

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma 8 Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8002327-64.2022.8.05.0074 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: E Advogado (s): – OAB/BA 50319, – OAB/BA 39711 e Defensoria Pública do Estado da Bahia – Defensor Público Dr. APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA ACORDÃO APELAÇÃO CRIME. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VÍNCULO ASSOCIATIVO FIRME E DURADOURO. EXISTÊNCIA. PROVA. AUSÊNCIA. DENÚNCIA. DESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. MERO CONCURSO EVENTUAL. ABSOLVIÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. POLICIAIS. DEPOIMENTOS. VALIDADE. CONSUMO PRÓPRIO. NATUREZA, QUANTIDADE E ACONDICIONAMENTO. INCOMPATIBILIDADE. DOSIMETRIA. CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, VI, DA LEI 11.343/2006. ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE. VERIFICAÇÃO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. TEMA 1139, DO STJ. AÇÃO PENAL EM CURSO. RECONHECIMENTO DO REDUTOR, NA FRAÇÃO MÁXIMA. DOSIMETRIA REDIMENSIONADA. PENA DE MULTA RECALCULADA. REGIME MODIFICADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITO DEFERIDA. CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Conforme entendimento assentado no âmbito da Superior Corte de Justiça, o crime de associação para o tráfico de drogas (art. 35, da Lei n.º 11.343/2006) pressupõe a demonstração de estabilidade e permanência associativa para a prática ilícita, sem o que se está diante de mero concurso de pessoas no delito de tráfico. Restando ausente nos autos qualquer elemento que indique tais características de liame associativo entre os acusados, o que sequer se descreveu na denúncia, tem-se por inviável a manutenção da respectiva condenação delitiva, sobretudo porque a tanto não basta a mera relação conjugal entre os envolvidos. Apelo provido, no tópico para absolver os réus da imputação da prática do crime previsto no art. 35, da Lei nº 11.343/2006, com fundamento no artigo 386, VII, do CPP. 2. O delito reprimido pelo art. 33, da Lei n.º 11.343/06, se estabelece sob natureza multinuclear, restando configurado pela prática de qualquer dos verbos ali compreendidos, e não apenas pela venda direta de entorpecentes ilícitos. 3. Comprovando-se pelo conjunto probatório constante dos autos a apreensão com os acusados, em via pública, de maconha e crack, fracionada sob típica destinação à mercancia, configura-se a incursão objetiva na norma penal incriminadora, na modalidade trazer consigo e posse. 4. A validade da prova subjetiva não é afastada pela condição de policiais das testemunhas, cujos depoimentos são amplamente passíveis de valoração, especialmente quando em compasso com as demais provas que respaldam a imputação – sobretudo a efetiva apreensão dos entorpecentes – e a Defesa não produz qualquer comprovação, sequer indiciária, da eventual existência de qualquer intento deliberado daqueles em prejudicar os Acusados. Precedentes do STJ. 5. Reconhecida a adequação da conduta ao crime de tráfico de drogas, queda-se, por corolário lógico, afastada a possibilidade de sua desclassificação para a posse de entorpecentes para próprio consumo, notadamente quando a quantidade destes, confrontada com sua natureza e forma habitual de consumo, revela a impossibilidade da destinação apontada pelo agente. 6. Dosimetria. Pena base redimensionada para o mínimo legal, com afastamento da conduta social e personalidade do agente, por inidoneidade na fundamentação e em observância à Súmula n.º 444, do STJ. 7. Manutenção da pena base na segunda fase. Inteligência da Súmula n.º 231, do STJ. 8. Na terceira fase, o Superior Tribunal de Justiça, firmou, no Tema Repetitivo de nº 1139, a tese de que “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06.”.

9. Portanto, no caso em concreto, sendo o fundamento da negativa da concessão do privilégio a existência de ação penal em curso, bem como inexistindo nos autos de outros elementos idôneos capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, 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, necessário o redimensionamento da pena na terceira fase, impondo-se a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços). 10. Em observância ao princípio da proporcionalidade, a pena de multa deve guardar simetria com a reprimenda corporal e ser dosada fase por fase. 11. Por fim, atento aos critérios do art. 44 do CPB, mostra-se adequada a substituição da pena corporal por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, o qual também deverá analisar possível detração da pena. 12. Em face da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, não subsiste justificativa para a negativa ao réu do direito a recurso em liberdade, tornando-se imperativo revogar sua prisão preventiva, inclusive atribuindo-se ao presente decisum força de alvará de soltura. 13. Penas corporais registradas de forma individualizada na parte dispositiva. 14. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n.º 8002327-64.2022.8.05.0074, em que figuram, como Apelantes, E e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DA BAHIA, ACORDAM os Desembargadores componentes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AOS RECURSOS, nos termos do voto condutor, adiante registrado. DES. RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 21 de Maio de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8002327-64.2022.8.05.0074 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: E Advogado (s): – OAB/BA 50319, – OAB/BA 39711 e Defensoria Pública do Estado da Bahia – Defensor Público Dr. APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA RELATÓRIO e interpuseram recursos de apelação contra a sentença penal condenatória prolatada pelo Juízo da Vara Criminal de Dias D'Ávila, condenando-os pela incursão na conduta recriminada pelo arts. 33, caput, 35 e 40, VI, ambos da Lei 11.343/06, fixando a pena definitiva de em 11 (onze) anos e 09 (nove) meses de reclusão, a serem cumpridos em regime inicial fechado, além do pagamento de 1.500 (um mil e quinhentos) dias-multa, negando ao réu o direito de recorrer em liberdade e de à pena definitiva em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, a serem cumprido em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 1.050 (um mil e cinquenta) dias-multa, ambos no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época do crime, bem como ao pagamento das custas e despesas processuais, com fundamento no art. 804 do CPP. Data do fato 23/08/2022. Recebimento da denúncia em 01/12/2022 (ID 51881556). Sentença prolatada em 13/04/2023 (ID 51881787). era menor de 21 anos ao tempo do crime (art. 115, CP) (ID 51879514 – Pág. 19). De proêmio, em prestígio aos preceitos da celeridade, da eficiência e da economia processual, e tendo em vista ali se externar suficientemente, no que relevante, a realidade da marcha processual até então desenvolvida, adota-se o relatório da sentença de ID 51881787, a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto. Irresignado, o Acusado interpôs apelação, por cujas razões

