

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0509211-24.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: ERICK OLIVEIRA SANTOS Advogado (s): JONATHAS FORTUNA GOMES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO DEFENSIVA. LEI REPRESSORA AO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APELANTE CONDENADO COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. CONCEDIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRETENSÕES RECURSAIS: 1) ABSOLVIÇÃO DIANTE DA FRAGILIDADE PROBATÓRIA. INACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA DEMONSTRADAS NOS AUTOS. VERSÃO DO FATOS APRESENTADA, DE FORMA CONGRUENTE, PELOS POLICIAIS MILITARES, CORROBORADA PELOS DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA. TIPO PENAL DE AÇÃO MÚLTIPLA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA VERGASTADA QUE SE IMPÕE. 2) DOSIMETRIA DA PENA. 2.1) VETOR DA CONDUTA SOCIAL. AFASTADO DE OFÍCIO. VALORADO EM DISSONÂNCIA AO ENTENDIMENTO MAJORITÁRIO ADOTADO PELO EGRÉGIO STJ, CONFORME TEOR DO RECURSO REPETITIVO Nº 1077. BASILAR QUE DEVE SER FIXADA NO MÍNIMO LEGAL PREVISTO AO TIPO PENAL. 2.2) RECONHECIMENTO DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INACOLHIMENTO. APELANTE QUE NÃO PREENCHE, DE FORMA CUMULATIVA, OS REQUISITOS LEGAIS PREVISTOS NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. REGISTRO DE OUTRA SENTENÇA CONDENATÓRIA TRANSITADA EM JULGADO. 2.3) PENA DEFINITIVA REDIMENSIONADA PARA 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO E AO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, NO VALOR MÍNIMO LEGALMENTE PREVISTO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DOSIMETRIA DA PENA REFORMADA DE OFÍCIO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime nº 0509211-24.2019.8.05.0001, oriundos do Juízo de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador, tendo como apelante ERICK OLIVEIRA SANTOS e como apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO, REFORMANDO DE OFÍCIO A DOSIMETRIA DA PENA, de acordo com o voto do Relator. Sala das sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. João Bosco de Oliveira Seixas Relator 04 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 21 de Agosto de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0509211-24.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: ERICK OLIVEIRA SANTOS Advogado (s): JONATHAS FORTUNA GOMES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO “Trata-se de apelação interposta contra sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador. Acerca dos fatos delitivos em comento, narrou o ilustre Representante do Ministério Público que, no dia 14/12/2018, por volta das 00:10 h, numa localidade conhecida pelo intenso tráfico de drogas, identificada por Guiné, policiais militares realizavam uma incursão a pé, quando avistaram um grupo de oito indivíduos em atitude suspeita, os quais passaram a disparar contra a guarnição e tentaram empreender fuga. Prosseguiu o Parquet discorrendo que: “(...) Houve revide, contudo ninguém ficou ferido, e ato continuo foram capturados três indivíduos. Naquela oportunidade os mesmos foram identificados como: ERICK OLIVEIRA SANTOS e VANDERLEI CABRAL DE JESUS, ambos denunciados nesta oportunidade, além do adolescente PSB. Ato continuo foi realizada a revista e se constatou que ERICK OLIVEIRA SANTOS trazia consigo, carregando na mão, um saco contendo 32 (trinta e duas) porções de substância assemelhada a maconha, uma porção contendo vários fragmentos de

substância aparentado crack, a quantia de R\$ 53,00 (cinquenta e três reais) e uma folha de anotações. Na posse do acusado VANDERLEI CABRAL DE JESUS foram encontrados 176 (cento e setenta e seis) pinos contendo um pó branco aparentando cocaína, a quantia de R\$ 53,00 (cinquenta e três reais), um aparelho de telefone celular e dois chips. Na busca pessoal feita no adolescente PSB, os policiais verificaram que ele trazia consigo 255 (duzentos e cinquenta e cinco) pinos contendo pó branco semelhante a cocaína, um rádio transmissor da marca Motorola e a quantia de R\$ 78,00 (setenta e oito reais). Desta forma, os denunciados foram presos em flagrante e conduzidos à Delegacia. O adolescente foi encaminhado à DAI, para as providências pertinentes. O acusado Vanderlei ao ser interrogado, perante a autoridade policial, disse que era usuário e tinha ido a boca da Guiné para comprar maconha quando foi abordado pelos policiais. Ele negou a posse da