

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500040-43.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: André de Souza Malaquias e outros Advogado (s): ANA THAIS KERNER DRUMMOND, MANUEL JOSE ALONSO GROBA JUNIOR APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): APELAÇÕES CRIMINAIS. DOIS APELANTES. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006). MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. RECURSO DO PRIMEIRO APELANTE: REDUÇÃO DA PENA-BASE. DESCABIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. EXCEÇÃO PARA O AFASTAMENTO, DE OFÍCIO, DA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DA CONDUTA SOCIAL POR FALTA DE ELEMENTOS NOS AUTOS, SEM ALTERAÇÃO DAS REPRIMENDAS DEFINITIVAS. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. ART. 29, § 1º, DO CP. INOCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO DECISIVA PARA A CONSUMAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DO SEGUNDO APELANTE: CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. ALEGAÇÃO DE ERRO DE CÁLCULO EM RAZÃO DE DIVERGÊNCIA ENTRE A FRAÇÃO NUMÉRICA E A FORMA POR EXTENSO. MERO ERRO MATERIAL SEM REPERCUSSÃO NA FRAÇÃO REDUTORA. PLEITO DE APLICAÇÃO EM SEU PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. 58.300 (CINQUENTA E OITO MIL E TREZENTOS GRAMAS) DE COCAÍNA. ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO DO QUANTUM. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS, E AFASTADA, DE OFÍCIO A VALORAÇÃO NEGATIVA DA CONDUTA SOCIAL DO PRIMEIRO APELANTE, SEM REPERCUSSÃO NA SANÇÃO. 1. Estando analisadas e sopesadas devidamente as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, a pena-base não merece redução, excepcionando-se a conduta social, em razão de não haver nos autos elementos aptos a embasar a sua valoração em desfavor do Apelante. 2. Considerando-se que foram imputadas ao primeiro Apelante as modalidades trazer consigo, transportar e ter em depósito as drogas apreendidas nestes autos, além de ser ele apontado como proprietário de tais entorpecentes e de ser fornecedor de drogas para facções criminosas, não se pode cogitar em participação considerada irrelevante. Ao contrário, a sua participação foi decisiva para a consumação do delito de associação e de tráfico de drogas. 3. Verifica-se não haver erro de cálculo na fração numérica colocada antes do símbolo de parênteses, mas na forma por extenso contida dentro dos parênteses. Ao afirmar que a considerável quantidade de entorpecente impediria uma redução maior de pena, a douta Julgadora decidiu pela fração mínima de 1/6, mas ao invés de escrever "(um sexto)", equivocou-se e registrou "(um terço)", certamente por uma falha de digitação ou aproveitando o texto de outra decisão, mantendo o que já estava escrito. Prova disso, é que a pena definitiva resultante da diminuição (04 anos e 02 meses) corresponde à redução de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base de 05 (cinco) anos. 4. O fato de o Acusado fazer jus ao benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 não obriga a sua aplicação no patamar máximo, tendo o julgador discricionariedade para aplicar a redução no patamar que entenda necessário e suficiente, segundo as peculiaridades de cada caso concreto. ACÓRDÃO

Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0500040.2019.8.05.0001, da Comarca de Salvador, sendo Apelantes ANDRÉ DE SOUZA MALAQUIAS e ADRIANO COSTA DOS SANTOS, e Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER e NEGAR PROVIMENTO aos Recursos de Apelação interpostos pelas Defesas dos dois Apelantes, afastando, de

ofício, a valoração negativa da conduta social do Primeiro Apelante, sem repercussão nas penas, na forma do Relatório e do Voto constantes dos autos, que integram este julgado. Salvador, . PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 2 de Junho de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500040-43.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: André de Souza Malaquias e outros Advogado (s): ANA THAIS KERNER DRUMMOND, MANUEL JOSE ALONSO GROBA JUNIOR APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s):

