

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8010163-96.2022.8.05.0039 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MARCUS LUZ DE JESUS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06). RECURSO DA DEFESA. PRELIMINAR DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. PRETENDIDA A ABSOLVIÇÃO OU A DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. RÉU ENCONTRADO NA POSSE DE 86 (OITENTA E SEIS) PINOS DE COCAÍNA, TENDO SE DECLARADO USUÁRIO DE MACONHA. A APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AÇÕES EM CURSO, SEM TRÂNSITO EM JULGADO, NÃO OBSTAM A CONCESSÃO DO PRIVILÉGIO. REDUÇÃO DA REPRIMENDA. MODIFICAÇÃO DO REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PLEITO DE ISENÇÃO DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO OBRIGATÓRIA. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO CONHECIDA, PROVIDO PARCIALMENTE. I – A matéria atinente à isenção de custas e gratuidade da justiça está disposta no art. 12 da Lei nº 1.060/50, sendo de competência do Juízo da Vara das Execuções Penais. II – A quantidade e a forma em que a droga foi apreendida, autorizam a concluir pela ocorrência do tráfico ilícito de entorpecente, não sendo possível, portanto, a absolvição ou a desclassificação. Ademais, o Acusado confirmou ser usuário de maconha e, no entanto, fora preso na posse de 86 (oitenta e seis) pinos de cocaína, o que demonstra estar traficando no local. III – Conforme jurisprudência dominante, a existência de ação penal em curso não é motivação idônea para embasar o afastamento do privilégio. IV – A pena de multa quando prevista no tipo penal de forma cumulativa à pena privativa de liberdade, é de aplicação obrigatória pelo julgador em respeito ao princípio da legalidade. ACÓRDÃO Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8010163-96.2022.8.05.0039 da Comarca de Camaçari, sendo Apelante, MARCUS LUZ DE JESUS e Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER EM PARTE e, na extensão conhecida, DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso manejado, na forma do Relatório e do Voto constantes dos autos, que integram o julgado. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 19 de Outubro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8010163-96.2022.8.05.0039 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MARCUS LUZ DE JESUS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Acusado MARCUS LUZ DE JESUS, tendo em vista sua irresignação com o conteúdo da sentença condenatória proferida pela Juíza de Direito da 1ª Vara Crime da Comarca de Camaçari, que julgou procedente a denúncia para condená-lo pelo cometimento do delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, fixando-lhe a pena de 05 (cinco) anos de reclusão, cumulada ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, em regime semiaberto, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade e condenando-o, ainda, ao pagamento das custas (id. 48667291). Segundo a denúncia, no dia 03/02/2022, por volta das 18h30min, em via pública, no bairro do Pojuca, Camaçari/BA, o Acusado foi flagrado na posse de entorpecentes. Sustenta a exordial que os agentes policiais estavam em

serviço, quando receberam denúncia de que o Acusado estaria comercializando drogas em frente a uma festa. Ao seguir até o local, a guarnição encontrou pessoas aglomeradas, que ao perceberem a aproximação da Polícia Militar, empreenderam fuga, restando apenas alguns, dentre eles o Acusado, com quem foram encontrados 86 (oitenta e seis) pinos de cocaína, com massa bruta de 70,23g. Encerrada a instrução, sobreveio sentença condenatória. Irresignado, recorreu o Acusado (id. 48667299), pleiteando, preliminarmente, a assistência judiciária gratuita. No mérito, pugnou pela sua absolvição, por ausência de prova da autoria, ou, ainda, pela desclassificação da sua conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06, sob o argumento de que o Apelante é usuário de drogas. Pelo princípio da eventualidade, requereu a aplicação do tráfico privilegiado, bem como a isenção da pena de multa, considerando que o Acusado não tem condições de arcar com o pagamento. Por fim, prequestionou a matéria ventilada, para fins de eventual interposição de recursos aos Tribunais Superiores. Em suas contrarrazões, o Ministério Público