

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0066808-57.2009.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Adriano Jose Santos Advogado (s): CARLOS HENRIQUE DE ANDRADE SILVA, CLEBER NUNES ANDRADE APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. PENAL E PROCESSO PENAL. RECORRENTE CONDENADO PELO CRIME DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006 AO CUMPRIMENTO DE UMA PENA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, MAIS 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA NA FRAÇÃO DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS, SENDO O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA O SEMIABERTO. PRETENSÃO RECURSAL QUE VISA: 1 – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS, NA FORMA DO ART. 386, INCISO VII DO CPP, APLICANDO-SE O PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. NÃO PROVIMENTO. A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA REVELOU SUFICIENTEMENTE A PROVA DA AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. IDONEIDADE DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELA PRISÃO EM FLAGRANTE DO APELANTE. TENDO SIDO COLHIDA SOB CRIVO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. JUSTA CAUSA PENAL DEVIDAMENTE COMPROVADA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. 2 – RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006. PROVIMENTO. A REDUTORA DE PENA FOI AFASTADA COM BASE EM AÇÃO PENALIS POSTERIORES AO CRIME ORA EM JULGAMENTO. REQUISITOS LEGAIS PREVISTOS NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DROGAS PREENCHIDOS À ÉPOCA DO CRIME. O RÉU DEVE RESPONDER PELOS FATOS E CIRCUNSTÂNCIAS ATÉ A DATA DO CRIME. PROCESSO QUE DEMOROU ONZE ANOS PARA SER JULGADO. INCIDÊNCIA DA REDUTORA NA FRAÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO). PENA REDIMENSIONADA PARA 3 (TRÊS) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME ABERTO, MAIS O PAGAMENTO DE 334 (TREZENTOS E TRINTA E QUATRO) DIAS MULTA, NA FRAÇÃO DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO CRIME. 3 – APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA PARA REDIMENSIONAR A PENA DO RECORRENTE PARA 03 (TRÊS) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME ABERTO, MAIS O PAGAMENTO DE 334 (TREZENTOS E TRINTA E QUATRO) DIAS MULTA, NA FRAÇÃO DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO CRIME E, NA SEQUÊNCIA, RECONHECER, DE OFÍCIO, A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, COM BASE NO ART. 109, INCISO IV DO CÓDIGO PENAL. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime de nº. 0066808-57.2009.8.05.0001, oriundos da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, tendo como apelante ADRIANO JOSÉ SANTOS e como apelado Ministério Público do Estado da Bahia. ACORDAM os desembargadores integrantes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em CONHECER DO APELO E JULGAR PARCIALMENTE PROVIDO, para redimensionar a pena para 03 (três anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais o pagamento de 344 (trezentos e trinta e quatro) dias multa, na fração de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente ao tempo do crime e, na sequência, reconhecer, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva, com base no art. 109, inciso IV do Código Penal, de acordo com o voto da Relatora, nos seguintes termos: Salvador, . PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte à unanimidade. Salvador, 4 de Outubro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0066808-57.2009.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Adriano Jose Santos Advogado (s): CARLOS HENRIQUE DE ANDRADE SILVA, CLEBER NUNES ANDRADE APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO

DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Apelação Criminal interposta por ADRIANO JOSÉ SANTOS, em face da r. Sentença de ID 24994590, cujo relatório adoto, prolatada pelo Juízo da 2ª Vara de Tóxico da Comarca de Salvador/Ba, que o condenou pela prática do delito tipificado no artigo 33, caput, da Lei nº. 11.343/06 a uma pena de 05 (cinco) anos de reclusão em regime semiaberto, mais 500 (quinhentos) dias-multa na fração de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente ao tempo do crime. Narra a denúncia que no dia 15 de abril de 2009, por volta das 11:20h, na localidade denominada de "Bate Facho", no bairro da Boca do Rio, em Salvador, policiais civis abordaram o recorrente e o corréu Marivaldo Xavier Copque Júnior, sendo encontrado em poder de Adriano 22 (vinte e duas) trouxinhas de maconha, totalizando 34,16g, e 40 (quarenta) pedras de crack, totalizando 8,08g, e, em poder de Marivaldo, uma arma de fogo do tipo