

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700280-34.2021.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: e outros (3) Advogado (s): , APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELAÇÃO CRIMINAL. QUATRO APELANTES. TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006). FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PENA-BASE JÁ FIXADA NO MÍNIMO LEGAL PARA ALGUNS DOS APELANTES. IMPOSSIBILIDADE PARA AQUELES EM QUE HÁ CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS, DEVENDO A PENA-BASE SER FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA MENORIDADE PARA UM DOS APELANTES. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. APLICAÇÃO DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006 PARA UM DOS APELANTES, NÃO APLICADO NA SENTENÇA. CABIMENTO. AÇÕES PENAS EM CURSO NÃO AFASTAM O TRÁFICO PRIVILEGIADO. ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REDUÇÃO DA PENA APLICADA A ESTE APELANTE. PARA DOIS OUTROS APELANTES, MANUTENÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO) FUNDAMENTADA NA NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. PARA O QUARTO APELANTE, NÃO APLICADO O TRÁFICO PRIVILEGIADO EM RAZÃO DA NÃO PRIMARIEDADE. REGIME MAIS FAVORÁVEL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA APLICADA SUPERIOR A QUATRO ANOS (ARTS. 33, § 2º, 'b', E 44, AMBOS DO CP). INVIABILIDADE DE CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE PARA DOIS DOS APELANTES. SUBSISTÊNCIA DOS MOTIVOS QUE ENSEJARAM A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. NÃO CONHECIMENTO DO PLEITO EM RELAÇÃO AOS OUTROS DOIS APELANTES. DIREITO CONCEDIDO EM SENTENÇA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. DOIS RECURSOS CONHECIDOS EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDOS. UM RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE, E UM RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A jurisprudência é firme no sentido de que a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado, e desde que respeitados os elementos constantes dos autos e as peculiaridades do caso concreto. 2. Neste caso, atenta às diretrizes do art. 59 do CP e do art. 42 da Lei de Drogas, a Magistrada sentenciante, considerando a natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, exasperou a pena-base de dois Acusados, não havendo qualquer ilegalidade no referido fundamento, uma vez que proporcional e adequado ao caso. Precedentes do STJ. 3. Para outros dois Apelantes, o critério da natureza e quantidade da droga foi utilizado para modular a fração na aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. 4. Descabida a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, quando ausente um dos requisitos previstos no mencionado dispositivo legal. 5. Conforme entendimento do STJ, não é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso, para formação da convicção de que o Réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. 6. Embora a natureza e a quantidade da droga seja circunstância hábil à exasperação da pena nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06, a sua utilização em mais de uma fase da dosimetria da pena importa em indevido bis in idem. 7. No caso dos autos, considerando a quantidade, natureza, variedade das drogas apreendidas (4.780g de maconha e 22,80g de cocaína) e, ainda, diante da alta nocividade do entorpecente "cocaína", a causa especial de diminuição do tráfico de drogas deve incidir na fração mínima de 1/6, como aplicado pela Magistrada sentenciante, excluindo-se, em relação a um dos Apelantes, a exasperação da reprimenda basilar sob o mesmo fundamento, com deslocamento para a terceira fase da dosimetria. 8. Nos termos do art. 33, § 2º, 'b', do CP, fixa-se o regime semiaberto para

