

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500237-29.2020.8.05.0141 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: ANTONIO FELIPE DOS SANTOS OLIVEIRA Advogado (s): HOYAMA TOURINHO SIMOES DE CARVALHO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/2006. PRELIMINAR: ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL POR INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. PREFACIAL ACUSATÓRIA QUE ATENDE AOS REQUISITOS DO ARTIGO 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PETIÇÃO QUE CONTÉM DESCRIÇÃO SATISFATÓRIA DO FATO APARENTEMENTE DELITUOSO E DA PARTICIPAÇÃO DO DENUNCIADO DE MODO A POSSIBILITAR O EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO: PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO APELANTE POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPROCEDÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. IDONEIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO. HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS CONSTANTES DOS AUTOS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS QUE PARA A SUA CONFIGURAÇÃO BASTA A PRÁTICA DE UM DOS DEZOITO VERBOS NUCLEARES. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI 11.343/2006. IMPROCEDÊNCIA. HAVENDO COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E AUTORIA QUANTO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, NÃO HÁ COMO ACOLHER A PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE POSSE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO NO PATAMAR DE 1/4 (UM QUARTO), TOTALIZANDO A PENA EM 03 (TRÊS) ANOS E 09 (NOVE) MESES DE RECLUSÃO E 375 (TREZENTOS E SETENTA E CINCO) DIAS-MULTA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ARTIGO 44, DO CÓDIGO PENAL. 1. Apelante preso em flagrante na posse de uma porção de maconha prensada, num total de 37,69 g (trinta e sete gramas e sessenta e nove centigramas), e condenado a pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. 2. Alega, preliminarmente, a inépcia da exordial acusatória. Da análise detida dos autos, observa-se que a denúncia, ao contrário do que tenta fazer crer o Apelante, descreve de forma minuciosa e satisfatória a prática delitiva e a incidência no delito a ele imputado, permitindo-lhe o exercício da ampla defesa e do contraditório. 3. Por conseguinte, alega que inexistente qualquer prova acerca da existência dos fatos, motivo pelo qual a absolvição do acusado seria necessária, na forma do art. 386, VII, do Código de Processo Penal. a autoria e a materialidade restaram devidamente comprovadas nos autos, considerando a circunstância em que se deu a prisão em flagrante, bem como a substância entorpecente encontrada em posse do recorrente (37,69 g de maconha), que era de sua propriedade, fato comprovado pelos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão, que atestam o envolvimento do Apelante com o tráfico ilícito de entorpecentes. 4. Pleito de desclassificação do delito de tráfico de drogas para o de uso previsto no artigo 28 da mesma legislação, tem-se que este também não merece acolhido, isto porque o art. 33 da Lei 11.343/06 prevê 18 verbos em que a prática de qualquer uma das ações ali elencadas configura o delito de tráfico. 5. Dosimetria da pena. Pleito de aplicação do benefício do Tráfico Privilegiado. Possibilidade, visto que o Superior Tribunal de Justiça recentemente alterou seu entendimento para não admitir que inquérito policial e ação penal em curso afastem a incidência da benesse legal. No caso em análise, conquanto a quantidade de entorpecentes não seja relevante, o fato de o Apelante responder à outras ações penais pelo

delito de tráfico, entendo ser proporcional e razoável fixar a fração de diminuição em 1/4 (um quarto), totalizando a pena em, em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, sendo, cada dia-multa, o equivalente a 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato. 6. Considerando que presentes os requisitos previstos artigo 44 do Código Penal, vez que o delito fora cometido sem violência e sem grave ameaça, e sendo a pena final inferior a quatro anos, deve ser reconhecido o direito subjetivo do réu de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. 7. Pleito de concessão do direito de recorrer em liberdade encontra-se prejudicado, porquanto já deferido em favor do Recorrente pelo juízo a quo no bojo da sentença condenatória. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 0500237-29.2020.8.05.0141, oriundo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jequié/Ba, tendo como Apelante ANTÔNIO FELIPE DOS SANTOS OLIVEIRA e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER, REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, pelas razões e termos expostos no voto que se segue. