

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO: 0302204-56.2018.8.05.0079 ÓRGÃO JULGADOR: 2ª CÂMARA CRIMINAL – 1ª TURMA APELANTE: ALEXSANDRO NOGUEIRA CARLOS DEFENSOR PÚBLICO: HENRIQUE DA COSTA SENNEM BANDEIRA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTOR DE JUSTIÇA: DINALMARI MENDONÇA MESSIAS PROCURADORA DE JUSTIÇA: LÍCIA MARIA DE OLIVEIRA EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME TIPIFICADO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº. 11.343/2003. 1 – PLEITO PARA RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. DESCABIMENTO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DISPOSTOS NO § 4º, DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS INCONTESTES. AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO. LAUDOS PRELIMINAR E DEFINITIVO QUE ATESTAM A ESPECIFICIDADE DA DROGA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. ROGO SUBSIDIÁRIO INDEFERIDO. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE GENÉRICA DA CONFISSÃO. PENA-BASE FOI FIXADA NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO. SÚMULA 231/STJ. SENTENÇA MANTIDA INTEGRALMENTE. 2 – CONCLUSÃO: CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO. Vistos, relatados e discutidos os Autos da APELAÇÃO nº. 0302204-56.2018.8.05.0079, tendo ALEXSANDRO NOGUEIRA CARLOS, como APELANTE e, na condição de APELADO, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, os eminentes Desembargadores integrantes da 2ª Câmara Criminal – 1ª Turma Julgadora – do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, ACORDAM, conforme certidão de julgamento, para CONHECER e IMPROVER o recurso interposto, nos termos do voto do Relator, conforme certidão de julgamento. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Denegado Por Unanimidade Salvador, 11 de Setembro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO: 0302204-56.2018.8.05.0079 ÓRGÃO JULGADOR: 2ª CÂMARA CRIMINAL – 1ª TURMA APELANTE: ALEXSANDRO NOGUEIRA CARLOS DEFENSOR PÚBLICO: HENRIQUE DA COSTA SENNEM BANDEIRA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTOR DE JUSTIÇA: DINALMARI MENDONÇA MESSIAS PROCURADORA DE JUSTIÇA: LÍCIA MARIA DE OLIVEIRA RELATÓRIO Trata-se de RECURSO DE APELAÇÃO interposto por ALEXSANDRO NOGUEIRA CARLOS, em face da Sentença prolatada pelo Juízo a quo, que lhe condenara à pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, bem assim ao pagamento de multa pecuniária de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, em razão da autoria da prática delitiva tipificada no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2003. O Ministério Público do Estado da Bahia ofereceu Denúncia em desfavor do Recorrente, trazendo a proemial, in verbis: “[...]” 1- Esclarecem os autos do Inquérito Policial que no dia 13/06/2018, policiais civis receberam informações sobre a mercância de drogas ilícitas e utilização de notas falsas, ao que empreenderam diligência a fim de averiguar a veracidade da notícia, tendo se dirigido à residência localizada na Rua Duque de Caxias, 1240, bairro Gusmão, nesta urbe, tendo constatado, ao chegar no local, diversas evidências do tráfico de drogas, diante da movimentação de pessoas e do odor característico do consumo de maconha. 2- Diante disso, adentraram na residência, onde estavam cinco indivíduos, identificados como YURI KENJI SHIGETO, BRUNO GONÇALVES DE ALMEIDA, FELIPE SOARES MONTEIRO, LAURA GABRIELE XAVIERGONÇALVES e o denunciado ALEXSANDRO NOGUEIRA CARLOS, morador do imóvel, onde encontraram uma porção de substância esverdeada análoga à maconha, pesando cerca de 5,6g; duas cartelas análogas ao LSD, contendo 35 (trinta e cinco) fragmentos; um comprimido análogo ao êxtase; uma pedra