revólver, calibre .38, contendo cinco munições do mesmo calibre, razão pela qual foram conduzidos à Delegacia. Deflagrada a ação penal e percorrida a instrução processual sobreveio sentença penal condenatória em relação ao recorrente, nos termos acima referidos, sendo declarada a extinção da punibilidade em relação ao corréu Marivaldo Xavier Copque Júnior, diante do reconhecimento da prescrição. Irresignado com a éditto condenatório, ADRIANO JOSÉ SANTOS, por intermédio de seus advogados constituídos, interpôs o presente apelo, pugnando pela reforma da sentença para: 1) absolvê-lo da imputação do tráfico de drogas, aduzindo a insuficiência de provas, na forma do art. 386, inciso VII do CPP e, subsidiariamente, 2) a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei nº. 11.343/2006, tendo em vista que à época dos fatos não respondia a nenhum processo (ID 24994606). O Ministério Público do Estado da Bahia, em sede de contrarrazões acostadas ao ID 24994610, requereu a manutenção integral da sentença condenatória, considerando suficientemente demonstrada a comprovação da justa causa penal, não havendo que se falar em absolvição, tampouco da aplicação da redutora de pena. A Procuradoria de Justiça, por meio do opinativo ID 31017287, manifestou-se pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, anuindo com a argumentação jurídica trazida pela defesa, no sentido de que à época dos fatos discutidos neste recurso o apelante não respondia a nenhuma ação penal, fazendo jus, por isto, ao reconhecimento do tráfico privilegiado. Salientou, por fim, que diante da aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº. 11.343/2006 e considerando transcurso de mais de 8 (oito) anos entre o recebimento da denúncia (22/06/2009) e a prolação da sentença (28/11/2020) a declaração da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, na forma do art. 109, inciso IV do CP, é medida a ser adotada. Na condição de Relatora os presentes autos vieram conclusos e, após análise processual, elaborei o presente relatório e o submeti à censura do Nobre Desembargador Revisor, que solicitou sua inclusão em pauta de julgamento. É o Relatório. Salvador/BA, de de 2022. Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0066808-57.2009.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Adriano Jose Santos Advogado (s): CARLOS HENRIQUE DE ANDRADE SILVA, CLEBER NUNES ANDRADE APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Trata-se de Apelação Criminal interposta por ADRIANO JOSÉ SANTOS, em face da r. Sentença de ID 24994590, cujo relatório adoto, prolatada pelo Juízo da 2ª Vara de Tóxico da Comarca de Salvador/Ba, que o condenou pela prática do delito tipificado no artigo 33, caput, da Lei nº. 11.343/06 a uma pena de

05 (cinco) anos de reclusão em regime semiaberto, mais 500 (quinhentos) dias-multa na fração de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente ao tempo do crime. Narra a denúncia que no dia 15 de abril de 2009, por volta das 11:20h, na localidade denominada de "Bate Facho", no bairro da Boca do Rio, em Salvador, policiais civis abordaram o recorrente e o corréu Marivaldo Xavier Copque Júnior, sendo encontrado em poder de Adriano 22 (vinte e duas) trouxinhas de maconha, totalizando 34,16g, e 40 (quarenta) pedras de crack, totalizando 8,08g, e, em poder de Marivaldo, uma arma de fogo do tipo revólver, calibre .38, contendo cinco munições do mesmo calibre, razão pela qual foram conduzidos à Delegacia. Deflagrada a ação penal e percorrida a instrução processual sobreveio sentença penal condenatória em relação ao recorrente, nos termos acima referidos, sendo declarada a extinção da punibilidade em relação ao corréu Marivaldo Xavier Copque Júnior, diante do reconhecimento da prescrição. Irresignado com a édito condenatório, ADRIANO JOSÉ SANTOS, por intermédio de seus advogados constituídos, interpôs o presente apelo, pugnando pela reforma da sentença para: 1) absolvê-lo da imputação do tráfico de drogas, aduzindo a insuficiência de provas, na forma do art. 386, inciso VII do CPP e, subsidiariamente, 2) a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei nº. 11.343/2006, tendo em vista que à época dos fatos não respondia a nenhum processo (ID 24994606). 0