droga e disse que a mesma pertencia ao adolescente apreendido na mesma oportunidade, traficante conhecido pela alcunha de PET. Erick disse na delegacia que não sabe a quem pertence a droga apreendida, que foi até o local para comprar drogas com o traficante de alcunha PET, pois faz uso de maconha diariamente. A droga apreendida foi periciada, tendo o Laudo de constatação, acostado à fl. 12, confirmado a natureza das substâncias como sendo COCAÍNA e MACONHA, drogas de uso proscrito no país, nos termos da Portaria 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde (...). Por tal fato, foi oferecida denúncia imputando aos acusados a prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 (id. 46487940). Durante o trâmite processual, foi declarada a extinção da punibilidade em favor do réu Vanderlei Cabral de Jesus, nos termos do art. 43, inciso III, do CPP e art. 107, inciso I, do CP (id. 46488765). Após a devida instrução criminal, sobreveio sentença julgando procedente o pedido da denúncia e condenando o réu nos termos desta, a uma pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime semiaberto, e ao pagamento de 540 (quinhentos e quarenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente, sendo concedido o direito de recorrer em liberdade (id. 46488784). Irresignado, o réu, ora apelante, apresentou suas razões recursais pretendendo a absolvição por insuficiência de provas ou, subsidiariamente, o reconhecimento do tráfico privilegiado e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito (id. 46488790). Contrarrazoando, o Ministério Público refutou as teses defensivas, pugnando pelo desprovimento da apelação, para manter in totum a sentença vergastada (id. 46488797). Encaminhados a esta Corte de Justiça, foram distribuídos por sorteio, vindo-me conclusos (id. 46500928). Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do apelo (id. 46630250). Examinados os autos, elaborei o presente relatório e o submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor, para os devidos fins. Salvador/BA, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. João Bôsko de Oliveira Seixas 2ª Câmara Crime 2ª Turma Relator 04 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0509211-24.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: ERICK OLIVEIRA SANTOS Advogado (s): JONATHAS FORTUNA GOMES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO "Devidamente observados os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço da apelação. 1) Da pretendida absolvição por insuficiência probatória Ao analisar o contexto narrado na denúncia e diante das informações extraídas do Auto de Exibição e Apreensão (id. 46487941, fls. 10), observa-se que o réu Erick, ora

apelante, ao ser abordado em via pública, foi flagrantado na posse de 32 (trinta e duas) porções de maconha e 01 (uma) porção contendo vários fragmentos de substância aparentado crack, sendo a quantidade e natureza de tais substâncias entorpecentes confirmadas pelo Exame de Constatação (id. 46487942, fls. 03) e Laudo Definitivo (id. 46488574), atestando-se tratar, respectivamente, da apreensão de 110,65 g (cento e dez gramas e sessenta e cinco centigramas) de massa bruta de tetrahydrocannabinol (cannabis sativa) e de 10,77 g (dez gramas e setenta e sete centigramas) de massa bruta de benzoilmetilecgonina (cocaína), além da quantia em espécie de R\$ 53,00 (cinquenta e três reais). No tocante à autoria delitiva, registrou-se, na sentença vergastada que, embora o apelante tenha negado a autoria delitiva imputada, admitindo ser mero usuário de drogas, tal versão não encontrava consonância aos demais elementos de prova, como as circunstâncias do flagrante e os depoimentos dos policiais militares que efetuaram o flagrante. Vejamos, então, das referidas oitivas judiciais, expressamente transcritas no termos da audiência de instrução e julgamento: SD/PM ROGER SANTOS SANTANA (id. 46488763): “(...) que o réu Erick, aqui presente, está um pouco diferente, mas o depoente o reconhece; que se recorda que houve a condução de três conduzidos ao todo, e se recorda que os outros dois que não estão aqui são falecidos; que se recorda que os policiais estavam em ronda na área descrita na inicial, já conhecida pelo intenso tráfico de drogas, o que permanece até hoje, e os policiais foram recebidos a tiros por elementos que estavam em via pública, cerca de sete a oito homens, salvo engano; que houve revide; que vários indivíduos fugiram, mas