal em relação à aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no patamar mínimo, impõe-se a concessão de habeas corpus de ofício para reduzir a pena aplicada ao recorrente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Habeas corpus concedido de ofício.” (STJ – AgRg nos EDcl no REsp: 1228924 PR 2010/0219385–9, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 20/02/2014, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/02/2014) (grifos acrescidos). Portanto, o conjunto probatório para a condenação do Apelante são robustos, ressaltando a quantidade das drogas apreendidas na posse, não restando dúvidas acerca da sua finalidade comercial, cujo elemento subjetivo do tipo também emerge dos autos de forma bem definida, consistindo no dolo de "ter em depósito", de substância entorpecente que determine dependência física ou psíquica. A despeito dos argumentos defensivos sustentados nas alegações finais, o tráfico ilícito de entorpecentes está comprovado, já que a droga fora apreendida, acondicionada, de forma fracionada, a quantia de 44,647g (quarenta e quatro gramas e seiscentos e quarenta e sete miligramas) de maconha, encontrada na forma de 32 (trinta e dois) invólucros plásticos. Além disso, também foi encontrada a quantia de 51,159g (cinquenta e um gramas e cento e cinquenta e nove miligramas) de cocaína, encontrada na forma de 50 (cinquenta) pinos, assim como 01 (um) invólucro plástico, na cor branca, e a quantia de 16,486 (dezesesseis gramas e quatrocentos e oitenta e seis miligramas) de crack, encontrada na forma de múltiplos fragmentos de pedras. Logo, não se pode dar guarida a pretensão recursal, mantendo-se integralmente a sentença fustigada. 2 – DO PLEITO PARA RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. DESCABIMENTO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS

DISPOSTOS NO § 4º, DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE DA DROGA APREENHIDA. Subsidiariamente, pleiteia o Apelante a reforma da dosimetria, na sua terceira fase, para reconhecer-se a benesse do tráfico privilegiado, o que fica, de logo, rechaçado, tendo em vista que, para fins de concessão de tal benefício, impõe-se a observância do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Como se sabe, as condições descritas no dispositivo legal são cumulativas, de modo que, não se cumprindo uma delas, deve ser afastada a aplicabilidade do benefício em prol daquele que a pleiteia. In casu, analisando o caso concreto, evidencia-se que o Apelante trazia consigo e guardava, com o fim de entrega a terceiros, 67 (sessenta e sete) pedras de cocaína em forma de pedra, vulgo crack, com peso bruto apurado de 18,54g (dezoito gramas e cinquenta e quatro centigramas), substância considerada droga, o que jamais poderá ser desconsiderado por este Julgador e demais pares, a fim de que lhe seja reconhecido o benefício pretendido nesta insurgência. Nessa toada, considerando as circunstâncias da prisão encimadas, é medida de justiça o afastamento da benesse requerida, na esteira do seguinte precedente do Tribunal da Cidadania: “E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. TRAFICÂNCIA COMPROVADA. – MAUS ANTECEDENTES E MOTIVOS DO CRIME AFASTADOS – PENA-BASE REDUZIDA PARA O MÍNIMO LEGAL. – APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. [...] 2. Por maus antecedentes, deve-se entender a condenação transitada em julgado, excluída aquela que configura reincidência. No caso, não há condenação anterior, devendo ser aplicada a Súmula 444 do STJ. Os motivos do crime também deve ser afastados. O motivo financeiro, ou seja, “a busca [do lucro fácil é inerente ao tipo penal de tráfico de drogas, não se prestando a agravar os motivos do crime” . (HC 135.189/MS, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 10/10/2011) 3. Para a incidência da minorante relativa ao tráfico eventual de drogas faz-se necessário o preenchimento cumulativo des alguns requisitos. Denota-se dos autos, que o apelante não se trata de mera mula, dedicando-se há muito tempo à atividade criminosa, bem como integrava organização criminosa, sendo apontado como o responsável pelo abastecimento de entorpecentes na cidade de Chapadão do Sul. (ACR 29977 MS 2011.029977-3 – TJ-MS, Relator: Des. , Data de Julgamento: 29/03/2012, 1ª Câmara Criminal)”. (grifo nosso). “AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DE QUE CUIDA O ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. AGRAVANTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. 1. Embora a primariedade e os bons antecedentes exijam sentença condenatória com trânsito em julgado, a aferição da dedicação à atividade criminosa pode ser extraída pelo julgador a partir de outros elementos de prova constantes dos autos. 2. A certidão de antecedentes criminais, bem como o fato de já ter sido preso e responder a outra ação penal por crime de roubo, permite concluir que o réu se dedica a atividades criminosas, não preenchendo os pressupostos do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 101.913/CE, 5ª Turma, Rel. Ministro , DJe 15/2/2013”. Em modo similar, Turma Julgadora deste Sodalício, à unanimidade, acolheu os Embargos de Declaração com efeitos infringentes, opostos pelo Ministério Público, para afastar o benefício do tráfico privilegiado, senão vejamos: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS INFRINGENTES. AUSÊNCIA DE OMISSÃO E OBSCURIDADE. PRESENÇA DE CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. GRAVE ERRO SOBRA A INTERPRETAÇÃO DOS FATOS E DAS PROVAS DO PROCESSO. ACUSADO CONFESSA