pugna pela absolvição do Réu, para tanto suscitando a tese de insuficiência de provas para a condenação, a impor a absolvição de todos os delitos. Subsidiariamente, requer a desclassificação da conduta para prevista no artigo 28, da Lei nº 11.343/2006 (referindo-se no apelo à revogada Lei 6.368/79), sob o argumento de que “existem laudo TOXILÓGICO corroborado, TODAS EVIDÊNCIAS ESTÃO NO SENTIDO DE QUE O RÉU ERA USUÁRIO DE DROGAS, e não traficante, conforme ele alegou em depoimento pessoal”. Postula, ainda a pena no mínimo legal, com conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direito. Por fim, postulou os benefícios da assistência judiciária gratuita (ID 53055063). Já o acusado, por cujas razões pugna pela absolvição do Réu, com relação aos crimes de crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico, para tanto suscitando a tese de insuficiência de provas para a condenação, a impor a absolvição. Subsidiariamente, requereu o redimensionamento da pena definitiva para o delito do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 para 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias e para o delito do artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, sustenta que a pena definitiva deve ser de 03 (três) anos, e, considerando o somatório pelo concurso material, com pena total de 04 (quatro) anos, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias, e proporcional reflexos nas penas de multa” (ID 55689703). O Ministério Público apresentou contrarrazões, pugnando no apelo de pela integral manutenção do decisum (ID 55689705). O Parquet nas contrarrazões do apelo de, requereu que seja julgado improcedente em relação a alegação de insuficiência de provas, mantendo-se inalterado esse ponto objurgado. Já em relação ao erro na dosimetria da pena, o Parquet requer que seja julgado procedente, sendo determinada a remodelagem da pena definitiva (ID 58769851). A Procuradoria de Justiça ofertou parecer, pelo CONHECIMENTO PARCIAL do recurso interposto pelo réu e, na parte conhecida, pelo PROVIMENTO PARCIAL, a fim de que seja reformada a sentença hostilizada para redimensionar a pena-base nos termos deste parecer, mantendo-se nos demais termos a sentença condenatória objurgada. No que tange ao recurso intentado por, a manifestação é pelo seu CONHECIMENTO e PROVIMENTO PARCIAL, a fim de que esse egrégio Tribunal de Justiça proceda tão somente ao redimensionamento da pena aplicada ao apelante, reduzindo-a nos moldes acima propostos. (ID 59005156). Retornando-me os autos à conclusão, constatada a ausência de diligências pendentes, neles lancei a presente sinopse, submetendo-a à Eminente Revisão. É o suficiente a relatar. Des. Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8002327-64.2022.8.05.0074 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: E Advogado (s): - OAB/BA 50319, - OAB/BA 39711 e Defensoria Pública do Estado da Bahia - Defensor Público Dr. APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA VOTO Ao exame dos autos, deflui-se cuidar-se de Apelação Criminal manifestada contra sentença condenatória proferida por Juiz singular, revelando-se, à luz do art. 593, I, do Código de Processo Penal, patente a adequação da modalidade recursal à hipótese em que utilizada. O recurso foi interposto no prazo legal, com observância das formalidades a ele inerentes, tornando, portanto, imperativa a sua análise como peça de impugnação. DA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS Acerca da imputação, tem-se que os Apelantes foram denunciados como incurso na conduta recriminada pelo arts. 33, caput, 35 e 40, VI, todos da Lei 11.343/06, pelo fato de terem sido flagrados na posse de substâncias entorpecentes, em relato assim contido na peça incoativa. A saber: “(...) Segundo restou apurado, 1 - e 2 - , mais um menor, identificado como, foram encontrados, por prepostos da Polícia Militar do

Estado da Bahia, no dia 23/08/2022, por volta das 12:00, no Bairro da Urbis, nas proximidades da antiga fábrica de copos, Município de DIAS D'ÁVILA/BA, local conhecido como de intensa atividade de tráfico de entorpecentes, com significativa quantidade e variedade de drogas, prontas para comercialização. No dia 23 de agosto de 2022, por volta das 12:00 hs, guarnições da Polícia Militar do Estado da Bahia estavam realizando rodas de rotina, no Bairro da Urbis, nas proximidades da antiga fábrica de copos, Município de DIAS D'ÁVILA/BA, quando, ao acessarem a rua, avistaram três indivíduos, os quais, ao visualizarem a aproximação da viatura, tentaram empreender fuga. Todavia, em perseguição, os policiais conseguiram abordar essas três pessoas, identificadas 1 – e 2 –, sendo um adolescente, conhecido como . Realizada a revista, foram encontrados com 1 –, em pochete preta, 19 (dezenove) pedras de crack, embaladas individualmente, meio tablete de maconha, um celular Samsung e a quantia de 21 reais e cinquenta centavos em espécie. Realizada a revista em 2 –, foram encontrados com ele 07 (sete) pedras de crack e um Iphone. Com o adolescente foram encontrados, em seus bolsos, onze pedras de crack e um celular Samsung. Os policiais informaram no APF que: “os três já são conhecidos como contumazes no envolvimento com o crime e o tráfico de drogas na cidade”. O material apreendido foi fotografado: (...) Os três indivíduos supracitados têm passagens pela polícia e Justiça, por tráfico e posse de drogas. Auto de Constatação Preliminar, às fls. 34 do IP, e Laudo de Constatação 2022 33 PC 002783-01, fls. 64 a 66, atestam positivo para o crack e maconha. , na Delegacia, confessou que já vendeu droga para a facção BDM. José Carlos tem inúmeras passagens pela polícia: (...) Localizamos no sistema do MP, IDEA, extenso histórico criminal de , documentos também em anexo: (...) Certidão do Cartório Crime registra processos contra os dois ora Denunciados: (...) A quantidade e variedade de drogas apreendidas, a forma de acondicionamento dos entorpecentes, as circunstâncias e o local da prisão, conhecido como de intensa atividade de traficância, e a presença de 3 pessoas na prática de venda de crack e maconha, a apreensão de celulares de valores elevados e os antecedentes dos denunciados, denotam, indene de dúvidas, a intenção de mercancia de drogas, bem como a associação para a prática do delito. 1 – e 2 –, outrossim, corromperam ou facilitaram a corrupção de menor de 18 (dezoito) anos, com ele praticando infração penal ou induzindo-o a praticá-la. Assim agindo, 1 – e 2 –, praticaram os delitos previstos nos arts. 33, caput e 35 da Lei n. 11.343/2006, em concurso material com o crime previsto no art. 244 – B do Estatuto da Criança e do Adolescente, já que no dia 23 de agosto de 2022, por volta das 12:00 hs, juntamente com menor de idade, foram presos em flagrante delito, na posse de drogas, destinadas à comercialização, tráfico este realizado mediante a associação de pelo menos 3 pessoas. Ante o exposto, estando os denunciados incurso na pena do art. 33, caput, e 35 da Lei Federal n. 11.343/2006, em concurso material com o crime do art. 244– B do ECA, oferece-se a presente denúncia contra os acusados. (...)” (ID 51879513 – grifos nossos) Nesse prisma delimitativo, quanto às efetivas circunstâncias da imputação, registra-se que as características e a natureza do material apreendido com os Acusados foram individualizadas e restaram inicialmente patenteadas com o Auto de Exibição e Apreensão (ID 51879514 – Pág. 6), Laudo de Constatação (ID 51879514 – Pág. 64 / 66) e Laudo de Exame Pericial definitivo (ID 51881703 – Pág. 1) os quais atestam a apreensão de 01 (uma) unidade de maconha seca e prensada, com 157,38 g (cento e cinquenta e sete gramas e trinta e oito gramas), sendo o vegetal composto de fragmento de talos, folhas,

