

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0506003-91.2016.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): , APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. DIREITO PENAL, PROCESSUAL PENAL E LEI 11.343/2006. APELANTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO DELITO CAPITULADO NO ART. 33, C/C ART. 40, VI, DA REFERIDA LEI. 1. AUSÊNCIA DE LASTRO PROBATÓRIO MÍNIMO PARA A CONDENAÇÃO. INACOLHIMENTO. DEPOIMENTOS DA TESTEMUNHA E DOS POLICIAIS MILITARES QUE EFETUARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE DO APELANTE QUE SE MOSTRARAM SEGUROS E HARMÔNICOS. VALIDADE DOS REFERIDOS DEPOIMENTOS. PRECEDENTES DO STJ. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS SOBEJAMENTE COMPROVADAS. 2. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA MENORIDADE. PENA INTERMEDIÁRIA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, VI, DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PARCIAL PROVIMENTO. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO QUE ENCONTRA ÔBICE NA SÚMULA Nº 231 DO STJ, CUJO ENTENDIMENTO FOI PACIFICADO EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PRÁTICA DELITIVA QUE ENVOLVEU ADOLESCENTE NA MERCÂNCIA DE ENTORPECENTES. CAUSA DE AUMENTO QUE SE MANTÉM. AÇÕES PENALIS EM ANDAMENTO QUE NÃO TEM O CONDÃO DE AFASTAR OU MODULAR A FRAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PRECEDENTES. POUCA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. REDUÇÃO DE 2/3 QUE SE IMPÕE. NOVA PENA APLICADA QUE AUTORIZA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ATENDIDOS OS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO ART. 44 DO CP. 3. DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NÃO CONHECIMENTO. DIREITO CONCEDIDO NA SENTENÇA VERGASTADA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDA. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 0506003-91.2016.8.05.0080, oriundos da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Feira de Santana, tendo como apelante e como apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER EM PARTE DA APELAÇÃO E, NESTA EXTENSÃO, JULGAR-LHE PARCIALMENTE PROVIDA, de acordo com o voto do Relator: Sala das Sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. – 2ª Câmara Crime 2ª Turma Relator 12 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 7 de Novembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0506003-91.2016.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): , APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO "Trata-se de apelação interposta por contra sentença condenatória proferida pelo douto Magistrado da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Feira de Santana. Segundo a denúncia (ID 30316546), no dia 13.04.2016, por volta das 17h30 min, prepostos da polícia militar realizavam ronda pela Rua U-1, no conjunto George Américo, Feira de Santana, quando avistaram um indivíduo adquirindo drogas em mãos de um segundo, ora denunciado, em frente à residência de nº 70. Prosseguiu narrando que, ao avistar os policiais, o denunciado tentou se evadir, pulando o muro da referida casa e dispensando um saco plástico em seu interior, sendo, no entanto, alcançado e detido, oportunidade em que os policiais encontraram, no interior do saco plástico que ele havia dispensado momentos antes, 64 buchas de maconha embaladas em papel-alumínio, prontas paravenda, e mais um saco contendo um pó branco que

aparentava ser cocaína, além da quantia de R\$ 23,00 (vinte e três reais). Conclui o Parquet dizendo que, na ocasião, foram abordados e identificados os indivíduos, que foi visto pela Polícia adquirindo drogas em poder do acusado e, este último menor de 18 anos e que se encontrava no interior da casa, os quais portavam uma bucha de maconha cada um, e confessaram que as adquiriram em mãos do denunciado. Por tais fatos, foi denunciado como incurso nas penas do art. 33, c/c art. 40, VI, da Lei 11.343/2006. Após regular instrução, a Autoridade Judiciária de 1º grau julgou procedente a pretensão punitiva deduzida na denúncia, condenando o Apelante pela prática do crime definido no art. 33, c/c art. 40, VI, da Lei 11.343/2006, a uma pena de 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão, e pagamento de 291 (duzentos e noventa e um) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do crime, em regime aberto, sendo concedido o direito de recorrer em liberdade (ID 30316665). Irresignado, interpôs a presente apelação (ID 30316667), por meio da qual pleiteia sua absolvição, ante a ausência de provas de autoria. Subsidiariamente, requer a reforma da dosimetria de sua pena, para que seja afastada a súmula 231 do STF a fim de que a atenuante da menoridade incida sobre a pena; seja afastada a majorante do art. 40, VI, da Lei 