o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, ao condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 08 (oito), como é o caso de três Apelantes, em que a pena definitiva restou fixada em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, associada à pena pecuniária de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa. Em relação ao outro Apelante, embora a pena definitiva tenha sido fixada em 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, associada à pena pecuniária de 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa, por ser reincidente, o regime inicial de cumprimento de pena foi estabelecido no fechado. 9. Não preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do CP, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 10. Não se concede o direito de recorrer em liberdade a réu que permaneceu preso durante toda a instrução do processo, quando ainda subsistem os motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva, constituindo a manutenção da prisão, neste caso, um dos efeitos da respectiva condenação. ACÓRDÃO Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0700280-34.2021.8.05.0080 da Comarca de Feira de Santana, sendo Apelantes , , e , e Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. 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 PARCIALMENTE e, nessa extensão, NEGAR PROVIMENTO aos Recursos de Apelação interpostos por e , CONHECER e DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso interposto por , e CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao Recurso interposto por , na forma do Relatório e do Voto constantes dos autos, que integram este julgado. Salvador, data registrada pelo sistema. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 15 de Dezembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700280-34.2021.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: e outros (3) Advogado (s): , APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Cuida-se de Ação Penal movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA em face de , , , e , imputando-lhes a prática da conduta tipificada no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 (id 23983758). Narra a inicial acusatória que no dia 01 de fevereiro de 2021, em horário não informado, prepostos da Polícia Militar, promovendo rondas de rotina na Avenida Maria Quitéria, no município de Feira de Santana, receberam informes de que na Rua João Durval, bairro Queimadinha, no fundo da casa de evento Mega Fest, em um terreno onde funcionava uma fábrica de reciclagem, estaria ocorrendo o comércio ilegal de entorpecentes. Adotada as diligências necessárias, os policiais se deslocaram até o local declinado, oportunidade em que identificaram , vulgo "REGI", na porta da fábrica de reciclagem. Após varredura no terreno, foi encontrada uma barraca rústica, feita de papelão, na qual se encontravam os demais Denunciados embalando buchas de maconha, sendo identificadas 424 (quatrocentas e vinte e quatro) buchas de maconha embaladas e prontas para a venda, 05 (cinco) porções em forma de tabletas e 03 (três) sacos contendo porções de maconha prensada, 01 (uma) máquina de cartão, 02 (duas) balanças eletrônicas e a quantia de R\$ 263,00 (duzentos e sessenta e três reais), tendo o laudo de constatação preliminar de id 23983759, fls. 28/29, apontado que foram apreendidas 4.780g (quatro mil, setecentos e oitenta gramas) de maconha e 22,80g (vinte e dois gramas e oitenta centigramas) de cocaína. A denúncia foi recebida em 12/03/2021 (id 23983806). Transcorrida a instrução processual,

a MM. Juíza de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Feira de Santana julgou procedente a denúncia e condenou , , , e , pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, fixando-lhes as seguintes penas: 1) , em 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, além de 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa; 2) , em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, além de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa; 3) , em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa; 4) , em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa e 5) , em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa. Ao final, concedeu aos Acusados CLEBSON e o direito de recorrer em liberdade e manteve a prisão dos demais. Irresignados, os Acusados , , E , interpuseram Recursos de Apelação (id's 23983890, 23983895, 23983894 e 23983895), com as razões apresentadas, respectivamente, nos id's 23983890, 28000440, 28244737 e 28250184. Em suas razões recursais, os Apelantes pugnam pelo redimensionamento da pena a eles aplicada, em especial no que diz respeito à pena-base, aduzindo que esta deveria ter sido aplicada no mínimo legal. Pugnam, ainda, pelo reconhecimento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 na fração máxima, a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais favorável, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a concessão do direito de recorrer em liberdade. Em contrarrazões apresentadas nos id's 23983921 e 36332774, o Ministério Público requer sejam os Recursos julgados desprovidos. Abriu-se vista à Procuradoria de Justiça que opinou, no id 36530076, em parecer da lavra da Procuradora de Justiça , pelo conhecimento dos Recursos interpostos e provimento parcial do Recurso de Apelação de , para que seja aplicada em seu favor a causa de diminuição relativa à figura do tráfico privilegiado, conservando-se a sentença condenatória em seus demais termos no que se refere aos demais Recorrentes. É o Relatório. Salvador/BA, 28 de novembro de 2022. Desa. Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700280-34.2021.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: e outros (3) Advogado (s): , APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO 1. PRESSUPOSTOS RECURSAIS Do exame dos autos, percebe-se que os Advogados dos foram intimados do teor da sentença por meio de publicação disponibilizada no DJE, no dia 09/09/2021, com início do prazo em 13/09/2021. Os Acusados WELLINGTON e foram pessoalmente intimados no dia 25/08/2021 (id's 23983896/897 e 23983905/906), , no dia 09/09/2021 (id's 23983909/910) e , no dia 17/09/2021 (id's 23983913/914). O Recurso de Apelação de CLEBSON foi interposto em 30/08/2021 (id 23983890) e os Recursos de , , no dia 31/08/2021 (id's 23983893/895), restando assentada as suas tempestividades. Ante o preenchimento dos demais pressupostos recursais exigidos na hipótese vertente, impõe-se o conhecimento dos Recursos interpostos. 2. DA ANÁLISE DO MÉRITO Trata-se do cometimento, pelos Apelantes, do delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Tanto a autoria quanto a materialidade delitivas resultaram corroboradas por meio da prova testemunhal e documentação colacionada ao feito, não tendo a Defesa se insurgido nesse aspecto. Com relação à dosimetria da pena, entretanto, insurgiu-se a Defesa, requerendo o seguinte: , pugna pela aplicação da atenuante da menoridade relativa, com redução da pena aquém do mínimo legal, afastando a Súmula 231 do STJ. Na terceira fase da dosimetria, requer a aplicação do § 4º do art. 33 da