amarelada análoga ao crack, pesando cerca de 0,5g; 47 (quarenta e sete) comprimidos amarelos, declarados pelo denunciado como anabolizantes; vários sacos plásticos; balanças de precisão; e a quantia de R\$ 160,00 (cento e sessenta reais), divididas em 8 (oito) cédulas falsas de R\$ 20,00 (vinte reais), conforme auto de exibição e apreensão de fls. 19. 3- O laudo de constatação provisório de substância entorpecente atestou tratarem-se as substâncias de maconha, crack, ecstasy e LSD (fls. 20) [...] "Irresignado com a Sentença, fora interposto recurso, pelo Apelante, pugnando pela reforma do decisum, a fim de que - Id. nº. 49392047, visando a desclassificação da conduta prevista no caput do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, para o § 3º do mesmo artigo. Subsidiariamente, requereu a aplicação da atenuante da menoridade relativa e a benesse do tráfico privilegiado no seu talante máximo. Por fim, postulou o afastamento ou a redução da pena de multa. As contrarrazões do Parquet, pugnando pelo improvimento recursal. Os autos foram distribuídos, na forma regimental deste Sodalício, pela DIRETORIA DE DISTRIBUIÇÃO DO 2º GRAU, sobrevindo, então, os autos conclusos, na data de 21/08/2023, conforme fluxo eletrônico do gabinete desta Desembargadoria. Instada a manifestar-se, a Procuradoria de Justiça opinou pelo improvimento do apelo - Id. nº. 49795434, vindo os autos conclusos ao gabinete desta Desembargadoria, conforme se vê do fluxo em 28/08/2023. É O SUCINTO RELATÓRIO. ENCAMINHEM-SE OS AUTOS À EMINENTE REVISORA, COM AS CAUTELAS DE PRAXE, OBSERVANDO, INCLUSIVE, POSTERIORMENTE, NO QUE TANGE A EVENTUAL PEDIDO DE SUSTENTAÇÃO ORAL. Salvador/BA., data registrada em sistema1. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA RELATOR 1FC02-1 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO: 0302204-56.2018.8.05.0079 ÓRGÃO JULGADOR: 2ª CÂMARA CRIMINAL - 1ª TURMA APELANTE: ALEXSANDRO NOGUEIRA CARLOS DEFENSOR PÚBLICO: HENRIQUE DA COSTA SENNEM BANDEIRA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTOR DE JUSTIÇA: DINALMARI MENDONÇA MESSIAS PROCURADORA DE JUSTIÇA: LÍCIA MARIA DE OLIVEIRA VOTO Inicialmente, urge esclarecer que encontram-se presentes os requisitos de admissibilidade, intrínsecos e extrínsecos, razão pela qual CONHECE-SE DO RECURSO interposto por ALEXSANDRO NOGUEIRA CARLOS. NÃO HAVENDO ARGUIÇÃO DE PRELIMINARES, ENTÃO, PASSA-SE À ANÁLISE MERITÓRIA. Seguindo tais premissas, constata-se, após exame acurado dos fólios, não merecer reforma a decisão guerreada, havendo no caderno processual substrato fático e jurídico suficiente para a condenação do Apelante à pena de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, bem assim ao pagamento de multa pecuniária de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, em razão da autoria da prática delitiva tipificada no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2003. O Ministério Público do Estado da Bahia ofereceu Denúncia em desfavor do Recorrente, trazendo a proemial, in verbis: "[...] "1- Esclarecem os autos do Inquérito Policial que no dia 13/06/2018, policiais civis receberam informações sobre a mercância de drogas ilícitas e utilização de notas falsas, ao que empreenderam diligência a fim de averiguar a veracidade da notícia, tendo se dirigido à residência localizada na Rua Duque de Caxias, 1240, bairro Gusmão, nesta urbe, tendo constatado, ao chegar no local, diversas evidências do tráfico de drogas, diante da movimentação de pessoas e do odor característico do consumo de maconha. 2- Diante disso, adentraram na residência, onde estavam cinco indivíduos, identificados como YURI KENJI SHIGETO, BRUNO GONÇALVES DE ALMEIDA, FELIPE SOARES MONTEIRO, LAURA GABRIELE XAVIERGONÇALVES e o denunciado ALEXSANDRO NOGUEIRA CARLOS, morador do imóvel, onde encontraram uma porção de substância esverdeada análoga à