11.343/2006, bem como seja aplicada a fração máxima do tráfico privilegiado. Por fim, requereu a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e que seja mantido o direito de recorrer em liberdade. Em contrarrazões, o Ministério Público refuta as teses da defesa e pugna pelo conhecimento e improvimento da apelação (ID 30316670). Encaminhado o Recurso a esta Corte de Justiça, os autos foram com vista à douta Procuradoria de Justiça, que se manifestou pelo parcial conhecimento e pelo improvimento da apelação (ID 32699005). Após a análise deste caderno processual, elaborei o presente relatório e o submeto à censura do nobre Desembargador Revisor, para os devidos fins. É o relatório. Salvador, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. – 2ª Câmara Crime 2ª Turma Relator 12 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0506003-91.2016.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): , APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO"Presentes os requisitos de admissibilidade, e não havendo questões preliminares, passo à análise do mérito recursal. 1. Pretensão absolutória. O recorrente fustiga inicialmente o decreto condenatório, sob o fundamento de que não teriam sido reunidas provas suficientes da autoria delitiva, eis que calcada apenas em depoimentos das testemunhas militares, eivados de parcialidade, pugnando pela sua absolvição. Entretanto, tal pretensão deve ser improvida. Com efeito, a prova carreada aos autos demonstra, indubitavelmente, a materialidade delitiva, consubstanciada no auto de exibição e apreensão, laudo pericial preliminar (ID 30316547 – fls. 12 e ID 30316547) e laudo pericial definitivo (ID 30316549), que atestaram a apreensão de 112,64 g (cento e doze gramas e sessenta e quatro centigramas) de maconha, fracionados em sessenta porções, embaladas em papel alumínio; além de dois rolos de papel alumínio. Sobre a autoria, os dois policiais que efetuaram a prisão do apelante verbalizaram como os fatos ocorreram, de maneira congruente, confirmando que estavam em ronda, quando perceberam uma movimentação estranha na porta de uma residência e abordaram o apelante e mais dois indivíduos, oportunidade em que o recorrente dispensou as drogas e tentou fugir pelo fundo da casa, mas foi capturado mais adiante. Ouvidos em juízo, narraram os fatos conforme os seguintes trechos extraídos da sentença, em consonância com seus

depoimentos disponibilizados no PJE mídias: PM : “que estavam em ronda pela rua 1, quando passaram por uma residência conhecida pela ocorrência de tráfico de drogas; que perceberam uma movimentação estranha, de duas pessoas na frente do imóvel; que ao realizaram a abordagem, dispensou uma quantidade de substância entorpecente que estava em um saco e correu para os fundos da residência; que com o outro rapaz foi encontrada uma quantidade de maconha; que era a pessoa que estava do lado de dentro da residência vendendo drogas ao rapaz que se encontrava na frente do portão; que acionara outra viatura para que lhes desse apoio, já que havia evadido, pulando alguns muros; que o denunciado foi localizado e levado ao local da diligência; que o outro rapaz confessou ter comprado uma quantidade de maconha por R\$5,00 com Vitorio; que no interior da residência havia um menor, com o qual foi apreendida uma quantidade de maconha; que esse menor afirmou estar consumindo a droga na residência; que a droga dispensada por estava em pequenos pedaços; que já era conhecido como sendo traficante”. Grifos nossos PM : “ que estava fazendo ronda de rotina quando avistaram Vitorio, na frente da casa, vendendo drogas a um outro rapaz; que saiu correndo para dentro do imóvel; que foi encontrada maconha no interior da residência, dentro de um saco plástico; que o entorpecente estava fracionado em várias buchas; que não foram encontradas drogas em mãos de ; que o outro indivíduo confessou ter comprado drogas com ; que foi apreendida uma bucha em poder do outro rapaz; que não assumiu ter vendido a droga; que havia um outro indivíduo, menor, no fundo da casa fazendo uso de drogas; que esse menor afirmou ter comprado a droga com ; que tinha notícias anteriores de que praticava tráfico de drogas, mas nunca havia efetuado a prisão dele”. Grifos nossos Pelo conteúdo dos depoimentos acima expostos, não se pode falar em vagueza ou em incoerência nas narrativas apresentadas pelos agentes públicos. Ao contrário, os fatos foram narrados com alinhamento e segurança, indicando que o apelante, realmente, foi surpreendido traficando drogas para outras pessoas, inclusive, um para um menor de idade. Corroborando suas narrativas, a testemunha afirmou que o apelante estava comercializando drogas, quando este foi abordado pela polícia e que já adquiriu entorpecentes em sua