

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8001692-69.2024.8.05.0250 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: RAFAEL NEVES DOS SANTOS Advogado (s): RAFAEL MELO SOBRAL APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): EMENTA APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO QUANTO À AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº. 11.343/2006. DEDICAÇÃO AO CRIME RECONHECIDA EM FACE DA EXISTÊNCIA DE AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA À LUZ DA NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DAS CORTES SUPERIORES. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO APLICADA EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE. DIMINUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DA SANÇÃO PECUNIÁRIA DEFINITIVAS. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL DEFINITIVA POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. APLICÁVEL. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. POSSIBILIDADE. PENA DE MULTA. ISENÇÃO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. De acordo com o mais recente posicionamento dos Tribunais Superiores, em regra, inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem fundamentação idônea apta a respaldar a não aplicação da causa de diminuição de pena relativa à figura privilegiada do crime de tráfico de drogas: AgRg no HC n. 812.034/SC, relatora Ministra Daniela Teixeira, relator para acórdão Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/5/2024, DJe de 6/6/2024. 2. Quando a dedicação a atividades ilícitas não for demonstrada por fundamentos concretos, tornar-se-á premente a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06, que constitui direito subjetivo do réu, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar a sua aplicação com base em motivação inidônea. 3. Quando a formulação de nova dosimetria resultar na fixação de reprimenda corporal inferior a 4 (quatro) anos de reclusão e não pesar em desfavor do réu reincidência nem circunstância judicial desfavorável, restará justificada a aplicação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena corporal definitiva assim como a substituição dessa sanção por duas penas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo da Execução Penal em audiência admonitória. 4. A sanção pecuniária deve guardar coerência e proporcionalidade com a pena corporal definitiva aplicada ao réu. 5. Quanto ao aventado direito de recorrer em liberdade, diante da quantidade de pena corporal definitiva arbitrada ao Recorrente, 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, e considerando-se, ainda, a sua condenação por delito cometido sem violência ou grave ameaça – tráfico de drogas – constata-se que a manutenção da prisão preventiva se mostra desproporcional, a exigir a sua revogação, conforme postulado. 6. A multa é uma sanção de caráter penal e a possibilidade de sua conversão ou de sua isenção viola o princípio constitucional da legalidade. Na ausência de previsão legal, restando comprovada a pobreza do condenado, essa circunstância deve ser considerada no momento da fixação do valor de cada dia-multa, para que seja arbitrado em seu patamar mínimo, mas nunca excluída. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 8001692-69.2024.8.05.0250 em que figura como apelante Rafael Neves dos Santos e o Ministério Público do Estado da Bahia. Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme resultado expresso na certidão de julgamento, em conhecer e dar provimento em parte ao recurso, nos termos do voto da Relatora. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO

PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 5 de Setembro de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8001692-69.2024.8.05.0250 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: RAFAEL NEVES DOS SANTOS Advogado (s): RAFAEL MELO SOBRAL APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO

Adoto, como próprio, o relatório da sentença prolatada pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Simões Filho (id. 65553573), que julgou procedente o pedido formulado na Denúncia para condenar o réu Rafael Neves dos Santos pela prática dos delitos tipificados no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, à pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos de reclusão, a ser inicialmente cumprida no regime fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos. Inconformado com a Sentença, o réu Rafael Neves dos Santos interpôs Recurso de Apelação, acompanhado das suas razões recursais (id. 65553583), nas quais, inicialmente, requereu a aplicação da fração de (dois três avos) referente à redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, sob o argumento de que “não assiste razão aos fundamentos trazidos na Sentença de que a condenação em primeira instância faz com que o acusado não tenha direito ao referido privilégio por já ter sido preso ou ter condenação sem trânsito em julgado”(id. 65553582, fl. 05). Pugnou, também, pela substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, prevista no art. 44 do Código Penal, caso lhe seja aplicada a fração de diminuição referente ao tráfico privilegiado. Requereu, ainda, a concessão do direito de recorrer em liberdade, sob a alegação de que a fundamentação do Juízo a quo de “garantia da ordem pública”, encontra-se contrária ao caso e em dissonância com os mais recentes entendimentos jurisprudenciais. Para isso, aduz que “não há base para se negar o direito de recorrer em liberdade, com fundamento que o apelante voltaria a praticar atividades ilícitas ou que tem a tendência a tais práticas, pois, como não há ainda o trânsito julgado deve-se presumir que o mesmo é inocente e portanto não pratica atividade ilícita e pode responder em liberdade.” (id. 65553583, fl. 11). Por fim, requereu o afastamento da pena de multa fixada na Sentença sob a alegação de que é desempregado e não possui renda suficiente para o pagamento. Subsidiariamente, para o caso de não ser aplicado o tráfico privilegiado, pugnou pela alteração do regime prisional aplicado na Sentença, de fechado para o semiaberto, sob o argumento de que não há indícios objetivos de que ele oferece riscos contemporâneos à sociedade. Em suas contrarrazões (id. 65553589), o Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e desprovemento do apelo interposto, para que a condenação seja mantida nos exatos termos da Sentença. O presente recurso foi distribuído, por prevenção, em 15/07/2024 (id. 65561971 – Certidão). A Procuradoria de Justiça emitiu parecer (id. 65991680) no qual se manifestou pelo conhecimento parcial do Recurso de Apelação e, na parte conhecida, pelo provimento parcial, para que a Sentença seja reformada apenas no capítulo atinente à dosagem da sanção, para fazer incidir a causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da lei 11.343/2006, em percentual a ser fixado por essa Corte de Justiça, promovendo-se os ajustes dela decorrentes no regime prisional e na pena de multa. É o relatório. Salvador, data e assinatura registradas no sistema. Nartir Dantas Weber Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8001692-69.2024.8.05.0250 Órgão Julgador: Segunda Câmara

Criminal 2ª Turma APELANTE: RAFAEL NEVES DOS SANTOS Advogado (s): RAFAEL MELO SOBRAL APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço o Apelo. Narra a Denúncia (id. 65553227) que, na noite de 06/04/2024, por volta de 19h30min, na Rua dos Desabrigados, na localidade denominada Ponto Parada, no município de Simões Filho, Bahia, o denunciado Rafael Neves dos Santos, ora Apelante, foi preso em flagrante delito por integrantes da Polícia Militar, por trazer consigo, para fins de tráfico: quantidade de droga (substância entorpecente que determina dependência física e psíquica) conhecida vulgarmente como cocaína, de cor branca, em forma de pó, distribuída em 06 (seis) porções, acondicionadas em microtubos (pinos) plásticos; quantidade de droga conhecida popularmente como maconha (Cannabis sativa), de coloração amarronzada, distribuída em 22 (vinte e duas) porções (buchas) de tamanho médio, embaladas em pedaços de plástico; quantidade de droga conhecida popularmente como maconha (Cannabis sativa), de coloração amarronzada, distribuída em 13 (treze) porções (buchas) de tamanho pequeno, embaladas em pedaços de plástico, todas fracionadas, ou seja, prontas para revenda no varejo, conforme comprovam os depoimentos colhidos (fls. 15, 20 e 32, id. 438782560), Auto de Exibição e Apreensão (fl. 17, id. 438782560), Boletim de Ocorrência no 00235209/2024-A01 (fls. 32 a 36, id. 438782560) e Auto de Constatação Preliminar (fls. 29 e 30, id. 438782560), sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar, em violação ao disposto no artigo 33, caput, e 35, caput, ambos da Lei n.º 11.343/06. Relata a Inicial Acusatória que, na referida data, integrantes da Polícia Militar receberam informação sobre possível ocorrência de tráfico de drogas na mencionada localidade, para a qual se deslocaram e, ao chegarem, observaram o Recorrente jogar ao solo uma bolsa vermelha que carregava, ao perceber a aproximação da guarnição policial. Foi realizada a abordagem e revista do Acusado. No interior da bolsa vermelha que ele dispensou, os integrantes da Polícia Militar encontraram as drogas descritas no Auto de Exibição e Apreensão (fl. 17, id. 438782560), Boletim de Ocorrência n.º 00235209/2024-A01 (fls. 32 a 36, id. 438782560) e Auto de Constatação Preliminar (fls. 29 e 30, id. 438782560). Processado e julgado, o réu Rafael Neves dos Santos foi condenado pela prática dos delitos tipificados no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, à pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos de reclusão, a ser inicialmente cumprida no regime fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos. Inconformado com a Sentença, o réu Rafael Neves dos Santos interpôs Recurso de Apelação, acompanhado das suas razões recursais (id. 65553583), nas quais, inicialmente, requereu a aplicação da fração de (dois três avos) referente à redutora prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, sob o argumento de que “não assiste razão aos fundamentos trazidos na Sentença de que a condenação em primeira instância faz com que o acusado não tenha direito ao referido privilégio por já ter sido preso ou ter condenação sem trânsito em julgado” (id. 65553582, fl. 05). Pugnou, também, pela substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, prevista no art. 44 do Código Penal, caso lhe seja aplicada a fração de diminuição referente ao tráfico privilegiado. Requereu, ainda, a concessão do direito de recorrer em liberdade, sob a alegação de que a fundamentação do Juízo a quo de “garantia da ordem pública”, encontra-se contrária ao caso e em dissonância com os mais recentes entendimentos jurisprudenciais. Para isso, aduz que “não há base para se negar o direito de recorrer em