inflorescências e sementes oblongas; 37 (trinta e sete) unidades de invólucros incolores, contendo tabletes de dimensão reduzida (cocaína pedras ou crack) constituídos de substância sólida friável, na forma de pedra, de coloração amarelo-esbranquiçada, com massa bruta total aproximada de 10,69 g (dez gramas e sessenta e nove decigramas), as quais se encontram relacionadas como proscriita no país, conforme Lista F-1 e F-2 da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde. Logo, não sobejam dúvidas acerca da materialidade do fato. No tocante à autoria, em juízo foram colhidos os depoimentos dos policiais que participaram de diligência, os quais ratificaram os depoimentos prestados perante a Autoridade Policial. O policial PM, em juízo, afirmou ter visto os 3 (três) indivíduos (os acusados e o menor em ronda em uma área conhecida pelo tráfico de drogas, no local onde existe uma antiga fábrica de copos já abandonada, e quando se aproximaram do local visualizaram os acusados e estes ao visualizarem a guarnição tentaram empreender fugar e ao abordarem os 3 conseguiram achar com eles o material apresentado, crack, maconha, celulares e uma quantia em espécie; Afirmou que foi por volta das 12:00 meio dia, que e fizeram a abordagem nos acusados e ele ficou na segurança, nas proximidades, que com, vulgo, foram localizadas 07 pedras de crack e que estava com 19 pedras de crack numa pochete preta e uma quantia em dinheiro e um celular e um tablet de maconha prensada, que os acusados já eram conhecidos por informações de populares e que no momento da abordagem negaram a prática do tráfico e falaram que as drogas não eram deles; que o local da abordagem é dentro da cidade, que no local tem residências, que na rua existe uma fábrica de copos abandonados, já todo o batalhão é ciente que existe a prática do tráfico de drogas que drogas e que os acusados estavam em frente à fábrica de copos; que trabalha na cidade há 13 anos completados em dezembro de 2022; não se recorda o dia da semana que ocorreu, que ocorreu o fato por volta dos meio dia; a rua passa carro, é asfaltada e todo serviço que está ele passa pelo local e toda situação suspeita faz a abordagem; que estava com 19 pedras de crack, uma quantia de 20 e poucos reais em espécie e meio tablet de maconha prensada e que daria aproximadamente 100 a 150 gramas de maconha; que apesar de fazer a segurança externa visualizou a revista e verificou pessoalmente essa apreensão de material com os acusados; que não era uma diligência específica mas sempre que estavam em serviço já passam nesse lugar, como de costume, que já conhecem a prática de tráfico e todo serviço passam por lá; que o motorista da viatura de Simão, o declarante como comandante e patrulheiro; que avistou quando entrou na rua e avistou ele e mais dois acusados e que ao verem a viatura tentaram fugar, que os três estavam juntos; que no máximo estava a 50 a 70 metros quando fez essa visualização; que todos os 3 tentaram correr, que correram mas os policiais conseguiram alcançar; fez acompanhamento no meio da rua e fez a abordagem; que a PM estava muito próximo e conseguimos intercepta-los deram voz de parada, que eles desistiram de fugar; que 07 pedras de crack e 2 celulares, se não me engano um celular Samsung e um iphone; eles afirmaram que o celular era deles; que identificaram a pedra de crack pelo cheiro forte, pela experiência, pela formato, cor e o crack tem o cheiro muito forte; que pessoalmente nunca tinha feito a prisão dele; Sabe que os colegas comentam que ele já tinha sido preso e pelo vulgo sabe quem é; que tem até foto dele no celular, nos grupos dos celulares; mas que não estava em busca dele e que estavam fazendo ronda de rotina e encontrou com ele; que ele mora ali nas proximidades e sabia que poderia encontrar ele". (ID 51881705 – PJE Mídias). O PM, em juízo, relatou ter visualizados os três

indivíduos em local conhecido pelo tráfico de drogas, os quais partiram fuga, sendo alcançados portando os entorpecentes em quantidade: “No dia estava de patrulheiro, que o motorista era e tinha o comandante e tinha um soldado chamado e que estavam em ronda no bairro da Urbis, nas proximidades da Fábrica de copos, local conhecido como recorrente de tráfico de drogas e que chegando à Rua Floriano Peixoto visualizaram 3 indivíduos juntos e os acusados ao visualizarem a PM começaram a correr, que conseguiram fazer a abordagem por já estavam próximos, que o soldado Simão fez a ordem de parada para duas pessoas e que o declarante deu ordem de parada a Rubens, enquanto Simão abordava os outros dois, e que verbalizou para parar, que tentou correr mais um pouco, que esse material estava dentro de uma pochete e que encontraram salvo engano por volta de 20 pedras de crack, um tablet de maconha que não se recorda o tamanho, que o tablete de maconha estava pela metade já aberto, aproximadamente 20 pedras de crack, que ele parou e levou ele para o local de abordagem junto com os outros dois; que com outros foram encontrados também materiais ilícitos e usam um código fonético quando encontram algum material ilícito, até pela questão da concentração ser um pouco maior, para já pontuar ilegalidades; que o colega indicou que tinha encontrado o material; que se recorda foi encontrada uma quantidade de crack, tanto com como o outro, que não se recorda o nome, que se recorda do apelido ; que nunca fez a prisão de nenhum deles, que informou que foi preso outras vezes por tráfico de drogas, que nunca tinha feito a prisão de nenhum dos 3 que a priori não reconheceu nenhum, no momento da abordagem, e ao proceder com a abordagem um informou o apelido e lembra que já tinha ouvido esse nome com envolvimento com tráfico; lembra que foi o início da semana ou segunda ou terça, que não se lembra exatamente; que na verdade acredita que o fato ocorreu no final da manhã e no horário de almoço, próximo ao almoço; que a rua estava vazia mas que depois da abordagem chegaram parentes da pessoa que não se recorda o nome mas que tem apelido de Vulgo BIG; que geralmente no nosso plantão, que cumprindo determinação para aquele setor, em determinado momento durante o dia passam fiscalizando o local; que o movimento da rua é normal, passam carro, que durante a abordagem só tinha ele três, que se recorda sim, que quando adentraram a rua e tentaram correr o foco ficou neles e que se tinha outras pessoas não observou; que trabalha em Dias d’Ávila há 4 anos; que neste bairro específico, Urbis, locais de tráfico são proximidades da Fábrica de copos, baixada da Urbis, uma parte mais afastada, o inferninho, Concórdia, lixão, condomínios Parques e Bosques; Que às vezes é comum encontrar usuários; que sendo encontrado o usuário ele informa e geralmente informa e alguns casos a pessoa que está vendendo a droga já informa também; que o colega informou “correram, correram”, se inclinou um pouco e conseguiu visualizar; que acredita que a distância era 50 metros, assim que a viatura apontou, que a fábrica de copos fica próxima a esquina, na rua ; que estava pilotando, deu ordem de parada, que assim que houve a verbalização os dois primeiros pararam, mas um que tentou correr um pouco mais foi Rubens; mas acredita que parou logo, que focou em Rubens e que acredita que parou logo; que fez a abordagem em ; que visualizou o material ilícito com , pois o PM verbalizou que encontrou e se lembra de pedras de crack, mas não se recorda quantas e salvo engano um celular; que não perguntou se eles estavam traficando, se outro colega perguntou não se recorda; que já tinha ouvido falar de pelo seu apelido, BIG e ele informou que já tinha sido preso outras vezes por tráfico, que não tinha visualizado fotos, nem por grupo de whatsapp; que já tinha