maconha, pesando cerca de 5,6g; duas cartelas análogas ao LSD, contendo 35 (trinta e cinco) fragmentos; um comprimido análogo ao êxtase; uma pedra amarelada análoga ao crack, pesando cerca de 0,5g; 47 (quarenta e sete) comprimidos amarelos, declarados pelo denunciado como anabolizantes; vários sacos plásticos; balanças de precisão; e a quantia de R\$ 160,00 (cento e sessenta reais), divididas em 8 (oito) cédulas falsas de R\$ 20,00 (vinte reais), conforme auto de exibição e apreensão de fls. 19. 3- O laudo de constatação provisório de substância entorpecente atestou tratarem-se as substâncias de maconha, crack, ecstasy e LSD (fls. 20) [...]" Com efeito, exsurge dos autos estar satisfatoriamente demonstrada a materialidade delitiva, evidenciada pelo auto de exibição e apreensão e pelos laudos de exame pericial das substâncias apreendidas, que consignam, respectivamente, "(...) UMA PORÇÃO DE SUBSTÂNCIA ESVERDEADA ANÁLOGA A MACONHA, APROXIMADAMENTE 5,6 G; DUAS CARTELAS ANÁLOGAS A LCD, CONTENDO 35 (TRINTA E CINCO) FRAGMENTOS, COM FIGURA DE MARIO BROS; 1 (UM) COMPRIMIDO AZUL ANÁLOGO AO ÊXTASE; 1 (UMA) PEDRA AMARELA ANÁLOGA AO CRACK; 47 (QUARENTA E SETE) COMPRIMIDOS AMARELOS, VÁRIOS SACOS PLÁSTICOS; DUAS BALANÇAS DE PRECISÃO; R\$160,00 (CENTO E SESSENTA REAIS) DIVIDIDOS EM 08 (OITO) CÉDULAS APARENTEMENTE FALSAS DE R\$20,00 (VINTE REAIS); 5 (CINCO) APARELHOS CELULARES" (fls.19 e 71) e LAUDOS DE EXAME PERICIAL DAS SUBSTÂNCIAS APREENDIDAS demonstram a seguinte conclusão: "RESULTADO: Detectada a substância Tetrahydrocannabinol (THC) no material analisado, um dos princípios ativos da do vegetal Cannabis sativa, L. o qual se encontra relacionado na Lista F-2 da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde ora em vigor" (fls.249). "RESULTADO: Detectada a substância Benzoilmetilecgonina (cocaína) no material analisado. O alcaloide da cocaína é uma substância de uso proscrito no Brasil e constante na Lista F-1 da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, ora em vigor" (fls.253). "RESULTADO: Detectada a substância N-Methyl-3,4-methylenedioxyamphetamine (MDMA) no Material B. A Methylenedioxyamphetamine (MDMA) encontra-se relacionado na Lista F-2 (Substâncias Psicotrópicas de uso proscrito no Brasil) da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde ora em vigor" (fls.282). A prova colhida na instrução, por seu turno, além de ratificar a materialidade, demonstra indícios suficientes de autoria, uma vez que aponta exatamente no sentido de que o Recorrente como autor da infração penal. Como é de conhecimento comum, não se pode jamais, haver a condenação, exclusivamente, em prova indiciária, pois estas não são submetidas ao contraditório ou a ampla defesa no momento de sua produção, assumindo caráter meramente informativo. Segundo os ensinamentos de José Frederico Marques, a prova é "elemento instrumental para que as partes influam na convicção do juiz e o meio de que este se serve para averiguar sobre os fatos em que as partes fundamentam suas alegações". Ao relatar a árdua e, para os mais céticos, impossível missão de trazer para o processo a verdade dos fatos, Pacelli afirma que: Evidentemente, trata-se de tarefa hercúlea. Mas irrenunciável, sobretudo quando se cuida de eventuais conflitos envolvendo pretensões de direitos subjetivos, o que se dá frequentemente no âmbito do processo civil. Já no processo penal, as coisas são ainda mais complexas, já que aqui se trata da aplicação de sanções – graves – a possíveis autores de fatos definidos como crimes. É preciso, portanto, que o convencimento judicial seja o mais seguro possível, ao menos no plano da individualidade daquele que julga. O CPPB, atualmente, estabelece 10 (dez) meios de prova expressos, a saber: o exame pericial (art. 158); o interrogatório do