mão em outra oportunidade. Seu depoimento foi no seguinte sentido, de acordo com sua oitiva disponibilizada no Pje mídias: “que estava na casa de ; que estavam fumando quando os policiais chegaram; que não adquiriu a droga com ; que havia comprado em outro lugar a bucha que guardava no bolso; que comercializa drogas; que já adquiriu drogas em sua mão em outras ocasiões; que a polícia apreendeu a bucha que estava em seu poder e cerca de 60 em mãos de ; que o outro rapaz que estava no imóvel tinha ido adquirir o entorpecente com ; que já foi conduzido anteriormente, também por uso de droga”. Grifos nossos O recorrente teve a revelia decretada, sendo ouvido apenas em sede extrajudicial, onde negou a prática dos fatos, apresentando a seguinte versão (ID 30316547– fl. 8/9): “que nega a propriedade das 64 buchas de maconha; que no dia dos fatos, por volta das 17 h 30 min, estava dentro de casa, acompanhado do menor , onde o interrogado cheirava pó e fazia uso de maconha; que assistiam um jogo, quando de repente foram surpreendidos com a chegada da Polícia Militar, que encontrou em poder do interrogado a quantidade de pó tipo cocaína; que esta droga o interrogado não tinha conhecimento de que os policiais já haviam encontrado a maconha; que acredita que a droga tenha sido dispensada por alguém na rua; que não sabe a quem pertence; que todos tem conhecimento de que na rua a prática de trafico de drogas é freqüente; que vários indivíduos moradores do local já foram presos por tráfico; que

o interrogado apenas visualizou as 64 buchas de maconha quando os policiais mostraram já na base; que não vendeu drogas a pessoa de , o qual nem conhece; que viu um indivíduo correndo, contudo não sabe de quem se trata; que ao ver a PM, tentou fugir, razão pela qual ficou com escoriações nas mãos; que a fuga foi por medo, visto que usava drogas". Em que pese o apelante ter negado a prática do crime, extrajudicialmente, suas declarações encontram-se soltas e isoladas do caderno probatório produzido e, por isso, não se revestem de nenhum valor probante a seu favor, não pairando dúvidas sobre as circunstâncias em que foi preso e do que trazia consigo, no momento da abordagem. Não há, inclusive, nenhuma incidência minimamente crível de que a droga apreendida tenha sido, aleatoriamente, dispensada por algum transeunte, como o recorrente alegou para o Delegado. A própria pessoa de , menor de idade, com dezesseis anos à época, que se encontrava no local dos fatos, não só afirmou que a droga que foi apreendida estava com o apelante, como também afirmou que o mesmo é traficante e que já foi seu cliente em outra ocasião. Ainda sobre os depoimentos dos policiais, enfatize-se que eles foram prestados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Nesse contexto, deve ser salientado que a doutrina majoritária e a jurisprudência adotam o entendimento de que os policiais não têm nenhum impedimento em depor sobre crimes, mesmo quando efetuaram o flagrante, sendo seus depoimentos válidos para embasar um decreto condenatório. Nesse sentido: "(...) 2. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que 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 (AgRg no AREsp 875.769/ES, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, DJe 14/3/2017; AgRg no AREsp 926.253/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 18/8/2016, DJe 26/8/2016). 3. Agravo regimental não provido." (AgRg no AgRg no AREsp 1598105/SC, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 23/03/2020) grifos nossos Além do mais, o recorrente não trouxe nenhum elemento de prova que possa fragilizar as versões dos agentes públicos, não se percebendo em suas declarações qualquer tentativa de imputar falsamente a ocorrência do crime ou que tenham sido eivadas de parcialidade, motivo pelo qual não há que se falar em necessidade de se desconsiderar tais depoimentos, conforme aduz a defesa. Apesar de a tese defensiva basear-se na insuficiência de provas para a condenação, o conjunto probatório aponta, de forma uníssona, ter sido o apelante o autor do fato, não havendo nos autos qualquer prova que possa infirmar tal declaração. Ademais, as circunstâncias em que se deu a prisão, especialmente pela localidade em que os fatos se deram, tida como sendo de traficância, pela tentativa de fuga do recorrente, bem como pelas conhecidas notícias de que o apelante era traficante, configuram com clareza o delito de tráfico de entorpecentes. Não há, portanto, fragilidade ou vulnerabilidade probatória, mas certeza quanto à autoria delitiva imputada ao apelante, conforme se verifica do acervo probatório contextualizado nos autos, sendo imperiosa a manutenção do decreto condenatório pela prática do crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006.

