

Tribunal de Justiça do Estado da Bahia Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma Origem do Processo: Comarca de Simões Filho Apelação nº 8015001-65.2021.8.05.0250 Apelante: Iago José Napolicensa Macedo de Oliveira Advogado: Renan Marcos Santana Ferreira (OAB/BA – 52884) Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotor de Justiça: Marcelo Miranda Braga Procuradora de Justiça: Silvana Oliveira Almeida Relator: Mario Alberto Simões Hirs APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06) E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO (ART. 14, CAPUT, DA LEI Nº 10.826/2003). AUTORIA E MATERIALIDADE INDIVIDUAIS. INSURGÊNCIA DEFENSIVA RESTRITA A DOSIMETRIA DA PENA. SANÇÃO BASILAR EXASPERADA EM RAZÃO DE OUTRA AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 444 DO STJ E CONSEQUENTE REDUÇÃO DA PENA PARA O MÍNIMO LEGAL. EVENTUAIS AÇÕES PENAIAS OU INQUÉRITOS EM ANDAMENTO NÃO TEM O CONDÃO DE OBSTAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI DE DROGAS. OBSERVÂNCIA AO ENTENDIMENTO DO STJ CONSOLIDADO ATRAVÉS DA TESE 1139. TRÁFICO PRIVILEGIADO RECONHECIDO E APLICADO EM FAVOR DO RÉU. NECESSÁRIA MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS QUE DEVERÃO SER OPORTUNAMENTE FIXADAS PELO JUÍZO DE EXECUÇÃO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação nº 8015001-65.2021.8.05.0250, em que são as partes acima citadas. Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO ao apelo, nos termos do voto do relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido Por Unanimidade Salvador, 23 de Janeiro de 2023. RELATÓRIO Trata-se de Apelação, interposta pelo réu Iago José Napolicensa Macedo de Oliveira, tendo em vista a irresignação com o conteúdo da Sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Simões Filho, nos autos do processo nº 8015001-65.2021.8.05.0250, que julgou procedente a Denúncia proposta pelo Ministério Público, sendo o ora apelante condenado como incurso nos art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 e art. 14, caput, da Lei nº 10.826/2003. A fim de evitar desnecessária tautologia, adoto o relatório da Sentença de (id: 34080057 – PJe 2º Grau), in verbis: [...] O Ministério Público ajuizou a presente ação penal em face de Ademir da Silva Reis Junior e Iago José Napolicensa Macedo de Oliveira, qualificados nos autos, imputando-lhes a prática dos delitos previstos nos artigos 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, e artigo 16, § 1º, IV, da Lei nº 10.826/03, na forma do art. 69 do Código Penal Brasileiro, pelas razões de fato e de direito descritas na peça inaugural. Narra a denúncia que no dia 29 de novembro de 2021, por volta das 23:37 horas, na Rua Bahia, Ponto Parada, neste município de Simões Filho, os denunciados foram presos em flagrante delito por trazerem consigo, para fins de tráfico, 109,37g (cento e nove gramas e trinta e sete centigramas) de maconha, distribuída em 21 (vinte e uma) porções, embaladas em saco plástico transparente; 93,25g (noventa e três gramas e vinte e cinco centigramas) de cocaína, sob a forma de pó, distribuída em 21 (vinte e um) pinos plásticos e em 01 (uma) porção grande, embalada em saco plástico transparente de geladinho; 1,42g (um grama e quarenta e dois centigramas) de cocaína solidificada (crack), distribuída em 06 (seis) porções, em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Ainda de acordo com a inicial acusatória, nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, os denunciados, consciente e voluntariamente, transportavam 12 (doze) munições de calibre 380, intactas; b) 06 (seis) munições de calibre 38, intactas; quatro munições