foram alcançados três rapazes, os quais estavam dentre os indivíduos que atiraram contra a polícia; que os três conduzidos foram alcançados juntos numa escadaria, parados, após atenderem a ordem de parada da polícia; que não se recorda se os indivíduos caíram nessa escadaria durante a fuga; que não se recorda se os indivíduos desceram ou subiram a escada antes de serem alcançados; que os três conduzidos foram abordados ao mesmo tempo; que não lembra qual policial revistou os conduzidos; que o depoente era o comandante da guarnição; que o réu Erick, aqui presente, foi flagrado trazendo drogas, mas o depoente não se recorda o tipo ou a quantidade, mas se recorda que o réu aqui presente trazia as drogas num saco e em mãos; que na delegacia foi esclarecido o que cada conduzido trazia na hora da abordagem; que não se recorda se os conduzidos informaram algo sobre os objetos que portavam; que até então o depoente não conhecia o réu Erick e nada sabe informar sobre sua vida pregressa; (...) que tudo o que foi apreendido foi entregue na delegacia, assim como os conduzidos; que não se recorda se os conduziram reagiram à abordagem (...) que não tem como diferenciar as características físicas do réu Erick e do outro denunciado; que reafirma que o real Erick, aqui visto e reconhecido, foi um dos conduzidos no dia descrito na denúncia; que sem a leitura da denúncia, o depoente não saberia dizer o nome do réu Erick, mas reconheceu sua fisionomia; Que o réu Erick não portava arma municiada e o depoente não se recorda se houve apreensão de rádio ou balança de precisão, na diligência; que reafirma que o réu Erick, aqui presente e reconhecido, portava drogas em mãos; que a quantidade de drogas portata pelo réu Erick aparentava ser para venda e não uso pessoal do acusado; que a droga estava individualizada, como de praxe para a venda (...)” – grifos nossos. SD/PM DIÓGENES ROCHA BATISTA (id.46488764): “(...) reconhece o réu Erick aqui presente e se recorda de parte dos fatos narrados na denúncia; que se recorda que os policiais estavam em incursão na área descrita na inicial, quando foram recebidos a

tiros por elementos que estavam em via pública; que esses indivíduos correram, após o revide da polícia; que três desses indivíduos foram alcançados e revistados, ocasião em que se constatou que cada um deles trazia, em mãos, sacos com drogas, cujo tipo o depoente não se recorda no momento; que, então, os indivíduos e os objetos apreendidos foram entregues na delegacia; que não recorda o número exato de homens que estavam reunidos antes da fuga, em via pública, mas era um grupo grande; que o depoente conseguiu ver que o réu Erick estava no meio desses homens e o viu correndo da polícia; que esses três indivíduos foram alcançados em locais separados, mas próximos; que não se recorda o local exato onde o réu Erick foi alcançado, mas sabe dizer que foi em via pública, em um beco, onde tinha uma escada; que não se recorda se o réu Erick caiu na fuga; que os alcançados foram revistados ao mesmo tempo; que não recorda qual policial revistou os conduzidos; que reafirma que o réu Erick tinha um saco com drogas cujo tipo não se recorda; que, com certeza, na delegacia o depoente esclareceu o tipo de drogas que o réu Erick trazia em mãos; que o depoente não conhecia o réu Erick; (...) que o réu Erick não reagiu à abordagem e condução (...) que salvo engano, o réu Vandelei era um homem "mais forte" e Erick tinha o cabelo maior; que tem certeza que o réu aqui presente era o réu Erick; que o réu Erick não portava arma na hora da abordagem; que não tem como precisar se o réu Erick atirou contra a guarnição; que as drogas apreendidas em poder de Erick aparentavam ser para venda, inclusive em função da forma de acondicionamento da droga (...)” – grifos nossos. Em suma, a narrativa dos fatos foi apresentada pelos policiais, de forma congruente, e no sentido de que, ao realizarem policiamento numa região conhecida pelo tráfico, foram recebidos por tiros, momento em que foram atrás dos indivíduos que empreenderam fuga, alcançando, assim três deles, dentre os quais o réu, ora apelante, sendo apreendido na posse deste um saco contendo uma certa quantidade de substâncias entorpecentes. Embora os referidos policiais tenham registrado não recordarem quem foi o responsável pela abordagem do réu, ora apelante, afirmaram, com certeza, que os três indivíduos que foram alcançados foram abordados ao mesmo tempo, na via pública, e