

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0507075-20.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: LEONARDO REIS SANTANA Advogado (s): ALVARO ARAUJO PIMENTA JUNIOR APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. IMPROCEDÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DEPOIMENTO DAS AUTORIDADES POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA DA PENA. REFORMA DA PENA BASE, DE OFÍCIO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL, POR CONTA DA NATUREZA DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES. PEQUENA QUANTIDADE APREENDIDA QUE NÃO JUSTIFICA A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA COM BASE NO ART. 42, DA LEI 11.343/06, OFENSA AO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. PENA REDIMENSIONADA PARA 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. APLICADO O REGIME ABERTO DE CUMPRIMENTO DE PENA. SUBSTITUÍDA, DE OFÍCIO, A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. 1. Trata-se de Apelação Criminal interposta por Leonardo Reis Santana, irresignado com a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito desta 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/Ba, cujo teor julgou procedente a exordial acusatória para condená-lo como incurso nas penas do crime tipificado no art. 33, da Lei 11.343/06. 2. Pleito de absolvição por insuficiência de provas. Contudo, a materialidade e autoria do delito de tráfico de drogas restaram devidamente comprovadas pelos documentos juntados aos autos e depoimentos testemunhais. Auto de exibição e apreensão que atesta a apreensão de 128 (cento e vinte e oito) porções de maconha, com massa bruta de 153,50 g (cento e cinquenta e três gramas e cinquenta centigramas), contidas em saco plástico incolor; e 51 (cinquenta e uma) doses de cocaína, com massa bruta de 15,75 g (quinze gramas e setenta e cinco centigramas), além da importância de R\$ 10,00 (dez reais). De igual maneira, a autoria delitiva encontra-se comprovada através dos depoimentos extrajudiciais e judiciais dos policiais que realizaram a abordagem que culminou com a prisão do Apelante, os quais estão coesos e harmônicos entre si, com a descrição pormenorizada dos fatos, bem como em consonância com as demais provas carreadas aos autos. 3. Pleito de desclassificação para o delito de uso. In casu, mesmo que o apelante tenha alegado ser usuário de drogas, tal condição, por si só, não afasta a traficância, restando incontroverso que a natureza das drogas apreendida (maconha e cocaína), e a forma em que se encontravam acondicionadas, indicam, com segurança, a sua destinação ao tráfico e não ao uso pessoal do recorrente. 4. Dosimetria da pena. No caso dos autos, embora atestada a nocividade da droga apreendida, verifica-se que não foi apreendida quantidade relevante de substância a ponto de justificar a majoração da pena base, de forma que deve ser afastada, de ofício, a exasperação da pena base, redimensionando-a para o mínimo legal. Outrossim, verifica-se que o acusado preenche todos os requisitos necessários, vez que não possui nenhuma condenação com trânsito em julgado por delito anterior ao ao apurado no presente feito, devendo ser aplicado, em seu favor, o benefício do tráfico privilegiado, reduzindo-se a reprimenda na proporção máxima equivalente a 2/3 (dois terços), totalizando a pena definitiva em 01 (um) ano, e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, na razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Quanto ao regime prisional, com pena base estabelecida no mínimo legal, e uma nova pena privativa de liberdade de 1 ano e 8 meses de reclusão, deve