afirmou que o entendimento perfilhado no pronunciamento judicial recorrido mostrou-se adequado, devendo ser mantido em sua totalidade. (id. 48667306). A Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra da Procuradora Cleusa Boyda de Andrade, apresentou opinativo no sentido de conhecimento e desprovimento do recurso (id. 49056689). Os autos vieram conclusos. É o relatório. Salvador/BA, 6 de outubro de 2023. Desa. Nágila Maria Sales Brito Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8010163-96.2022.8.05.0039 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MARCUS LUZ DE JESUS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO I – PRESSUPOSTOS RECURSAIS DEVIDAMENTE CONFIGURADOS. CONHECIMENTO DO RECURSO. Preliminarmente, cabe examinar a presença dos pressupostos recursais. Do exame dos autos, percebe-se que o Acusado e a Defensoria Pública foram intimados no dia 03/05/2023 (id. 48667296 e id. 48667297). A apelação foi interposta na data de 10/05/2023 (id. 48667299). Dessa forma, levando-se em conta o prazo previsto pelo artigo 593 do Código de Processo Penal, resulta evidente a tempestividade do recurso, o qual veio a cumprir os requisitos necessários para a sua regular tramitação, ensejando o correspondente conhecimento. II – PRELIMINAR DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA O Apelante pugnou pela concessão da assistência judiciária gratuita. O pedido não merece ser conhecido. Sabe-se que a situação de miserabilidade dos sentenciados não impede a condenação de custas, consoante disposto no art. 804 do Código de Processo Penal, in verbis: “a sentença ou o acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido”, entretanto, a sua exigibilidade está atrelada à fase de execução da sentença, sendo, portanto, o MM. Juiz da Vara da Execução o competente para analisar a eventual ou real impossibilidade de pagamento, o que demanda um exame concreto das condições financeiras do Acusado no momento da cobrança, consoante entendimento sedimentado no Superior Tribunal de Justiça: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA REFLEXA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. INVIABILIDADE. ALEGAÇÃO DE OMISSÃO DA DECISÃO AGRAVADA. INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO REGIMENTAL. ERRO GROSSEIRO. INOVAÇÃO RECURSAL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE PORTE DE DROGAS PARA CONSUMO PRÓPRIO. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVOLVIMENTO DE CONJUNTO FÁTICO–

PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. IMPOSSIBILIDADE. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Inviável a apreciação de matéria constitucional por esta Corte Superior, ainda que para fins de prequestionamento, porquanto, por expressa disposição da própria Constituição Federal (art. 102, inciso III), se trata de competência reservada ao Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 2. Como é cediço, o recurso cabível para impugnar decisão ambígua, obscura, contraditória ou omissa, conforme disciplina o art. 619, do Código de Processo Penal, são os embargos de declaração. A interposição de agravo regimental com o intuito de alegar supostas omissões e contradições do decisum agravado revela erro grosseiro, o que inviabiliza, inclusive, a aplicação do princípio da fungibilidade. 3. Ademais, é firme a jurisprudência desta Corte Superior no sentido de que o julgador não é obrigado a se manifestar sobre todas as teses expostas no recurso, ainda que para fins de prequestionamento, desde que demonstre os fundamentos e os motivos que justificaram suas razões de decidir, não configurando deficiência na prestação jurisdicional. Precedentes. 4. No que diz respeito à aduzida violação dos artigos 156, 158 e 386, incisos I, IV, V, VI e VII, todos do Código de Processo Penal, verifico se tratar de inovação recursal em sede de agravo regimental, o que não se admite. Precedentes. 5. No que concerne à pretensão de desclassificação do delito do art. 33, caput, para o do art. 28, ambos da Lei n. 11.343/2006, a Corte de origem concluiu, com amparo em farto acervo de fatos e provas constante dos autos – notadamente diante da prova oral coligida e das circunstâncias da apreensão (incluindo, além das drogas, 3 balanças de precisão e rolos de plástico PVC) –, que a autoria e materialidade do delito de tráfico de drogas ficaram suficientemente demonstradas. O Tribunal local ressaltou que as circunstâncias da apreensão seriam incompatíveis com a condição de mero usuário (e-STJ fl. 394). 