Lei nº 11.343/2006 no patamar máximo. Subsidiariamente, sendo o caso de a pena ser fixada igual ou inferior a 04 (quatro) anos, roga pela substituição da privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44, inciso I, do CP. Por fim, pede que lhe seja o direito de permanecer recorrendo em liberdade. , requer a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 no patamar máximo, em face do cumprimento dos requisitos necessários, bem como regime prisional mais favorável, e ainda, em caso de possibilidade, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Por fim, requer que lhe seja garantido o direito de recorrer em liberdade. , requer a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 no patamar máximo, em face do cumprimento dos requisitos necessários, bem como regime prisional mais favorável, e ainda, em caso de possibilidade, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Por fim, requer que lhe seja garantido o direito de recorrer em liberdade. Passemos, então, à análise do quanto pugnado pela Defesa.

2.1. DA DOSIMETRIA DA PENA Em análise da fundamentação utilizada pela Juíza sentenciante, verifica-se que em nada deve ser reformada a sentença proferida nesse aspecto, já que obedeceu aos critérios fixados pelo Código Penal.

1ª Fase. A pena-base foi fixada no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

2ª Fase. Ausentes quaisquer das agravantes e presente a atenuante prevista no art. 65, inciso I, do CP, por ser o Apelante menor de vinte e um anos na data do fato, restou demonstrada a inviabilidade da aplicação de tal circunstância, uma vez que a pena-base foi fixada no mínimo legal, incidindo o teor da Súmula 231 do STJ, in verbis: “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.” Comungando do mesmo entendimento, mantenho a pena intermediária em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

3ª Fase. Cabe analisar, em razão da insurgência da Defesa, a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. A Juíza sentenciante, com relação à mencionada minorante, considerando a quantidade, variedade e natureza das drogas apreendidas, aplicou a redução no patamar mínimo de 1/6 (um sexto), tornando a pena definitiva em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos. É certo que o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da mencionada Lei. “Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.” (STJ – HC: 714579 SP 2021/0405001-1, Relator: Ministro (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), Data de Publicação: DJ 15/03/2022). Na hipótese, a natureza, quantidade e variedade das drogas apreendidas (4.780g de maconha e 22,80g de cocaína)