acusado (art. 185); a confissão (art. 197); as declarações do ofendido (art. 201); a prova testemunhal (art. 400); o reconhecimento de pessoas ou coisas (art. 226); a acareação (art. 229); prova documental (art. 231); os indícios (art. 239) e a busca e a apreensão (art. 240). A prova, dessa forma, volta-se a formar o convencimento do juiz, que é seu destinatário; possui também função legitimadora das decisões judiciais, pois fixa os fatos no processo e, por consequência, no próprio universo social. A valoração da prova, por outro lado, está intimamente vinculada ao livre convencimento e tem por finalidade dar ao juiz o convencimento sobre a exatidão das afirmações e dos atos realizados em juízo. Nesse sentido, Greco Filho a finalidade da prova é o convencimento do juiz, que é seu destinatário. No processo, a prova não tem um fim em si mesma ou um fim moral ou filosófico; sua finalidade é prática, qual seja convencer o juiz. Não se busca a certeza absoluta, a qual, aliás, é sempre impossível, mas certeza relativa suficiente na convicção do juiz. Nessa linha, transcrever alguns trechos extraídos do depoimento da testemunha arrolada pela Acusação, que ratifica claramente a autoria e materialidade do delito imputado ao Recorrente na persecução penal, in verbis: “[...] que participou da diligência que culminou a prisão do acusado. Disse que no dia dos fatos, o acusado foi flagrado realizando o consumo coletivo de entorpecentes em sua residência e foram encontradas uma grande quantidade de drogas. Continuou dizendo que o acusado confessou estar fazendo o uso de drogas com outras pessoas, bem como o seu envolvimento com o tráfico de drogas, informando que revendia as drogas adquiridas na cidade de Porto Seguro. Relatou que, anteriormente à abordagem, a Polícia Civil teve informações de que o acusado Alexsandro fazia uso e vendida drogas na sua residência e, por este motivo, foram realizadas vigilâncias (campana), pelo período de três dias diferentes, sendo observado um fluxo anormal e constante de pessoas saindo e entrando na residência do acusado. Disse, ainda, que outros colegas policiais do depoente podem ter participado de outras campanhas no local, com intuito de investigar o comércio de drogas na residência do acusado. Relatou que além das drogas, foram apreendidos sacos plásticos, comumente utilizados para o acondicionamento de “LSD” e de “êxtase”, e duas balanças de precisão. Relatou, ainda, que as pessoas que estavam na residência do réu informaram que as drogas eram dele. Por fim, disse que a mãe do acusado chegou no final da diligência, afirmando que já teria dado conselhos ao acusado, e que deu a entender que ela não morava na referida residência (fls.18 e 275) [...]” Rogério Vinicius Moura Santos Segundo se infere dos fólios, o Insurgente confessou a propriedade das drogas apreendidas, sendo “crack”, “LSD” e “maconha”. Disse que nas cartelas de LSD tinham 35 unidades de “doce”. Continuou dizendo que conhecia o Bruno e a Laura há mais tempo, e que os outros indivíduos que estavam na sua casa eram “conhecidos de festa”, que conhecia Yuri há cinco meses e que foi a primeira vez que Felipe usou drogas com o acusado. Disse, ainda, que foi a primeira vez que Laura usou drogas em sua residência. Relatou que as pessoas que estavam na sua casa não pagaram pelo consumo das drogas e que utilizava uma das balanças de precisão apreendidas para pesar as drogas. Por fim, negou o seu envolvimento com o tráfico de drogas e que as drogas apreendidas eram destinadas ao seu consumo (fls.38 e 277). Portanto, dúvidas não pairam de que as drogas apreendidas eram de propriedade do Recorrente e que ele, além de ter em depósito grande quantidade e diversidade de drogas, confessou que as entregou no dia dos fatos, e as entregava, a consumo de terceiros, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Com

efeito, os investigadores de polícia disseram que o acusado já estava sendo investigado pela Polícia Civil, pelo crime de tráfico de drogas na sua residência, tendo o policial Rogério Vinicius Moura Santos relatado em juízo que foram realizadas campanhas próximas à residência do Apelante, durante alguns dias, sendo observado um fluxo anormal e constante de pessoas saindo e entrando do referido imóvel. Nesse particular, cabe pontuar que as peças produzidas na etapa policial, servem de reforço às provas colhidas durante a fase judicial, uma vez que, no sistema de valoração da prova adotado pelo direito brasileiro (Livre Convencimento Motivado), é permitido ao Magistrado formar seu