

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8003634-10.2022.8.05.0250 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: ISAAC SOUZA DOS SANTOS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO DEFENSIVA. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. 1. PLEITO ABSOLUTÓRIO OU DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. IMPROVIMENTO. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS MILITARES OBJETIVOS E VÁLIDOS PARA SUBSIDIAR UMA CONDENAÇÃO. APELANTE ABORDADO EM VIA PÚBLICA, EM RAZÃO DE CUMPRIMENTO, PELOS POLICIAIS, DE MANDADO DE PRISÃO EXPEDIDO EM OUTRO PROCESSO. NEGATIVA DE AUTORIA ISOLADA NOS AUTOS. CONDENAÇÃO QUE DEVE SER MANTIDA. CONDIÇÕES DA APREENSÃO, ALIADAS À QUANTIDADE E À DIVERSIDADE DE DROGAS, QUE IMPEDEM A DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/2006. 2. RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006. PROVIMENTO. VEDAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS POLICIAIS E DE AÇÕES PENAIAS EM CURSO PARA AFASTAR A REFERIDA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. TEMA 1.139 DO STJ. REDUÇÃO DA PENA EM 2/3 (DOIS TERÇOS). REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. 3. REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO QUE SE SATISFAZ COM A EXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO SOBRE AS MATÉRIAS QUE SE PRETENDE SUBMETTER AO CRIVO DAS INSTÂNCIAS EXTRAORDINÁRIAS. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime nº 8003634-10.2022.8.05.0250, oriundos da 2ª Vara Criminal da Comarca de Simões Filho, tendo como apelante ISAAC SOUZA DOS SANTOS e como apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER E JULGAR PARCIALMENTE PROVIDA A APELAÇÃO, de acordo com o voto do Relator. Sala das Sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. JOÃO BÔSCO DE OLIVEIRA SEIXAS RELATOR 05

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 24 de Abril de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8003634-10.2022.8.05.0250 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: ISAAC SOUZA DOS SANTOS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO

"Trata-se de apelação interposta por Isaac Souza dos Santos contra sentença condenatória proferida pela douta Magistrada da 2ª Vara Criminal da Comarca de Simões Filho. Segundo a denúncia (ID 40418123), no dia 16/05/2022, por volta das 14h30, policiais militares que estavam em cumprimento de mandado de prisão preventiva expedido pela Vara dos Feitos Relativos a Delitos praticados por Organização Criminosa, nos autos do processo 8045647-92.2022.8.05.0001 (Operação Borderline), abordaram o ora apelante na Av. Rui Barbosa, em um local conhecido como "Escadão do Chupa Peito", cidade de Simões Filho. Segundo o Ministério Público, no momento da abordagem, o denunciado estava embarcando em uma motocicleta em direção à localidade citada e foi interceptado pelos policiais. Em revista pessoal, os policiais militares encontraram, na sua posse, para fins de tráfico, 08 (oito) porções de maconha, 15 (quinze) porções de cocaína acondicionadas em pinos plásticos, 01 (uma) pedra de tamanho médio de crack, diversas embalagens para drogas, a quantia de R\$ 110,00 (cento e dez reais) em espécie e distribuída em cédulas de pequeno valor, além de um aparelho de telefonia celular da marca Samsung. Por tais fatos, Isaac Souza dos Santos foi denunciado como incurso nas penas do art. 33, caput,