ouvido falar de prisões de BIG, por tráfico, que ele recordou de algumas prisões dele próprio". (ID 51881705 – PJE Mídias). A testemunha PM, em juízo, relatou a mesma dinâmica com apreensão de drogas, com os três indivíduos (dois maiores e um menor de idade): "Que no dia estava de serviço normal, que estava na condição de motorista, que estavam em ronda de rotina, cumprindo cartão programa, que passou nessa localidade da fábrica de copo, na Urbis, região corriqueira onde ocorre tráfico de drogas, nas proximidades dessa Fábrica de copos, que na condução apontou em determinado ponto da rua, e visualizaram 3 elementos, que tinham 3 elementos, cidadãos, que eles então visualizaram a PM e que fez a busca pessoal em um menor de idade, acho que o nome é e fez a busca em José Carlos, que encontrou com eles um material análogo a crack; que o outro o colega fez a abordagem e encontrou material ilícito, que era uma maior quantidade com essa outra pessoa; que ele é chamado de, que foi abordado por outro colega; que trabalha há 4 anos em Dias d'Ávila, que no momento da visualização não reconheceu nenhum deles como tendo praticado de outros crimes que tenha realizado abordagem, que ao realizar a abordagem reconheceram porque todos os três já tinham passagens, tinham sido conhecidos por passagens da delegacia e que a PM tem um setor de inteligência e que o pessoal da Urbis, Bosque e Parque têm o conflito dessas facções e ouve falar das pessoas que promovem esses ataques e que os nomes deles estariam envolvidos com esses ataques entre facções; que a abordagem foi por volta de meio dia, horário de almoço, antes do almoço, que os outros policiais eram, Soldado Bispo; que a gente tem um mapa operacional e é orientado a fazer policiamento nas área de maior CVLI – Crimes Violento Letais Intencionais e cumprir o policiamento nessas localidades, que o pelotão especial é orientado a rodas nesses locais, onde ocorrem mais casos de tráfico e homicídios; que do local que visualizaram para onde ele estavam tinha 60 metros aproximadamente, onde a gente apontou era uma esquina, que estavam fazendo uma manobra, que a viatura é ostensiva, consegue visualizar ela de longe e então eles empreenderam fuga; que não se recorda que não deu voz de parada; que o Comandante era o Soldado, que não se recorda quem deu voz, que a ocorrência é dinâmica; que todo o material que foi encontrado foi apresentado à Delegacia, que o material que encontrou estava no Bolso, que não se recorda a quantidade; que apresentou na Delegacia o material separadamente, em relação a cada uma dos acusados e que quem estava com a maior quantidade era a pessoa de, salvo engano, Rubens; que pela quantidade geralmente não é uma quantidade que a pessoa usa, que foi apreendido; que nessa região da Urbis já prendeu usuário, que não se recorda a quantidade; que pelo ponto que a pessoa está, que o usuário não tem o costume de ficar na Boca de fuma, adquire a droga e toma o destino dele, que também o usuário de crack a maioria das vezes tem posse de cachimbo e isqueiro e não me recordo de ter apresentado esse material na ocorrência". (ID 51881705 – PJE Mídias). Interrogado, o Acusado, em juízo, negou a prática do delito, afirmando que estava em casa e ao abrir a porta foi encontrada apenas duas pedras de crack e um baseado que estava nas mãos: "nega a prática do crime; que os policiais estavam fazendo a ronda e aí estava dentro de casa, pediu para abrir a porta, só acharam 2 pedras de crack e um baseado bolado que estava na mão dele, perguntaram se ele tinha passagem, e diz que os policiais forjaram o flagrante e disse que estava com duas pedras de crack e um baseado bolado; lembra do policial de óculos, que não reconhece os outros dois, que tinha outros policiais; que nega que estivesse com 7 pedras de crack; que foi levado à

viatura da sua casa, que os policiais chamaram ele no portão, pedindo para abrir; que na viatura não existia ninguém, que aí depois já apresentaram mais dois meninos em frente uma garagem; que dois foram na mala da viatura e uma no banco de trás do carro, que uma delas é Rubens, que está aqui presente, que o outro já via na rua, mas não tinha conhecimento com ele; que foi agredido fisicamente dentro da sua casa pelos policiais. Que já foi preso antes por tráfico, terceira vez com essa vez; que o iphone não era dele, que o aparelho os policiais olharam mas não achou nada e entregou a menina que estava com ele, um A02. Que tem mãe e filha, que o pai é finado, que estudou até 08 série. Que só trabalhou avulso". (ID 51881705 – PJE Mídias). O acusado, ao ser interrogado, em juízo, também negou a prática do crime de tráfico de drogas, afirmando que estava a caminho para comprar drogas: "nega o tráfico de drogas, que vinha perto do Bairro sozinho e que existiam outras pessoas próximas a ele, mas que não estavam em sua companhia; que foi abordado em frente ao ginásio esportivo da cidade; que estava na posse de um cigarro de maconha, apenas, que ele estava se dirigindo ao centro da cidade onde ia comprar drogas em uma boca de fumo; que é usuário, que quando foi abordado antes de comprar essa droga, estava só com um cigarro de maconha, 20 reais e um celular na pochete; que não estava com crack, que o colocaram na viatura; que já haviam abordado 2 pessoas e liberaram uma pessoa; que não conhecia as duas pessoas que foram colocadas na viatura; que uma delas era, que não conhecia antes dessa abordagem; que não sabe o nome da outra pessoa; que os policiais apresentaram essa droga na viatura, dizendo que eles já tinham que assumir a droga; que sofreu agressões físicas; tomou murro no abdômen e na costela; afirmou que já tinha uma passagem na delegacia, como usuário, que foi pego com uma balinha na rua, abordado; foi levado para casa da mãe, que foi agredido mais uma vez na casa de sua mãe; que foi agredido com chutes e murros; (ID 51881705 – PJE Mídias). Desse modo, do que se extrai do cotejo entre a imputação e conjunto probatório, deflui-se que, apesar da negativa dos Réus, há elementos bastantes para se reconhecer, sem dubiedade, a autoria dos fatos, notadamente diante da firme versão dos policiais em ambas as fases da persecução e da ausência de elementos probatórios mínimos em sentido oposto. Sob esse aspecto, a partir dos depoimentos colhidos, torna-se possível a contextualização das circunstâncias do flagrante, firmando-se a efetiva compreensão de que, em diligência de rotina em um local de habitual prática do tráfico de drogas, policiais militares se depararam com os Acusados, que se evadiram do local, mas foram detidos com a quantidade e variedade de drogas identificadas na denúncia, estando os réus juntos no mesmo cenário criminoso, de modo que não se pode excluir a responsabilidade de qualquer um deles. O conjunto probatório, desse modo, mostra-se assaz suficiente para evidenciar, além da materialidade delitiva, também a autoria dos Acusados, devendo-se, inclusive, extirpar qualquer questionamento quanto à validade dos depoimentos dos policiais que participaram da diligência do flagrante, pois, conforme há muito assentado no Superior Tribunal de Justiça, inexiste óbice à sua valoração como elemento de convicção do julgador, especialmente quando robustamente colhidos na fase inquisitorial e ratificados na instrução, em compasso com as evidências delitivas complementares, sobretudo a efetiva apreensão dos entorpecentes com os Acusados. Com efeito, dado o seu múnus público e fé que o acompanha, não se pode presumir que policiais militares ouvidos como testemunhas tenham a intenção de incriminar falsamente alguém, principalmente quando a narrativa prestada em Juízo se apresenta uniforme desde a fase