2. Da reforma da dosimetria da pena. Subsidiariamente, pretende o apelante a reforma da dosimetria de sua pena, para os efeitos da atenuante da menoridade incidam sobre a pena, afastando-se a súmula 231 do STJ; que seja afastada a majorante prevista no inciso VI, do art. 40, da Lei 11.343/2006, bem como que seja utilizada a fração máxima de 2/3 (dois terços) em relação à causa de diminuição do ao tráfico privilegiado. Por

fim, requer a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. A referida pretensão merece parcial acolhida. Da leitura da sentença (ID 30316665), verifica-se que a basilar foi aplicada no mínimo de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, por não lhe serem tomadas como negativa nenhuma circunstância judicial, o que não enseja nenhum reparo, sobretudo pelo fato de ações criminais em andamento não autorizarem o desvalor do vetor antecedentes. Prosseguindo, na segunda fase da dosimetria, ante a ausência de agravantes, foi reconhecida a atenuante da menoridade. Entretanto, seus efeitos não incidiram sobre a pena, por já ter sido aplicada no mínimo, raciocínio que deve ser mantido, conforme entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça através do enunciado contido na Súmula 231, que foi ratificado pelo julgamento do Recurso Especial nº 1117068/PR, submetido ao regime dos recursos repetitivos, in verbis: , "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal." (Súmula 231, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/1999, DJe 15/10/1999 – Grifos nossos.)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. LATROCÍNIO E PORTE DE ARMA DE FOGO. ALEGADA NULIDADE DA SENTENÇA POR VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CPP. INOCORRÊNCIA. REITERAÇÃO DE MATÉRIA JÁ ANALISADA E DECIDIDA POR ESTA CORTE SUPERIOR. PLEITO PREJUDICADO. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE PORTE PARA O DE POSSE DE ARMA DE FOGO. REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA PROCESSUAL ELEITA. PRECEDENTES. MATÉRIA JÁ ANALISADA FARTAMENTE PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA PARA MONTANTE ABAIXO DO PISO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO 231 DA SÚMULA DO STJ. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA E ATUALIZADA DESTA CORTE SUPERIOR. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...)– Quanto à redução da pena intermediária para aquém do piso legal, em decorrência do reconhecimento de circunstâncias atenuantes, ressalto que ambas as Turmas da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça têm julgados recentes no sentido de que, sendo fixada a pena-base no mínimo legal previsto, é inviável a redução da pena pelo reconhecimento de quaisquer das circunstâncias atenuantes do rol do art. 65 do Código Penal, como dispõe a Súmula n. 231 do STJ. Desse modo, é incabível, pois, a superação de referido entendimento sumular, porquanto sua aplicação representa a jurisprudência pacífica e atualizada do STJ sobre a matéria. Precedentes. – Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 708.473/PB, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 14/12/2021, DJe 17/12/2021) Grifos do Relator Convém frisar, conforme já afirmado acima, que os Tribunais devem seguir os entendimentos de súmulas e de recursos repetitivos, segundo clara e expressa determinação contida nos artigos 926 e 927, III e IV, do CPC c/c art. 3º do CPP, in verbis: Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (Grifos nossos.) IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; (Grifos nossos.) Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. No mais, o princípio da legalidade não pode ser afastado para que a pena atinja um patamar aquém do mínimo, como pretende o apelante, em respeito ao texto expresso da lei, a doutrina e a jurisprudência, que corroboram no mesmo sentido de que