6. Nesse contexto, tendo o Tribunal a quo reputado farto o conjunto fático-probatório constante dos autos, a corroborar a condenação do recorrente pela prática de tráfico de drogas, afastando a absolvição e a postulada desclassificação para o art. 28, da Lei n. 11.343/2006, inviável, no caso em tela, entender de modo diverso, dada a necessidade de reexame de elementos fático-probatórios, providência vedada em sede de recurso especial. Incidência do óbice da Súmula n. 7/STJ. 7. Para fazer jus à incidência da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto. 8. No presente caso, as circunstâncias do delito consignadas no acórdão recorrido – apreensão de 3 balanças de precisão e de rolos de plástico PVC, comumente utilizados para o acondicionamento de entorpecentes (e-STJ fl. 392) –, evidenciam a existência de elementos concretos que, aliados à natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos – totalizando 640g de maconha e 310g de cocaína (e-STJ fls. 391) –, amparam a conclusão de que o recorrente se dedicava à atividade criminosa, mais precisamente à narcotraficância, o que, consequentemente, obsta a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 9. Ademais, a desconstituição das conclusões alcançadas pelas instâncias ordinárias, no intuito de abrigar a alegação de que o réu não se dedicava a atividades criminosas, como pretendido pela defesa, demandaria necessariamente aprofundado revolvimento do conjunto fático-

probatório dos autos, providência vedada em sede de recurso especial. Incidência da Súmula n. 7/STJ. 10. Como é cediço, este Superior Tribunal possui entendimento consolidado no sentido de que "o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução, por tal razão, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais (AgRg no AREsp. 206.581/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 19/10/2016)" (AgInt no REsp. 1.569.916/PE, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, julgado em 22/3/2018, DJe 3/4/2018). 11. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 2.175.205/CE, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 16/11/2022.). Dessa forma, a análise da hipossuficiência do Apelante deverá ser feita pelo Juiz da Execução Penal e não por esta Relatora, sob pena de configurar-se supressão de instância, razão pela qual não conheço do pedido. III – DO MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. O Ministério Público denunciou o Acusado pelo cometimento do crime descrito no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, por ter sido flagrado, no dia 03/02/2022, por volta das 18h30min, em via pública, no bairro do Pojuca, Camaçari/BA, na posse de 86 (oitenta e seis pinos de cocaína). Os elementos fático-probatórios trazidos para o processo favorecem a manutenção do comando sentencial. A douta autoridade sentenciante, com acerto, reconheceu que o Acusado perpetrou o delito de tráfico de drogas, art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, devendo arcar com as consequências do seu comportamento ilícito. Ab initio, compulsando detidamente os fólios, constata-se que a autoria e a materialidade delitivas revelam-se incontestes, devendo ser afastada a irresignação da Defesa, uma vez que o decisio obliterado encontra respaldo no arcabouço probatório colacionado, mostrando-se, portanto, harmônico com o ordenamento jurídico pátrio. Em relação à materialidade e a autoria delitivas, encontram-se fartamente positivadas por meio do Auto de Prisão em Flagrante (id. 48666437, fls. 04/06), Auto de Exibição e Apreensão (id. 48666437, fl. 21), Laudo de Constatação (id. 48666438, fl. 13) e Laudo de Exame Definitivo (id. 48666441), que detectaram, na amostra examinada, a benzoilmetilecgonina, princípio ativo presente na "cocaína", substância de caráter alucinógeno constante na Lista F-1 da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde. Ora, no comércio de entorpecentes, a negativa incondicional da autoria é regra entre os traficantes, não prejudicando o convencimento do Magistrado, se as demais circunstâncias indicarem a necessidade