inquisitorial e, repise-se, há a comprovação material das substâncias ilícitas, efetivamente apreendidas, sem qualquer contraprova produzida. Confirmam-se os seguintes precedentes (com destaques acrescidos): PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. 1. INVASÃO DE DOMICÍLIO. DENÚNCIA ANÔNIMA. DILIGÊNCIAS COMPLEMENTARES. SITUAÇÃO DE FLAGRANTE ANTERIOR AO INGRESSO. 2. ESTABELECIMENTO COMERCIAL. LOCAL ABERTO AO PÚBLICO. AUSÊNCIA DE PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL. 3. DEPOIMENTOS POLICIAIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 4. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que "o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova" (AgRg no HC n. 672.359/SP, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 22/6/2021, DJe 28/6/2021)". (AgRg no AREsp n. 1.649.862/RN, relator Ministro , Sexta Turma, julgado em 24/10/2023, DJe de 30/10/2023.) – Dessa forma, "para se concluir de maneira diversa a fim de acolher a pretensão absolutória, seria necessário proceder ao revolvimento das provas produzidas nos autos, o que não se mostra cabível na estreita via do habeas corpus". (AgRg no HC n. 803.767/RJ, relatora Ministra , Sexta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 30/8/2023.) 4. A gravo regimental a que se nega provimento. (STJ – AgRg no HC n. 860.273/SP, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 11/12/2023, DJe de 19/12/2023.) Por outro vértice, é também imperativo gizar que a tipificação delitiva em que incurso o Recorrente possui multiplicidade de núcleo, abarcando diversas condutas, dentre as quais objetivamente se enquadra aquela por ele empreendida. Com efeito, assim se põe a abrangente redação do art. 33 da Lei nº 11.343/06: "Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena: reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias multa" No caso dos autos, ainda que se pudesse estabelecer alguma controvérsia acerca de os Acusados efetivamente venderem entorpecentes no momento do flagrante, não há dúvida de que os trazia consigo para essa finalidade, incidindo, portanto, em um dos específicos verbos nucleares do tipo penal. Registre-se, ademais, que as circunstâncias da apreensão das drogas tornam inviabilizada a pretendida desclassificação da conduta para a sua posse destinada a consumo próprio. Afinal, a quantidade de apreendida, sob a forma em que trazer consigo, em via pública, revela-se assaz significativa para a espécie, abrangendo, para o Acusado , 07 (sete) pedras de crack, para o , 19 (dezenove) pedras de crack, embaladas individualmente, 01 (uma) unidade de maconha seca e prensada, com 157,38 g (cento e cinquenta e sete gramas e trinta e oito gramas), além de 11 (onze) pedras de crack com o adolescente (apurada em processo próprio); totalizando 37 (trinta e sete) unidades de cocaína pedras ou crack) com massa bruta total aproximada de 10,69 g (dez gramas e sessenta e nove decigramas). As proporções de pedras de crack fracionada e de maconha presada, apreendida em via pública com os três indivíduos que ao avistarem a viatura partiram em fuga, em nada se compatibiliza com a respectiva tese de posse destinada a consumo próprio, mormente se confrontada com as diretrizes do art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06: "Art. 28..... (...) § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo

peçoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente." Em semelhantes hipóteses, outra não é a compreensão jurisprudencial do tema (em originais sem destaques): PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. ART. 28 DA LAD. POSSE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Embora a quantidade de drogas, no caso, não se mostre exorbitante, também não se coaduna com o consumo pessoal, notadamente quando o acusado, que é reincidente na prática do crime de tráfico, foi apreendido em via pública, após denúncia acerca da prática do comércio espúrio naquele local, trazendo consigo três tipos de entorpecentes, a saber: 1,5g de cocaína, 5,5g de crack e 43,5g de maconha, em porções individualizadas e já prontas para a venda. 2. Nesse contexto, a alteração do julgado, a fim de desclassificar a conduta tipificada no art. 33 para a do art. 28, ambos da Lei 11.343/2006, demandaria a incursão no arcabouço fático e probatório dos autos, o que não é possível nesta via especial, em razão do óbice da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp n. 2.405.794/SP, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 7/11/2023, DJe de 13/11/2023.) (grifamos) Portanto, o montante de entorpecente apreendido extirpa qualquer possibilidade de se reconhecê-la como destinada a consumo próprio, pelo que incogitável a pretendida desclassificação para o ilícito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06. DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO ART. 40, VI, DA LEI N.º 11.343/2006 – ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE Prevê o art. 40, VI, da Lei n.º 11.343/2006: Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: (...) VI – sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação; (grifamos) No que tange à aplicação do art. 40, VI, da Lei n.º 11.343/2006, prova dos autos demonstra, de forma inequívoca, o envolvimento de adolescente na prática delitiva, com registro da apreensão deste junto com os demais, além das declarações do menor, em sede policial, relatando estar fumando maconha com e , estando só os três na rua, perto da casa de , vulgo “Big” (ID 51879514 – Pág. 11). Incontroversa a participação de adolescente na prática do crime, impõe o improvimento da tese defensiva, com manutenção da majorante prevista no art. 40 , VI , da Lei n. 11.343 /2006. Nesse sentido: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. PROPROCIONAL. CAUSA DE AUMENTO DE PENA. ENVOLVIMENTO DE ADOLESCENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. As instâncias de origem consideraram devida a imposição da pena-base acima do mínimo legal, em razão da elevada culpabilidade do réu, notadamente a função de liderança por ele exercida. 2. As instâncias ordinárias atuaram em estrita consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, ao considerarem a quantidade e a natureza da droga apreendida (3 kg de cocaína) como circunstância judicial desfavorável. 3. Uma vez que foram apontados argumentos concretos e específicos dos autos para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, não há como esta Corte simplesmente se imiscuir no juízo de proporcionalidade feito pelas instâncias de origem para, a pretexto de ofensa aos princípios da proporcionalidade e da individualização da pena, reduzir a reprimenda-base estabelecida ao réu. 4. Incontroversa a participação de adolescente na prática do crime, deve ser mantida inalterada a incidência da majorante