de calibre 32, intactas, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Segundo ainda consta, de posse do acusado Iago também foi encontrada uma arma de fogo, tipo pistola, marca Taurus, calibre 380, série alfanumérica KH008582, com um carregador, municiada com 15 (quinze) cartuchos, em desacordo legal e regulamentar. Devidamente notificados, os réus apresentaram defesa prévia, por intermédio de seus advogados (id. 165324918 e 179880580), acostando as suas respectivas documentações. A denúncia, acompanhada do rol de testemunhas e do inquérito policial, foi recebida em 17 de fevereiro de 2022 (id 182222957). Laudo pericial da droga apreendida lançado na id. n. 169821533 e da arma e munição encontradas juntado na id. n. 190086998. Em audiência realizada no dia 14.03.2022 (id. 185828530), foi procedida a inquirição de três testemunhas da denúncia, quatro das defesas e tomado os interrogatórios dos acusados. Em alegações finais (id. 185964906), o Ministério Público requereu a alteração da capitulação dos crimes narrados na denúncia e a condenação do réu Iago José Napolícena Macedo de Oliveira às penas dos artigos 33, caput, da Lei nº 11.343/06 e artigo 14, caput, da Lei nº 10.826/03. A defesa do réu Iago Oliveira requereu a absolvição alegando a ilegalidade da prova obtida por meio da revista pessoal e no veículo em que o réu trafegava. Subsidiariamente, requereu a aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06. Alegou a confissão como atenuante e aplicação das penas no mínimo legal. A defesa do acusado Ademir Júnior requereu a absolvição alegando ausência de provas da autoria. Subsidiariamente, requereu a aplicação da minorante do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 e fixação das penas em seu patamar mínimo. Concluída a instrução, foi prolatada a Sentença Condenatória em desfavor do réu Iago José Napolícena Macedo de Oliveira, julgando procedente a Denúncia, impondo-lhe pena de 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, à base de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do delito, sanção penal decorrente dos crimes previstos nos art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 e art. 14, caput, da Lei nº 10.826/2003. Registra-se que o direito de recorrer em liberdade foi negado. Cumpre esclarecer que Ademir da Silva Reis Junior, embora denunciado pelos referidos crimes, foi absolvido pelo juízo sentenciante. Inconformada com a condenação, a Defesa interpôs o Recurso de Apelação (Id: 34080122 – PJe 2º Grau). Em suas razões, pleiteou a redução da pena-base para o mínimo legal, consignando que a exasperação foi realizada sob fundamentos inidôneos. Pediu o reconhecimento do tráfico privilegiado e consequente aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas, sustentando que outras ações penais em andamento não tem o condão de afastar tal benesse legal. Por fim, ainda requereu a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Decisão que recebeu a apelação interposta (id: 34080127 – PJe 2º Grau). O réu foi devidamente intimado acerca da Sentença (id: 34080119 – PJe 2º Grau). Em sede de Contrarrazões, o Ministério Público refutou as alegações defensivas e pugnou pela manutenção da Sentença em todos seus termos (id: 34080130 – PJe 2º Grau). Instada a se pronunciar, a douta Procuradoria de Justiça, em Parecer da Dra. Silvana Oliveira Almeida, posicionou-se pelo conhecimento e parcial provimento da Apelação, opinando: "(...) a fim de que seja reformada a pena aplicada, apenas para afastar a exasperação da pena base decorrente dos maus antecedentes (súmula 444 do STJ), mantendo-a inalterada em relação aos demais termos (...)". É o relatório. VOTO

Presentes os pressupostos recursais objetivos (previsão legal, adequação,

regularidade, tempestividade, inexistência de fato impeditivo ou extintivo de direito de recorrer) e subjetivos (interesse e legitimidade), nada obsta que seja conhecido o recurso interposto. Exsurge dos autos a imputação dos crimes de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo (art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 e art. 14, caput, da Lei nº 10.826/2003), contra o réu Iago José Napolícena Macedo de Oliveira, julgada procedente, impondo-lhe pena de 7 (sete) anos e 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime inicial fechado, bem como ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, à base de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do delito. Irresignada com a condenação, a Defesa apresentou o presente Recurso de Apelação. Em suas razões recursais, pleiteou a redução da pena-base para o mínimo legal; o reconhecimento do tráfico privilegiado e consequente aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Muito embora a insurgência defensiva seja restrita a