da Lei 11.343/2006. Após regular instrução, a Autoridade Judiciária de primeiro grau julgou procedente a pretensão deduzida na denúncia, condenando Isaac Souza dos Santos pela prática do crime definido no art. 33 da Lei 11.343/2006. A pena imposta foi de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do delito. Foi concedido o direito de recorrer em liberdade (ID 40418218). Irresignado com os termos da condenação, Isaac Souza dos Santos interpôs apelação, por meio da qual pretende: 1) a sua absolvição, com base no art. 386, IV do CPP, por não haver provas de autoria e, subsidiariamente, pede a desclassificação da conduta para a prevista no art. 28 da Lei 11.343/2006, sobretudo diante da pequena quantidade de droga apreendida; 2) a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 em sua fração máxima de 2/3 (dois terços), argumentando que ações penais em curso não se prestam para afastar a causa de diminuição. Consequentemente, requer que seja fixado regime aberto de cumprimento da pena e que seja a sanção privativa de liberdade substituída por restritivas de direitos; 3) por fim, prequestiona o art. 386, VII, do Código de Processo Penal, o art. 28 e o § 4º do art. 33, ambos da Lei nº 11.343/06, bem como os princípios da judicialização das provas e do in dubio pro reo (ID 40418229 e ID 40418235). Em contrarrazões, o Ministério Público refuta em parte os argumentos da defesa, requerendo que seja a apelação conhecida e parcialmente provida, apenas para que seja aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 (ID 40418237). Encaminhado o recurso a esta Corte de Justiça, os autos foram com vista à Procuradoria de Justiça, que se manifestou pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, a fim de que seja aplicada a minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 (ID 40762851). Após a análise deste caderno processual, elaborei o presente relatório e o submeto à censura do nobre Desembargador Revisor, para os devidos fins. É o relatório. Salvador, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). DES. JOÃO BÔSCO DE OLIVEIRA SEIXAS RELATOR 05 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8003634-10.2022.8.05.0250 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: ISAAC SOUZA DOS SANTOS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Devidamente observados os pressupostos de admissibilidade recursal, conhece-se da apelação. 1. Pleito absolutório ou de desclassificação para a conduta descrita no art. 28 da Lei 11.343/2006 Segundo o apelante, não há provas seguras da imputação narrada na exordial, devendo ele ser absolvido. Subsidiariamente, defende que, diante da pequena quantidade de drogas apreendida, deve haver a desclassificação da conduta para a de uso próprio, nos termos do art. 28 da Lei 11.343/2006. Consta dos autos que havia um mandado de prisão preventiva em desfavor do apelante, datado de 17/02/2022 (ID 40418131, página 45), em razão da possível prática dos crimes definidos no art. 33 da Lei 11.343/2006 e no art. 2º da Lei 12.850/2013. No dia 16/05/2022, policiais receberam informações sobre a localização do recorrente e, a fim de cumprirem o mandado, dirigiram-se para o local indicado, onde, de fato, o localizaram. Em busca pessoal, teriam encontrado certa quantidade de drogas, embalagens para acondicionar drogas e uma quantia em dinheiro. A materialidade delitiva é incontroversa e pode ser extraída do auto de exibição e apreensão, do laudo de constatação provisório e do laudo pericial definitivo, que atestam a apreensão de 15 (quinze) pinos de cocaína pesando 9,57g (nove gramas e