RELATÓRIO Narra a denúncia que no dia 22 de novembro de 2018, por volta das 10h, na Avenida Juscelino Kubitschek, 55, bairro Cajazeiras XI, na cidade de Salvador, os denunciados ANDRÉ DE SOUSA MALAQUIAS, ERICK BARROS MOURA SANTOS, ADRIANO COSTA DOS SANTOS e ADRIANA SILVEIRA BARROS foram encontrados na posse de 58.300g (cinquenta e oito quilos e trezentos gramas) de COCAÍNA, distribuídos em 49 (quarenta e nove) tabletes envoltos por material emborrachado preto e fita adesiva marrom, etiquetados com símbolo da “nick”, a mascote da Copa do Mundo de Futebol da Rússia 2018 e a palavra ZABIVAKA. Segundo consta dos autos, membros do Serviço de Investigação da 12ª DT, com a colaboração da Polícia Federal (Operação White), procuravam pelo traficante conhecido como “MALAQUIAS” (ANDRÉ DE SOUSA MALAQUIAS), quando receberam informações de que ele estaria prestes a apanhar grande quantidade de droga naquela localidade, sendo, então, iniciada uma campanha, que durou cerca de 48 horas e culminou com a captura dos denunciados e apreensão do material já mencionado. Consta que, no primeiro dia, os policiais avistaram o veículo Citroen C3, branco, placa OZH 2098 (de propriedade da Denunciada ADRIANA SILVEIRA BARROS) licenciado em Lauro de Freitas-BA, rondando de forma suspeita o endereço em questão, havendo seus ocupantes, no dia seguinte, acenado para o terceiro denunciado, ADRIANO COSTA DOS SANTOS, que aparentemente passeava com seu cão. Em seguida, realizada a abordagem do grupo, foi encontrado com o primeiro e terceiro denunciados, ANDRÉ DE SOUSA MALAQUIAS e ERICK BARROS MOURA SANTOS, um dos tabletes recolhidos, ao passo que no apartamento do terceiro denunciado, ADRIANO COSTA DOS SANTOS, mais especificamente no quarto de sua filha, foram encontrados os 48 (quarenta e oito) restantes, acondicionados em duas sacolas pretas. Ainda de acordo com os autos, o primeiro denunciado, ANDRÉ DE SOUSA MALAQUIAS, ao perceber a aproximação dos policiais, quebrou o seu aparelho celular, ao passo que o segundo, ERICK BARROS MOURA SANTOS, ao ser preso em flagrante, identificou-se com o nome de RAFAEL DE JESUS BARROS, mediante a apresentação de uma cédula de identidade falsa. Apurou-se, também, que a “guarda” do tóxico fora realizada a pedido de primeiro denunciado, ANDRÉ DE SOUSA MALAQUIAS, ao terceiro, ADRIANO COSTA DOS SANTOS, mediante o pagamento de R\$ 1.000 (um mil reais). O Ministério Público imputou a todos os Denunciados ANDRÉ DE SOUSA MALAQUIAS, ERICK BARROS MOURA SANTOS e ADRIANO COSTA DOS SANTOS os crimes previstos nos artigos 33, caput, e 35 da lei nº 11.343/06, c/c o art. 69, do CP, atribuindo à Denunciada ADRIANA SILVEIRA BARROS a prática da conduta tipificada no art. 35 da mencionada Lei, impondo, ainda, ao Denunciado ERICK BARROS MOURA SANTOS a prática dos delitos previstos nos arts. 304 e 307, c/c o art. 69, todos do CP, tendo este último o feito desmembrado. Recebida a denúncia em 17/05/2019 (fl. 221 dos autos digitais) e transcorrida a instrução processual, o douto Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal de Salvador, às fls. 402/415 dos autos digitais,