da condenação. É que a prova da mercancia não necessita ser direta, mas deve ser firmada quando os indícios e presunções, analisados sem preconceito, formam um todo harmônico e demonstram a distribuição comercial do entorpecente. No presente caso, o Apelante foi preso em circunstâncias que permitem concluir que traficava substâncias entorpecentes. O Policial Mateus Costa Barreto, em Juízo, afirma que: (...) se recorda da diligência; que a localidade de Barra de Pojuca tem passado por uma disputa de facções, que por isso as diligências neste local tem sido reforçadas; que recebeu chamado de que haveria uma festa no local; que ao chegar ao local com a viatura devidamente identificada, alguns indivíduos correram, dentre eles o chefe da facção conhecido com Fal; que no local ficaram algumas mulheres e homens; que no local havia um cheiro forte de maconha, mas que não foi encontrado; que seu colega de guarnição encontrou drogas com Marcus; que

as drogas eram cocaína dispostas em pinos; que não conhecia Marcus; que em delegacia constava um mandado de prisão em desfavor de Marcus (...). (id. 48667281). (Grifei). O outro policial que participou do flagrante, Rodolfo José Lima do Nascimento, em Juízo, informou que: (...) se recorda dos fatos narrados na denúncia; que a região de Barra de Pojuca encontra-se em conflito com Monte Gordo, sendo a facção BDM e KLV, que resultou em mortes; que na região da prisão é um lugar de periculosidade, com informações de indivíduos armados; que na região da Cachoeirinha que seria dominado pelo indivíduo Fabrício vulgo FAL; que era uma festa comemorativa de algum membro da facção; que esses fatos aconteciam com frequência; que durante a diligência, o Fabricio conseguiu fugir, logo as pessoas na festa seria de facção; que por ser “peixe pequeno” o indivíduo Marcus se apresentou de imediato dando tempo para que o traficante Fabricio conseguisse fugir; que mais de uma pessoa foi abordada; que com Marcus foi encontrado cocaína mas não lembra a quantidade, dispostas em pinos; que se recorda de ter sido encontrado arma de fogo; que o depoente que fez as buscas em Marcus; que a droga foi encontrada numa bolsa ou pochete que o acusado trazia consigo; que não conhecia Marcus antes da diligência; que o foco da guarnição seria Fal; que a facção seria BDM.. (id. 48667282). (Grifei). O também Policial Militar, André David Nunes, em juízo, corroborou os depoimentos dos seus colegas, afirmando que: (...) se recorda da diligência; que estava na área da Orla de Camaçari-BA devido uma demanda alta; que recebeu informações que estava acontecendo uma festa neste local e que estaria o a pessoa procurada pela polícia denominada FAL; que algumas pessoas a avistarem a guarnição algumas empreenderam em fuga e outras ficaram; que as drogas foram encontradas com Marcus; que as drogas estavam em uma tira colo com Marcus; que a droga seria cocaína, mas não tem certeza se estava em pinos ou saquinhos; que Marcus informou que estava na festa e nada mais; que na região os indivíduos dizem pertencer a Vovó urso; que não foi encontrado armas; que não conhecia Marcus antes da diligência; que em delegacia após consultas foi identificado um mandado de busca e de prisão em desfavor de Marcus (id. 48667283). (Grifei). A testemunha apresentada pela Defesa, Marcos Oliveira de Sena (id. 48667284), por sua vez, não presenciou os fatos, limitando-se a afirmar que tomou conhecimento da prisão do Acusado e que ele era usuário de drogas. O Apelante tanto na fase do inquérito (id. 48666437, fls. 23/24), quanto em Juízo (id. 48667285), negou que tenha sido encontrado com droga, afirmando que estava na casa, junto com um amigo e duas mulheres, consumindo drogas e bebida alcoólica, quando os Policiais chegaram e o levaram preso. Importa salientar que o interrogatório é uma exteriorização da versão pessoal do Acusado quanto aos fatos, podendo ele recorrer ao silêncio e inclusive à mentira, sem que isso lhe acarrete qualquer gravame, pois é consabido que não tem o dever ou obrigação de fornecer elementos de prova, tampouco de ajudar na descoberta da verdade, sendo, portanto, o interrogatório mais um momento de defesa do que de produção de prova. Nesse diapasão, a versão apresentada pelo Apelante não tem amparo nas provas produzidas nos autos, ao contrário, encontra-se em total divergência com todo o supramencionado conjunto de provas coletadas, que demonstram à saciedade que o Acusado foi flagrado na posse de cocaína embalada para venda. Noutro ponto, no que diz respeito à alegação de que o Acusado era usuário e que a droga encontrada com ele era para consumo, também não encontra guarida nos autos. Ora, a condição de usuário não afasta a possibilidade de ser ele também traficante, ao revés, muitas vezes, as duas condições (usuário e traficante) coexistem em uma mesma