Ministério Público do Estado da Bahia, em sede de contrarrazões acostadas ao ID 24994610, requereu a manutenção integral da sentença condenatória, considerando suficientemente demonstrada a comprovação da justa causa penal, não havendo que se falar em absolvição, tampouco da aplicação da redutora de pena. A Procuradoria de Justiça, por meio do opinativo ID 31017287, manifestou-se pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, anuindo com a argumentação jurídica trazida pela defesa, no sentido de que à época dos fatos discutidos neste recurso o apelante não respondia a nenhuma ação penal, fazendo jus, por isto, ao reconhecimento do tráfico privilegiado. Salientou, por fim, que diante da aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº. 11.343/2006 e considerando transcurso de mais de 8 (oito) anos entre o recebimento da denúncia (22/06/2009) e a prolação da sentença (28/11/2020) a declaração da extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva, na forma do art. 109, inciso IV do CP, é medida a ser adotada. Na condição de Relatora os presentes autos vieram conclusos e, após análise processual, elaborei o presente relatório e o submeti à censura do Nobre Desembargador Revisor, que solicitou sua inclusão em pauta de julgamento. É o Relatório. Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do recurso, conheço da Apelação. E, tendo em vista a inexistência de questões preliminares, passa-se ao enfrentamento meritório que almeja a absolvição do recorrente por insuficiência probatória, nos termos do art. 386, inciso VII do CPP e o redimensionamento de pena na terceira etapa do processo dosimétrico. 1) Da absolvição por insuficiência de provas: Compulsando os autos verifica-se que a imputação que recai sobre o apelante ADRIANO JOSÉ SANTOS é a de tráfico de drogas, em virtude de ter sido apreendida em seu poder, no dia 15/04/2009, 22 (vinte e duas) trouxinhas de maconha, totalizando 34,16g, e 40 (quarenta) pedras de crack, com massa total de 8,08g. Segundo consta do caderno processual, a materialidade delitiva restou comprovada por meio do Auto de Exibição e Apreensão (ID 24994381) e dos laudos de constatação e definitivo de drogas, (ID 24994388 e 24994474), respectivamente, atestando a apreensão dos psicotrópicos acima descritos, detalhando a natureza e quantidade das drogas apreendidas. No que se refere à autoria do delito,

tem-se da instrução processual a colheita da prova oral formada pela oitiva dos policiais responsáveis pela diligência que culminou na prisão em flagrante do recorrente e do corréu Marivaldo, sendo eles: IPC Marcos Tito Macallister Viana; IPC Alexandre Henrique Pereira Lemos e IPC Marcos Aurélio dos Santos Botelho. Vejamos, pois, o conteúdo dos depoimentos: IPC MARCOS TITO MACALLISTER VIANA, (ID 24994514): “(...) participou da diligência referida na denúncia, e reconhece nesta data o acusado Marivaldo Xavier presente a esta assentada, com relação ao denunciado Adriano, se recorda vagamente da sua fisionomia, não podendo reconhecê-lo nesta oportunidade por não estar presente; que a localidade Bate Facho na Boca do Rio é um ponto de tráfico de drogas; que era costume a polícia civil receber diversas denúncias anônimas informando sobre o tráfico de drogas no Bate Facho; que nessas denúncias muitas vezes eram referidos nomes, mas o depoente não se recorda se já foi informado o nome dos acusados; que a polícia realizava incursões na região do Bate Facho quando surpreendeu os acusados comercializando drogas e existia uma terceira pessoa que estava adquirindo; que se recorda que o acusado Marivaldo portava uma arma e a droga estava em poder de Adriano; que se tratava de maconha e a outra substância não se recordando ao certo se era cocaína ou crack; que no momento da abordagem os denunciados tentaram se evadir, mas foram alcançados, no entanto não resistiram à prisão; que a droga já estava acondicionada em porções individuais; que, salvo engano, a arma era um revólver; que não se recorda se os acusados traziam consigo alguma quantia em dinheiro; que em incursões anteriores o depoente já tinha visto as pessoas do acusados na localidade do Bate Facho; que nessas oportunidades anteriores os mesmo não foram surpreendidos comercializando entorpecentes; que não se recorda se os acusados informaram no momento da prisão onde a droga tinha sido adquirida, tampouco a arma; que não se recorda se a arma estava municiada; que não havia balança de precisão no local, entretanto não se recorda se existiam outros petrechos ligados ao tráfico; não se recorda se foi o policial que fez a revista pessoal nos denunciados; que não se recorda se foram abordadas outras pessoas na diligência que resultou na prisão dos dois denunciados, além destes e de um suposto usuário; que havia outras pessoas, transeuntes, no local no momento da diligência que resultou na prisão dos réus; que além dos réus, outras pessoas também correram assim que avistaram a chegada dos policiais, fato bastante comum (...). IPC ALEXANDRE HENRIQUE PEREIRA LEMOS, (ID 24994513): “(...) participou da diligência