julgou procedente em parte a pretensão acusatória, para condenar ADRIANO COSTA DOS SANTOS e ANDRÉ DE SOUSA MALAQUIAS, como incurso nas sanções previstas artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, absolvendo-os, assim como também a Acusada ADRIANA SILVEIRA BARROS, relativamente ao crime tipificado no art. 35 da mesma Lei, na forma do art. 386, V, do CPP. Irresignados, os Sentenciados recorreram contra a Sentença prolatada, insurgindo-se, tão somente, quanto à dosimetria da pena. A Defesa de ANDRÉ DE SOUSA MALAQUIAS, em seu Recurso de Apelação às fls. 422/434 dos autos digitais, pugnou pela redução da pena-base, com o afastamento da valoração negativa da culpabilidade, e, ainda, pelo reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 29 § 1º do Código Penal. Requereu, também, a juntada do Atestado de Conduta Carcerária para comprovar que ele se encontrava preso à época da Sentença Condenatória. Por sua vez, a Defesa de ADRIANO COSTA DOS SANTOS, em seu Recurso de Apelação de fls. 446/457, requereu que a preliminar de mérito seja julgada procedente, reconhecendo-se erro de cálculo, para reduzir a pena aplicada de 5 (cinco) anos no patamar de 1/3 (um terço), tornando a pena definitiva em 03 (três) anos e 03 (três) meses, sendo modificado o regime para o aberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. No mérito, pleiteou seja aplicado o patamar máximo de redução de pena em decorrência da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Em contrarrazões apresentadas às fls. 529/549 dos autos digitais, o Ministério Público requereu o desprovimento dos Recursos interpostos. Abriu-se vista à Procuradoria de Justiça que, em parecer da lavra da Dra. Silvana Oliveira Almeida, manifestou-se pelo conhecimento e, no mérito, pelo desprovimento das Apelações interpostas pela Defesa (id 27141166). É o Relatório. Salvador/BA, 16 de maio de 2022. Desa. Nágila Maria Sales Brito Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500040-43.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: André de Souza Malaquias e outros Advogado (s): ANA THAIS KERNER DRUMMOND, MANUEL JOSE ALONSO GROBA JUNIOR APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): VOTO 1. PRESSUPOSTOS RECURSAIS DEVIDAMENTE CONFIGURADOS. CONHECIMENTO DOS RECURSOS DE APELAÇÃO. Do exame dos autos, verifica-se que a Sentença foi disponibilizada no DJE em 19/10/2020 (fl. 420, autos digitais), sendo o Acusado ANDRÉ DE SOUZA MALAQUIAS intimado em 03/11/2020 (fl. 441, autos digitais), enquanto ADRIANO COSTA DOS SANTOS fora intimado em 28/11/2020, com Recursos de Apelação interpostos em 28/11/2020 (fl. 443, autos digitais), restando comprovada a tempestividade de ambos. . Ante o preenchimento dos demais pressupostos recursais exigidos na hipótese vertente, impõe-se o conhecimento dos Recursos interpostos. 2. DO MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. Demonstração inequívoca da autoria e materialidade delitivas, em se tratando do crime de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Tanto a autoria como a materialidade delitivas resultaram corroboradas por meio da prova testemunhal e documentação colacionada ao feito (Laudo de Exame de Constatação à fl. 43, Laudo Pericial à fl. 321 e Laudo Pericial da arma às fls. 176/178, todos dos autos digitais), não tendo a Defesa se insurgido nesse aspecto. 2.1. RECURSO DE APELAÇÃO DE ANDRÉ DE SOUZA MALAQUIAS Com relação à dosimetria, recorreu o Apelante ANDRÉ, pretendendo o redimensionamento de suas reprimendas, sob a alegação de que a pena-base teria sido indevidamente exacerbada em razão da valoração negativa da culpabilidade,