descrita no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006. 5. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no HC: 730367 SP 2022/0078281-3, Data de Julgamento: 14/06/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/06/2022) DO CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS (ART. 35 DA LEI Nº 11.343/06) No concernente ao delito de associação para o tráfico de drogas, entendeu o julgador sentenciante ter restado comprovado nos autos que havia, entre os réus, vínculo associativo permanente e duradouro para a prática da atividade ilícita. O registro foi assim consignado no decisum: “(...) Lado outro, no que se refere ao delito previsto no art. 35 da Lei 11.343/2006, ressoa que a confirmação de ocorrência do citado tipo penal exige a presença do aspecto da permanência e estabilidade dos atos de traficância entre os envolvidos, conforme exige-se a jurisprudência pátria. Desta feita, afigura-se que a prova coletada nos autos, seja pelo depoimento policial, seja pelo material apreendido quando do aprisionamento em flagrante dos réus, e as demais provas obtidas nos fazem crer de forma indiscutível que a prisão ou envolvimento dos acusados com o mundo do tráfico não ocorrera de forma episódica ou eventual, na medida em que o farto conjunto de provas – demonstra que os acusados exerciam de forma permanente e contínua tal atividade ilícita, não nos parecendo razoável desconsiderar tais circunstâncias. Nessa toada, saliente-se que o acusado goza de outros procedimentos crime perante este juízo pelo mesmo delito de tráfico de drogas, e ainda, em sede policial, confessa a atividade da traficância, inclusive informando fazer parte de organização criminosa atuante nesta urbe, Assim, tais elementos vem a demonstrar de forma indiscutível as suas vinculações ao crime de tráfico de forma organizada, permanente e com vínculo associativo, (...) Assim, a coerência dos depoimentos dos policiais e o interrogatório do acusado quanto ao fato típico, os laudos periciais, a fragilidade das provas trazidas pela Defesa, as circunstâncias sobre a natureza, a quantidade e o local de apreensão da droga, examinados em conjunto, convencem, suficientemente, que os réus e , praticaram as condutas tipificadas nos arts. 33 caput , 35 e 40, VI, ambos da Lei 11.343/06. (...)” (grifos nossos) Sucede que, em detrimento das convicções alcançadas na origem, a prova dos autos não permite alcançar a firme conclusão acerca do liame associativo com propósito pré-definido de prática da traficância, eis que todo o conjunto probante se resume a uma ocorrência delitiva, ainda que em concurso de pessoas. Dos depoimentos colhidos em ambas as fases da persecução criminal, nada se afirmou acerca da dedicação permanente dos Recorrentes, em associação, à prática ilícita. Além disso, sequer a denúncia descreve qualquer conduta ligada à estabilidade e permanência do vínculo associativo entre os recorrentes para a prática criminosa (ID 51879513). Com efeito, a mera prática do crime de tráfico em concurso de pessoas não é suficiente para caracterizar a associação estabelecida no art. 35 da Lei nº 11.343/06, sendo, ao revés, imperativo que para tanto também se comprove a comunhão de desígnios associativos para tanto. Nesse sentido, é firme a compreensão jurisprudencial (em arestos não destacados no original): HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. AUSÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES DA ASSOCIAÇÃO. PRESUNÇÃO DE ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO CONCRETA DO VÍNCULO E ESTABILIDADE. ABSOLVIÇÃO. TRÁFICO. MINORANTE. INCIDÊNCIA. ORDEM CONCEDIDA, COM EXTENSÃO, NOS TERMOS DO VOTO. 1. Firmou-se neste Superior Tribunal de Justiça entendimento no sentido de que indispensável para a configuração do crime de associação para o tráfico a evidência do vínculo estável e permanente do acusado com outros indivíduos. 2. O liame

associativo mediante verdadeiro compartilhamento de tarefas entre os apelantes, ficando provada a conjugação de esforços para a realização do comércio proscrito, desprovido de apontamento de fato concreto a caracterizar, de forma efetiva, o vínculo associativo estável e permanente entre os réus, requisito necessário para a configuração do delito de associação para o tráfico, impõe a absolvição. 3. Absolvida do delito de associação para o tráfico, não remanesce fundamentação idônea para a negativa da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. 4. Ordem concedida para absolver a paciente da imputação do delito de associação para o tráfico, com extensão aos corréus e , e aplicar a minorante do tráfico privilegiado, com extensão apenas a , redimensionando-se as penas, nos termos do voto. (STJ – HC: 585979 SP 2020/0129746-3, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 18/08/2020, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/08/2020) AGRADO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ART. 35 DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE PROVA DA CONCRETA ESTABILIDADE E PERMANÊNCIA NA ORIGEM. ABSOLVIÇÃO. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 1. Para a configuração do delito de associação para o tráfico "é imprescindível o dolo de se associar com estabilidade e permanência, uma vez que a reunião ocasional de duas ou mais pessoas não é suficiente para a configuração do tipo do art. 35 da Lei 11.343/2006". ( AgRg no HC n. 573.479/SP, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 19/5/2020, DJe 27/5/2020.) 2. No caso, ao deixar de esclarecer o tempo da suposta associação e sem evidenciar a existência concreta de animus associativo, as instâncias ordinárias não declinaram fundamento válido para a conclusão de que houve vínculo duradouro entre o paciente e qualquer membro da facção, inexistindo prova da estabilidade e permanência para lastrear a condenação pelo delito de associação para o tráfico. 3. Não se faz possível a condenação pelo delito de associação para o tráfico em razão de a prisão ter sido realizada em local sabidamente dominado por facção criminosa. 4. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no HC: 734103 RJ 2022/0099998-4, Relator: Ministro DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF, Data de Julgamento: 13/03/2023, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/03/2023) Portanto, não havendo no caderno processual, ou mesmo na denúncia, elementos atinentes à existência de vínculo associativo permanente e duradouro para fins da prática do crime de tráfico de drogas, não há como se reconhecer configurada a incursão dos Recorrentes do respectivo tipo penal, o que impõe prover o recurso para, quanto ao delito previsto no art. 35, da Lei n.º 11.343/2006, absolver os Acusados. Diante de tais circunstâncias, ABSOLVE-SE os réus e da imputação da prática do crime previsto no art. 35, da Lei nº 11.343/2006, com fundamento no artigo 386, VII, do CPP, mantendo a CONDENAÇÃO de ambos pela prática do delito previsto no art. 33, caput, c/c art. 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/06. DA DOSIMETRIA Firmada a prática delitiva e a respectiva autoria do Acusado, cumpre analisar a dosimetria das penas alcançada na origem. DO RÉU Na hipótese dos fólios, extrai-se dos autos virtuais que o Magistrado de origem, na primeira fase, fixou a pena-base em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, sopesando negativamente a conduta social e personalidade do agente QUANTO AO ACUSADO : Observando-se os ditames do art. 59, CP, e art. 42 da Lei 11.343/2006 ("Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."), passo à dosimetria da pena do acusado: a) natureza e a quantidade da substância ou do produto: A quantidade de material tóxico