ser-lhe conferido o regime aberto, por expressa previsão legal, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Ademais, sendo a nova pena aplicada inferior a quatro anos e não possuindo o apelante condenações transitadas em julgado, substituo, de ofício, a pena privativa de liberdade por duas penas alternativas restritivas de direitos (art. 44, incs. I a III e § 2º, do CP), cuja especificação e forma de execução deverão ser estabelecidas pelo Juízo da Execução de Penas e Medidas Alternativas. 5. Por fim, no que diz respeito ao pedido de afastamento da pena de multa diante da condição econômica do Apelante, a sanção pecuniária é medida que se impõe por expressa cominação legal, pelo que não há que se falar em seu afastamento. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 0507075-20.2020.8.05.0001, oriundo da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/Ba, figurando como Apelante LEONARDO REIS SANTANA 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 E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, pelas razões e termos expostos no voto que se segue. Salvador, 27 de maio de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 25 de Junho de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0507075-20.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: LEONARDO REIS SANTANA Advogado (s): ALVARO ARAUJO PIMENTA JUNIOR APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Apelação Criminal interposta por LEONARDO REIS SANTANA, irresignado com a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito desta 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/Ba, cujo teor julgou procedente a exordial acusatória para condená-lo como incurso nas penas do crime tipificado no art. 33, da Lei 11.343/06. Consta da exordial acusatória que: "(...) no dia 03 de abril de 2020, por volta das 18:10h, na região conhecida como "Buraco da Gia", nesta Capital, o ora denunciado trazia consigo substâncias entorpecentes de uso proscrito no Brasil. Segundo os autos do procedimento inquisitorial incluso, policiais militares estavam em ronda nas imediações da Av. Vasco da Gama, quando receberam informação via CICOM que cerca de cinco indivíduos estariam traficando drogas na região do Buraco da Gia, local conhecido pelo intenso tráfico de drogas. Chegando ao local, avistaram alguns indivíduos que empreenderam fuga ao perceber a aproximação policial, conseguindo alcançar apenas o ora denunciado. Realizada abordagem e busca pessoal, encontraram, em seu poder, um saco plástico contendo 128 (cento e vinte e oito) trouxinhas de maconha, massa bruta 153,50g (cento e cinquenta e três gramas e cinquenta centigramas), 51 pinos de cocaína, massa bruta 15,75g (quinze gramas e setenta e cinco centigramas) e R\$10,00 (dez reais), consoante Auto de Exibição e Apreensão de fls. 08 e Laudo de Constatação de fls. 17. Interrogado perante a Autoridade Policial, o ora denunciado confirmou que fora preso no local apontado, na posse da quantia supra, porém, alegou que as drogas pertenceriam a menores que teriam corrido com a chegada da guarnição. (...)” Finalizada, pois, a instrução criminal, e apresentadas as alegações finais, sobreveio a referida sentença, que julgou procedente a pretensão punitiva contida na denúncia, condenando o réu pela prática do delito previsto no artigo 33, da Lei nº. 11.343/06 c/c art. 65, I, do CP, à pena definitiva de 5 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500

(quinhentos) dias-multa, a ser cumprida em regime inicial semiaberto (artigo 33, § 2º, b, do CP). A defesa apresentou recurso de apelação (ID. 58513780), requerendo a absolvição do réu, em atenção ao princípio do in dubio pro reo, com fundamento no art. 386, VII, CPP. Subsidiariamente, requer que seja aplicada a desclassificação do artigo 33 para aquele descrito no artigo 28, da Lei 11.343/2006. Para mais, requer o reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, o afastamento do pagamento do dia/multa aplicada na sentença, bem como a concessão do direito de recorrer em liberdade. O Ministério Público apresentou contrarrazões (ID. 58513782), requerendo o provimento parcial do recurso, apenas para reconhecer a causa de diminuição do tráfico privilegiado, mantendo-se, ademais, o juízo de condenação nos seus exatos termos. Nesta corte, os autos foram encaminhados a douta Procuradoria de Justiça (ID. 58651595), que se manifestou pelo provimento parcial do apelo, devendo ser reformada a sentença condenatória para que se reconheça a figurado tráfico privilegiado em favor do réu. Examinados os autos e lançado este relatório, submeto-os à apreciação do eminente Desembargador Revisor. É o relatório. Salvador/BA, 27 de maio de 2024.