requerendo, ainda, a incidência da causa de diminuição prevista no art. 29, § 1º, do Código Penal, por entender restar caracterizada, da sua parte, a participação de menor importância no delito. Levando-se em consideração o modelo trifásico de atribuição da penalidade, passa-se ao exame pormenorizado da situação em apreço. In casu, a Sentença proferida pela Magistrada a quo assim decidiu: “(...) O réu agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar; o réu é tecnicamente reincidente, pois possui condenação criminal transitada em julgado, por associação ao tráfico, perante a 2ª VT (processo n. 0347993-60.2014, fl. 3184), o que será considerado na segunda fase da aplicação da pena, em atenção ao bis in idem. Ademais, o acusado possui condenação, por tráfico de drogas e associação para o tráfico, na 3ª Vara de Tóxicos (autos n. 0551865-02.2014), sendo notório concluir a sua conduta voltada à prática de atividades ilícitas; poucos elementos foram coletados sobre sua personalidade; quanto à sua conduta social, os elementos presentes nos autos são desfavoráveis, pois o réu é apontado pelos policiais como um dos responsáveis pelo fornecimento das drogas para as facções criminosas; o motivo do delito é o desejo de obtenção de lucro fácil, o que já é punido pelo próprio tipo penal; as circunstâncias e consequências, por tudo quanto relatado nos autos, são desfavoráveis, à vista do conjunto de informações evidenciarem que o acusado age com certa estabilidade no comércio de entorpecentes; não se pode cogitar do comportamento da vítima; a quantidade de drogas foi expressiva (aproximadamente 58 kg de cocaína). Diante disso, conclui-se que o réu não faz jus à causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, pelo seu constante envolvimento com atividades criminosas. Ante a análise das circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, cada um no valor equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. (...)” 1ª fase: Do trecho anteriormente transcrito, diversamente do que aduz a Defesa, não houve a valoração em desfavor do Acusado da circunstância judicial da culpabilidade, tendo o Decisio considerado negativa a conduta social, as circunstâncias do crime e a quantidade de drogas. Convém esclarecer que a circunstância judicial atinente à conduta social abrange uma análise do comportamento do Acusado no meio em que vive, considerando os aspectos relacionados ao convívio social, familiar e laboral, inexistindo nos autos elementos suficientes para essa análise. Consabido que as circunstâncias do crime são elementos acidentais que não participam da estrutura própria de cada delito, mas que, embora estranhas à configuração típica, influem na quantidade da sanção. Entre tais circunstâncias, podem ser incluídos o lugar do crime, o tempo de sua duração, o objeto utilizado, as condições e o modo de agir do autor do fato, bem como a atitude assumida por este no decorrer da conduta delitiva. No caso concreto, a habitualidade no comércio de entorpecentes não integra a estrutura típica do tráfico de drogas, podendo ser considerada para majorar a pena-base. Com relação à conduta social, verifica-se que a Magistrada Sentenciante levou em consideração as informações prestadas pelos policiais de que o Acusado seria fornecedor de drogas para facções criminosas, e quanto às circunstâncias do crime, ponderou a sua estabilidade na traficância. Assim, por entender que os fundamentos utilizados para considerar desfavoráveis os dois vetores se confundem, configurando dupla valoração do mesmo fato, e por inexistirem nos autos elementos aptos a ensejar a valoração negativa da conduta social, afasto