dosimetria da pena, de início, cumpre elucidar que a materialidade delitiva restou devidamente comprovada através do Auto de Prisão em Flagrante (id: 34079893/fl.02 – Pje 2º Grau) e Auto de Exibição e Apreensão (id: 34079893/fl. 05 – Pje 2º Grau) no qual consta: 21 (vinte e um) pinos; 01 porção maior embalado em saco de “geladinho” de cocaína, 21 (vinte e uma) porções de maconha; 06 (seis) pedras de crack; 01 (uma) balança de precisão; 01 (um) saco plástico contendo pinos vazios; 12 (doze) cartuchos de calibre 380; 06 (seis) cartuchos de calibre 38 e 04 (quatro) cartuchos calibre 32 e 01 (uma) pistola (marca Taurus calibre 380 com 01 (um) carregador municiado com 15 (quinze) cartuchos de calibre 380 intactos; 12 (doze) cartuchos de calibre 380 intactos; 06 (seis) cartuchos de calibre 38 intactos; e 04 (quatro) cartuchos de calibre 32. Destaca-se ainda o Laudo de Constatação (id: 34079893/fl. 23 – Pje 2º Grau), no qual foi verificado que os entorpecentes apreendidos correspondem a 109,37g (cento e nove gramas e trinta e sete centigramas) de maconha e 94,67g (noventa e quatro gramas e sessenta e sete centigramas) de cocaína, sendo a natureza ilícita ratificada através do Laudo Definitivo (id: 34079913 – Pje 2º Grau). No tocante a autoria do crime, analisando o teor probatório dos autos, constata-se que efetivamente existem provas suficientes para imposição da condenação, tendo em vista os depoimentos das testemunhas arroladas pela acusação, colhidos nas fases investigativa e judicial, uníssonos e seguros ao descreverem as circunstâncias da prisão do acusado. Acrescenta-se ainda a confissão do réu perante autoridade judicial, ocasião em que admitiu que as drogas e arma de fogo estavam consigo, alegando que estava transportando os ilícitos para terceiros e que iria receber um pagamento por isso. Avançando para os pedidos relativos à dosimetria, cumpre destacar que ao fixar a pena do réu, o juízo sentenciante, assim consignou: [...] Por derradeiro, no que tange à possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, verifico, in casu, ser esta incabível. 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 criminosa. 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 acusado já responde a uma ação penal por homicídio

(8014927-11.2021.8.05.0250), sendo reconhecido pelos policiais como traficante contumaz naquela localidade, o que denota periculosidade e envolvimento criminal mais agudo e impede a aplicação do referido redutor. Isto posto, julgo procedente a pretensão punitiva estatal deduzida na denúncia para CONDENAR o réu IAGO JOSÉ NAPOLICENA MACEDO DE OLIVEIRA, brasileiro, natural de São Paulo-SP, nascido em 24/02/1995, Registro Geral nº 13.836.318-83-SSP-BA, CPF nº 074.063.895-58, filho de José Santos de Oliveira e de Irlene Maria Alves Macedo como incurso nas sanções do artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, e artigo 14, caput, da Lei nº 10.826/2003. Em tempo, ABSOLVO ADEMIR DA SILVA REIS JUNIOR das imputações que lhe foram feitas na inicial acusatória. Passo a dosar a pena. A pena prevista para a infração capitulada no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, é de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos, e multa. 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 não possui antecedentes, no entanto, há informações desabonadoras de sua conduta social, haja vista responder à ação penal por homicídio (8014927-11.2021.8.05.0250) e ter sido reconhecido pelos policiais que efetuaram seu flagrante como sendo traficante contumaz naquela região; nada a pontuar acerca de sua personalidade; os motivos do crime e as consequências não merecem maior reprovação; as circunstâncias do crime são comuns; a quantidade da droga apreendida, em que pese a variedade, não justifica maior reprimenda. Com estas considerações, fixo a pena-base em 06 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, à base de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do delito. Não se verificam circunstâncias agravantes. Presente a atenuante da confissão. Neste particular, ressalte-se que o sentenciado confessou amplamente os fatos, o que nos convence a aplicar redução no patamar de 1/6 (um terço), passando a pena