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. 0507075-20.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: LEONARDO REIS SANTANA Advogado (s): ALVARO ARAUJO PIMENTA JUNIOR APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO O recurso preenche todos os pressupostos necessários a sua admissibilidade, por isso dele conheço. Trata-se de apelação criminal interposta por Leonardo Reis Santana, pretendendo a reforma da sentença, cujo teor julgou procedente a exordial acusatória para condená-lo como incurso nas penas do crime tipificado no art. 33, da Lei 11.343/06. 1. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS. Requer, a defesa do apelante, a sua absolvição por insuficiência probatória, ao argumento de que os únicos elementos de prova utilizados para fundamentar a decisão são os depoimentos de policiais envolvidos na diligência. Sustenta que “as testemunhas da acusação, apenas policiais militares que efetuaram a prisão do acusado, apresentaram seus testemunhos, que em nada contribuem para um juízo de convicção seguro da autoria delitiva.” Narra a denúncia que no dia 03 de abril de 2020, por volta das 18:10 h, na região conhecida como “Buraco da Gia”, nesta Capital, o ora denunciado trazia consigo substâncias entorpecentes de uso proscrito no Brasil. Segundo os autos do procedimento inquisitorial incluso, policiais miliares estavam em ronda nas imediações da Av. Vasco da Gama, quando receberam informação via CICOM que cerca de cinco indivíduos estariam traficando drogas na região do Buraco da Gia, local conhecido pelo intenso tráfico de drogas. Chegando ao local, avistaram alguns indivíduos que empreenderam fuga ao perceber a aproximação policial, conseguindo alcançar apenas o ora denunciado. Realizada abordagem e busca pessoal, encontraram, em seu poder, um saco plástico contendo 128 (cento e vinte e oito) trouxinhas de maconha, massa bruta 153,50 g (cento e cinquenta e três gramas e cinquenta centigramas), 51 pinos de cocaína, massa bruta 15,75 g (quinze gramas e setenta e cinco centigramas) e R\$10,00 (dez reais), consoante Auto de Exibição e Apreensão de fls. 08 e Laudo de Constatação de fls. 17. Da análise detida dos depoimentos prestados pelas testemunhas, verifica-se que a abordagem policial ocorreu de forma legítima, pois os milicianos receberam informações via CICOM acerca de indivíduos traficando entorpecentes na

localidade conhecida como Buraco da Gia, local conhecido pelo intenso tráfico de drogas, oportunidade em que avistaram um grupo de 05 (cinco) indivíduos que empreenderam fuga ao avistar a guarnição, sendo o recorrente o único alcançado, o que gerou fundada suspeita de ilicitude, justificando-se, portanto, a realização da busca pessoal. Outrossim, a materialidade do fato se encontra devidamente comprovada, por meio do Auto de Exibição e Apreensão (fls. 07 do Inquérito Policial), que atesta a apreensão de 128 (cento e vinte e oito) porções de maconha, com massa bruta de 153,50 g (cento e cinquenta e três gramas e cinquenta centigramas), contidas em saco plástico incolor; e 51 (cinquenta e uma) doses de cocaína, com massa bruta de 15,75 g (quinze gramas e setenta e cinco centigramas), além da importância de R\$ 10,00 (dez reais), bem como pelo laudo pericial definitivo (ID 309753661), que atesta a natureza proscriita das substâncias apreendidas em poder do recorrente. De igual maneira, a autoria delitiva encontra-se comprovada através dos depoimentos extrajudiciais e judiciais dos policiais que realizaram a abordagem que culminou com a prisão do Apelante, os quais 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 Edmundo Oliveira do Carmo Neto prestou depoimento em juízo (ID 309754636), afirmando que: “[...] que se lembra do fato denunciado; que reconhece o réu presente; que recebeu informações, via CICOM, segundo as quais havia 5 indivíduos traficando no Buraco da Gia; que quando a polícia chegou, eles correram, mas o réu foi alcançado e flagrado com drogas análogas a maconha e cocaína; que as drogas estavam em embalagens separadas, como se fossem para venda, em plásticos; que não lembra da apreensão de petrechos do tráfico; que o réu tinha dinheiro mas não lembra do valor; que não conhecia o réu; que o réu não foi questionado sobre a origem das drogas nem o que iria fazer com elas; que o réu tentou correr; que não resistiu a prisão; que após a prisão o réu foi levado para a delegacia; que não ficou sabendo nada do réu após o fato; que atuou quase 4 anos no local do fato; que não sabe informar que traficante domina o Buraco da Gia; que o local do fato é conflagrado e eles estão sempre em guerra (...) que não se lembra se foi o responsável pela revista pessoal pois o fato tem mais de 2 anos; que