apenas as causas de diminuição e aumento de pena poderiam exceder os limites estabelecidos nos tipos penais. E, ainda, o princípio da individualização da pena deve guardar compatibilidade com as situações previstas nos arts. 59 e 68 do Código Penal. Por todo o exposto, o pedido de redução da pena intermediária aquém do mínimo legal é manifestamente improcedente. Na terceira fase, foram reconhecidas a causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/2006, em razão de a prática delitiva envolver adolescente, pelo que a pena foi majorada em 1/6 (um sexto), e, também, a causa de diminuição relativa ao tráfico privilegiado, aplicando-se o redutor na fração de $\frac{1}{2}$ (um meio). O suporte fático probatório demonstra que a prática delituosa em comento envolve um adolescente, como alvo da mercancia do apelante. Como já registrado, os policiais apontaram a presença do menor como sendo uma das pessoas que estavam adquirindo drogas em mãos do recorrente. Malgrado Bartolomeu tenha dito, perante o Juiz, que comprou de outra pessoa a droga que estava consumindo e a que trazia em seu bolso, tal alegação se distancia do contexto dos autos e da prova testemunhal produzida. Por outro lado, para a incidência da referida majorante, basta que o menor esteja inserido no contexto da mercancia, sendo dispensável a comprovação de que este tenha adquirido as drogas diretamente das mãos do Apelante. Nesse sentido, o seguinte julgado do STJ ressaltou que: "De acordo com o disposto no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006, a pena será aumentada de 1/6 a 2/3, aos condenados pelo tráfico de drogas, quando a prática delitiva envolver ou visar atingir criança ou adolescente. O núcleo verbal envolver impõe a majoração da pena quando o menor estiver incluído no cenário das drogas, a qualquer pretexto" (AgRg no AREsp n. 760.794/RS, relator Ministro, Quinta Turma, julgado em 4/12/2018, DJe de 12/12/2018.) Assim, agiu com acerto o magistrado singular ao majorar a pena na fração mínima de 1/6, para o caso concreto, raciocínio que deve ser mantido. Quanto à causa de diminuição do art. 44, § 4º, da Lei 11.343/2006, observa-se que o magistrado sentenciante aplicou a fração de 1/2 na redução da pena, sob o argumento de que "não se revelaria proporcional o seu afastamento no caso concreto pois, embora o acusado responda a procedimentos para apuração de ato infracional, a quantidade de drogas ora apreendida não foi expressiva, de modo que tal circunstância pode ser valorada na fixação do quantum de diminuição". Neste ponto da dosimetria, o entendimento firmado pelo juízo de 1 grau carece de ajustes. De fato, o apelante responde a outra ação penal nº 0502315-19.2019.8.05.0080 (ID 30316660) e já respondeu a mais quatro atos infracionais (ID 30316656). Entretanto, em nenhum deles houve condenação transitada em julgado. Além de que, realmente, a quantidade de entorpecente apreendido não é de elevada monta (cento e doze gramas e sessenta e quatro centigramas de maconha). A Superior Corte já pacificou o entendimento de que ações criminais em andamento não autorizam o afastamento do tráfico privilegiado, bem como de que a fração máxima de 2/3 é justa e proporcional quando se tratar de pouca quantidade de drogas, como na hipótese. Veja-se, dentre tantos, os julgados a seguir: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE PROVA DA DEDICAÇÃO DO AGENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. AÇÃO PENAL EM CURSO. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. INEXISTÊNCIA DE ÓBICE À INCIDÊNCIA DA REDUTORA, NA FRAÇÃO MÁXIMA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 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 – Na hipótese, embora a agravada fosse primária e possuísse bons antecedentes, a minorante foi afastada com base na existência de ação penal em curso. 3 – A Quinta Turma desta Corte, alinhando-se ao entendimento sufragado no Supremo Tribunal Federal, além de buscar nova pacificação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, consignou 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, inciso LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro , Segunda Turma, julgado em 11/11/2020), (HC 6.644.284/ES, Rel. Ministro , Quinta Turma, DJe 27/9/2021). 4 – Na espécie, não havendo prova da dedicação do agente à atividade criminosa, inexistia óbice à aplicação da causa de diminuição. Tendo em vista a quantidade não elevada das drogas apreendidas – 7, 75 gramas de cocaína e 160,55 gramas de maconha –, era mesmo possível a aplicação da fração máxima da redutora, em 2/3. 