permitem a modulação de incidência da causa de diminuição, sendo adequada ao caso a fração de 1/6 adotada na sentença, com atenção aos vetores do art. 42 da Lei nº 11.343/2006. No mesmo sentido, o STJ: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Deve ser mantida a decisão agravada, pois a pena-base foi fixada no mínimo legal para evitar que a quantidade da droga fosse sopesada na primeira e terceira fases da dosimetria, sob pena de bis in idem, optando-se por valorar a referida circunstância apenas na última etapa da dosagem da pena. Assim, a quantidade da droga apreendida – aproximadamente 297g (duzentos e noventa e sete gramas) de cocaína –, embora não possa isoladamente afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente modular seu quantum em 1/2. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp: 1964894 SP 2021/0289706–7, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 15/02/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/02/2022). "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE APLICADA NO PATAMAR DE 1/6. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 é expresso 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 Antidrogas" (AgRg no HC 591.508/SC, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 02/02/2021, DJe em 08/02/2021). 2. Com base na quantidade e na natureza da droga apreendida, encontra-se perfeitamente proporcional e cabível no caso em tela, a diminuição da pena na fração de 1/6 (um sexto), em razão do reconhecimento do tráfico privilegiado. 3. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 1749949/SP, Rel. Ministra , SEXTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 25/06/2021). Assim, mantenho a pena definitiva fixada em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Mantenho também o regime inicial de cumprimento de pena no semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, 'b', do CP. Não preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, é descabida a substituição da pena privativa de liberdade imposta ao Apelante, por restritivas de direitos. Em análise da fundamentação utilizada pela Juíza sentenciante, verifica-se que em nada deve ser reformada a dosimetria aplicada a esse Apelante, já que obedeceu aos critérios fixados pelo Código Penal. 1ª Fase. A pena-base foi fixada no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. 2ª Fase. Ausentes atenuantes e agravantes, manteve, como intermediária, a pena-base fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. 3ª Fase. Utilizando da mesma fundamentação apresentada ao corrêu , e aplicada a fração de 1/6 para a causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, mantenho a pena definitiva em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Mantenho também o regime inicial de cumprimento de pena no semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, 'b', do CP. Não preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, é descabida a substituição da pena privativa de liberdade imposta ao Apelante, por restritivas de direitos. 1ª Fase. A pena-base foi fixada acima do mínimo legal, em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão,

além de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, considerando a natureza e quantidade de drogas apreendidas, além da variedade das substâncias, circunstâncias que preponderam sobre o art. 59 do CP, nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06, e justificam a exasperação da pena-base. 2ª Fase. Ausentes quaisquer das atenuantes e presente a agravante da reincidência específica (ação penal nº 0506312-44.2018.805.0080), foi a reprimenda exasperada em 1/6, tornando a pena intermediária em 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, além de 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa. 3ª Fase. É incabível o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, em razão de ser o réu reincidente, nos termos do mencionado dispositivo legal. Mantenho a pena definitiva fixada na sentença, para este Acusado, em 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, além de 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa, cada dia à base de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. O regime inicial de cumprimento de pena deve ser o fechado, como aplicado na sentença, em razão da reincidência (art. 33, § 2º do CP). Não preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, é descabida a substituição da pena privativa de liberdade imposta ao Apelante, por restritivas de direitos. Na hipótese, a Magistrada sentenciante majorou a pena-base, fundamentando na natureza, quantidade e variedade da droga, e afastou a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, em razão de o Acusado responder a outras ações penais. É certo que o artigo 42 da Lei nº 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da mencionada Lei. Com relação à referida causa de diminuição de pena, até pouco tempo atrás, os Tribunais Superiores admitiam a utilização de ações penais em curso para caracterizar a dedicação à atividade criminosa e, portanto, rechaçar o benefício do tráfico privilegiado. Recentemente, no entanto, esse entendimento foi revisado, primeiro pelo Supremo Tribunal Federal e, em seguida, alinhando-se à Suprema Corte, o Superior Tribunal de Justiça adotou a mesma linha de inteligência não mais admitindo o afastamento da figura do tráfico privilegiado com base exclusivamente em ações penais em curso, sob pena de violação ao princípio da não culpabilidade. A seguir, os precedentes das Cortes Superiores: GRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIMINAL. INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE. RE 591.054-RG/SC. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. Precedente. II – A aplicação da 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. III – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – RE 1.283.996 AgR/DF, Rel. Min. , T2, j. 11/11/2020 e p. 03/12/2020). (Grifos acrescidos). PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. TRÁFICO PRIVILEGIADO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA QUE NÃO PODE SER AFASTADA APENAS