narrada na denúncia e se recorda da pessoa de Marivaldo aqui presente, entretanto não se lembra da fisionomia do outro acusado; que era rotineira a realização de incursões na localidade do Bate Facho ante o grande número de denúncias recebidas informando a existência de tráfico de drogas no local; que não se lembra se junto com os denunciados existia uma terceira pessoa; que a prisão ocorreu em um conjunto de casas populares; que a droga apreendida estava em poder do acusado Adriano e com Marivaldo foi encontrado um revólver calibre.38, não se recordando se estava municiado; que só se recorda de ter sido apreendida maconha; que a maconha estava acondicionada em papéletes; que não se recorda se algum dos denunciados tinha em seu poder algum dinheiro; que também não se recorda se foram encontrados petrechos ligados ao tráfico; que nas denúncias que eram formuladas à polícia eram mencionados os nomes dos acusados; que em incursões realizadas anteriormente o depoente já tinha visto os denunciados, entretanto os mesmo sempre conseguiram se evadir; que no dia da diligência narrada na denúncia os denunciados tentaram evadir, mas foram capturados; que não

resistiram à prisão; que não se lembra se algum dos acusados informou ser o proprietário da droga e onde a mesma havia sido adquirida; não se recorda se foi o polícia que fez revista pessoal nos acusados; que a abordagem se deu fora do apartamento; que pelo que se lembra não foram abordadas outras pessoas nesta diligência que não os denunciados e um suposto usuário; que pelo que se lembra não haviam outras pessoas no local da diligência que resultou na prisão dos réus (...). IPC MARCOS AURÉLIO DOS SANTOS BOTELHO, (ID 24994512): “(...) participou da diligência narrada na denúncia e se recorda do acusado aqui presente, bem como também se lembra do outro réu Adriano; que era comum a polícia realizar incursões na região do Bate Facho, ante a incidência do tráfico de drogas no local e assaltos; que no momento da prisão dos enunciados havia uma terceira pessoa que estava adquirindo drogas; que a droga estava em poder do denunciado Adriano e com Marivaldo foi encontrado um revólver; que a droga já se encontrava embalada para venda a varejo; que se tratava de maconha e crack; que não se lembra se com os denunciados foi encontrada alguma quantia em dinheiro, mas se recorda que não existiam petrechos relacionados ao tráfico até mesmo porque os acusados estavam na rua; que com a aproximação da polícia tentaram se evadir, porém foram capturados e não resistiram à prisão; que em diligências realizadas anteriormente no Bate Facho já tinha visto a pessoa de Marivaldo, entretanto nunca presenciou o mesmo praticando nenhum ato ilícito; que já havia realizado a prisão em flagrante de Adriano em outra oportunidade; que esta prisão anterior, salvo engano, também foi motiva pela prática do tráfico de drogas; que Adriano também tem a apelido de Junior e este nome era mencionado nas diversas denúncias anônimas realizadas pela população do local; que tem informação que o dono da boca seria Ronaldinho e que os denunciados trabalhavam para este; as denúncias realizadas através do disk denuncia também descreviam a casa onde morava Junior, assim como também fazia menção a anteriores prisões do mesmo, razões pela quais também assim se conseguiu se identificar a pessoa de Junior como sendo Adriano (...). Em sede de interrogatório, o apelante Adriano negou a prática do crime, aduzindo que os policiais lhe imputaram a propriedade de um saco contendo drogas, pois não conseguiram prender os indivíduos que correram ao notarem a presença da polícia. Negou, de igual modo, que estava na companhia de Marivaldo, informando que os policiais prenderam Marivaldo em outro local. Vejamos: Fls. 240/241 dos autos de origem: “não são verdadeiros os fatos relatados na denúncia, que onde mora os “caras” ficavam do seu lado e eles correram; que ele morava do lado de onde os “caras” ficavam vendendo os “negócios” lá (droga); que na hora em que os policiais o pegaram, estavam capinando; que uns três ou quatro policiais o abordaram em 2009; que estava do lado de sua casa, limpando o mato; que não estava com MARIVALDO; que MARIVALDO foi abordado na casa dele; que os policiais mandaram o acusado deitar no chão e colocar a mão na cabeça; que revistaram a casa do acusado mas não encontraram nada; que revistou o acusado pessoalmente também (...); que na revista pessoal nada foi encontrado; que os policiais encontraram a droga na beira do rio, próximo ao acusado a uns cinco ou seis metros; que só viu a droga na delegacia; que os policiais só mostraram a droga na delegacia; que soube que era maconha e crack; que acha que os policiais o levaram pois todo mundo correu e ele ficou sozinho lá; que foi a primeira vez que foi preso; que havia pessoas no local, apenas homens e correram ao verem a polícia; que foi preso porque permaneceu no local (...); que não é verdade que havia um “RODRIGO” querendo comprar drogas em suas mãos; que conhece MARIVALDO por ser seu