liberdade, com fundamento que o apelante voltaria a praticar atividades ilícitas ou que tem a tendência a tais práticas, pois, como não há ainda o trânsito julgado deve-se presumir que o mesmo é inocente e portanto não pratica atividade ilícita e pode responder em liberdade” (id. 65553583, fl. 11). Por fim, requereu o afastamento da pena de multa fixada na Sentença sob a alegação de que é desempregado e não possui renda suficiente para o pagamento. Subsidiariamente, para o caso de não ser aplicado o tráfico privilegiado, pugnou pela alteração do regime prisional aplicado na Sentença, de fechado para o semiaberto, sob o argumento de que não há indícios objetivos de que ele oferece riscos contemporâneos à sociedade. O objeto deste recurso cinge-se apenas a questões relacionadas à dosimetria da pena. Não foram objeto de irresignação a autoria nem a materialidade delitivas, as quais foram reconhecidas pelo Juízo a quo na Sentença e estão comprovadas pelas provas constantes dos autos, precisamente, pelo Auto de Prisão em Flagrante (id. 65553228, fl. 13), pelo Auto de Exibição e Apreensão (id. 65553228, fl. 17), pelo Laudo de Constatação Provisória (id. 65553228, fls. 29/30) e Laudo Pericial Definitivo (id. 65553265) e pelos depoimentos das testemunhas colhidos na fase administrativa (id. 65553228, fls. 15 e 20) e judicial (id. 65553259 – Ata de Audiência). A presente apelação visa a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006; a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; a concessão do direito de recorrer em liberdade; e a consequente readequação do regime prisional. Procedo, a seguir, ao exame da dosimetria da pena imposta ao Recorrente na r. Sentença condenatória, ocasião em que serão analisados os referidos pedidos formulados nas suas razões recursais. Na primeira etapa dosimétrica, o Juízo a quo sopesou as circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal sob os fundamentos: “Considerando e analisando as circunstâncias judiciais estampadas no artigo 59, do Código Penal, e artigo 42, da Lei 11.343/06, percebe-se que a culpabilidade do denunciado é comum à espécie. O réu é primário na forma da Súmula 444 do STJ. Sua conduta social e personalidade não foram apuradas, razão pela qual as tomo como circunstâncias neutras. Os motivos do crime são os esperados para o tipo e as consequências não merecem maior reprovação. As circunstâncias são comuns para o crime sob comento. Não há que se falar em comportamento da vítima. A quantidade e a natureza das drogas não autorizam maior reprovação.” (id. 65553573). Após proceder ao exame das circunstâncias judiciais, a Autoridade Sentenciante não as valorou negativamente e, em seguida, fixou a pena basilar no mínimo legal, ficando a sanção corporal arbitrada nesta etapa dosimétrica em 05 (cinco) anos de reclusão, o que não merece reparo. Quanto à sanção pecuniária, reserve-me a apreciá-la ao final do reexame de todas as fases da dosimetria da pena realizada na Sentença para que seja encontrada a quantidade de dias-multa coerente e proporcional com a da pena privativa de liberdade definitivamente fixada ao Apelante. Na fase intermediária da dosimetria da pena, o Juízo a quo, de forma acertada, não reconheceu a incidência de circunstâncias atenuantes nem de agravantes em favor do Apelante. Na terceira fase dosimétrica, o Juízo sentenciante registrou a inexistência de causas de aumento de pena e não reconheceu ao Apelante o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 sob os fundamentos: “Para a incidência do redutor previsto no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosas. É que a