COM BASE NO FATO DO SENTENCIADO POSSUIR AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. No acórdão paradigma, consignou-se que ações penais em andamento justificam, de forma idônea, o afastamento do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. 2. No acórdão embargado, por seu turno, adotou-se posicionamento contrário, em razão de precedentes de ambas as Turmas do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ? STF considerarem inidôneo o afastamento da referida causa de diminuição de pena com base apenas em ações penais em andamento, em atenção ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. 3. Consoante precedentes, verifica-se nesta Corte a adesão ao posicionamento advindo do STF, ou seja, a existência de ações penais em andamento não justifica a conclusão de que o sentenciado se dedica às atividades criminosas para fins de obstar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. 4. Agravo Regimental desprovido. (AgRg nos EAREsp 1.852.098/AM, S3, j. 27/10/2021 e p. 03/11/2021); (Grifamos). AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REFORMA DO ACÓRDÃO. ACOLHIMENTO DO PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTO INIDÔNEO ADOTADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS PARA AFASTAR A REDUTORA DE PENA. CRIMES DO ART. 28 DA LEI ANTIDROGAS E DO ART. 14 DA LEI N. 10.826/03 PRATICADOS PELO PRIMEIRO PACIENTE. UMA MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO APREENDIDA. DESVINCULAÇÃO DA CONDUTA DO CONTEXTO DE TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi negada pelas instâncias ordinárias em razão unicamente da existência de ações penais em curso, o que não é mais admitido pela jurisprudência desta Corte. 2. Entendimento do Supremo Tribunal Federal de "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 , Segunda Turma, julgado em 11/11/2020). Posicionamento adotado também pela Sexta Turma deste Tribunal Superior"(HC 664.284/ES, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, DJe 27/9/2021). (...) (AgRg no AgRg no HC 667.899/RS, Rel. Min. , T5, j. 08/03/2022 e p. 14/03/2022) Neste caso, percebe-se que, além dos processos penais em curso, não há outros elementos concretos a indicar a dedicação à atividade criminosa do Acusado, tampouco a sua participação em organização criminosa, razão por que deve ser aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Reconhecida a incidência da mencionada causa de diminuição de pena, entendo que a natureza e quantidade da droga deve ser aplicada somente para dosar a pena na primeira fase ou para fixação do patamar de redução à causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, a fim de não ser caracterizado o bis in idem. Na hipótese, para que não ocorra bis in idem e dentro de um juízo de discricionariedade, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, afasto a negativação operada na sentença quanto à natureza e quantidade da droga na primeira fase, passando a sua utilização para fixação do patamar de redução na terceira fase da dosimetria da pena, como realizado pela Juíza a quo aos demais Acusados, no patamar de 1/6, consoante fundamentação apresentada ao corrêu . No que tange ao deslocamento do fundamento da natureza e quantidade da droga para a terceira fase da dosimetria, assim vem decidindo os Tribunais Pátrios: E M