amigo e vizinho; que nunca praticou tráfico de drogas e nunca se associou com MARIVALDO para a prática de ilícito; que quando foi preso ficava carregando “feira” (feira) na porta do mercado auferindo cerca de R\$ 80,00/ R\$ 70,00 (oitenta ou setenta) por semana (...); que não responde a outros processos criminais; que não é usuário de drogas; que perante a autoridade policial falou que a droga era sua pois ficou com medo devido ao aperto de mente de um monte de policial falando em cima dele”. O co-denunciado do apelante confirmou a informação de ter sido abordado em sua residência, assumindo guardar uma arma de fogo em casa, local em que o artefato bélico foi encontrada, justificando a sua aquisição para defesa pessoal, pois vinha sendo ameaçado por terceiros. Em sede de Inquérito Policial de nº. 071/2009 colheu-se o depoimento de Rodrigo de Oliveira Souza que relatou ter se dirigido à região do Bate Facho para procurar uma casa para alugar, tendo perguntado a Adriano, na ocasião, se este sabia onde podia encontrar maconha, pois é usuário. Prossegue em sua narrativa informando ter Adriano afirmado que “estava rolando” a droga, momento em que se deu a abordagem policial e todos foram conduzidos à delegacia (fls. 15 – dos autos de origem). Registre-se, por oportuno, que as drogas apreendidas se encontravam porcionadas e embaladas individualmente em forma de trouxinhas de maconha e pedras de crack, reforçando a versão acusatória da existência do tráfico de drogas, principalmente quando analisado o contexto de apreensão juntamente com um usuário. Com efeito, em que pese duas testemunhas terem informado ao Juízo não se recordarem da fisionomia de Adriano, tendo em vista o decurso do tempo entre o flagrante delito e a audiência de instrução (cerca de quatro anos) o IPC Marcos Aurélio dos Santos afirmou que se recordava tanto de Marivaldo, quanto de Adriano, estando seu depoimento de acordo com o quanto narrado na fase de investigação, demonstrando coesão entre as versões nas duas etapas da persecução penal. Os elementos probatórios acima apontados, ainda que subsidiados com elementos colhidos durante a fase investigativa, diferentemente do quanto sustentado pela defesa do recorrente, revelam-se suficientes para a comprovação da autoria delitiva, não podendo ser invocada no caso concreto a aplicação do art. 386, inciso VII do CPP. Insta consignar, ainda, o entendimento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça[1] relativo à validade probatória do depoimento dos policiais, quando submetido ao contraditório e corroborado pelas demais provas colhidas nos autos, como se deu no caso ora em julgamento, cabendo à defesa demonstrar a sua imprestabilidade[2]. Diante do exposto, estando evidenciada a autoria e materialidade delitiva do crime de tráfico de drogas, não há que se falar em absolvição do Apelante por incidência do art. 386, inciso VII do CPP, devendo, pois, ser mantida a condenação pelo crime capitulado no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006, nos exatos termos da sentença recorrida. 2) Da aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei nº. 11.343/2006: Em sede de requerimento subsidiário, a Defesa do recorrente almeja o redimensionamento de pena na terceira etapa do processo dosimétrico, a fim de reconhecer a figura do “tráfico privilegiado”, uma vez que na época dos fatos ora discutidos nestes autos o apelante não respondia a nenhuma ação penal, revelando-se insubsistente a fundamentação utilizada na sentença para o afastamento da causa especial de diminuição de pena. Com efeito, analisando o édito penal verifica-se que a magistrada de primeiro grau, depois de ter fixado a pena base no mínimo legal, deixou de aplicar a redutora em comento sob o fundamento da reiteração delitiva, senão vejamos: “O réu agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se