entendimento cotejando o material da etapa processual com o da pré-processual. O que não se admite, evidentemente, é utilização tão somente de elementos oriundos do procedimento inquisitorial. É o que se percebe da interpretação literal do dispositivo previsto no art. 155 do Diploma de ritos penais: "Art. 155. O juiz formará sua convicção pela livre apreciação da prova produzida em contraditório judicial, não podendo fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação, ressalvadas as provas cautelares, não repetíveis e antecipadas. (Redação dada pela Lei nº 11.690, de 2008)" A jurisprudência também é unânime em aceitar tal entendimento, como se observa das ementas a seguir transcritas: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLÊNCIA DOMÉSTICA. LESÃO CORPORAL E AMEAÇA. INSUFICIÊNCIA DA PROVA. AGRAVANTE DO MOTIVO FÚTIL. SÚMULA N. 7 DO STJ. RELEVÂNCIA DA PALAVRA DA VÍTIMA. REGIME INICIAL. SÚMULA N. 83 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O STJ reconhece a relevância da palavra da vítima no tocante aos crimes decorrentes de violência doméstica, em vista da circunstância de essas condutas serem praticadas, na maioria das vezes, na clandestinidade. Precedente. Incidência da Súmula n. 83 do STJ. 2. A verificação sobre a insuficiência da prova da condenação implicaria a necessidade de revolvimento fático-probatório dos autos, procedimento vedado, em recurso especial, pelo disposto na Súmula n. 7 do STJ. 3. A agravante do motivo fútil foi devidamente motivada pelas instâncias ordinárias e, para rever essa conclusão, seria necessária a dilação probatória, inviável na via eleita pelo disposto na Súmula n. 7 do STJ. 4. A presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis ou de agravantes justificam a imposição de regime inicial mais gravoso do que aquele previsto tão somente pelo quantum de pena aplicada. Nesse ponto, a pretensão é inviável pelo entendimento da Súmula n. 83 do STJ. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1925598/TO, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 04/11/2021) "PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. VIOLAÇÃO AO ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO QUE ENCONTRA APOIO NAS PROVAS PRODUZIDAS EM JUÍZO. CAUSA DE AUMENTO RELATIVA AO EMPREGO DE ARMA DE FOGO. AUSÊNCIA DE APREENSÃO E PERÍCIA DO ARTEFATO. DESNECESSIDADE. ERESP N. 961.863/RS. AGRAVO IMPROVIDO. 1. O art. 155 do Código de Processo Penal dispõe que o magistrado não pode "fundamentar sua decisão exclusivamente nos elementos informativos colhidos na investigação". Contudo, as provas produzidas no inquérito policial podem ser valoradas, desde que em harmonia com a prova colhida na fase judicial. 2. No caso, da leitura do acórdão hostilizado, extrai-se que a sentença condenatória encontra-se fundamentada nas provas pericial (laudo papiloscópico) e testemunhal produzidas durante a instrução criminal. O depoimento que não pôde ser repetido em juízo foi corroborado por outras provas apresentadas no curso da ação penal; não se

tratando, portanto, de prova exclusiva, não há óbice à sua utilização. 3. Por sua vez, é assente o entendimento desta Corte de que, no crime de roubo com emprego de arma, a não apreensão ou a falta de realização de perícia no artefato não tem o condão de afastar a causa de aumento da pena prevista no art. 157, § 2º, I, do CP, se presentes outros elementos que demonstrem sua utilização, como no caso em comento. 4. Assim sendo, inviável o provimento recursal, inclusive para o fim de comprovar-se a insuficiência de provas para a condenação, visto ser necessário o reexame de matéria fática-probatória, o que é vedado pelo enunciado da Súmula n. 7/STJ. 5. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ – AgRg no AREsp: 377671 DF 2013/0279200-3, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 21/08/2014, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/08/2014) (grifos acrescidos) “AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME PARA USO DE ENTORPECENTES. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL E EM JUÍZO. POSSIBILIDADE. ART. 155 DO CPP. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA NO GRAU MÁXIMO (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006). MATÉRIA NÃO ALEGADA NO RECURSO ESPECIAL. INOVAÇÃO RECURSAL. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. Para o acolhimento da tese de desclassificação do crime de tráfico para o de uso de entorpecentes, seria imprescindível exceder os fundamentos do acórdão vergastado e adentrar no exame do conjunto fático-probatório, o que é vedado em recurso especial, a teor do verbete sumular n. 7 desta Corte. 2. Conforme a jurisprudência desta Corte, é possível a utilização de elementos informativos para a formação da convicção do julgador quando corroborados por outras provas judicializadas, como ocorreu na espécie, não havendo, portanto, violação do art. 155 do CPP. 3. Evidenciado o manifesto constrangimento ilegal em relação à aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no patamar mínimo, impõe-se a concessão de habeas corpus de ofício para reduzir a pena aplicada ao recorrente. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. Habeas corpus concedido de ofício.” (STJ – AgRg nos EDcl no REsp: 1228924 PR 2010/0219385-9, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, Data de Julgamento: 20/02/2014, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/02/2014) (grifos acrescidos). Pleiteia, também, ainda que subsidiariamente, o Apelante a reforma da dosimetria, na sua terceira fase, para reconhecer-se a benesse do tráfico privilegiado, o que fica, de logo, rechaçado, tendo em vista que, para fins de concessão de tal benefício, impõe-se a observância do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. No caso dos autos, efetivamente, analisando o caso concreto, evidencia-se que o Apelante trazia consigo e guardava, com o fim de entrega a terceiros, 67 (sessenta e sete) pedras de cocaína em forma de pedra, vulgo crack, com peso bruto apurado de 18,54g (dezoito gramas e cinquenta e quatro centigramas), substância considerada droga, o que jamais poderá ser desconsiderado por este Julgador e demais pares, a fim de que lhe seja reconhecido o benefício pretendido nesta insurgência. Como se sabe, as condições descritas no dispositivo legal são cumulativas, de modo que, não se cumprindo uma delas, deve ser afastada a aplicabilidade do benefício em prol daquele que a pleiteia. Nessa toada, considerando as circunstâncias da prisão encimadas, é medida de justiça o afastamento da benesse requerida, na esteira do seguinte precedente do Tribunal da Cidadania: “E M E N T A – APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. TRAFICÂNCIA COMPROVADA. – MAUS ANTECEDENTES E MOTIVOS DO CRIME AFASTADOS –

PENA-BASE REDUZIDA PARA O MÍNIMO LEGAL. – APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. [...] 2. Por maus antecedentes, deve-se entender a condenação transitada em julgado, excluía aquela que configura reincidência. No caso, não há condenação anterior, devendo ser aplicada a Súmula 444 do STJ. Os motivos do crime também deve ser afastados. O motivo financeiro, ou seja, “a busca [do lucro fácil é inerente ao tipo penal de tráfico de drogas, não se prestando a agravar os motivos do crime” . (HC 135.189/MS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 10/10/2011) 3. Para a incidência da minorante relativa ao tráfico eventual de drogas faz-se necessário o preenchimento cumulativo des alguns requisitos. Denota-se dos autos, que o apelante não se trata de mera mula, dedicando-se há muito tempo à atividade criminosa, bem como integrava organização criminosa, sendo apontado como o responsável pelo abastecimento de entorpecentes na cidade de Chapadão do Sul. (ACR 29977 MS 2011.029977-3 – TJ-MS, Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos, Data de Julgamento: 29/03/2012, 1ª Câmara Criminal)”. (grifo nosso)."