RESPONDER A OUTRO PROCESSO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EMBARGOS ACOLHIDOS PARA AFASTAR A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO E REDIMENSIONAR A PENA. I – [...] [...] Quanto à contradição suscitada, verifica-se, nesse ponto, que a insurgência merece guarida. O voto condutor do acórdão recorrido não destacou o depoimento do acusado em que confessa responder pelo crime de associação para o tráfico, o que resultou na interpretação, gravemente equivocada, para a concessão, ex officio, do benefício do tráfico privilegiado, prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Por fim, após a análise da certidão de fl. 35 dos autos e da consulta ao sistema informatizado E-SAJ, verifica-se, de fato, que o acusado responde pela prática do delito de associação para o tráfico, cujo processo nº 0005364-14.2008.8.05.0274, em trâmite na 3ª Vara Criminal da comarca de Vitória da Conquista-Ba, está atualmente na fase de alegações finais. V – Assim, a interpretação do acervo probatório efetuada pelo Órgão Julgador foi equivocada, causando grave erro na prolação no julgado. Ao adotar esta linha de interpretação, a Turma reduziu, indevidamente, a reprimenda do acusado, quando estava claro, pelo seu próprio depoimento, de que não deveria fazê-lo. Isto porque, para a aplicação do benefício do tráfico privilegiado se exige o preenchimento dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, a saber, agente primário, de bons antecedentes e que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. [...] Ademais, restou evidenciado que o réu se dedicava à atividade criminosa pois confessou responder a outro processo por associação para o tráfico na mídia encartada nos autos, motivos pelos quais ele não preenche aos requisitos previstos no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06. [...] VIII – Ante o exposto, CONHEÇO dos Embargos de Declaração, ACOLHENDO-OS para o fim de reconhecer a contradição no acórdão embargado, decorrente de erro grave na interpretação das provas e, aplicando-lhe efeitos infringentes, afastar a concessão do tráfico privilegiado, alterando a dosimetria da pena para 05 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto e pagamento de pena pecuniária fixada em 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente, à época do fato, devidamente atualizada até a data do pagamento. (ED na Apelação Nº 0009756-55.2012.8.05.0274/50000 – TJBA. Relatora: – 2ª Câmara Criminal – 2ª Turma)”. Ve-se que a parte final do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 exige para a sua aplicação, não só que a Apelante seja primária e de bons antecedentes, mas sobretudo que “não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”, sendo, indispensável, no entanto, que não tenha afinidade habitual no mundo do crime e que atenda às exigências previstas na parte final do dispositivo ora citado. Constata-se, indubitavelmente, que se trata de indivíduo voltado à prática de crimes e que se dedica à atividade criminosa, o que pode ser aferido pela extensa quantidade de tipos de drogas que portava (cocaína, maconha e crack), assim como por sua declaração prestada em sede policial, durante seu interrogatório, no bojo dos autos de nº 0500212-33.2020.8.05.0103 – Procedimento de Apuração de Ato Infracional, onde informou que faz parte de facção criminosa, de modo que não preenche os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. De igual forma, não merece prosperar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, uma vez que não restou preenchido os requisitos previstos no art. 44, do Código Penal. Para além disso, o Apelante foi condenado à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, hipótese em que ultrapassa a quantia fixada para a concessão do benefício, uma vez que

só é possível no caso de pena privativa de liberdade não superior a 04 (quatro) anos, conforme estabelece o art. 44, I, do Código Penal. Com efeito, a situação do Apelante não está em consonância com a previsão legal, devendo, portanto, ser indeferido o pedido de benefício do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, mantendo-se a condenação imposta.

CONCLUSÃO Diante do quanto exposto, em harmonia com Opinitivo Ministerial, vota-se pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador RELATOR