disposição legal visa abrandar a pena do 'pequeno traficante', isto é, daquele que, em caso isolado, pratica o comércio ilícito de substância entorpecente. No caso, revela-se inviável a aplicação da aludida causa especial de diminuição, tendo em vista que o réu já foi preso outras vezes também na posse de drogas. Somado a isto, tem-se que o acusado no ano de 2023 foi condenado em primeira instância pela prática de tráfico de drogas (ação penal nº 8003054-43.2023.8.05.0250), o que nos leva a crer sobre a existência de envolvimento criminal mais agudo." (id. 65553573). No tocante à terceira fase dosimétrica, em suas razões recursais, o Apelante pugnou pela aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de 11.343/2006 sob o argumento de que essa minorante não foi reconhecida pelo Juízo a quo sem a devida fundamentação, em dissonância com o entendimento firmado pelos Tribunais Superiores. A tese supratranscrita merece acolhimento. A Lei 11.343/06, de forma inovadora, criou a figura do denominado "tráfico privilegiado", previsto em seu § 4º, que possibilita a redução da pena do delito desde que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. Com efeito, a benesse prevista no art. 33, § 4º, da referida lei, tem como finalidade punir com menor rigor o traficante não habitual, isto é, o indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, sendo o ocorrido um fato isolado em sua vida. Constata-se das informações processuais, bem como de pesquisa ao sítio eletrônico do PJe, que o réu à época dos fatos, já respondia a outro processo criminal na mesma Comarca (Ação Penal n.º 8003054-43.2023.8.05.0250, pelo art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, fato ocorrido em 08/06/2023), o que, de acordo com o Sentenciante, somado às circunstâncias em que foi detido, demonstram envolvimento com práticas criminosas e, conseqüentemente, sua habitualidade nessas atividades delituosas. Em que pese o entendimento exarado pelo Juízo a quo, de acordo com o entendimento consolidado no Tema 1.139, firmado por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais n. 1.977.027/PR e 1.977.180/PR, pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, realizado em 10/08/2022, sob o rito dos recursos especiais repetitivos, "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". Trago à liça a ementa da decisão resultante do julgamento do Recurso Especial n. 1.977.027/PR para melhor esclarecer a questão ora posta: RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais. 2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso. 3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais

referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza. 4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena. 5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles. 6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante. 7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis. 8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto. 9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para fins penalógicos(...). 11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma "análise de contexto" para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar a