para 05 (cinco) anos e 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 520 (quinhentos e vinte) dias-multa. Não há causa de aumento ou diminuição de pena. Pelo exposto, fixo a pena definitiva do réu IAGO JOSÉ NAPOLICENA MACEDO DE OLIVEIRA pela infringência do art. 33, caput, da Lei 11.343/06, em 05 (cinco) anos e 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 520 (quinhentos e vinte) dias-multa, à base de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do delito. A pena prevista para a infração capitulada no artigo 14 da Lei nº 10.826/2003 é de reclusão de 02 (dois) a 04 (quatro) anos, e multa. Considerando e analisando as circunstâncias judiciais estampadas no art. 59, do Código Penal, percebe-se que a culpabilidade do acusado é comum à espécie; o réu não possui antecedentes, no entanto, há informações desabonadoras de sua conduta social, haja vista responder à ação penal por homicídio (8014927-11.2021.8.05.0250) e ter sido reconhecido pelos policiais que efetuaram seu flagrante como sendo traficante contumaz naquela região. Considerando que tanto o crime de homicídio como o de tráfico de drogas relacionam-se comumente com o delito de porte ilegal de arma de fogo, mais uma vez desabono a conduta social do réu. A personalidade do agente não foi apurada detalhadamente, motivo pelo qual deixo de valorá-la; os motivos do crime não merecem maior reprimenda; as circunstâncias do ilícito não prejudicam o réu; não houve consequência extrapenal do delito; não há que se falar em comportamento da vítima. Desta feita, atento às circunstâncias, fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão e 34 (trinta e quatro) dias-multa, sobre 1/30 do salário-mínimo mensal nacional vigente ao tempo do fato. Não se verificam circunstâncias agravantes. Em razão da atenuante da confissão

(art. 65, I, do CPB), reduz a pena ao seu mínimo legal (Súmula 231 do STJ), fixando-a em 02 (dois) anos de reclusão e 30 (trinta) dias-multa, sobre 1/30 do salário-mínimo mensal nacional vigente ao tempo do fato. Não há causa de diminuição ou de aumento de pena. Assim, torno a pena definitiva pelo crime do art. 14, caput, da Lei nº 10.826/2003, em 02 (dois) de reclusão e pagamento de 30 dias-multa sobre 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo do fato, em regime inicialmente aberto. Unificação das penas: Reconheço a existência de concurso material na prática dos ilícitos apurados. Conforme disposto no art. 69 do CPB, quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. Com efeito, verifica-se que o réu, com mais de uma ação, praticou crimes distintos, a saber, tinha em seu poder droga em desacordo com a regulamentação legal e portava arma de fogo sem autorização ou licença, razão pela qual passo à unificação das penas impostas, somando-as num total de 7 (sete) anos, 2 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, em regime inicial fechado. Pelo patamar em que a pena foi fixada era de se esperar que o regime inicial escolhido fosse o semiaberto, a luz do art. 33, § 2º, b, do Código Penal. No entanto a periculosidade do réu não recomenda a sua soltura, tendo em vista que é identificado como chefe de facção criminosa e suspeito de um crime de tentativa de homicídio em contexto do que se convencionou chamar “tribunal do crime”, conforme narrativa declinada na ação penal de nº 8014927-11.2021.8.05.0250, ainda em curso nesta vara. Pelo exposto, e reconhecendo estarem presentes os mesmos elementos que autorizariam a prisão preventiva do condenado, entendo que para a justa adequação ao caso concreto, deverá o réu iniciar o cumprimento da pena em regime fechado, razão pela qual nego-lhe o direito de recorrer em liberdade. A multa deverá ser paga dentro de 10 (dez) dias após o trânsito em julgado da presente sentença. O valor da multa deverá ser atualizado para o seu pagamento, observando os índices de correção monetária, conforme disposto nos arts. 49, § 2º, e 50, ambos do CP. Deixo de aplicar a substituição da pena por restritivas de direitos por não satisfazer às condições do art. 44, I, do CP. Também deixo de suspender a aplicação da pena por não restarem preenchidos os requisitos do art. 77 do Código Penal. Quanto ao crime de tráfico