peessoa, sendo o comércio de drogas um meio para o sustento do vício. Além disso, o Apelante confessou ser usuário de maconha e a droga encontrada com ele foi a cocaína, fatos que demonstram, portanto, a mercancia. Assim, não restam dúvidas, no caso em tela, de que a droga pertencia ao Apelante, e levando em consideração as circunstâncias em que tudo ocorreu, uma vez que fora preso em uma festa da facção, na posse de cocaína, bem como a quantidade e a forma em que estava acondicionada a droga (86 pinos de cocaína), não se pode afirmar que o entorpecente seria utilizada para uso. A análise da prova testemunhal produzida, em consonância com todas as demais provas, corrobora todos os argumentos acima apresentados acerca da inexistência de dúvida quanto à autoria do delito. Embora tal prova corresponda também ao depoimento dos policiais que realizaram as diligências, esta serve, perfeitamente, como elemento de convicção. Os policiais, como qualquer outra testemunha, assumem o compromisso de dizer a verdade (artigo 203 do CPP). Se fizerem afirmação falsa, calar ou ocultar a verdade, o Juiz instrutor, com força no artigo 211 do CPP, determinará a instauração de inquérito para apurar o Falso Testemunho. Com efeito, não é razoável admitir-se que o Estado possa credenciar pessoas para exercerem função repressiva e, sem elementos cabais de prova, negar-lhes crédito quando de sua estrita atividade. Segundo a Jurisprudência, é válido o testemunho prestado por agente policial, não contraditado nem desqualificado, na medida em que provém de agente público no exercício de suas funções e não destoa do conjunto probatório. O Superior Tribunal de Justiça não deixa margem de dúvida a respeito do tema: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PROVAS JUDICIAIS E EXTRAJUDICIAIS PARA A CONDENAÇÃO. CONFIGURAÇÃO DELITIVA. ALTERAÇÃO DO POSICIONAMENTO ENVOLVE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. ART. 40, III, DA LEI DE DROGAS. MAJORANTE. RECONHECIMENTO. IMEDIAÇÕES DE UNIDADE DE ENSINO. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA EFETIVA MERCANCIA. PRECEDENTES. REDUTORA. NÃO APLICABILIDADE. ANIMUS ASSOCIATIVO. CONCURSO FORMAL DE CRIMES. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA N. 211/ STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O TJSP condenou o recorrente pelo delito de associação para o tráfico com base nos elementos de provas colhidos nos autos. Houve prova judicial da prática delitiva, considerando os depoimentos dos policiais, restando consignado que o depoimento do recorrente em juízo ficou isolado nos autos e em desacordo com seu próprio depoimento na fase policial. 2. 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. 3. Para se chegar à conclusão diversa da que chegou o Tribunal a quo, e examinar todos os requisitos necessários para o reconhecimento do delito de associação para o tráfico, seria exigido o aprofundado revolvimento fático-probatório da matéria, providência incompatível com a Súmula n. 7/STJ. 4. O Tribunal de Justiça reconheceu a majorante mesmo em período de férias escolares, o que não contraria a jurisprudência desta Corte firmada no sentido de que para a incidência da majorante prevista no artigo 40, III, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente que o crime tenha ocorrido nas imediações dos locais especialmente protegidos, sendo, pois, desnecessária a comprovação da efetiva mercancia da droga aos frequentadores dessas localidades. (AgRg no AREsp 1860725/SE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 2/3/2022). 5. No caso, com a condenação pelo delito de associação, não há como ser aplicado o redutor

previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, uma vez que demanda a existência de animus associativo estável e permanente no narcotráfico, revelando, assim, a dedicação a atividades criminosas. (AgRg no HC 689.965/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 21/2/2022). 6. No que toca à ofensa ao artigo 70 do CP, o Tribunal de origem limitou-se a aplicar a regra do concurso material, sem adentrar à possibilidade do concurso formal. Ausência da prequestionamento e incidência da Súmula n. 211/STJ. 7. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1926887/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 19/04/2022, DJe 25/04/2022). (Grifo nosso). Considero, pois, que as provas produzidas são suficientes para manter a condenação do Apelante. Os fatos foram devidamente esclarecidos na instrução e, no caso em comento, não há nenhuma dúvida quanto à autoria do delito e quanto à finalidade de comercialização da droga. É dizer, a quantidade e forma de acondicionamento da cocaína, encontrada com o Apelante, bem como o local em que ele foi flagrado, em um festa de facção, possuía o intuito de mercancia insculpido no art. 33 da Lei nº 11.343/06. IV – PREQUESTIONAMENTO Ante as questões acerca do prequestionamento, saliento que não ocorreu ofensa a quaisquer dos dispositivos de lei invocados, de sorte que o posicionamento constante da sentença representa a interpretação feita pelo MM. Magistrado quanto à matéria posta em discussão, revelando-se na forma de seu convencimento, pelo que não se deve cogitar negativa de vigência a tais dispositivos. Afigura-se, portanto, desnecessária a abordagem pelo órgão julgador de todas as matérias debatidas ou dispositivos legais suscitados pelas partes, mesmo diante do prequestionamento. Por fim, no tocante ao pedido de manifestação acerca dos dispositivos legais mencionados para fins de prequestionamento, verifica-se ter sido suficientemente discutidas e analisadas as matérias levantadas nas razões recursais, restando, pois, prejudicado o exame do prequestionamento. V– DOSIMETRIA DA PENA No tocante à dosimetria da reprimenda, a Defesa requereu a aplicação do tráfico privilegiado, bem como a isenção da multa. Levando-se em consideração o modelo trifásico de atribuição da penalidade, passa-se ao exame pormenorizado da situação em apreço. Primeira Fase: a MM. Magistrada de 1º grau fixou a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão, por inexistirem circunstâncias judiciais negativas, razão pela qual a mantenho. Segunda Fase: inexistindo agravantes ou atenuantes, foi mantida a pena intermediária em 05 (cinco) anos de reclusão. Terceira Fase: a Magistrada de primeiro grau deixou de aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, sob o seguinte fundamento: (...) Na espécie, considerando as particularidades que envolveram a infração penal, as condições objetivas e subjetivas estabelecidas no § 4º, art. 33, da Lei nº 11.343/2006 ("primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa"), tem-se suficientes elementos concretos indicativos a justificar a não aplicação do redutor, são eles: i) a expressiva quantidade de droga e sua natureza deletéria (70,23g de cocaína); ii) o histórico criminal do réu, que responde a outra ação criminal pelo crime de roubo (Ação Penal nº 8014069-94.2022.8.05.0039); iii) o fato de o sentenciado ter sido preso em local conhecido por disputa entre facções criminosas, tendo sido revelado por uma das testemunhas que o réu se entregou para proteger o líder da organização criminosa da região de Cachoeirinha, Fabrício, vulgo FAL (ID 357108593). Logo, incabível a aplicação da redutora do tráfico privilegiado, eis que presentes elementos concretos a indicarem a

dedicação do réu a atividades criminosas. No entanto, conforme jurisprudência dominante, a existência de ação penal em curso não é motivação idônea para embasar o afastamento do privilégio. Nesse sentido, colaciona-se entendimento recente do Superior Tribunal de Justiça: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182/STJ. TRÁFICO. HABEAS CORPUS. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PROCESSO EM ANDAMENTO. PARA AFASTAR O PRIVILÉGIO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA NÃO EVIDENCIADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão ora agravada atrai a incidência do enunciado sumular n. 182 desta Corte Superior. 