dedicação a atividades criminosas, não há que se recorrer a inquéritos e ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e ações penais em curso na tentativa de demonstrar a dedicação criminosa, é porque os demais elementos de prova são insuficientes, sendo necessário formular a ilação de que o Acusado "não é tão inocente assim", o que não se admite em nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a ilicitude do fundamento, que decorre do raciocínio presuntivo contra o Réu que ele encerra, não se altera em face de outros elementos dos autos. 12. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: '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'. A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017). 13. Recurso especial provido. (REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022). Nesse sentido, trago à liça, também, recente precedente do STJ: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS APENAS COM BASE NA EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO EM CURSO CONTRA O PACIENTE E PELA QUANTIDADE DAS DROGAS E DINHEIRO APREENDIDOS. NÃO APONTAMENTO DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS NO SENTIDO DA HABITUALIDADE DELITIVA. DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NÃO APLICOU O REDUTOR REFORMADA. POUCA QUANTIDADE DE DROGAS. REDUÇÃO MÁXIMA, REGIME ABERTO, SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS E AFASTAMENTO DO CARÁTER HEDIONDO DO DELITO. AGRAVO PROVIDO. 1. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. 2. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.977.027/PR (relatora Ministra Laurita Vaz, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022), sob o rito dos recursos repetitivos, consolidou entendimento no sentido de que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06. 3. A quantidade das drogas e valor em dinheiro apreendidos não possuem aptidão para, de forma isolada, concluir que o paciente fazia do tráfico o seu meio de vida. Cumpre destacar que a simples aferição da insuficiência dos fundamentos apresentados na origem para a não aplicação do redutor, ausente o apontamento de circunstâncias concretas no sentido da prática habitual do tráfico, não demanda reexame probatório. Precedentes. 4. No caso, a quantidade das drogas e o valor em dinheiro apreendidos – 10,4g de cocaína e R\$ 54,30 – sequer podem ser considerados excessivos, razão pela qual a causa de diminuição deve incidir na fração máxima de 2/3. Precedentes. 5. Reconhecido o privilégio, fica afastado o caráter hediondo do delito, pois a Terceira Seção desta Corte, em 23/11/2016, ao julgar a Petição n. 11.796/DF, cancelou o enunciado n. 512 da Súmula deste Superior Tribunal de Justiça, firmando tese no sentido de que o tráfico ilícito de drogas, na sua forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006), não é crime equiparado a hediondo. Em virtude do redimensionamento da pena privativa de liberdade para patamar que não supera 4 anos, além da primariedade do paciente e o fato de que todas as circunstâncias subjetivas e objetivas

lhes são favoráveis, resulta cabível o regime inicial aberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, c, e 3º, do Código Penal. Além disso, encontram-se preenchidos os pressupostos previstos no art. 44 do Código Penal, razão pela qual também é possível a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais. Precedentes. 6. Agravo regimental provido para não conhecer do habeas corpus, mas conceder a ordem, de ofício, para reduzir as penas do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, afastando o caráter hediondo do delito, além de fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais. (AgRg no HC n. 812.034/SC, relatora Ministra Daniela Teixeira, relator para acórdão Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 21/5/2024, DJe de 6/6/2024; grifei.) Diante dos motivos ora explicitados, torna-se premente o acolhimento do pleito formulado pelo Apelante para que seja reconhecida em seu favor a incidência da causa de diminuição de pena referente ao tráfico privilegiado, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em seu grau máximo de 2/3 (dois três avos), fração que deve ser aplicada sobre a pena corporal anteriormente arbitrada em 05 (cinco) anos de reclusão, que resulta na pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a qual torna-se definitiva em face da inexistência de demais causas de aumento ou de diminuição de pena. Dessa forma, a sanção corporal definitiva do Apelante, fixada na Sentença em 05 (cinco) anos de reclusão fica redimensionada para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão. Como a pena corporal definitiva do Apelante foi redimensionada para uma quantidade inferior a 04 (quatro) anos de reclusão e considerando-se, ainda, a inexistência de circunstância judicial desfavorável na primeira fase dosimétrica, deve ser alterado o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade aplicado na Sentença para o aberto, com fulcro no art. 33, § 2º, c, do Código Penal, assim como possível a substituição da sanção corporal por duas penas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, incisos I, II, III e § 2º (2ª Parte), do Código Penal, a serem especificadas pelo Juízo da Execução Penal em audiência admonitória. Quanto à pena de multa, para que seja resguardada a devida coerência e proporcionalidade com a sanção corporal definitiva do Apelante ora redimensionada, 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, arbitro-a em 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, cada um no mesmo valor fixado na Sentença, 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato. Quanto ao aventado direito de recorrer em liberdade, diante da quantidade de pena corporal definitiva ora arbitrada ao Recorrente, 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, e considerando-se, ainda, a sua condenação por delito cometido sem violência ou grave ameaça – tráfico de drogas – constata-se, assim, que a manutenção da prisão preventiva se mostra desproporcional, a exigir a sua revogação, conforme postulado. Por fim, no tocante ao pleito de afastamento da pena de multa fixada na Sentença, ora redimensionada para 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, cada um no mesmo valor fixado na Sentença, 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato, não há como ser acolhido, ainda que sob o argumento da hipossuficiência econômica do Recorrente. Como cediço, o Superior Tribunal de Justiça já consolidou entendimento de que a alegação de impossibilidade financeira do agente não possui aptidão para afastar a pena de multa porquanto trata-se de sanção pecuniária de aplicação cogente. Ademais, inexistente previsão legal que possibilite a isenção do preceito secundário contido no tipo penal