valorar; o réu não possui maus antecedentes. Entretanto, responde por fatos anteriores a esse em análise pelos crimes de receptação, perante a 6ª Vara Criminal (processo n. 0065908-06.2011) e pelo 1º Juízo da 2ª Vara do Tribunal do Júri por homicídio qualificado (processos n. 0374626-45.2013), sendo observado a sua reiteração na prática de atividades criminosas; poucos elementos foram coletados sobre sua personalidade e conduta social; o motivo do delito é o desejo de obtenção de lucro fácil, o que já é punido pelo próprio tipo penal; as circunstâncias estão relatadas nos autos; as consequências são desconhecidas à vista de inexistência de elementos comprobatórios do tempo da atividade mercantil; não se pode cogitar do comportamento da vítima. Ante a análise das circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no valor equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. Não concorrem circunstâncias atenuantes ou agravantes. O réu não faz jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11. 343/06, posto que, conforme antes pontuado, o mesmo demonstrou possuir reiteração na prática de atividades criminosas, devido responder a ações penais, pelos crimes de receptação, perante a 6ª Vara Criminal (processo n. 0065908-06.2011) e pelo 1º Juízo da 2ª Vara do Tribunal do Júri por homicídio qualificado (processos n. 0374626-45.2013). Não concorrem causas de aumento de pena, razão pela qual torno definitiva a pena para o crime de tráfico de drogas em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário mínimo vigente na data do fato." Consoante pontuado pela Defesa nas razões recursais e referendado pela Procuradoria de Justiça por meio do opinativo de ID 31017287 o fato de o recorrente responder a duas ações penais sobre fatos supostamente ocorridos em momento posterior ao delito ora em julgamento não autoriza o afastamento da causa especial de redução de pena. Verifica-se dos antecedentes criminais de ID 24994569 que Adriano responde a duas ações penais, sendo elas a de nº. 0065908-06.2011.8.05.0001, cujo fato delitivo supostamente se deu em 17/06/11, e a de nº. 037426-45.2013.8.05.0001, datando o fato de 16/01/2010, ou seja, em momento posterior ao tráfico de drogas perpetrado em 15/04/2009. É cediço que ao réu é aplicada a lei penal vigente na data do crime[3], razão pela qual ele é julgado pelos fatos e circunstâncias que ocorreram até a data do delito, não podendo, portanto, ser utilizados os registros acima especificados como elemento justificador do afastamento da redutora de pena. Embora continue primário para fins legais, pois as ações penais citadas encontram-se em andamento, Adriano à época do tráfico de drogas não respondia a nenhum processo, enquadrando-se na lógica da mens legislatoris e da mens legis que é dispensar um tratamento diferenciado, menos rigoroso ao pequeno traficante. Ademais, importante consignar que inexistindo uma previsão exata na norma regente sobre os parâmetros interpretativos no ordenamento jurídico acerca da "dedicação à atividade criminosa" constante no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, deve prevalecer a "primazia da posição mais favorável à defesa. Trata-se de imposição decorrente da presunção de inocência, base fundamental ao sistema penal de um Estado democrático de Direito." [4] Cita-se, para fins de robustecer a fundamentação deste voto, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema em análise, seguindo os seguintes julgados: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. FATOS POSTERIORES. TRÂNSITO EM JULGADO. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO.

IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 444 DO STJ E NOVO ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA E DA SEGUNDA TURMAS DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, no exercício de discricionariedade vinculada, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao quantum ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador. 2. Os requisitos específicos para reconhecimento do tráfico privilegiado estão expressamente previstos no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a saber, que o beneficiário seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. 3. Inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar ou modular a fração de diminuição de pena do tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral). O mesmo entendimento se aplica às condenações transitadas em julgado relacionadas a fatos posteriores. 4. Configura constrangimento ilegal a presunção de que o agente se dedica a atividades criminosas pela simples existência de inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação criminal definitiva; da mesma maneira, configura constrangimento ilegal a modulação da fração de redução de pena do tráfico privilegiado com base em considerações exclusivamente acerca desses fundamentos. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.891.998/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 17/6/2022.) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.

RECEPÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. SUBSTITUIÇÃO DE MAGISTRADO DE ACORDO COM A RESOLUÇÃO INTERNA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA LOCAL. MUTIRÃO JUDICIAL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. USO DE CONDENAÇÃO DEFINITIVA POR FATOS POSTERIORES À AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. Não há nulidade no processo pelo fato de outro magistrado ter proferido a sentença, haja vista que estava designado para atuar como cooperador na respectiva Vara, designado pelo Programa CGJ Apoia (Portaria GP n. 1870, de 21 de setembro de 2020, com data retroativa de 1º de agosto de 2020). 2. Consoante a jurisprudência desta Corte, o princípio da identidade física do juiz não é absoluto, podendo ser excepcionado em hipóteses como a dos autos, em que o magistrado que presidiu a instrução foi auxiliado por outro em esquema de colaboração na condução dos processos sob sua responsabilidade na Vara, não havendo falar-se em nulidade. 3. Esta Corte Superior, seguindo orientação recente do Supremo Tribunal Federal – STF, passou a entender que os registros criminais utilizados pela Corte local como fundamento para evidenciar a dedicação do agravante a atividades criminosas, na hipótese, não são idôneos, pois correspondem a fatos praticados em datas posteriores à do fato em causa, o que impede o uso dessas anotações para negar reconhecimento ao "tráfico privilegiado". 4. Foram apontados outros fundamentos para afastar a causa de diminuição da pena do crime de tráfico, porém vislumbra-se que as circunstâncias fáticas apontadas pelo Tribunal de origem são meras elementares do tipo penal imputado, e não extrapolam a gravidade da conduta, haja vista que apenas se apontou "a apreensão de substâncias entorpecentes variadas – cocaína (0,31g) e maconha (180g) –, embaladas para a venda, além de uma balança de precisão e dinheiro em espécie (R\$ 40,05)" (fl. 58), fatos que não demonstram uma gravidade concreta que indique vivência delitiva, senão a prática de um único crime de tráfico de drogas. 5. Agravo regimental parcialmente provido. Reconhecimento da causa especial de diminuição da pena do crime



de tráfico (art. 33, § 4º – Lei n. 11.343/2006). Pena final, pelo concurso material, totalizada em 2 anos e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e 176 dias-multa. Substituição, por penas alternativas, a cargo do juízo da execução. (AgRg no HC n. 676.173/SC, relator Ministro Olindo Menezes, Sexta Turma, DJe de 11/3/2022) AGRADO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. TESE DE VIOLAÇÃO AO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. VALORAÇÃO NEGATIVA DA CULPABILIDADE. USUÁRIO DE DROGAS. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REQUISITOS PREENCHIDOS. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A condição de usuário de droga não é motivação idônea para o desfavorecimento da culpabilidade. 2. Na hipótese, diversamente do que apontou o Agravante, não foram mencionados registros desfavoráveis ao Réu de condenações definitivas pelo crime previsto no art. 28 da Lei de Drogas, mas apenas que "está envolvido com o chamado mundo das drogas há um bom tempo, visto o lapso temporal que se diz usuário", o que é insuficiente para a exasperação da reprimenda. 3. A Suprema Corte, em recentes precedentes, consignou que na ausência das demais situações impeditivas da causa de diminuição da pena, tão somente a existência de ações penais sem trânsito em julgado não pode justificar a negativa de minorante, na esteira do entendimento, firmado sob a sistemática da repercussão geral, de que, "ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais." (RE 591.054, Tema 129, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PLENO, DJe 26/02/2015). 4. No caso, constata-se que o registro criminal utilizado pela Corte local como fundamento para evidenciar a dedicação do Agravado a atividades criminosas, corresponde a fato praticado em 05/04/2016 – data posterior à do fato ora em análise (02/01/2016) – o que impede o uso dessa anotação para negar reconhecimento ao "tráfico privilegiado". 5. Agrado regimental desprovido. (AgRg no HC n. 568.410/AL, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 27/8/2021) AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. RECONSIDERAÇÃO. INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL DEVIDAMENTE IMPUGNADA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INCIDÊNCIA. ILEGALIDADE VERIFICADA. 1. Efetivamente impugnados os fundamentos da decisão de inadmissão do recurso especial, o agrado merece ser conhecido, em ordem a que se evolua para o mérito. 