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DE QUE CUIDA O ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. AGRAVANTE QUE SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. 1. Embora a primariedade e os bons antecedentes exijam sentença condenatória com trânsito em julgado, a aferição da dedicação à atividade criminosa pode ser extraída pelo julgador a partir de outros elementos de prova constantes dos autos. 2. A certidão de antecedentes criminais, bem como o fato de já ter sido preso e responder a outra ação penal por crime de roubo, permite concluir que o réu se dedica a atividades criminosas, não preenchendo os pressupostos do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 101.913/CE, 5ª Turma, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, DJe 15/2/2013". Em modo similar, Turma Julgadora deste Sodalício, à unanimidade, acolheu os Embargos de Declaração com efeitos infringentes, opostos pelo Ministério Público, para afastar o benefício do tráfico privilegiado, senão veja-se: “EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM EFEITOS INFRINGENTES. AUSÊNCIA DE OMISSÃO E OBSCURIDADE. PRESENÇA DE CONTRADIÇÃO NO ACÓRDÃO EMBARGADO. GRAVE ERRO SOBRA A INTERPRETAÇÃO DOS FATOS E DAS PROVAS DO PROCESSO. ACUSADO CONFESSA RESPONDER A OUTRO PROCESSO POR ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. EMBARGOS ACOLHIDOS PARA AFASTAR A CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO E REDIMENSIONAR A PENA. I – [...] [...] Quanto à contradição suscitada, verifica-se, nesse ponto, que a insurgência merece guarida. O voto condutor do acórdão recorrido não destacou o depoimento do acusado em que confessa responder pelo crime de associação para o tráfico, o que resultou na interpretação, gravemente equivocada, para a concessão, ex officio, do benefício do tráfico privilegiado, prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Por fim, após a análise da certidão de fl. 35 dos autos e da consulta ao sistema informatizado E-SAJ, verifica-se, de fato, que o acusado responde pela prática do delito de associação para o tráfico, cujo processo nº 0005364-14.2008.8.05.0274, em trâmite na 3ª Vara Criminal da comarca de Vitória da Conquista-Ba, está atualmente na fase de alegações finais. V – Assim, a interpretação do acervo probatório efetuada pelo Órgão Julgador foi equivocada, causando grave erro na prolação no julgado. Ao adotar esta linha de interpretação, a Turma reduziu, indevidamente, a reprimenda do acusado, quando estava claro, pelo seu próprio depoimento, de que não deveria fazê-lo. Isto porque, para a aplicação do benefício do

tráfico privilegiado se exige o preenchimento dos requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, a saber, agente primário, de bons antecedentes e que não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. [...] Ademais, restou evidenciado que o réu se dedicava à atividade criminosa pois confessou responder a outro processo por associação para o tráfico na mídia encartada nos autos, motivos pelos quais ele não preenche aos requisitos previstos no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06. [...] VIII – Ante o exposto, CONHEÇO dos Embargos de Declaração, ACOLHENDO-OS para o fim de reconhecer a contradição no acórdão embargado, decorrente de erro grave na interpretação das provas e, aplicando-lhe efeitos infringentes, afastar a concessão do tráfico privilegiado, alterando a dosimetria da pena para 05 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto e pagamento de pena pecuniária fixada em 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente, à época do fato, devidamente atualizada até a data do pagamento. (ED na Apelação Nº 0009756-55.2012.8.05.0274/50000 – TJBA. Relatora: Nágila Maria Sales Brito – 2ª Câmara Criminal – 2ª Turma)”. Ve-se que a parte final do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 exige para a sua aplicação, não só que a Apelante seja primária e de bons antecedentes, mas sobretudo que “não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”, sendo, indispensável, no entanto, que não tenha afinidade habitual no mundo do crime e que atenda às exigências previstas na parte final do dispositivo ora citado. Constata-se, indubitavelmente, que se trata de indivíduo voltado à prática de crimes e que se dedica à atividade criminosa, o que pode ser aferido pela extensa quantidade de tipos de drogas que portava, de modo que não preenche os requisitos previstos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Com efeito, a situação do Apelante não está em consonância com a previsão legal, devendo, portanto, ser indeferido o pedido de benefício do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006, mantendo-se a condenação imposta. Também, sem razão do pedido formulado pela defesa acerca do reconhecimento da atenuante genérica da confissão, haja vista que, apesar de cabível a incidência da atenuante prevista no art. 65, III, alínea “d”, do Código Penal, não deve ser efetivamente valorada, posto que a pena-base foi fixada no patamar mínimo legal. Veja-se: “(...) Na primeira fase, não havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, na ausência de prova em sentido contrário, fixo as penas-base no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.(...)” PORTANTO, O CONJUNTO PROBATÓRIO PARA A CONDENAÇÃO DO APELANTE É ROBUSTO, SENDO IMPORTANTE DESTACAR QUE, SEGUNDO RELATADO PELOS POLICIAIS CIVIS, NO MOMENTO DA ABORDAGEM, O INSURGENTE INFORMOU SOBRE O SEU ENVOLVIMENTO COM DROGAS, ALEGANDO QUE VENDIA/REVENDIA AS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES NA CIDADE DE PORTO SEGURO-BA., DE MODO QUE NÃO SE PODE DAR GUARIDA A PRETENSÃO RECURSAL, DEVENDO, POIS, SER MANTIDA INTEGRALMENTE A SENTENÇA FUSTIGADA. CONCLUSÃO Diante do quanto exposto, em harmonia com o parecer do Ministério Público, vota-se pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA RELATOR