cinquenta e sete centigramas), 08 (oito) trouxinhas de maconha pesando 17,85g (dezessete gramas e oitenta e cinco centigramas), uma pedra de crack pesando 4,16g (quatro gramas e dezesseis centigramas), embalagens plásticas para acondicionamento de drogas e R\$ 110,00 (cento e dez reais) em espécie (ID 40418124, página 27, ID 40418125 e ID 40418148). Sobre os fatos e a sua autoria, em Juízo, foram ouvidos dois policiais militares que participaram das diligências que culminaram com a prisão do apelante. Ambos narraram que havia um mandado de prisão contra o recorrente, decorrente de uma operação deflagrada pela DHPP, e que, de posse de informações do paradeiro do apelante, dirigiram-se ao local, onde, de fato, o avistaram. Em revista pessoal, encontraram drogas em uma bolsa que estava com ele. Os depoimentos dos agentes foram do seguinte modo: PM Erenilson Pinheiro de Souza: eu me recordo da diligência; na verdade a Ruy Barbosa é uma Avenida, a gente visualizou o acusado próximo ao Escadão do Chupa Peito e o mesmo estava saindo de moto, só conseguimos interceptar o mesmo já na Ruy Barbosa; nós recebemos informações, era uma operação feita pelo DHPP, na tentativa de localizar o elemento citado e nós tínhamos informações de que ele estaria dentro da cidade e possivelmente nesse local, um local que algumas vezes ele já foi visualizado; nós tínhamos a informação de que o acusado estaria pela cidade e foi passado para algumas guarnições aqui para tentar localizar; já tinha mandado de prisão expedido contra o acusado e aí, nessa ronda que nós estávamos fazendo, nós visualizamos o mesmo (...) a gente fez o deslocamento e só conseguimos interceptar o mesmo já na Avenida Ruy Barbosa e, quando foi interceptado, foi feito uma abordagem no mesmo e encontrado alguns materiais ilícitos com ele no local; eu não me recordo precisamente a quantidade, mas foi uma quantidade de droga que nós encontramos com ele; eu acho que foi cocaína mesmo, pó, mas não me recordo precisamente; eu lembro que estava numa sacola; no momento da abordagem, que foi encontrado com ele o material, ele estava com uma bolsa tiracolo lateral; segundo o acusado, ele não tinha ciência do mandado de prisão em aberto; ele foi apresentado na DHPP, por conta de uma operação Borderline, operação já feita pela DHPP; nós já tínhamos informações de que o acusado traficava na localidade; ele tinha um apelido, mas não tô conseguindo me recordar; eu soube que ele fazia parte de uma organização criminosa do lado da Palestina, que inclusive é a localidade em que o mesmo mora; ele fazia parte da facção de lá da Palestina e aí migrou para o lado de cá de Simões Filho; acho que as drogas estavam em pinos, não lembro se tinha maconha, não me recordo; eu lembro que as drogas estavam numa sacola a tiracolo dele; ele estava sozinho (trechos do depoimento disponíveis no link acostado ao ID 4048124) – grifos deste Relator. PM Adilson Fernandes da Silva: eu me recordo das diligências; ele foi localizado no Escadão de Chupa Peito e foi alcançado na Ruy Barbosa, em uma motocicleta; que a gente abordou o acusado e com ele foi encontrado droga, mas na verdade a gente já tinha a informação que ele estava com mandado de prisão, inclusive, eu acredito que foi do pessoal do DHPP, que passou para algumas guarnições e a gente já tava com esse mandado; a gente sabia mais ou menos o bairro que ele estava, a gente foi e a gente acabou visualizando o mesmo em uma motocicleta, aí fez o acompanhamento, abordou e constatou que era ele; com o acusado, foi encontrado droga, eu lembro que tinha um celular também, dinheiro; ele tinha maconha, cocaína, não lembro direito se tinha crack; não lembro da quantia em dinheiro; a droga estava em uma bolsa tiracolo, daquela de lado; eu não lembro dele ter falado alguma coisa sobre as drogas; eu não lembro do crime imputado ao acusado desse mandado de prisão; a gente já

tinha informações sobre ele, mas eu, particularmente, nunca tinha prendido ele; a gente tinha informações de que ele fazia parte do tráfico; a gente tinha tinha informação que ele tinha vindo corrido da Palestina pra cá, mas qual facção ele pertencia lá e qual ele se filiou aqui, eu não lembro; ele não resistiu à prisão (trechos do depoimento disponíveis no link acostado ao ID 4048124) – grifos deste Relator. Os dois policiais acima, quando ouvidos em inquérito, narraram como os fatos se sucederam de forma semelhante. Naquela oportunidade, certamente em razão de suas oitivas terem se dado logo após a prisão, detalharam que, com o apelante, foram apreendidas oito balinhas de maconha, quinze pinos de cocaína, uma pedra de crack, embalagens plásticas usualmente utilizadas para acondicionar drogas e R\$ 110,00 (cento e dez reais) em notas de pequeno valor (ID 4048124, páginas 13 e 18). Por sua vez, interrogado, o apelante negou trazer drogas consigo no dia de sua prisão e disse que sequer sabia que havia um mandado de prisão preventiva expedido em seu desfavor:

Interrogatório: eu não sabia que tinha uma preventiva contra mim; eu não sei o motivo dessa preventiva; acho que deve ser por causa de tráfico; os fatos narrados são falsos; eu não estava com drogas quando os policiais vieram efetuar a prisão; eu estava indo comprar uma quentinha para minha esposa, eu estava com minha moto, com meu documento e um dinheiro que estava na carteira; não sei nada das drogas; não conhecia os policiais que efetuaram a prisão; eu não vim fugido de briga de facção e nem faço parte de facção criminosa (...) quando eu cheguei lá no DHPP, que os policiais falaram que tinham essas drogas; sobre a confissão na delegacia, eu não chequei nem a conferir a nota de culpa, mandaram eu só assinar e me levaram direto (...); eu não falei que era traficante, que eu era do Bonde do Maluco, eu não cheguei a ser ouvido (...); na delegacia, só os policiais que apareceram, fizeram umas perguntas assim e mais nada; eu não conferi o que eu assinei na delegacia (...). (trechos do interrogatório disponíveis no link acostado ao ID 4048124) – grifos deste Relator. Diante da autoridade policial, o apelante apresentou versão distinta. Ele confessou que era traficante de drogas e que fazia parte da facção Bonde do Maluco; que, quando foi abordado pelos policiais, estava indo comprar almoço para sua companheira e que trazia apenas duas pedras de crack destinadas à venda, negando a propriedade dos demais entorpecentes (ID 4048124, páginas 22/23). A testemunha arrolada pela defesa e ouvida em juízo, Eliene Barbosa Ramos, apenas depôs sobre a conduta social e a personalidade do apelante, nada sabendo dizer acerca dos fatos delitivos apurados. Expostas as provas contidas nos autos, a conclusão é de que é incontroverso que as drogas apreendidas e descritas no auto de exibição e apreensão pertenciam ao apelante e destinavam-se à venda. A versão apresentada pelos policiais militares foi objetiva, coerente e encontra respaldo nos demais documentos que instruíram o inquérito policial e a ação penal. Aliado aos depoimentos dos policiais, há de se ressaltar que o apelante apresentou duas versões aos fatos. Enquanto confessou em parte a propriedade das drogas em inquérito, em juízo, ele negou totalmente as imputações, apresentando uma versão de que apenas estava indo comprar uma refeição para sua esposa e que sequer sabia da existência de um mandado de prisão contra si. Dessa forma, diante de versões harmônicas e objetivas dos policiais militares e, diante da negativa de autoria do apelante, que se encontra dissociada de outras provas e é contraditória com a sua versão apresentada na fase inquisitiva, é inconteste que as drogas apreendidas pertenciam ao recorrente, devendo a condenação ser mantida. Outrossim, não há vedação na consideração dos depoimentos de policiais para alicerçar

sentenças condenatórias, mormente quando não há motivos que possam fragilizar a versão apresentada pelos agentes estatais e nem provas de sua atuação parcial. Nesse sentido: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO MATERIAL FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚM. N. 7/STJ. I – Concluindo as instâncias ordinárias, soberanas na análise das circunstâncias fáticas da causa, que o acusado praticou o crime previsto no art. 157, § 2º, I e II, do Código Penal, chegar a entendimento diverso, absolvendo-o, implica revolvimento do contexto fático-probatório, inviável em sede de recurso especial, a teor da Súmula n. 7/STJ. II – Segundo entendimento reiterado desta Corte, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade. (ut, HC 408.808/PE, Rel.Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, DJe 11/10/2017) III – Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ – AgRg no AREsp 1237143/AC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 15/05/2018, DJe 25/05/2018) – grifos deste Relator. Pontue-se que o próprio recorrente disse, em juízo, que não conhecia os policiais militares que o abordaram, o que fortalece, ainda mais, a versão acusatória de que as drogas apreendidas estavam na posse do apelante, afastando qualquer sombra de parcialidade que pudesse pairar sobre as testemunhas. Comprovado que o entorpecente apreendido era do apelante, resta analisar o pleito de desclassificação para uso. Sobre o tema, é cediço que, para a configuração do delito insculpido no art. 33 da Lei 11.343/2006, é desnecessário que o acusado seja efetivamente preso praticando a mercancia da droga, posto que se trata de crime multifacetário, bastando que a conduta se subsuma a um dos verbos discriminados no tipo penal. Por outro lado, a legislação pátria discrimina o que deve ser valorado para classificar uma conduta como uso de entorpecente. É a literalidade do § 2º, do art. 28, da Lei Antidrogas, in verbis:“(...) § 2º: Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, 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.” Interpretando o dispositivo, assim vem se manifestando o Superior Tribunal de Justiça: “RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. TRANCAMENTO DO PROCESSO. IMPOSSIBILIDADE. JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO. MATÉRIA QUE DEVERÁ SER DIRIMIDA AO LONGO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS NÃO PROVIDO. (...) 2. Consoante o disposto no art. 28, § 2º, da Lei n. 11.343/2006, não é apenas a quantidade de drogas que constitui fator determinante para a conclusão de que a substância se destinava a consumo pessoal, mas também o local e as condições em que se desenvolveu a ação, as circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente. 3. Embora a quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas não seja excessivamente elevada, o próprio recorrente negou que a droga seria para consumo pessoal e, embora haja afirmado que ela seria oriunda de apreensão policial anterior, certo é que, ao menos em princípio, não declinou qual operação seria essa, tampouco trouxe qualquer elemento que pudesse dar robustez a essa versão. 4. A pretendida desclassificação da conduta imputada ao réu para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006 é matéria que deverá ser dirimida ao longo da instrução criminal, inviável,