este vetor, e mantenho as circunstâncias do crime. A Sentença exacerbou ainda a basilar do Apelante com base na expressiva quantidade de drogas apreendidas – 58.300g de cocaína –, consoante Auto de Exibição e Apreensão, Laudos de Exame de Constatação Provisório e Definitivo de Drogas (fls. 14, 43 e 31, autos digitais). Tal ponderação encontra-se de acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, tendo em vista que a quantidade e a natureza da droga apreendida são, inclusive, preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, inclusive em um patamar superior ao utilizado para as demais circunstâncias judiciais. Conclui-se, assim, pelo afastamento do vetor conduta social e pela manutenção da valoração negativa das circunstâncias do delito e da quantidade da droga apreendida. Adentrando no cálculo das penas, observa-se que, apesar de a Magistrada Sentenciante haver considerado negativas três circunstâncias judiciais, ao utilizar o critério 1/8 (um oitavo) para cada circunstância negativa – o que corresponde a 01 (um) anos e 03 (três) meses por circunstância –, exacerbou a pena tão somente em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, resultando a pena inicial de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, tendo o Apelante sido bastante beneficiado. Por tal razão, mantenho a pena-base imposta ao Apelante em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa. 2ª fase: A pena intermediária foi mantida nos patamares anteriores em razão da compensação da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, d, do CP, com a agravante da reincidência, constante do artigo 61, I, do CP. 3ª fase: Na fase final da dosimetria não fora reconhecida a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, em razão da evidente dedicação do Apelante à prática de atividades criminosas, principalmente o tráfico de drogas, sendo ele reincidente (processo n. 0347993-60.2014, fl. 3184), além de possuir outra condenação, por tráfico de drogas e associação para o tráfico (processo n. 0551865-02.2014). Nessa fase, reside o outro pleito recursal, visando ao reconhecimento da causa de diminuição referente à participação de menor importância prevista no artigo 29, § 1º, do Código Penal. Alegou a Defesa não restar comprovado que o Apelante fosse realmente o proprietário da droga apreendida, apegando-se para isso na sua absolvição pelo delito de associação para o tráfico, o que, segundo a Defesa, indicaria a menor participação do Apelante no crime em apuração. É consabido que a participação de menor importância preconizada no art. 29, § 1º, do Código Penal só é aplicável ao cúmplice ou ao partícipe, que pouco tomou parte na prática criminosa, e não para quem efetivou as ações, ou seja, participou ativamente na formação do delito. A propósito, sobre a participação de menor importância Júlio Fabrin Mirabete, enfatiza que (...) a pessoa colabora com o ilícito em ato penalmente indiferente em si, sem praticar ato de execução ou ter o domínio do fato (Código Penal Interpretado. São Paulo: Atlas, 2003, p. 264). Não assiste razão ao Apelante quanto à pretensão de reconhecimento da mencionada causa de diminuição, tendo em vista a sua efetiva participação na empreitada delitiva. Além de haver nos autos elementos suficientes que comprovam ser o Apelante o proprietário das drogas, no momento do flagrante, ele fora encontrado, juntamente com o Acusado ERICK BARROS MOURA SANTOS, em posse de um tablete de cocaína no carro em que estavam. Segundo a dinâmica dos fatos descrita nos autos, ficou clara a divisão de tarefas entre os coautores, consoante registrado na seguinte passagem da Sentença recorrida: Assim, verifica-se que o