incriminador. A multa é uma sanção de caráter penal e a possibilidade de sua conversão ou de sua isenção viola o princípio constitucional da legalidade. Na ausência de previsão legal, restando comprovada a pobreza do condenado, essa circunstância deve ser considerada no momento da fixação do valor de cada dia-multa, para que seja arbitrado em seu patamar mínimo, como ocorreu, no presente caso, mas nunca excluída. A sanção prevista no preceito secundário do delito tipificado no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 é a de reclusão cumulada com a de multa. A sanção pecuniária não é uma alternativa que dispõe o julgador, mas sim, como dito alhures, uma norma cogente secundária, que sempre deve ser aplicada, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Independente do motivo alegado pelo Apelante, o pedido de isenção do pagamento da pena de multa não encontra respaldo legal. No sentido ora esposado, está a jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça, consoante se verifica do precedente, abaixo:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITOS DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA E SEGUNDA FASES. SÚMULAS N. 283 E 284/STF. MINORANTE. RÉU REINCIDENTE. INAPLICABILIDADE. PENA DE MULTA. ISENÇÃO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. RECORRER EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. 1. As instâncias de origem reconheceram a existência de elementos de prova suficientes para embasar o decreto condenatório, pela prática do crime de tráfico de drogas. Assim, a mudança da conclusão alcançada no acórdão impugnado, de modo a absolver ou desclassificar a conduta para o art. 28 da Lei n. 11.343/2006, exigiria o reexame das provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, uma vez que o Tribunal a quo é soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos (Súmulas n. 7/STJ e 279/STF). 2. As razões do recurso especial, quanto aos pedidos de abrandamento da pena-base e de afastamento da agravante, estão completamente dissociadas dos fundamentos declinados pela instância antecedente ao calcular a dosimetria da pena. Aplicação das Súmulas n. 283 e 284/STF. 3. 'A reincidência impede a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, porquanto um dos requisitos legais para a sua incidência é a primariedade do acusado' (HC n. 360.200/SC, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 1º/9/2016, DJe 6/9/2016). 4. 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. 5. Não há interesse recursal quanto ao pedido de recorrer em liberdade, em razão do deferimento desse direito na sentença condenatória. Explicitou o magistrado sentenciante que o réu respondeu em liberdade o processo e poderia assim permanecer até o trânsito em julgado da condenação. 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AgRg no AREsp n. 2.026.736/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 27/5/2022.) Ante o exposto, conheço o Recurso de Apelação e dou-lhe provimento em parte para reconhecer a incidência do tráfico privilegiado e aplicá-lo em seu grau máximo de 2/3 (dois terços), fixando a pena corporal definitiva do Apelante em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e, consequentemente, a sanção pecuniária em 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão mínima unitária, com a alteração do regime inicial de cumprimento de pena corporal para o aberto. Outrossim, substituo a referida sanção corporal definitiva do Recorrente por duas penas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Juízo da Execução Penal em audiência admonitória, e revogo a prisão preventiva.

Serve o presente como alvará de soltura em favor do paciente Rafael Neves dos Santos, (brasileiro, solteiro, sem ocupação definida, RG n.º 14.789.818- 81/SSP/BA, CPF/MF n.º 061.394.435-63, nascido em 25/11/1991, filho de Ana Cristina Neves dos Santos, residente à Rua dos Desabrigados, Ponto Parada, neste Município de Simões Filho, Bahia, CEP 43.700-000), se por outro motivo não estiver preso. É como voto. Sala de Sessões, data e assinatura registradas no sistema. Nartir Dantas Weber Relatora