5 – Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp n. 2.077.006/BA, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 23/8/2022, DJe de 26/8/2022.) HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS (20,6 G DE MACONHA). RÉU PRIMÁRIO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS (ART. 59 DO Código Penal – CP). POUCA QUANTIDADE DE ENTORPECENTE (ART. 42 DA LEI N. 11.343/06). CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06) FIXADA EM 1/6 SEM FUNDAMENTAÇÃO. DIREITO À FRAÇÃO MÁXIMA (2/3). PRESENÇA DOS REQUISITOS PARA A FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO (ART. 33, § 2º, C, E § 3º, DO CP) E PARA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS (ART. 44 DO CP). WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. – O Superior Tribunal de Justiça, seguindo a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, passou a inadmitir habeas corpus substitutivo de recurso próprio, ressaltando, porém, a possibilidade de concessão da ordem de ofício nos casos de flagrante constrangimento ilegal. – A fixação da causa de diminuição de pena (§ 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06) no mínimo legal (1/6) sem nenhum fundamento apto a afastar a fração máxima (2/3) constitui constrangimento ilegal, sobretudo em razão das circunstâncias judiciais favoráveis (art. 59 do CP) e da pouca quantidade de droga (art. 42 da Lei n. 11.343/06). Tais critérios permitem ainda a fixação do regime aberto (art. 33, § 2º, c, e § 3º do CP) e a substituição da pena por restritiva de direitos (art. 44 do CP). – Habeas corpus não conhecido. Contudo, ordem concedida de ofício para aplicar a causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 no patamar máximo de 2/3 (dois terços), reduzindo-se a pena para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, em regime aberto, substituída por medidas restritiva de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução. (HC n. 300.199/PR, relator Ministro (Desembargador Convocado do Tj/sp), Sexta Turma, julgado em 4/8/2015, DJe de 19/8/2015.) Destarte, considerando que o Princípio da Presunção de Inocência sempre deve ser preservado, e que ações penais em andamento não podem ser usadas sequer para afastar a referida minorante, estas também não se prestam a modular a fração de redução. Assim, diante da pena intermediária aplicada de 05 (cinco) anos de reclusão, mantém-se a causa de aumento na fração de 1/6, como conferido pelo a quo, e reduz-se a pena em 2/3, pelo que fica a pena definitivamente aplicada em 01 (um) ano 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do CP, e ao pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias–

multa, à fração de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. Tendo em vista que a pena aplicada ao condenado foi inferior a 04 anos, em observância ao quanto disposto no art. 44 do CP, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, sendo que uma delas deve ser de prestação de serviços à comunidade ou à entidade pública, preferencialmente voltada para o tratamento de toxicômanos. A outra pena restritiva de direitos e as demais condições devem ser impostas pelo Juízo das Execuções Penais competente. 3. Do direito de recorrer em liberdade. Pretende o apelante que lhe seja concedido o direito de recorrer em liberdade. Entretanto, do teor da sentença (ID 30316665), observa-se que tal direito lhe foi concedido, razão pela qual inexistente interesse recursal nesse aspecto, devendo, portanto, a apelação não ser conhecida nessa parte. O voto, portanto, é no sentido de conhecer parcialmente do recurso e, nesta extensão, dar-lhe parcial provimento, para aplicar a fração de redução de 2/3 (dois terços), referente ao tráfico privilegiado, de modo a estabelecer a pena definitiva em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, e ao pagamento de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, mantendo-se a sentença vergastada nos demais termos."Diante do exposto, acolhe esta 2ª Turma da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, o voto através do qual se conhece parcialmente do recurso e, nesta extensão, dá-se parcial provimento. Sala das Sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. - 2ª Câmara Crime 2ª Turma Relator 12