E N T A – APELAÇÕES CRIMINAIS DA DEFESA – PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA – REJEITADA – INOCORRÊNCIA DE JULGAMENTO CITRA PETITA – TESES DE DEFESA INTEGRALMENTE APRECIADAS – ALEGAÇÃO DE NULIDADE DE PROVA POR OFENSA À INVIOABILIDADE DO SIGILO TELEFÔNICO E DA INTIMIDADE – MATÉRIA QUE CON CERNE AO MÉRITO – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO – NÃO ACOLHIMENTO – TRAFICÂNCIA COMPROVADA – CONJUNTO PROBATÓRIO ROBUSTO – PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE – POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL – CONDUTA SOCIAL MAL VALORADA – DESLOCAMENTO DO FUNDAMENTO DA NATUREZA DA DROGA PARA A TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA – PEDIDO DE AUMENTO DO PATAMAR DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO EVENTUAL – VIABILIDADE, EMBORA NÃO PARA O MÁXIMO – NATUREZA DESABONADORA DA DROGA – EXCLUSÃO DA PENA DE MULTA – INVIABILIDADE – REPRIMENDA PREVISTA NO PRECEITO SECUNDÁRIO DO TIPO PENAL – OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE – RECURSOS PARCIALMENTE PROVIDOS E, DE OFÍCIO, ESTENDIDOS CRITÉRIOS DA READEQUAÇÃO DE DOSIMETRIA PARA O CORRÉU E RECONHECIDA NULIDADE TÓPICA DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO QUANTO A DESTINAÇÃO DE BEM APREENDIDO. I – Não houve julgamento citra petita, pois o Juiz não está obrigado a refutar expressamente cada uma das teses ou provas aventadas pela defesa, bastando que, pela fundamentação exposta, seja possível inferir quais pretensões foram acolhidas ou rejeitadas. II – A alegada ofensa à inviolabilidade do sigilo telefônico e da intimidade confunde-se com a matéria de fundo, devendo, assim, ser apreciada juntamente com o mérito do recurso. III – Não há falar em absolvição, quando presentes nos autos provas suficientes para a demonstração da materialidade e da autoria delitivas, por meio dos depoimentos das testemunhas (e informantes) e confissão extrajudicial dos réus, respaldados pelas circunstâncias do fato concreto. IV – Conforme entendimento pacífico do e. STJ, o acesso aos dados, mensagens ou imagens armazenados em aparelho de telefone celular apreendido pela autoridade policial é capaz de representar ofensa à garantia da inviolabilidade das comunicações ou da intimidade, todavia essa circunstância, por si só, não representa mácula processual capaz de ensejar eventual nulidade no presente caso, pois o acesso aos dados contidos no dispositivo eletrônico incriminariam apenas um adolescente (e não os réus). De todo modo, as provas que embasam a condenação foram obtidas de fontes distintas e totalmente independentes. V – Se o conjunto probatório é suficiente e harmônico no sentido de que a droga não era destinada ao consumo pessoal do réu, mas sim, à circulação na forma do art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06, resta devidamente comprovado o crime de tráfico, não havendo falar em desclassificação para o delito de posse para uso próprio. VI – A circunstância judicial da conduta social, subentendida como o comportamento do condenado no meio familiar, na vizinhança ou no ambiente de trabalho, não pode ser considerada desfavorável pelo fato de o réu não possuir trabalho lícito. Isso porque a falta de emprego, diante da realidade social brasileira, não pode ser considerado algo tencionado. VII – Embora a natureza e a quantidade da droga seja circunstância hábil à exasperação da pena nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, a sua utilização em mais de uma fase da dosimetria da pena importa em indevido bis in idem. VIII – Diante da alta nocividade da droga apreendida (cocaína), a causa especial de diminuição do tráfico eventual deve incidir na fração intermediária de 1/2, excluindo-se, outrossim, a exasperação da reprimenda basilar sob o mesmo fundamento. IX – Embora a pena tenha ficado abaixo de 4 anos de reclusão, diante da natureza acentuadamente desabonadora da droga apreendida, além do envolvimento de adolescentes no crime, mantém-se o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena.