acusado ADRIANO COSTA incorreu no tipo “guardar” ao passo que o acusado ANDRÉ MALAQUIAS a praticou nas modalidades “trazer consigo”, “transportar” e “ter em depósito”. Inobstante o acusado MALAQUIAS ter negado que havia drogas na mala do carro, a sua versão não deve prosperar, posto que a mesma diverge de todo o conjunto probatório juntado pela acusação, assim como dos depoimentos do acusado ADRIANO e dos relatos contraditórios do próprio réu, observando o seu escopo em fugir da responsabilidade penal. Depreende-se, em conformidade com as provas presentes nos autos, que as drogas encontradas na residência do acusado ADRIANO e apreendida no carro possuíam as mesmas características. Somado a isso, têm-se as informações colhidas pelos policiais, sendo, portanto, imperioso destacar que as drogas pertenciam ao acusado MALAQUIAS. A esse respeito, veja-se os seguintes entendimentos jurisprudenciais: (...) PENA. TRÁFICO DE DROGAS. MÍNIMO LEGAL. VETORIAL CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO DE OUTRAS SINGULARIDADES DO FATO. ALEGAÇÃO AFASTADA. PRECEDENTES. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. ART. 29, § 1º, DO CP. INOCORRÊNCIA. CONTRIBUIÇÃO DECISIVA PARA A CONSUMAÇÃO DOS CRIMES DE ASSOCIAÇÃO E TRÁFICO DE DROGAS. APROFUNDAMENTO DA DISCUSSÃO DA PARTICIPAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE EM SEDE DE RECUSO ESPECIAL. ÓBICE DA SÚMULA N. 07/STJ. IMPOSSIBILIDADE DE READEQUAÇÃO DA PENA DE MULTA FIXADA PARA OS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PROPORCIONALIDADE COM AS PENAS PRIVATIVA DE LIBERDADE. AUSÊNCIA DE CONDIÇÕES FINANCEIRAS. ÔNUS PROBATÓRIO NÃO SATISFEITO PELA RÉ. PERDÃO JUDICIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CABIMENTO. NECESSIDADE DE PREENCHIMENTO. REQUISITOS ART. 13, LEI N. 9.807/99. INOCORRÊNCIA. REVISÃO ENTENDIMENTO TRIBUNAL "A QUO". ÓBICE SÚMULA N. 07/STJ. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 15. Reconhecimento da participação de menor importância, prevista no art. 29, § 1º, do CP, afastado. Considerando-se ter a agravante emprestando seu endereço e auxiliado na recepção e guarda da droga, não pode ter sua participação considerada irrelevante, pelo contrário, contribuiu e foi decisiva para a consumação dos delitos de associação e de tráfico de drogas, não havendo falar, portanto, em participação de menor importância. (...). ( AgRg nos EDcl no REsp 1873472/PR, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 03/11/2021) PENAL. REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. Pretendida a redução da pena na primeira fase, afastando o aumento em razão da "natureza" da droga apreendida, bem como o reconhecimento da "participação de menor importância". Descabimento. 1. Redução da primeira fase da pena. Impossibilidade. Percentual de 1/6 para o aumento da basilar, com justificativa amparada pela lei (art. 42 da Lei de Drogas), respeitado o critério individualizador da pena. Comparação com os outros réus que não responderam pelo delito do art. 33, da Lei de Drogas, mas pelo art. 33, § 1º, I, da mesma lei. Mantido, assim o aumento efetuado. 2. Participação de menor importância. Inobservado. A prova dos autos indica sua participação de forma eficaz na execução e consumação do delito, assumindo papel de significativa importância para o sucesso da empreitada criminosa. Assim, por tais motivos, é responsável pelo resultado (entrega de drogas para terceiros, de forma associada), não importando se sua atuação foi menos intensa, o que, definitivamente, não ocorreu na hipótese em análise. Improcedência. (TJ-SP – RVCR: 00353777120198260000 SP 0035377-71.2019.8.26.0000, Relator: Alcides Malossi Junior, Data de Julgamento: 09/03/2022, 5º Grupo de Direito Criminal, Data de Publicação: 09/03/2022) Dessa forma, inviável o acolhimento da tese de participação de menor importância formulada pelo

Apelante ANDRÉ, sendo mantidas as suas reprimendas nos moldes estabelecidos pela Magistrada Sentenciante, em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Pena de Multa Com relação à pena de multa, mantenho-a em 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por guardar a devida proporcionalidade com a pena privativa de liberdade. Regime de Cumprimento de Pena Mantenho o regime no fechado, considerando o quantum da pena aplicado, e a reincidência, nos termos do que dispõe o art. 33, § 2º, a e § 3º do CP. Substituição da Pena Considerando que ao Acusado foi cominada a pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, verifica-se estar ausente o requisito previsto no inciso I do art. 44 do CP, motivo por que deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

2.2. RECURSO DE APELAÇÃO DE ADRIANO COSTA DOS SANTOS Em seu Recurso de Apelação de fls. 446/457, a Defesa do Apelante ADRIANO requereu que a preliminar de mérito seja julgada procedente, para que seja reconhecido erro de cálculo, reduzindo a pena inicial aplicada de 05 (cinco) anos no patamar de 1/3 (um terço), tornando a pena definitiva em 03 (três) anos e 03 (três) meses. No mérito, pleiteou seja aplicado o patamar máximo de redução de pena em decorrência da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, sendo modificado o regime para o aberto, substituindo-se a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Passemos, então, à análise do quanto pugnado pela Defesa.