encontrado em posse do acusado não fora tão considerável; b) conduta social: Há informes nos autos, inclusive a confissão em sede policial do próprio acusado, de ser o mesmo integrante de organização criminosa atuante nesta urbe; c) personalidade do agente: Sua personalidade infirma comportamento voltado a dedicação a atividades ilícitas, uma vez que em certidão cartorária consta a presença de duas ações penais pela prática do mesmo delito de tráfico de drogas (id núm. 238309878); d) culpabilidade: O réu agiu com dolo inerente ao tipo, sendo imputável, conhecedor do caráter ilícito dos seus procedimentos e poderia ter agido de forma diferente; e) antecedentes: O réu era primário à época do fato, conforme certidão de antecedentes criminais de ID num. 238309878; f) motivo do crime: obtenção de lucro fácil, entretanto, por ser peculiar ao crime, não possui o condão de majorar a pena; g) circunstâncias do crime: a forma e natureza da ação delituosa, o objeto, tempo, lugar e forma de execução foram normais ao tipo, não havendo nada digno de nota; h) consequências do crime: Inerentes ao tipo penal, não tendo o condão de fixar a pena acima do mínimo legal; i) comportamento da vítima: não há vítima determinada. Quanto a conduta social não há argumentação idônea para valoração negativa desta, uma vez que tal circunstância só está autorizada a ser sopesada quando for desfavorável o comportamento do acusado no seu meio social, familiar e profissional, o que, inequivocamente, não restou comprovado nos autos, não havendo, inclusive prova robusta no sentido de que o Acusado seja integrante de organização criminosa. Portanto, afasta-se o sopesamento negativo da mencionada circunstância judicial. Do mesmo modo o Magistrado a quo ao incorreu em equívoco ao valorar negativamente a personalidade do agente pelo fato de o Apelante ser “voltado a dedicação a atividades ilícitas, uma vez que em certidão cartorária consta a presença de duas ações penais pela prática do mesmo delito de tráfico de drogas (id núm. 238309878)”. Neste viés, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou, inclusive com a edição da Súmula 444, do STJ: Súmula 444 do STJ – É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Reiterados julgados no mesmo sentido, afastando a valoração negativa da pena base: HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO EM RAZÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL E DA PERSONALIDADE DO AGENTE. FUNDAMENTAÇÃO INVÁLIDA. EXCLUSÃO. PRETENDIDA ALTERAÇÃO DO QUANTUM DE AUMENTO PELA MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO IDÔNEA APRESENTADAS PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. ORDEM DE HABEAS CORPUS PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. (...). 3. A conduta social e a personalidade do Paciente foram consideradas como circunstâncias judiciais negativas, em razão da sua reiteração em condutas criminosas. Entretanto, o fato de o Acusado possuir condenações anteriores ou ações penais em curso não pode ser considerado como fundamento idôneo para a valoração negativa da conduta social ou da personalidade, conforme precedentes desta Corte Superior e da Súmula n. 444/STJ. 4. (...). 5. Ordem de habeas corpus parcialmente concedida para redimensionar as penas do Paciente para 8 (oito) anos e 9 (nove) meses de reclusão e pagamento de 875 (oitocentos e setenta e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, mantido o regime prisional inicial fechado. (STJ – HC: 548139 RJ 2019/0354524-5, Relator: Ministra , Data de Julgamento: 15/12/2020, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJE 18/12/2020) (Grifo nosso). Desse modo, afasta-se a valoração negativa da personalidade do agente. Inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis, redimensiona-se a pena base para o mínimo legal de 05

(cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Na segunda fase, o Magistrado considerou que o acusado confessou na fase policial, atenuando a pena em 06 (seis) meses, entretanto, considerando o redimensionamento da pena base, há de se observar a incidência da orientação contida no Enunciado da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal." Não subsiste razão para o afastamento do entendimento sumular, tendo em vista que consolidado a partir das objetivas diretrizes do sistema trifásico de fixação da pena, pelo qual, salvo na presença de causas específicas de aumento ou de diminuição (terceira fase), a reprimenda não pode extrapolar os limites do intervalo fixado pelo legislador para as penas mínima e máxima. Com efeito, admitir que a pena intermediária possa ser estabelecida aquém do mínimo legal, pela incidência de atenuante, conduz à igual permissão a que, caso presentes todas as vetoriais do art. 59 do Código Penal em desfavor do réu, com a base fixada no máximo legal, uma agravante (CP, art. 61) a conduza para além desse limite, o que não encontra sequer discussão acerca de sua inadmissibilidade. Registre-se, inclusive, que o entendimento não se resume à Súmula 231 da Superior Corte de Justiça, sendo, também, ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive sob a égide ritualística de repercussão geral (tema nº 158): "AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal." (STF – RE 597270 Q0-RG, Relator (a): Min. , julgado em 26/03/2009, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02257 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 445-458). Desse modo, ainda que reconhecida a incidência ao caso da atenuante, revela-se impositiva a manutenção das penas intermediárias no equivalente ao mínimo legal. Já na terceira fase, presente a causa de aumento do art. 40, IV da Lei 11.343/2006, a pena fica redimensionada para 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. No tocante ao privilégio previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, no o Magistrado de Primeiro Grau consignou na sentença que o réu ostenta maus antecedentes, por responder ação penal em curso, o que comprovaria a dedicação em atividade criminosa e o envolvimento com organização criminosa, negando, por conseguinte o reconhecimento da modalidade delitiva privilegiada. Vejamos: "Não verifica-se que o denunciado NÃO preenche os requisitos constantes no § 4º do art. 33 da lei de Drogas, vez que, ainda que primário, conforme certidão acostada sob ID num. 238309878, NÃO há a presença de bons antecedentes. O acusado responde perante este juízo a duas outras ações penais pelo mesmo delito de traficância, podendo tal elemento levar a conclusão de que se dedique às atividades criminosas. Ainda, conforme se depreende dos depoimentos colhidos dos policiais civis, seria o acusado já conhecido pela polícia, e possuidor de envolvimento com organização criminosa, conforme própria confissão em sede policial. Desta forma, não preenche o acusado os requisitos necessários para fins de aplicação do redutor do § 4º do art. 33 da lei 11.343/2006, o tráfico privilegiado" (sentença). Bem é de ver que a norma acima indicada estatui que, nos delitos catalogados, no caput e no § 1º, as penas poderão ser diminuídas, de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário,