de drogas, conforme pôde ser visto, o juízo monocrático, na primeira fase da dosimetria, exasperou a pena-base em razão da valoração negativa da conduta social, estabelecendo-a em 06 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão e ao pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa. Ao analisar a referida circunstância judicial, o juízo a quo argumentou que o réu, além de responder a outra ação penal, foi apontado pelos policiais como um traficante contumaz na região. Ora, considerando que a outra ação penal que o réu responde não foi considerada a título de Maus antecedentes, não se mostra razoável utilizá-la para macular a conduta social do apenado. Ressalta-se ainda que a suposta contumácia do réu no tráfico de drogas na região, além de não ter sido suficientemente comprovada pelos agentes policiais, tal fundamento contradiz com sua própria condição de tecnicamente primário, ou seja, também não se mostra apto para exasperar sua reprimenda. No mesmo sentido, destaca-se precedente do Superior Tribunal de Justiça: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ESTELIONATO. DOSIMETRIA. ART. 59 DO CP. PENA-BASE. MAJORAÇÃO. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. ILEGALIDADE MANIFESTA. PENA-

BASE. MAJORAÇÃO. CONDUTA SOCIAL. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. READEQUAÇÃO DA PENA. (...) 3. Consoante entendimento desta Corte, a existência de processos em andamento não constitui motivação idônea a fundamentar a exasperação da pena-base, principalmente quanto ao vetor da conduta social (Súmula 444/STJ), em obediência ao princípio da presunção de não-culpabilidade (HC n. 316.870/ES, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 1º/10/2021). (...) (AgRg no AREsp n. 2.002.114/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 8/4/2022.) Destarte, ante a incidência da Súmula 444, do STJ ("é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base"), excluo os acréscimos realizados, fixando a pena-base em seu mínimo legal: 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa para o crime de tráfico de drogas. Na segunda fase, conforme já reconhecido pelo juízo sentenciante, considerando que o acusado confessou a prática do crime, deve ser reconhecida a atenuante de confissão em seu favor. Todavia, deixo de aplicá-la em virtude da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, tendo em vista que a pena-base foi reduzida para o mínimo legal. Ressalte-se que a impossibilidade de fixação da pena intermediária abaixo do mínimo legal compreende entendimento jurisprudencial há muito consolidado, não havendo falar em ofensa ao princípio da individualização da pena, bem como da Constituição Federal. Acerca do tema, destaca-se precedente do Superior Tribunal de Justiça: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONFISSÃO. MANIFESTAÇÃO NÃO UTILIZADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. RECURSO DESPROVIDO. (...) 3. Ademais, a pena, na segunda fase da dosimetria, foi estabelecida em seu mínimo legal em razão do reconhecimento da menoridade relativa, de forma que o reconhecimento da confissão não teria influência no cálculo, em observância ao Enunciado n. 231 da Súmula do STJ. (...) 7. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.943.010/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 3/8/2021, DJe de 10/8/2021.) Na terceira fase, o juízo a quo não reconheceu a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, sob o argumento que o acusado responde outra ação penal por homicídio (8014927-11.2021.8.05.0250), acrescentando que o mesmo foi reconhecido como um traficante contumaz na localidade em que foi preso, denotando maior periculosidade e envolvimento criminal, obstando a pretendida benesse legal. Em pese os fundamentos apresentados pelo julgador monocrático, partindo-se do entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, em que fixou a tese 1139, no julgamento de recurso especial sob o rito repetitivo, quanto à impossibilidade de afastamento do benefício do tráfico privilegiado, com base, tão somente, na utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso, e, não havendo nos autos outros elementos que caracterizem a dedicação à atividade criminosa, imperioso se torna o reconhecimento e aplicação da pleiteada causa de diminuição. Sobre o tema, oportuno trazer recente precedente do Superior Tribunal de Justiça: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS NÃO CONSTATADA. MINORANTE APLICADA. IDONEIDADE. AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. POSICIONAMENTO RECENTE DA 3ª SEÇÃO DO STJ EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DO STF. (...) 2. "Consoante precedentes, verifica-se nesta