o apelante estava próximo a um beco, na posse de drogas, devidamente acondicionadas para venda. Por sua vez, o réu Erick Oliveira Santos, ora apelante, negou a autoria delitiva, afirmando que, de fato, estava no local dos fatos, mas não na companhia do corréu Vanderlei ou do menor Patrick, bem como que tinha apenas a intenção de adquirir maconha para consumo próprio, o que, entretanto, não ocorreu por conta da abordagem policial. Ainda, asseverou que, no momento em que foi flagrantado, as drogas apreendidas já haviam sido recolhidas pelos policiais, sendo que, após ter admitido que tinha sido preso em outra ocasião, acabou acusado de ser proprietário das referidas substâncias entorpecentes, juntamente com os demais indivíduos que foram abordados. É o que se infere do teor do interrogatório extrajudicial (id. 46487941), ratificado em juízo (id. 46488768): "(...) que não estava na companhia do réu Vandelei e do rapaz de menoridade, Patrick; que o réu foi ao local descrito na denúncia para comprar maconha e lá chegando houve uma abordagem policial; que quando o interrogado foi abordado Patrick e Vandelei já estavam detidos e as drogas já estavam recolhidas; que o interrogado não sabe com qual dos dois, Vanderlei ou Patrick, estariam as drogas; que o interrogado disse aos policiais que só tinha ido ao local para comprar droga para consumo, maconha; que os policiais perguntaram se o interrogado tinha passagem e, como o interrogado confirmou que tinha passagem por porte de arma, os policiais disseram que iriam conduzir o

interrogado; que então os policiais dividiram as drogas apreendidas por três e apresentaram em sede delegacia, cada conduzido com uma porção; que o interrogado já tinha visto os policiais no bairro; que na época dos fatos narrados na denúncia estava trabalhando como ajudante de pedreiro e ganhava 50 reais por dia trabalhado; que o interrogado estava trabalhando no setor de serviços gerias no Edf. Linus Pauling, mas atualmente está recebendo seguro desemprego; que não mais voltou a ser preso; que o interrogado tem companheira e três filhos, sendo um prestes a nascer (...) não portava arma na hora da abordagem e nunca trocou tiro com polícia; que o interrogado não chegou a comprar a droga que pretendia (...)” – grifos nossos. Atesta-se, portanto, que a versão defensiva do apelante se mostra destoante dos demais elementos constantes dos autos, principalmente diante dos depoimentos dos policiais militares, aos quais deve ser atribuído o valor probante devido, pois razão não existe para que sejam afastados, sobremodo quando convergentes com o conjunto fático probatório dos autos. Esse, inclusive, é o entendimento que vem sendo perfilhado pela Egrégia Superior Tribunal de Justiça, quando destaca que “(...) A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos (...)” (STJ, HC 608.558/RJ, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 07/12/2020). Nesta senda, mostram-se, portanto, válidos tais depoimentos, principalmente porque, além de serem colhidos em nítida observância ao devido processo legal, também inexistem nos autos razões pessoais para que os referidos policiais pudessem macular a incriminação do apelante. Portanto, analisando o conjunto fático-probatório, observa-se que os elementos indiciários foram devidamente judicializados, restando demonstrado que, exatamente após uma guarnição policial se deslocar para uma região conhecida pelo tráfico de drogas, foi recebida a tiros e, na tentativa de fuga de alguns indivíduos que ali estavam, o réu, ora apelante foi alcançado, sendo abordado e encontrado na posse de um saco contendo maconha e cocaína, devidamente embaladas para a venda. Nesse aspecto, registra-se que, apesar da quantidade das substâncias apreendidas não ter sido considerável, tratam-se de drogas de natureza diversa (maconha e cocaína) e acerca das quais, inclusive, o apelante negou ser o proprietário. Em sendo assim, entende este relator que a situação apontada, na qual foi o apelante foi flagrantado, caracteriza, no mínimo, uma das ações delitivas previstas no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, conforme se infere da referida norma, in verbis: “(...) Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (...)”. Ademais, especificamente sobre o aspecto da necessidade de demonstrar o fim de mercancia, v.g., como a apreensão de usuários de drogas, de petrechos para o tráfico e de uma certa quantidade de substância entorpecente, não é despiciendo destacar que, consoante entendimento jurisprudencial da Egrégia Corte Superior, não se exige tal comprovação, pois o tipo penal sub judice é de ação múltipla, configurando-se pela verificação de uma das condutas nele inseridas. É o que se observa de julgado do mencionado Sodalício: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. NÃO VERIFICADA. PEDIDO ABSOLUTÓRIO OU DESCLASSIFICATÓRIO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40,

III, DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE. DELITO PRATICADO NO INTERIOR DO ESTABELECIMENTO DE ENSINO. RECURSO IMPROVIDO. (...) Ademais, este Tribunal Superior entende que a subsunção típica prescinde da efetiva prática de atos de mercancia, pois o crime de tráfico de drogas é de ação múltipla ou de conteúdo variado, de forma que se consuma com a prática de qualquer um dos verbos nucleares descritos no tipo penal (...)” (STJ, AgRg no AREsp n. 1.803.460/ES, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 19/9/2022) – grifos nossos. Feitas tais ponderações, entende este relator, portanto, existir prova suficiente a embasar a condenação do réu, ora apelante, como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. 2) Da pretensão da reforma da dosimetria da pena Embora o apelante tenha se insurgido apenas contra o afastamento do tráfico privilegiado, outras considerações merecem ser feitas de ofício diante do amplo efeito devolutivo da apelação. Analisando as razões expostas na sentença vergastada, atesta-se que a douta magistrada fixou a basilar em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a qual resultou em definitiva ante a inexistência de agravantes, atenuantes, causas de aumento ou diminuição, a ser cumprida em regime semiaberto, e ao pagamento de 540 (quinhentos e quarenta dias) multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente. Vejamos dos seguintes trechos da dosimetria da pena (id. 46488784): “(...) Para aplicação da pena, de acordo com as regras do art. 59 do Código Penal, c/c art. 42 da Lei 11.343/06, em cotejo com os subsídios existentes nos autos, percebe-se que a culpabilidade é normal à espécie delitiva. A vida social do Acusado não o recomenda, pois responde a outro processo por tráfico de drogas, na 3ª Vara de Tóxicos, com sentença condenatória, transitada em julgado em 03/07/2018, de forma que não faz jus ao benefício previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de drogas. Não há elementos nos autos para que se possa aferir a personalidade do réu. Pequena foi a quantidade de drogas apreendidas. As consequências do crime são danosas, mas comuns ao tipo penal imputado. Por tais motivos, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a qual torno definitiva, à falta de atenuantes ou agravantes e causas de aumento ou diminuição a ser cumprida, inicialmente, em regime semi aberto. A pena de multa, levando-se em consideração as mesmas circunstâncias acima descritas, é fixada em 540 dias multas, tornando a definitiva, cada uma no valor de 1/30 do salário mínimo vigente, em face da condição econômica do réu. (...)” – grifos nossos. Sopesando as circunstâncias judiciais consideradas negativamente na basilar, verifica-se que apenas foi desvalorada a conduta social do réu, ora apelante, sendo utilizado, para tanto, a existência de antecedentes criminais. Ora, tal valoração negativa da conduta social destoa do entendimento que vem sendo perfilhado pela Egrégia Corte de Justiça, que expressamente veda a sua vinculação ao conceito de vida pregressa criminal (antecedentes criminais ou mesmo registro de ações penais sem trânsito em julgado), destacando, que, na verdade, o referido vetor deve considerar os antecedentes sociais, ou seja, a análise do comportamento do acusado no meio em que vive. Nessa senda, confira-se ementa do Recurso Repetitivo nº 1077: “RECURSO ESPECIAL ADMITIDO COMO REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. JULGAMENTO SUBMETIDO À SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS. PENAL. DOSIMETRIA. ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. UTILIZAÇÃO DE CONDENAÇÕES PENAIS PRETÉRITAS PARA VALORAR NEGATIVAMENTE A PERSONALIDADE E CONDUTA SOCIAL DO AGENTE. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PROVIDO. A conduta social diz respeito à avaliação do comportamento do agente no convívio social, familiar e laboral, perante a