2. Quanto à exasperação da pena-base e à não aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade, sendo necessária a concessão de ofício de habeas corpus. 3. Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes, é indispensável atentar para o que disciplina o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual 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. 4. No presente caso, a quantidade do entorpecente apreendido (173, 45g de maconha) não justifica a majoração da pena-base, por não extrapolar o tipo penal, devendo ser afastado tal fundamento. 5. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. 6. Esta Quinta Turma, no julgamento do HC 664.284/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, em 21/9/2021, visando a uniformização do posicionamento de ambas as Turmas sobre o tema, decidiu que a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020). Precedentes. 7. Na hipótese em análise, constata-se que a ação penal utilizada pela Corte local como fundamento para evidenciar a dedicação do recorrente a atividades criminosas encontra-se em andamento, sem trânsito em julgado, o que impede o uso dessa ação para negar reconhecimento ao benefício do tráfico privilegiado, devendo esse ser aplicado. 8. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum da redução do benefício do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC n.º 529.329/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 19/9/2019, DJe 24/9/2019). Precedentes. 9. No presente caso, a incidência da causa de diminuição da pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas deve ser aplicada no patamar de 2/3, em razão da quantidade da droga apreendida (173,45g de maconha), o que se mostra razoável e proporcional. 10. No que tange ao regime de cumprimento da pena,



estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, primário o recorrente e sem antecedentes, e considerada a quantidade total do entorpecente apreendido, o regime aberto é o adequado à prevenção e reparação do delito, sendo cabível, também, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal. 11. Agravo regimental não conhecido. Habeas corpus concedido para fixar a pena-base no mínimo legal e aplicar o benefício do tráfico privilegiado no patamar de 2/3 (dois terços), redimensionando a pena do acusado GUSTAVO GOMES PIRES para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 166 dias-multa, e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, que serão fixadas pelo juízo da execução, mantidos os demais termos da condenação, sem reflexo na pena final de MATHEUS DE ALMEIDA LIFONSO. (AgRg no AREsp n. 2.123.312/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 16/8/2022.). (Grifei). Dessa forma, considerando não haverem outras circunstâncias capazes de negar o mencionado privilégio, este deve ser aplicado. Com relação ao quantum, sabe-se que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas podem servir para a modulação do tráfico privilegiado, desde que não considerada na primeira etapa do cálculo da pena. Nesse sentido: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PATAMAR DE 1/2 FUNDAMENTADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO. (...) II – A quantidade e a natureza das droga apreendidas podem servir para a modulação do tráfico privilegiado, desde que não considerada na primeira etapa do cálculo da pena. III – No caso, houve fundamentação idônea em relação ao quantum do tráfico privilegiado, em razão da apreensão de 23 (vinte e três) comprimidos e uma porção de 2,8g (dois gramas e oito decigramas) de MDMA, 01 (um) fragmento de comprimido contendo MDA, 05 (cinco) porções de maconha, totalizando 38g (trinta e oito gramas), bem como a apreensão de balança de precisão com resquícios de cocaína, elementos aptos a justificar o patamar de 1/2 (um meio), nos termos do atual entendimento do col. Pretório Excelso, bem como desta Corte Superior de Justiça. Rever essa constatação, para fazer incidir fração diversa, demandaria revolvimento da matéria fático-probatória, procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus. (...) Agravo regimental parcialmente provido. (AgRg no HC n. 625.552/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 1/6/2023.). (Grifei). No caso concreto, considerando a grande quantidade de droga (70 gramas de cocaína), aplico o percentual de  $\frac{1}{2}$  (metade), reduzindo a pena para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a qual torno definitiva, diante da ausência de outras causas de diminuição ou de aumento. Pena de multa Reduzo-a para 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, para guardar a devida proporcionalidade com a pena privativa de liberdade. Nesse particular, a Defesa pugnou pela exclusão de tal condenação, arguindo que o Acusado não possui recursos financeiros para arcar com tal pagamento. No entanto, carece de fundamento tal pleito. Isto porque, a pena de multa quando prevista no tipo penal de forma cumulativa à pena privativa de liberdade, é de aplicação obrigatória pelo julgador em respeito ao princípio da legalidade. Vale dizer, o pedido de isenção da

pena de multa, aplicada cumulativamente à pena de privação de liberdade, na verdade carece de respaldo legal, por inexistir dispositivo legal a amparar a suposta pretensão deduzida, não cabendo ao Julgador decidir se aplica ou não uma sanção fixada pelo legislador, sob pena de interferir de forma arbitrária na separação de poderes. Nesse sentido, vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENA DE MULTA. ISENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não se admite a isenção da pena de multa prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora, por falta de previsão legal. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1708352/RS, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 04/12/2020). De outra sorte, simples alegação de que o Apelante não tem condições de arcar com o pagamento da multa, não tem o condão de permitir a sua exclusão, uma vez a condição econômica do réu só importa como parâmetro para fixação dos valores, o que, aliás, foi observado pela Magistrada de primeiro grau, quando determinou que a multa fosse paga à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, ou seja, no mínimo legal. Nesse sentido, colaciona-se julgado do Supremo Tribunal Federal: (...) IV. É inviável a exclusão da multa quando ela foi cumulativa com a privativa de liberdade. V. Se a pena privativa de liberdade foi fixada no mínimo legal, o mesmo critério deve ser observado para a pecuniária, em obediência ao princípio da proporcionalidade. VI – Apelo Conhecido e Parcialmente Provido.” Os embargos de declaração opostos foram rejeitados. Nas razões recursais, alega-se violação aos princípios do devido processo legal e da motivação das decisões judiciais, uma vez que o acórdão recorrido reconheceu a prescrição com relação ao outro acusado e deixou de fazê-lo com relação ao recorrente. Sustenta-se a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, a ausência de provas suficientes para a condenação, bem como a deficiência de fundamentação da sentença condenatória e do acórdão recorrido. Decido. Observo que o ora agravante deixou de impugnar, nas razões do agravo, um dos fundamentos utilizados pela decisão agravada para inadmitir o recurso extraordinário, qual seja, de que as questões constitucionais trazidas no recurso extraordinário implicam o reexame de fatos e provas, o que impede a apreciação do recurso, à luz do enunciado da Súmula 287 deste Tribunal. Do exposto, não conheço do agravo (art. 38 da Lei 8.038/1990, c/c o art. 21, § 1º, do RISTF). (STF – ARE: 705930 GO, Relator: Min. JOAQUIM BARBOSA, Data de Julgamento: 26/09/2012. Data de Publicação: DJe-192 DIVULG 28/09/2012 PUBLIC 01/10/2012). Regime Modifico o regime para o aberto, em razão do quantum da pena, nos termos do art. 33, §2º, “c”, do CP. Substituição da Pena Substituo a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem determinadas pelo Juízo da Execução Penal, nos termos do quanto dispõe o art. 44 do CP. Saliente-se que o Acusado encontra-se solto. CONCLUSÃO Diante do exposto, CONHEÇO EM PARTE a Apelação interposta e, na extensão conhecida, DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO, a fim de reduzir a pena do Apelante para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, modificar o regime de cumprimento inicial para o aberto, bem como substituir a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem determinadas pelo Juízo da Execução Penal, nos termos do quanto dispõe o art. 44 do CP. Salvador/BA, 6 de outubro de 2023. Desa. Nágila Maria Sales Brito Relatora