2.2.1. DA PRELIMINAR DE MÉRITO. ALEGAÇÃO DE ERRO DE CÁLCULO. Aduziu a Defesa que ao Apelante ADRIANO foi reconhecida na Sentença a prática delitiva prevista no Art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, no patamar de 1/3 de diminuição da pena, dado que a quantidade de substância apreendida impediu a redução em seu grau máximo. Segundo a Defesa, apesar de o julgador de 1º grau haver determinado uma redução da pena de 1/3 (um terço), como se poderia observar na redação escrita na decisão, teria se equivocado – não modificando a fração de 1/6, colocada antes da escrita (um terço) –diminuindo a reprimenda em apenas 1/6 (um sexto) na terceira fase da dosimetria. No que tange à incidência da referida minorante, a Julgadora estabeleceu que “Presente a causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei 11343/06, reduzo a pena aplicada em 1/6 (um terço), em face da considerável quantidade de drogas impedir a redução em seu grau máximo”. Verifica-se, de fato, ter havido erro material na Sentença recorrida. Entretanto, a incorreção não está na fração numérica colocada antes do símbolo de parênteses, mas na forma por extenso contida dentro dos parênteses. Em outras palavras, ao afirmar que a considerável quantidade de entorpecente impediria uma redução maior de pena, a douta Julgadora decidiu pela fração mínima de 1/6, mas ao invés de escrever “(um sexto)”, equivocou-se e registrou “(um terço)”, provavelmente por falha de digitação ou aproveitando o texto de outra decisão, mantendo o que já estava escrito. Prova disso, é que o quantum de pena resultante da diminuição – 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses – corresponde à redução de 1/6 (um sexto) sobre a pena-base de 05 (cinco) anos. Desse modo, corrijo o erro material constante na Sentença para que, na terceira fase da dosimetria, com relação à incidência do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, onde se lê 1/6 (um terço), leia-se 1/6 (um sexto).

2.1.1. ELEVAÇÃO DO PATAMAR DE REDUÇÃO DA PENA EM RAZÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 A Defesa do Apelante ADRIANO discorda da fundamentação empregada pela Magistrada de 1º grau para a não utilização do patamar de 2/3 (dois terços) para a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006. Aduziu que por suas

condições pessoais favoráveis, o Apelante faz jus ao máximo de redução de pena em decorrência da aludida causa de diminuição. Da leitura da Sentença, verifica-se que o douto julgador aplicou a causa de diminuição referente ao tráfico privilegiado na fração de 1/6 (um sexto), fundamentando a sua escolha em razão da excessiva quantidade de droga apreendida, correspondente a mais de 58 (cinquenta e oito) quilos de cocaína. Como é sabido, o legislador previu apenas os pressupostos para a incidência do referido benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, devendo ser consideradas as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, a natureza e a quantidade da droga, a personalidade e a conduta social do agente. Dessarte, a referida causa de diminuição de pena pode ser afastada ou aplicada em patamar mínimo na hipótese de as drogas serem consideráveis, dado que se consideraria o agente em dedicação à atividade criminosa. No caso concreto, a Magistrada Sentenciante considerou a forma privilegiada do delito e reduziu a pena em 1/6 (um sexto), por considerar que a quantidade e a natureza da droga apreendida era expressiva – 58.300 (cinquenta e oito mil e trezentos) gramas de cocaína, fracionados em 49 (quarenta e nove) tabletes –, impossibilitado, assim, a aplicação do redutor de pena em 2/3 (dois terços), como pretende o Apelante. Acerca da fixação do patamar atribuído à referida minorante, a Doutrina leciona: Como a aplicação da minorante depende da presença cumulativa de todos esses requisitos, é evidente que o preenchimento desses pressupostos, por si só, não autoriza a aplicação da causa de diminuição em seu patamar máximo. Fosse assim, toda vez que o acusado fizesse jus ao benefício legal por preencher todos os 4 (quatro) requisitos, a causa de diminuição de pena seria aplicada no máximo legal – 2/3 (dois terços), tornando inócua a previsão legal de um patamar mínimo e máximo. Por isso, o quantum de diminuição deve ser fixado pelo magistrado com base em critérios diversos daqueles necessários para a aplicação da minorante.(...) 1 Para fins de determinar o quantum de diminuição de pena, o juiz deve se valer dos critérios constantes no art. 42 da Lei de Drogas – natureza e quantidade da droga, personalidade e conduta social do agente –, tendo plena autonomia para aplicar a redução no quantum reputado adequado de acordo com as peculiaridades do caso concreto, desde que o faça de maneira fundamentada. Nesse sentido, colaciona-se entendimento do Superior Tribunal de Justiça: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CULPABILIDADE. PARTICIPAÇÃO DO RÉU NO COMÉRCIO ILÍCITO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. PREPONDERÂNCIA DO ARTIGO 42 DA LEI 11.343/2006 SOBRE O ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL CP. AUMENTO PROPORCIONAL E JUSTIFICADO. FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELO PRIVILÉGIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI ANTIDROGAS. PATAMAR DE 1/6 ESTABELECIDO. REVISÃO DO QUANTUM DE DIMINUIÇÃO DA PENA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA (3KG DE CRACK). PATAMAR DE REDUÇÃO DA PENA E CONFISSÃO DO PACIENTE. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. REEXAME DE PROVAS. DETRAÇÃO PENAL. MATÉRIA NÃO ANALISADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 2. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte, firme no sentido de que na escolha do quantum de redução da pena (art. 33, § 4º), o juiz deve levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida, a teor do art. 42 da Lei Anti drogas. No caso, não há ilegalidade na fixação da fração mínima de 1/6 em razão da quantidade e natureza da droga. 3. Ademais, a reforma do entendimento da instância ordinária quanto ao