Corte a adesão ao posicionamento advindo do STF, ou seja, a existência de ações penais em andamento não justifica a conclusão de que o sentenciado se dedica às atividades criminosas para fins de obstar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06" (AgRg nos EAREsp 1852098/AM, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/10/2021, DJe 3/11/2021). (...) 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.995.825/RS, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022.) Deste modo, haja vista que, conforme novo entendimento, eventual ação penal em andamento não tem o condão de, isoladamente, evidenciar sua dedicação às atividades criminosas, a fim de justificar tanto o afastamento do benefício, quanto a modulação da minorante, torna-se necessária a redução da pena na fração máxima de 2/3 (dois terços). Com tais fundamentos, reduzo a pena relativa ao crime de tráfico de drogas para 1 (um) ano e 8 (oito) meses e 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, tornando-a definitiva. Com relação ao crime de porte ilegal de arma de fogo, o juízo sentenciante também exasperou a pena-base em virtude da valoração negativa da conduta social, entretanto, conforme já demonstrado, ação penal em andamento ou suposta contumácia delitiva não possuem o condão de agravar a pena imposta ao apenado. Portanto, reduzo a pena-base para o mínimo legal de 2 (dois) anos de reclusão 10 (dez) dias-multa. Na segunda fase, embora deva ser reconhecida a atenuante de confissão em favor do réu, também deixo de aplicá-la em face da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Inexistindo causas de aumento ou diminuição, estabeleço sua pena definitiva em 2 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa à base de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do delito, sanção penal decorrente do crime previsto art. 14, caput, da Lei nº 10.826/2003. Adotando-se o concurso material de crimes previsto no art. 69 do Código Penal, já reconhecido na Sentença, passo à unificação das penas impostas (tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo), somando-as num total de 03 (três) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 177 (cento e setenta e sete) dias-multa à base de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do delito Diante das alterações procedidas, verifica-se que o apelante faz jus à fixação do regime aberto para início de execução da pena. Além disso, preenche o requisito necessário para a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos termos do que dispõe o artigo 44 do Código Penal, que deverão ser fixadas oportunamente pelo juízo de execução. Por fim, considerando a diminuição da pena imposta ao réu, com consequente modificação do regime prisional para o aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, torna-se necessária a revogação da prisão preventiva, pois a manutenção da referida medida cautelar seria mais gravosa do que a própria sanção imposta ao apenado. Destarte, de forma ex officio, concedo Ordem de Habeas Corpus, para garantir a liberdade provisória a Iago José Napolícena Macedo de Oliveira, brasileiro, solteiro, natural de São Paulo/SP, nascido em 24/02/1995, inscrito no RG da SSP/BA sob o nº 13.836.318-83, portador do CPF 074.063.895-58, filho de José Santos de Oliveira e de Irlene Maria Alves Macedo, residente e domiciliado na Rua Paulo VI, nº 260, Ponto Parada, Simões Filho-BA, determinando ao Juízo a quo, a expedição do alvará de soltura. Em conclusão, exaurida a análise das questões invocadas pela Defesa, o voto é para CONHECIMENTO E PROVIMENTO do Recurso de Apelação, nos termos do Voto. Salvador (data registrada no sistema)

Presidente_____
Relator

____ Procurador (a) de Justiça