X – A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos é inviável se essas mesmas circunstâncias indicam que a medida não é socialmente recomendada e é insuficiente para a prevenção e reprovação do crime. XI – Nos termos do art. 63 da Lei 11.343/2006, a destinação de bem apreendido não se trata de uma opção, mas uma imposição legal. Assim, verificada a omissão do Juízo a quo quanto ao ponto, deve ser declarada a nulidade tópica da sentença. XII – Recursos da defesa parcialmente providos, em parte com o parecer. De ofício, estendidos critérios da readequação de dosimetria para o corrêu e declarada nulidade tópica da sentença. (TJ-MS – APL: 00005091820168120047 MS 0000509-18.2016.8.12.0047, Relator: Des. , Data de Julgamento: 21/03/2019, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 22/03/2019). (Grifamos). Desse modo, fixo a pena nos seguinte termos: 1ª Fase. A pena-base, no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. 2ª Fase. Ausentes atenuantes e agravantes, mantenho, como intermediária, a pena-base fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. 3ª Fase. Utilizando da mesma fundamentação apresentada ao corrêu , aplico a fração de 1/6 para a causa de diminuição prevista no § 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, tornando a pena definitiva em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, cadadia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Mantenho o regime inicial de cumprimento de pena no semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, 'b', do CP. Não preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, é descabida a substituição da pena privativa de liberdade imposta ao Apelante, por restritivas de direitos. DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE Concedido na sentença primeva, aos e , o direito de recorrer em liberdade, não conheço deste pedido em relação aos referidos Apelantes, por ausência de interesse recursal. No tocante aos e , não há fatos novos capazes de autorizar a devolução dos seus status libertatis, mantendo-se, portanto, os mesmos motivos que embasaram a decretação da custódia cautelar, autorizando, assim, a negativa do direito de os Acusados aguardarem em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, como bem fundamentado pela Magistrada a quo na sentença condenatória, in verbis: “No caso dos autos, permanecem hígidos os fundamentos apontados no decreto prisional em face de parte dos denunciados, inexistindo elementos aptos a alterar o panorama nele exposto, consoante inteligência do art. 316, primeira parte, do CPP. Com efeito, há risco de reiteração delitiva tendo em conta que o réu tem contra si condenação transitada em julgado por crime de tráfico de drogas (AP n. 0506312-44.2018.8.05.0080); o denunciado responde a três ações penais em trâmite nesta Comarca (APs nº 0511542-04.2017.805.0080; nº 0302484-63.2014.805.0080 e nº 0310851-13.2013.805.0080), sendo duas delas, inclusive, por suposta prática de tráfico de drogas; e o acusado responde a procedimentos para apuração de atos infracionais, sendo um deles por fato análogo a homicídio qualificado (autos n. 0501111-03.2020.8.05.0080). Tais circunstâncias revelam a periculosidade social dos agentes e a necessidade de resguardar a ordem pública. Assim, deixo de conceder aos referidos réus o direito de apelar em liberdade.” Importante ressaltar que embora tenha a Magistrada a quo aduzido que responde a três ações penais em trâmite naquela Comarca (APs nº 0511542-04.2017.805.0080; nº 0302484-63.2014.805.0080 e nº 0310851-13.2013.805.0080), somente uma permanece em trâmite, tendo as outras duas sido baixadas em decorrência do advento da prescrição. Deve ser destacado, nesse passo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para o qual a prisão preventiva deve ser

mantida, nos casos em que subsistem os motivos que ensejaram a sua decretação: “Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a manutenção da custódia cautelar no momento da sentença condenatória, em hipóteses em que o acusado permaneceu preso durante toda a instrução criminal, não requer fundamentação exaustiva, sendo suficiente, para a satisfação do art. 387, § 1.º, do Código de Processo Penal, declinar que permanecem inalterados os motivos que levaram à decretação da medida extrema em um primeiro momento, desde que estejam, de fato, preenchidos os requisitos legais do art. 312 do mesmo diploma.” (STJ – HC: 605306 SP 2020/0203822-1, Relator: Ministra , Data de Publicação: DJ 20/08/2020). Assim, neste caso, não há constrangimento ilegal, devendo os Apelantes ser mantidos recolhidos enquanto aguardam o julgamento do recurso. CONCLUSÃO Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE e, nessa extensão, NEGO PROVIMENTO aos Recursos de Apelação interpostos por e , CONHEÇO e NEGO PROVIMENTO ao Recurso interposto por e CONHEÇO e DOU PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso interposto por , para reconhecer a incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, redimensionando a pena definitiva para 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Salvador/BA, data registrada pelo sistema Desa. Relatora