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 13 de Setembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500237-29.2020.8.05.0141 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: ANTONIO FELIPE DOS SANTOS OLIVEIRA Advogado (s): HOYAMA TOURINHO SIMOES DE CARVALHO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO ANTÔNIO FELIPE DOS SANTOS OLIVEIRA, fora denunciado pelo ilustre Representante do Ministério Público (fls. 01/02) dos autos, como incurso nas penas do artigo 33, da Lei 11.343/2006. Consta da Denúncia que: "No dia 14 de março de 2020, por volta das 12 h, na Avenida Tote Lomanto, em Jequié/Ba, ANTONIO FELIPE DOS SANTOS OLIVEIRA, com vontade livre e consciente, trazia consigo drogas, sem autorização legal ou regulamentar, conforme auto de exibição e apreensão e laudo preliminar. Conforme apurado, nas condições de tempo e lugar descritas, policiais militares realizavam ronda de rotina, quando avistaram o denunciado em atitude suspeita, quando o abordaram e, após busca pessoal, fora localizado no interior do blusão, uma porção de maconha prensada, num total de 37,69 g (trinta e sete gramas e sessenta e nove centigramas)." Finalizada, pois, a instrução criminal, e apresentadas as alegações finais, sobreveio a referida sentença condenatória em desfavor do apelante, condenando-o a pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, pela prática dos delitos previstos no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Irresignado, o condenado, por intermédio de seu representante legal, interpôs o presente Recurso de Apelação (fls. 153/167), arguindo, preliminarmente, a inépcia da exordial acusatória, ao argumento de inexistir especificação de sua atitude dolosa, bem como de sua participação no crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006. Pleiteou, também, pela reforma da sentença para absolvê-lo, ao argumento da ausência de provas suficientes para lastrear o édito condenatório. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06 e, caso não seja este o

entendimento dessa Corte, pretende o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, substituindo, em seguida, a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, bem como a adequação da pena de multa. O Parquet, por seu turno, apresentou contrarrazões recursais pugnando pelo provimento parcial do recurso, apenas e tão somente para fins de adequação da terceira fase da dosimetria da pena aos ditames legais e jurisprudenciais vigentes, com a consequente aplicação da causa de diminuição de pena prevista no Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. A Procuradoria de Justiça se manifestou opinando pelo conhecimento parcial e, nesta extensão, pelo provimento parcial do recurso, a fim de que seja reformado o capítulo da sentença referente à terceira fase da dosimetria da pena, com a consequente aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, observados os demais consectários legais. Examinados os autos e lançado este relatório, submeto-os à apreciação do eminente Desembargador Revisor. É o relatório. Salvador/BA, 30 de agosto de 2022. Des. Aliomar Silva Britto – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500237-29.2020.8.05.0141 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: ANTONIO FELIPE DOS SANTOS OLIVEIRA Advogado (s): HOYAMA TOURINHO SIMOES DE CARVALHO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO O recurso preenche todos os pressupostos necessários à sua admissibilidade, por isso dele conheço. Cuida-se de Apelação Criminal apresentada por Antônio Felipe dos Santos Oliveira, inconformado com a decisão que o condenou, pela prática do delito capitulado no artigo 33 da Lei 11.343/2006, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, acrescida do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo do fato. Nas razões recursais, consigna-se, preliminarmente, a inépcia da exordial acusatória, ao argumento de inexistir especificação de sua atitude dolosa, bem como de sua participação no crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006. No mérito, pugna pela reforma da sentença para absolvê-lo, ao argumento da ausência de provas suficientes para lastrear o édito condenatório. Subsidiariamente, pugna pela desclassificação da conduta para aquela prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06 e, caso não seja este o entendimento dessa Corte, pretende o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, substituindo, em seguida, a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, bem como a adequação da pena de multa. Nas contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo provimento parcial da apelação, apenas no sentido de adequação da terceira fase da dosimetria da pena aos ditames legais e jurisprudenciais vigentes, com a consequente aplicação da causa de diminuição de pena prevista no Art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. DA PRELIMINAR DE INÉPCIA DA DENÚNCIA. Alega, preliminarmente, a inépcia da exordial acusatória, ao argumento de inexistir especificação da atitude dolosa do acusado, bem como de sua participação no crime previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006. Contudo, da análise detida dos autos, verifica-se que tal alegação não merece prevalecer, vez que inexistiu denúncia ou condenação do Apelante nesse sentido, considerando que somente foi acusado da prática do delito previsto no artigo 33, da Lei 11.343/2006. Ademais, observa-se que a denúncia, ao contrário do que tenta fazer crer o Apelante, descreve de forma minuciosa e satisfatória a prática delitiva e a incidência no delito a ele imputado, permitindo-lhe o exercício da ampla defesa e do contraditório. Vale ressaltar ainda que o recorrente

constituiu advogado, após regular citação, apresentando sua defesa técnica (fls. 39/4), oportunidade em que sequer arguiu a inépcia da denúncia. Assim, não assiste razão ao Apelante ao aduzir que o exercício de sua defesa ficou prejudicado diante de uma denúncia vazia e resumida. MÉRITO. DA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. Por conseguinte, alega que inexistente qualquer prova acerca da existência dos fatos, motivo pelo qual a absolvição do acusado seria necessária, na forma do art. 386, VII, do Código de Processo Penal. De início, consigna-se que a materialidade do delito encontra-se cabalmente comprovada nos autos, através do Auto de Exibição e Apreensão (fl. 10), laudo de constatação das drogas (fls. 25) e laudo pericial definitivo (fls. 67/68), que registraram se tratar da substância tetrahydrocannabinol (THC), conhecida como ativos do vegetal cannabis sativa, L, de uso proscrito no Brasil conforme previsão da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde. Quanto à autoria delitiva, encontra-se devidamente demonstrado no acervo probatório ter o Apelante praticado a conduta tipificada no artigo 33 da Lei 11.343/06, pois foi encontrado na posse das drogas, fato este constatado, inclusive, pelos depoimentos testemunhais dos policiais que efetuaram a prisão. Com efeito, os depoimentos dos policiais participantes do flagrante delito, estão coesos e harmônicos entre si, com a descrição pormenorizada dos fatos, bem como em consonância com as demais provas carreadas aos autos. O SD/PM Gessé Assis Chabi de Jesus afirmou que: "Estava em um patrulhamento de rotina na referida avenida e ao se aproximar do referido local, posto de gasolina Tote; que o cidadão estava nas proximidades; que quando viu a guarnição ficou nervoso; que foi perguntado a ele o que estava fazendo ali e ele continuou nervoso; que decidiram fazer além da abordagem com palavra, a abordagem física – a busca pessoal; que foi encontrado um casaco ao seu lado; que dentro desse casaco foi encontrado uma substância análoga a maconha; que estava sozinho; que falou que o casaco era dele; que a maconha era um pedaço, que o pessoal chama de cocada, formado de uma cocada; que estava inteira; que ele informou que estava naquele local esperando um ônibus para ir para a cidade de Lafaiate Coutinho; com relação a droga não soube dizer; que foi conduzido a delegacia; que chegou informações que ele foi detido anteriormente pelo mesmo crime; que teve conhecimento após a condução dele para a delegacia; que até o momento não tinha conhecimento; que havia um celular com ele; que ele negou a droga; que na delegacia os pais confirmaram que o casaco era dele." O SD/PM Marcio Honeas Souza Santos, por sua vez, asseverou que: "Estava fazendo um patrulhamento, quando visualizaram o indivíduo, suspeito, as margens das vias próximo ao posto de combustível, naquele horário, parado, o que chamou atenção; que procederam com a devida abordagem, como é de costume; que depois da abordagem feita nele, fez uma busca no casaco dele que estava ao lado, sendo encontrado uma quantidade de drogas que estava sob domínio do poder dele; que conduziu ele para a delegacia; que ele estava sozinho e o casaco com as drogas estava do lado dele; era um pedaço de maconha prensada; que era um volume grande; que foi a primeira vez que procedeu com a abordagem com ele; que não o conhecia; que hoje não sabe dizer quanto de droga foi apreendida naquele dia por causa da quantidade de diligências feitas e pelo tempo que aconteceu o fato." Vale ressaltar que, em relação aos depoimentos dos policiais, não há qualquer justificativa para se questionar sobre sua credibilidade. O fato de as testemunhas da acusação serem policiais não invalidam os seus depoimentos, servindo perfeitamente como prova testemunhal do crime. Veja-se que, pela aplicação do princípio