coletividade em que está inserido. (...) 3. Conforme o Magistério de Guilherme de Sousa Nucci (in Código Penal Comentado, 18.^a ed. rev., atual. e ampl; Rio de Janeiro: Forense, 2017, p. 389), "conduta social não é mais sinônimo de antecedentes criminais. Deve-se observar como se comporta o réu em sociedade, ausente qualquer figura típica incriminadora". 4. Rogério Greco diferencia detalhadamente antecedentes criminais de conduta social. Esclarece o Autor que o Legislador Penal determinou essa análise em momentos distintos porque "os antecedentes traduzem o passado criminal do agente, a conduta social deve buscar aferir o seu comportamento perante a sociedade, afastando tudo aquilo que diga respeito à prática de infrações penais ". Especifica, ainda, que as incriminações anteriores "jamais servirão de base para a conduta social, pois abrange todo o comportamento do agente no seio da sociedade, afastando-se desse seu raciocínio seu histórico criminal, verificável em sede de antecedentes penais "(in Curso de Direito Penal, 18.^a ed., Rio de Janeiro: Impetus, 2016, p. 684). (...) 7." A jurisprudência desta Suprema Corte (e a do Superior Tribunal de Justiça) orienta-se no sentido de repelir a possibilidade jurídica de o magistrado sentenciante valorar negativamente, na primeira fase da operação de dosimetria penal, as circunstâncias judiciais da personalidade e da conduta social, quando se utiliza, para esse efeito, de condenações criminais anteriores, ainda que transitadas em julgado, pois esse específico aspecto (prévias condenações penais) há de caracterizar, unicamente, maus antecedentes "(STF, RHC 144.337-AgR, Rel. Ministro CELSO DE MELLO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/11/2019, DJe 22/11/2019)" (STJ, REsp n. 1.794.854/DF, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 23/6/2021, DJe de 1/7/2021) – grifos nossos. Dito isto, entende este relator que deve ser extirpada da pena base a análise desfavorável da conduta social, não podendo tal circunstância ser deslocada para o desvalor dos antecedentes criminais, sob pena de ofensa ao princípio da non reformatio in pejus. Redimensiona-se, portanto, a basilar para o mínimo previsto ao tipo penal em comento, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão, devendo ser mantido o registro quanto à inexistência de agravantes ou atenuantes. Especificamente acerca da irresignação defensiva, qual seja, da aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, consabido que o reconhecimento desta exige o preenchimento cumulativo dos seus requisitos, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas e nem integre organização criminosa, o que, na visão de considerável parte da doutrina é louvável, pois representa uma forma de reduzir a punição do "traficante de primeira viagem". In casu, entretanto, observa-se que o apelante não faz jus ao referido benefício, pois, como foi expressamente registrado na sentença vergastada, "(...) responde a outro processo por tráfico de drogas, na 3ª Vara de Tóxicos, com sentença condenatória, transitada em julgado em 03/07/2018 (...)". E, de fato, tal circunstância encontra-se devidamente corroborada pelo teor do documento acostado aos autos (id. 46488770), devendo-se ratificar apenas a data do trânsito em julgado para 14/02/2019, conforme consulta a ação penal nº 0520219-66.2017.8.05.0001 (id. 319328548 dos respectivos autos), o que não altera a configuração de maus antecedentes do apelante. Redimensionada a pena definitiva para 05 (cinco) anos de reclusão, deve a pena de multa também ser alterada para 500 (quinhentos) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fatos. Mantido o regime inicial de cumprimento no semiaberto, bem como a impossibilidade de substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos,

consoante o quanto previsto no art. 33, § 2º, alínea 'b' e art. 44, ambos do CP. Por tais razões, vota-se no sentido de CONHECER E NEGAR PROVIMENTO AO APELO DEFENSIVO, mas, de ofício, reformar a sentença vergastada para afastar o desvalor referente ao vetor da conduta social e redimensionar a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, sendo mantidos os demais termos do édito condenatório". Ex positis, acolhe esta Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia o voto através do qual se CONHECE E JULGA IMPROVIDA A APELAÇÃO DEFENSIVA, REFORMANDO-SE DE OFÍCIO A DOSIMETRIA DA PENA, nos termos ora proferidos. Sala das sessões, (data registrada no momento da prática do ato). Des. João Bosco de Oliveira Seixas Relator 04