portanto, de neste momento processual e na via estreita do habeas corpus, afastar a compreensão inicial das instâncias ordinárias de que, em princípio, ficou caracterizada a prática do delito de tráfico de drogas. 5. Recurso em habeas corpus não provido.” (RHC 94.980/RN, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 29/03/2021) – grifos deste Relator. Analisando-se o caso concreto, inicialmente, pontue-se que, embora a quantidade de entorpecente apreendida não seja vultosa, também não é insignificante, a ponto de se admitir ser apenas para uso exclusivo. Outrossim, deve ser salientado o contexto em que as drogas foram apreendidas, ou seja, em cumprimento de mandado de prisão, expedido no bojo de uma investigação que apura o cometimento do crime de tráfico de drogas pelo apelante, assim como do crime de organização criminosa. Deve ser considerado, também, que a defesa não comprovou, por nenhum elemento probatório, que o apelante era usuário de drogas. Aliás, em seus interrogatórios, o recorrente sequer disse que era usuário; mesmo quando confessou a propriedade das pedras de crack em inquérito, a história por ele contada foi de que as pedras eram destinadas à venda. Dessa forma, considerando-se as circunstâncias da prisão, a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas, assim como as circunstâncias que envolviam a pessoa do apelante, no momento da contenção, não há como se acolher a tese defensiva de desclassificação para a conduta descrita no art. 28 da Lei 11.343/2006. O voto, portanto, é pela manutenção da condenação pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006.

2. Reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 Mantida a condenação, o apelante pugna pela aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 em sua fração máxima de 2/3 (dois terços). A sentença fixou a basilar do apelante em seu mínimo de 05 (cinco) anos de reclusão e de 500 (quinhentos) dias-multa, que se tornou definitiva. A causa de diminuição estatuída no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 foi afastada na sentença recorrida sob os seguintes fundamentos: “Ademais, deixo de reconhecer em favor do acusado a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, por não preencher os requisitos legais, vez que ficou demonstrado pela informação de antecedentes criminais (às fls. 02/04 no ID. 208766009) que o denunciado possui outros registros criminais, o que fere um dos requisitos exigidos pela lei para concessão do benefício. Em conformidade com julgados do Superior Tribunal de Justiça (STJ), é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, senão vejamos: (...).” Percebe-se que a minorante pleiteada foi negada em razão de o apelante possuir outros registros policiais, sem que haja notícias de que, contra ele, exista sentença condenatória com trânsito em julgado. O documento citado na sentença, correspondente ao ID 40418126 dos autos da apelação, demonstram que, contra o recorrente, há apenas ocorrências policiais registradas. Em pesquisa ao PJE de 1º Grau e ao SEEU, não aparecem ações penais com sentença condenatória transitada em julgado em desfavor do recorrente. Isto posto, a possibilidade de afastamento do tráfico privilegiado em razão de inquéritos policiais e ações penais em andamento já foi muito discutida e, em sede de julgamento do recurso especial repetitivo (REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022), o STJ firmou a tese 1.139, nos seguintes termos: “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". Trata-se, assim, de hipótese de observância obrigatória do entendimento das Cortes Superiores, nos termos dos artigos 926 e 927, incisos III e IV, do Código de Processo Civil c/c art. 3º do Código de Processo Penal: "Art. 926. CPC. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente." "Art. 927, CPC. Os juízes e os tribunais observarão: III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional." "Art. 3º, CPP. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito." Pelas razões aludidas, deve ser provido o pleito recursal e reconhecida a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006. Em relação ao quantum de redução, extrai-se dos autos que, com o apelante, foram apreendidos 15 (quinze) pinos de cocaína pesando 9,57g (nove gramas e cinquenta e sete centigramas), 08 (oito) trouxinhas de maconha pesando 17,85g (dezessete gramas e oitenta e cinco centigramas), uma pedra de crack pesando 4,16g (quatro gramas e dezesseis centigramas), embalagens plásticas para acondicionamento de drogas e R\$ 110,00 (cento e dez reais) em espécie. Conforme já pontuado, embora não seja uma quantidade irrisória que justifique a desclassificação para uso próprio, também não é vultosa a ponto de justificar a escolha de fração diversa da máxima de 2/3 (dois terços). Ademais, embora haja uma investigação contra o apelante em razão da possível prática dos crimes de tráfico de drogas e de organização criminosa (da qual decorreu o mandado de prisão preventiva cumprido pelos policiais), nestes autos, não há evidências concretas de que ele, efetivamente, integre algum grupo criminoso. Com efeito, os policiais ouvidos não confirmaram as informações de que o apelante integraria facção criminosa. Pelas circunstâncias fáticas acima descritas, deve ser aplicada a fração máxima de 2/3 (dois terços) prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006. Assim, a sanção intermediária, de 05 (cinco) anos de reclusão, deve ser diminuída em 2/3 (dois terços) e fixada em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e em 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. Nos termos do art. 33, § 3º, 'c' do CP, o regime inicial de cumprimento da pena deve ser o aberto. Devidamente preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, deve a sanção privativa de liberdade ser substituída por duas restritivas de direitos, sendo uma delas de prestação de serviços à comunidade em instituição voltada ao tratamento de toxicômanos. A segunda restritiva de direitos deve ser definida pelo Juiz das Execuções Penais competente. 3. Prequestionamento Por fim, em relação ao prequestionamento para fins de eventual interposição de Recursos Especial ou Extraordinário, devidamente efetuada a esmerada análise e aplicação dos dispositivos legais necessários e atinentes à espécie, despicienda revela-se (neste julgamento) a menção expressa da adequação da sentença recorrida a cada um dos dispositivos suscitados, para fins de prequestionamento e eventual interposição de recursos às instâncias superiores. Nesse sentido: "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. 309 G DE CRACK ACONDICIONADOS EM 36 INVÓLUCROS. RECONHECIMENTO DA AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO PLEITEADO. IMPROCEDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. QUANTUM DE MAJORAÇÃO PELA NEGATIVAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE LIMITES LEGAIS MÁXIMOS E MÍNIMOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PENA PROPORCIONAL E RAZOÁVEL.

MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. 1. A jurisprudência desta Corte admite o prequestionamento implícito, em que não há menção expressa aos dispositivos, mas se debate o conteúdo da norma tida como vulnerada, sendo esse o caso dos autos. (...) 4. Agravo regimental improvido.” (STJ, AgRg no REsp 1747006/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 25/09/2018)– grifos deste Relator. Pelas razões aludidas, o voto é pelo conhecimento da apelação e pelo seu parcial provimento, para reconhecer a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 e diminuir a reprimenda em 2/3 (dois terços), ficando o apelante condenado ao cumprimento de uma pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e de 166 (cento e sessenta e seis) dias–multa, com a substituição da sanção privativa de liberdade por duas restritivas de direitos.” Ex positis, acolhe esta Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia o voto através do qual se CONHECE E SE JULGA PARCIALMENTE PROVIDA A APELAÇÃO. Sala das Sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). DES. JOÃO BÔSCO DE OLIVEIRA SEIXAS RELATOR 05