de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa. Cumpre ressaltar, a priori, que a norma legal referida disciplina a possibilidade de redução da pena de 1/6 a 2/3 “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Sobre a matéria em análise, o Superior Tribunal de Justiça, firmou, no Tema Repetitivo de nº 1139, a tese de que “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06.”. Portanto, no caso em concreto, sendo o fundamento da negativa da concessão do privilégio a existência de duas ações penais em curso, bem como inexistindo nos autos de outros elementos idôneos capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, 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, necessário o redimensionamento da pena na terceira fase, impondo-se a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), fixando a pena em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, tornando-a definitiva, em regime inicialmente aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. Ademais, inobstante o Juízo primevo haver aplicado a pena multa em 700 dias-multa, em observância ao princípio da proporcionalidade, esta deve guardar simetria com a reprimenda corporal e ser dosada fase por fase, motivo pelo qual há de ser estabilizada no patamar de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente na data do delito. Por fim, atento aos critérios do art. 44 do CPB, mostra-se adequada a substituição da pena corporal por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, o qual também deverá analisar possível detração da pena. Em face da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, não subsiste justificativa para a negativa ao réu do direito a recurso em liberdade, tornando-se imperativo revogar sua prisão preventiva, inclusive atribuindo-se ao presente decisum força de alvará de soltura. Ilustra-se (com destaques da transcrição): “PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA REFORMADA PELA SEGUNDA INSTÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO DE POSSE DE ENTORPECENTES PARA CONSUMO PESSOAL. APLICAÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. INCOMPATIBILIDADE COM A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. WRIT CONHECIDO E CONCEDIDO. 1. Busca o impetrante com o presente writ, a concessão da ordem de habeas corpus, para que seja determinada a imediata soltura do paciente, cuja condenação foi reformulada em sede de apelação, sendo a pena aplicada substituída por prestação de serviços à comunidade. 2. É incompatível a manutenção da prisão privativa de liberdade com a aplicação de pena restritiva de direitos. 3. In casu, a sentença condenatória foi reformada pela segunda instância, sendo desclassificada a conduta para o delito de posse de entorpecentes para consumo pessoal e, por conseguinte, o paciente condenado à pena de prestação de serviços à comunidade, restando, assim, revogado o decreto prisional e configurado constrangimento ilegal. 4. Ordem conhecida e concedida”. (TJ-CE – HC: 06284883920218060000 CE 0628488-39.2021.8.06.0000, Relator: , Data de Julgamento: 13/07/2021, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 13/07/2021) “HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – RECORRER EM LIBERDADE – REGIME SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS – INCOMPATIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA COM

A RESPOSTA ESTATAL. A condenação do Paciente, em regime Semiaberto, com substituição da Pena Corporal por Restritivas de Direitos, demonstra ser desproporcional e mais gravosa a Prisão Preventiva mantida na Sentença." (TJ-MG – HC: 10000200548881000 MG, Relator: , Data de Julgamento: 02/06/2020, Data de Publicação: 04/06/2020) Permanecem hígidas as demais prescrições acessórias da sentença penal sob análise. DO RÉU Na hipótese dos fólios, extrai-se dos autos virtuais que o Magistrado de origem, na primeira fase, fixou a pena-base no mínimo legal, isto é, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos dias-multa), o que, por se firmar em máximo benefício do Réu para o estágio dosimétrico, afasta qualquer possibilidade de alteração. Já na segunda fase, apesar de reconhecida menoridade relativa do Réu, o Julgador deixou de reduzir a pena intermediária, porquanto observada a incidência da orientação contida no Enunciado da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal." Não subsiste razão para o afastamento do entendimento sumular, tendo em vista que consolidado a partir das objetivas diretrizes do sistema trifásico de fixação da pena, pelo qual, salvo na presença de causas específicas de aumento ou de diminuição (terceira fase), a reprimenda não pode extrapolar os limites do intervalo fixado pelo legislador para as penas mínima e máxima. Com efeito, admitir que a pena intermediária possa ser estabelecida aquém do mínimo legal, pela incidência de atenuante, conduz à igual permissão a que, caso presentes todas a vetoriais do art. 59 do Código Penal em desfavor do réu, com a basilar fixada no máximo legal, uma agravante ( CP, art. 61) a conduza para além desse limite, o que não encontra sequer discussão acerca de sua inadmissibilidade. Registre-se, inclusive, que o entendimento não se resume à Súmula 231 da Superior Corte de Justiça, sendo, também, ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive sob a égide ritualística de repercussão geral (tema nº 158): "AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal." (STF – RE 597270 Q0-RG, Relator (a): Min. , julgado em 26/03/2009, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02257 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 445-458). Desse modo, ainda que reconhecida a incidência ao caso da atenuante, revela-se impositiva a manutenção das penas intermediárias no equivalente ao mínimo legal, rechaçando-se a postulação recursal em sentido contrário. Já na terceira fase, presente a causa de aumento do art. 40, IV da Lei 11.343/2006, ratifica-se a pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. No tocante ao privilégio previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, no o Magistrado de Primeiro Grau consignou na sentença o preenchimento os requisitos, com redução da pena em 2/3, entretanto, o cálculo não refletiu o percentual reconhecido, tornado necessário o redimensionamento fixando a pena em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, tornando-a definitiva, em regime inicialmente aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. Ademais, inobstante o Juízo primevo haver aplicado a pena multa em 250 dias-multa, em observância ao princípio da proporcionalidade, esta deve guardar simetria com a reprimenda corporal e ser dosada fase por fase, motivo pelo



qual há de ser estabilizada no patamar de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente na data do delito. Por fim, atento aos critérios do art. 44 do CPB, mostra-se adequada a substituição da pena corporal por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, o qual também deverá analisar possível detração da pena. Foi concedido ao réu o direito de recorrer em liberdade. Permanecem hígidas as demais prescrições acessórias da sentença penal sob análise. DISPOSITIVO Por todo o exposto, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, para ABSOLVER os réus e da imputação da prática do crime previsto no art. 35, da Lei nº 11.343/2006, com fundamento no artigo 386, VII, do CPP, mantendo a CONDENAÇÃO de ambos pela prática do delito previsto no art. 33, caput, c/c art. 40, VI, ambos da Lei nº 11.343/06. Assim como redimensionar a pena dos réus, nos seguintes termos: a) para afastar as circunstâncias judiciais desfavoráveis da conduta social e personalidade do agente, mantendo a causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei n.º 11.343/2006, assim como conceder a causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006, fixando a pena definitiva em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicialmente aberto, e 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente na data do delito, substituindo da pena corporal por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, o qual também deverá analisar possível detração da pena, assim como revogar sua prisão preventiva, determinando, de logo, a expedição de alvará de soltura em seu favor, caso por ela se encontre recolhido. b) para manter a causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei n.º 11.343/2006 e recalcular a pena, fixando-a de forma definitiva em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicialmente aberto, e 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente na data do delito, substituindo da pena corporal por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, o qual também deverá analisar possível detração da pena. É o voto. Des. Relator