patamar de redução da pena e à alegada confissão do paciente constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito. 4. O tema referente à detração penal não foi submetido a debate na instância ordinária, sendo que este Tribunal Superior encontra-se impedido de pronunciar-se a respeito, sob pena de indevida supressão de instância. 5. Agravo regimental desprovido. ( AgRg no HC 613.445/PE, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2021, DJe 30/04/2021).

Considerando que a aplicação do patamar mínimo de 1/6 (um sexto) referente ao reconhecimento do tráfico privilegiado, encontra fundamento na natureza e quantidade de drogas, mantenho a referida redução. Assim, tendo em vista que apesar de reconhecer como negativa a circunstância judicial relacionada à quantidade de droga, a julgadora a quo não elevou a pena-base, fixando-a em 05 (cinco) anos. Por inexistirem atenuantes ou agravantes, a pena intermediária fica estabelecida nos moldes anteriores, sobre os quais incide a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, resultando na pena privativa de liberdade de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão. Pena de Multa Com relação à pena de multa, mantenho-a em 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, por guardar a devida proporcionalidade com a pena privativa de liberdade.

Regime de Cumprimento de Pena Mantenho o regime no semiaberto, considerando o quantum da pena aplicado, nos termos do que dispõe o art. 33, § 2º, b, do CP.

Substituição da Pena Descabe a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, em razão do quantum de pena estabelecido ser superior e 04 (quatro) anos, estando ausente, assim, o requisito previsto no inciso I do art. 44 do CP.

CONCLUSÃO Ante o exposto, CONHEÇO dos Recursos de Apelação, para; 1) NEGAR PROVIMENTO ao Recurso interposto pelo Apelante ANDRÉ DE SOUZA MALAQUIAS, e afastar, de ofício, a valoração negativa da conduta social, mantendo suas penas definitivas em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos; 2) NEGAR PROVIMENTO ao Recurso manejado pelo Apelante ADRIANO COSTA DOS SANTOS, mantendo as suas sanções em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Por fim, corrijo a passagem da Sentença que trata da incidência da causa de diminuição de pena do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06, para que onde se lê "1/6 (um terço)", leia-se "1/6 (um sexto)", sendo mantidos os demais termos da Decisão recorrida.

1 LIMA, Renato Brasileiro de, Legislação Criminal Especial Comentada: volume único, 4ª ed. rev., atual. e ampl., Salvador: Jus PODIVM, 2016, p.761). Salvador/BA, 16 de maio de 2022. Desa. Nágila Maria Sales Brito Relatora