da igualdade, haverá, como qualquer outra testemunha, o compromisso de dizer a verdade conforme estipulado no artigo 203 do CPP e, se o policial fizer alguma afirmação falsa, calar ou ocultar a verdade, então o Juiz que estiver tomando o depoimento, com força no artigo 211 do CPP, determinará a instauração de inquérito para apurar o crime de falso testemunho. Com efeito, não é razoável se admitir que o Estado possa credenciar pessoas para a função repressiva e, sem elementos cabais de prova, negar-lhes crédito quando de sua estrita atividade. Segundo a Jurisprudência, é válido o testemunho prestado por agente policial, não contraditado nem desqualificado, na medida em que provém de agente público no exercício de suas funções e não destoa do conjunto probatório. Corroborando tal entendimento, vem assim decidindo os Tribunais: "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. SENTENÇA FUNDAMENTADA. CONDENAÇÃO AMPARADA EM TESTEMUNHOS PRESTADOS POR POLICIAIS. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO. (...) 2. Não há óbice a que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do réu sejam considerados na sentença como elemento de prova amparador da condenação, desde que colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de cognição, tal como na hipótese, em que a expressiva quantidade de droga apreendida – 24 (vinte e quatro) invólucros com crack – revela não ser o entorpecente destinado a consumo próprio. (...)” (STJ, HC 162131/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 21/06/2010) “(...) É válido testemunho prestado por agente policial, não contraditado ou desqualificado, na medida em que provém de agente público no exercício de suas funções e não destoa do conjunto probatório. Precedentes. (...)” (ACR 2006.38.02.001052-8/MG, Rel. Desembargador Federal Cândido Ribeiro, Terceira Turma, e-DJF1 p.22 de 31/07/2009) Portanto, a autoria e a materialidade restaram devidamente comprovadas nos autos, considerando a circunstância em que se deu a prisão em flagrante, bem como a substância entorpecente encontrada em posse do recorrente (37,69 g de maconha), que era de sua propriedade, fato comprovado pelos depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão, que atestam o envolvimento do Apelante com o tráfico ilícito de entorpecentes. Há que se enfatizar que o tipo penal descrito no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, é considerado crime de conteúdo variado ou de natureza múltipla, bastando a prática de um dos núcleos descritos na norma para configurar o cometimento do crime de tráfico de drogas, sendo, portanto, desnecessário que o agente seja flagrado no momento exato em que comercializada a droga. Neste sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "Sendo o tráfico de entorpecentes classificado como crime de ação múltipla, praticando o agente qualquer dos dezoito verbos descritos no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, mesmo que mais de um deles, está sujeito à reprimenda prevista no preceito secundário do tipo. (...)” (STJ, HC 125617/PR, Rel. Ministro Jorge Mussi, DJ de 15/12/2009).""A noção legal de tráfico de entorpecentes não supõe, necessária a pratica de atos onerosos ou de comercialização (...)” STJ, HC 69.806/G0, Rel. Ministro Celso de Mello, DJ de 04/06/93. Portanto, não merece acolhimento o pleito de absolvição do Apelante pelo crime de tráfico de drogas, vez que não resta dúvida acerca da autoria e materialidade delitivas, que se encontram muito bem cristalizadas. Além disso, ao lado das provas, produzidas de forma exaustiva e suficiente para a constatação da materialidade do crime de tráfico de drogas, bem como da autoria do crime pelo réu, não foram trazidas pela Defesa provas aptas a elidir a imputação. DECLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. Outrossim,