2. A negativa da minorante do tráfico privilegiado com fundamento em condenação por fato posterior ao apurado nos presentes autos constitui flagrante violação ao art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. 3. "A condenação, ainda que definitiva, por fato posterior ao delito em apreço não é elemento idôneo para justificar qualquer alteração na pena aplicada [...], seja majorando sua quantidade na primeira ou na segunda fase da dosimetria, agravando o regime prisional ou impedindo a aplicação do art. 44 do Código Penal" (HC 534.671/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 07/11/2019, DJe 19/11/2019). 4. Agrado regimental provido para conhecer do agrado e prover o recurso especial para estabelecer a pena de 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e 166 dias-multa, a ser substituída por penas restritivas de direitos, a cargo do Juízo da Execução. (AgRg no AREsp n. 1.899.869/SP, relator Ministro Olindo Menezes, Sexta Turma, DJe de 29/11/2021) Na oportunidade, cumpre destacar no presente decisum que esta Desembargadora se perfilha à compreensão jurídica adotada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE 591.054/SC, acerca da aplicabilidade do § 4º do art. 33 da Lei nº. 11.343/2006 e o princípio da presunção de não culpabilidade. O Supremo consolidou sua jurisprudência

por meio da sistemática da repercussão geral, de que a valoração de inquéritos ou ações penais em curso (ainda que pendentes de recursos) viola o princípio da presunção de não culpabilidade (RE 591.054, Tema 129, Relator Marco Aurélio, Pleno, DJe 17.12.2014), sendo defeso, portanto, o afastamento do § 4º pelo fato de o réu responder a ações penais sem o trânsito em julgado. Não obstante, em respeito ao Princípio do Colegiado, houve a adesão desta magistrada ao entendimento desta Turma (que admite ser possível utilização de ações penais pretéritas para denegar o benefício em questão), embora entenda tratar-se de afronta à Constitucionalização do Direito Penal, no sentido de que as leis infraconstitucionais devem ter a sua compatibilidade analisada a partir do texto constitucional. Procedendo-se, no entanto, à distinção do caso concreto com o entendimento desta Turma Criminal sobre a aplicabilidade do “tráfico privilegiado”, a situação dos autos diz respeito a questão diversa, ao afastamento do benefício com base em ações posteriores e, conforme fundamentado acima, enseja a retificação da sentença de primeiro grau. Desta forma, considerando que a pena base do recorrente foi estabelecida no mínimo legal de 5 (cinco) anos e, diante da inexistência de agravantes ou atenuantes de pena, passa-se à terceira etapa do processo dosimétrico para aplicar a causa especial de diminuição da reprimenda na fração de 1/3 (dois terços), ficando a pena definitiva fixada em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais o pagamento de 334 (trezentos e trinta e quatro) dias multa, na fração de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do crime. Tendo em vista a reforma do quantum da pena do recorrente realizada na terceira fase da dosimetria e levando em consideração que a ação penal de origem levou cerca de 11 (onze) anos para ser julgada, com o fato delitivo ocorrido em 15/04/2009; denúncia recebida em 22/06/2009 (ID 24994418) e a sentença prolatada em 28/11/2020 (ID 24994590), com publicação em data posterior, resta flagrante a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva, na forma do art. 109, inciso IV[5] do Código Penal. Ex positis, acolhe esta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o voto pelo qual CONHECE DO APELO, JULGA PARCIALMENTE PROVIDA a apelação, reconhecendo, de ofício, a prescrição da pretensão punitiva, com base no art. 109, inciso IV do Código Penal em relação ao apelante ADRIANO JOSÉ SANTOS. Salvador/BA, de de 2022. Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora [1] (STJ. AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.970.832/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 4/4/2022); (AgRg no Ag 1336609/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 14/08/2013). [2] (STJ – Processo HC 408808/PE HABEAS CORPUS 2017/0176479-0; Relator Ministro Ribeiro Dantas (1181); Órgão Julgador T5 – Quinta Turma; Data de Julgamento 03/10/2017; Data de Publicação DJe 11/10/2017) [3] Princípios da anterioridade, reserva legal e taxatividade. [4] <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=9575074> [5] IV – em oito anos, se o máximo da pena é superior a dois anos e não excede a quatro;