no que concerne ao pleito de desclassificação do delito de tráfico de drogas para o de uso previsto no artigo 28 da mesma legislação, tem-se que este também não merece acolhido, isto porque o art. 33 da Lei 11.343/06 prevê 18 verbos em que a prática de qualquer uma das ações ali elencadas configura o delito de tráfico. In casu, embora a quantidade de droga encontrada em posse de recorrente não seja relevante, verifica-se dos autos a existência de outras duas ações penais para apuração do crime de tráfico de drogas contra o réu, autos 0500684-51.2019.805.0141, o que indica que este se dedica à atividades criminosas. Outrossim, soma-se o fato de o recorrente não ter, em nenhum momento, alegado ser usuário de drogas, mas tão somente que as drogas apreendidas não o pertenciam, sendo, portanto, incabível a pleiteada desclassificação. Ademais, a mera alegação de ser o Apelante dependente químico, desprovida de prova no sentido, desautoriza a desclassificação dos fatos para o delito mais brando, previsto no artigo 28 da referida lei, ainda mais quando há prova segura da atividade do agente na comercialização de droga. Diante das circunstâncias de sua prisão, bem como, pelo conjunto probatório carreado aos autos, vislumbra-se que o Apelante não é mero usuário de drogas, conforme o testemunho dos policiais que realizaram o flagrante, não sendo possível a desclassificação do crime de tráfico para o previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006. DA DOSIMETRIA DA PENA. Pugna, o Apelante, em caso de condenação pela prática do crime disposto no art. 33 da Lei 11.343/06, que sejam observadas as atenuantes da: menoridade penal, art. 65, I, do CP; preponderância na fixação da pena, art. 42 da lei de drogas e a causa especial de diminuição prevista no art. 33, parágrafo 4º, fixando a pena em seu mínimo legal. Na primeira fase da dosimetria, observa-se que o magistrado a quo não verificou a incidência de nenhuma circunstância desfavorável, fixando a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Na segunda fase, não incide qualquer causa agravante. Quanto a minorante da menoridade penal, verifica-se que o juízo a quo, embora tenha reconhecido a sua incidência, deixou de aplicá-la, em razão da pena base já ter sido fixada no patamar mínimo legal, conforme entendimento da Súmula 231 do STJ. Na terceira fase, sem causa de aumento ou de diminuição, a pena fora fixada em 05 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias-multa. Ademais, deixou de aplicar causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 (tráfico privilegiado) em razão da existência de outras ações penais em curso em desfavor do réu. O artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 dispõe que: "Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)" Para o agente possuir o direito subjetivo à causa de diminuição de pena, é imperioso que todos os quatro requisitos elencados no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, estejam presentes cumulativamente, quais sejam: agente primário; bons antecedentes; não dedicação a atividades criminosas; e não integração de organização criminosa. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça recentemente alterou seu entendimento para não admitir que inquérito policial e ação penal em curso afastem a incidência da benesse

legal, em consonância com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, conforme aresto que segue: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ACUSADA QUE RESPONDE A OUTRAS AÇÕES PENAIIS EM ANDAMENTO. FUNDAMENTO INVÁLIDO. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO ENTRE AS TURMAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. 2. Em sessão realizada no dia 14/12/2016, a Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, havia firmado entendimento no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso poderiam ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas. 3. Todavia, o Supremo Tribunal Federal já se manifestou reiteradas vezes que inquéritos e processos em curso não devem ser aferidos em desfavor do agente na dosimetria da pena, sob pena de violação ao princípio da não culpabilidade. Apoiado nesse entendimento, vem decidindo ser inadmissível a utilização de ação penal em curso para afastar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o que está sendo aplicado, também, pela Sexta Turma. 4. Nesse contexto, esta Quinta Turma, no julgamento do HC 664.284/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, ocorrido em 21/9/2021, DJe 27/09/2021, visando a uniformização do posicionamento de ambas as Turmas sobre o tema, decidiu que a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020). 5. No presente caso, constata-se que os processos criminais (processos criminais, autos nº 0709191-38.2016.8.02.0001, 0708024-49.2017.8.02.000 e 0001738-13.2012.8.02.0053), utilizados pela Corte local como fundamento para evidenciar a dedicação da agravante a atividades criminosas, encontram-se em andamento, ou seja, sem trânsito em julgado, o que impede o uso dessa anotação para negar reconhecimento ao benefício do tráfico privilegiado, devendo esse ser aplicado. 6. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1949204/AL, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 25/10/2021) Neste sentido, destaco que o Supremo Tribunal Federal já se posicionou no sentido de que o “juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, possuindo plena discricionariedade para aplicar, de forma fundamentada, a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime, como ocorreu no caso concreto” (STF, HC n.º 115.149/SP, SEGUNDA TURMA, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 02/05/2013). Ademais, trago à baila os seguintes julgados do colendo Superior Tribunal de Justiça, em que foi analisada a temática quanto ao patamar de diminuição previsto no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, no tocante à natureza das drogas apreendidas e à existência de processos em curso: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE

PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N.º 11.343/2006 NO PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL PELO CRIME DE TRÁFICO. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO QUE JUSTIFICAM A APLICAÇÃO DA MINORANTE NO PATAMAR MÍNIMO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Agravante condenado à pena de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida no regime semiaberto, pela prática do crime de tráfico de drogas, e de 2 (dois) meses de detenção, em regime aberto, por infração ao disposto no art. 329, caput, do Código Penal, porque flagrado, junto com corréu, comercializando 99 (noventa e nove) pedras de crack, pesando aproximadamente 14,8 gramas, e resistir à prisão. 2. O legislador não delimitou parâmetros para a redução da pena pela causa de diminuição prevista na Lei de Drogas, de forma que o quantum de diminuição fica adstrito ao prudente arbítrio do magistrado, que deve observar o princípio do livre convencimento motivado. 3. No caso, as instâncias ordinárias trouxeram como fundamento para aplicar a fração mínima de 1/6 (um sexto), não apenas a quantidade de droga, mas sobretudo as circunstâncias do crime e o fato de o Réu ostentar ação penal em andamento pelo crime de tráfico de drogas, entendimento que encontra amparo na jurisprudência desta Corte Superior. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC 616.889/SC, Relatora: Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, Dje 19/03/2021) (grifos nossos). No caso em análise, conquanto a quantidade de entorpecentes não seja relevante, o fato de o Apelante responder à outras ações penais pelo delito de tráfico, entendo ser proporcional e razoável fixar a fração de diminuição em 1/4 (um quarto). Sendo assim, aplico a causa especial de diminuição da pena no patamar de 1/4 (um quarto), totalizando a pena em, em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, sendo, cada dia-multa, o equivalente a 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato, pela prática do crime de Tráfico Ilícito de Entorpecentes, previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006. DA SUBSTITUIÇÃO PELAS PENAS RESTRITIVA DE DIREITOS. Em pleito subsidiário, pugna pela substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. O artigo 44 do Código Penal dispõe que: “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.” Da análise dos autos, verifica-se que a pena aplicada ao Recorrente é inferior a quatro anos. Assim, considerando que Presentes os requisitos previstos artigo 44 do Código Penal, vez que o delito fora cometido sem violência e sem grave ameaça, e sendo a pena final inferior a quatro anos, deve ser reconhecido o direito subjetivo do réu de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Assim, substituo a pena privativa de liberdade do Apelante por duas penas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juízo da execução penal DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. De plano, verifica-se que o pleito de concessão do direito de recorrer em liberdade encontra-se prejudicado, porquanto já deferido em favor do Recorrente pelo juízo a quo no bojo da sentença condenatória. Diante do exposto, VOTO pelo CONHECIMENTO, REJEIÇÃO DA PRELIMINAR E PARCIAL PROVIMENTO do apelo interposto, para reformar o capítulo da sentença referente à terceira fase da dosimetria da pena, com a consequente aplicação da causa de diminuição



de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, totalizando a pena em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, sendo, cada dia-multa, o equivalente a 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato, sendo substituída por duas penas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo juízo da execução penal. Sala de Sessões, 13 de Setembro de 2022. Presidente Relator Procurador (a) de Justiça