estava com a guarnição completa; que a droga estava na posse do réu, só não se lembra se estava no bolso ou nas calças. [...]” – grifos aditados. O SD/PM Eliomar Fonseca dos Reis, por sua vez, confirmou os fatos relatados na denúncia (ID. 309754633) afirmando que: “[...] que recebeu informações da CICOM de que havia indivíduos traficando no Buraco da Gia; que foi até o local; que o réu na sala foi a pessoa que o depoente abordou no dia do fato; que chegando ao local vários indivíduos correram, mas o réu foi alcançado e flagrado com drogas; que não lembra o tipo e nem se havia mais de um; que não conhecia o réu; que não lembra se o réu tinha petrechos do trafico consigo, mas destaca que tudo que foi apreendido foi apresentado na delegacia; que não questionou o réu sobre a droga ou o que iria fazer com ela; que após o réu foi apresentado a Central de Flagrantes; que não se lembra se o réu foi reconhecido pela prática de outros crimes; que não sabe qual traficante que domina o referido local, pois há mudanças constantes; que não obteve informações do réu após o fato. [...]” – grifos aditados. Cumpre destacar que o Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento acerca da idoneidade dos depoimentos judiciais dos policiais que efetuaram a prisão como meio de prova, notadamente quando corroborados por outros elementos probatórios, conforme aresto que segue: [...] 8. Ademais, esta Corte entende que os depoimentos

dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese. [...] (AgRg no AREsp n. 1.917.106/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/3/2023, DJe de 17/3/2023.) Outrossim, as circunstâncias nas quais o flagrante foi realizado (em local amplamente conhecido pela traficância) a natureza, quantidade e forma de acondicionamento das substâncias apreendidas (maconha e cocaína contidas em saco plástico incolor, em porções individualizadas) evidenciam sobremaneira a prática do delito de tráfico de drogas. É de bom alvitre ressaltar que, para a consumação do crime de tráfico de drogas, basta a execução de qualquer uma das condutas elencadas no artigo 33, da Lei 11.343/2006, não se fazendo necessária a flagrância do ato de comércio, conforme aresto do Superior Tribunal de Justiça que segue: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. TIPO CRIMINAL DE AÇÃO MÚLTIPLA. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 OU 33, § 3º, AMBOS DA LEI N. 11.343/06. REEXAME DO ACERVO FÁTICO PROBATÓRIO DELINEADO NOS AUTOS. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. I – Inicialmente, vale dizer que o tráfico de drogas é crime de ação múltipla, e, como tal, a prática de um dos verbos contidos no art. 33, caput, da Lei de Drogas, já é suficiente para a consumação da infração. II – O eg. Tribunal de origem declinou, de forma explícita, as razões – com base nas provas carreadas aos autos – pelas quais concluiu pela manutenção da condenação da ora agravante quanto ao delito de tráfico de drogas, bem como pela impossibilidade de desclassificação da conduta. Destacou-se, outrossim, que os policiais afirmaram que "as Rés gritarem"marijuana"e presenciaram estas oferecerem, aos transeuntes, os doces confeccionados com maconha" (fl. 788), portanto, restando comprovado que a agravante e as corrés estavam na posse coletiva de material entorpecente, expondo-os à venda. III – Assim, não há que se falar em absolvição ou desclassificação, visto que o delito é tipo criminal de ação múltipla, o qual se consuma pela prática de qualquer um dos núcleos previstos no art. 33, da Lei n. 11.343/2006. IV – Na hipótese, entender de modo contrário ao estabelecido pelo eg. Tribunal a quo para absolver ou desclassificar a conduta da recorrente, como pretende a Defesa, demandaria, necessariamente, o revolvimento, no presente recurso, do material fático probatório dos autos, inviável nesta instância. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.160.831/RJ, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 14/2/2023.) (grifo aditados) Outrossim, embora o recorrente tenha negado a autoria delitiva, afirmando que estava saindo de casa quando um grupo de indivíduos passou correndo e dispensou as drogas, que supostamente foram a ele imputadas pelos policiais por ser maior de idade e por ter antecedentes, tais alegações não se encontram em conformidade com as demais provas apresentadas nos autos. As testemunhas policiais foram uníssonas em afirmar que as drogas foram encontradas em posse do apelante, não havendo informações de que estavam dispersadas no chão, próximas ao recorrente. Desse modo, conclui-se que a materialidade e a autoria delitivas restam cabalmente comprovadas, formando um conjunto probatório coeso e harmônico entre si, sendo inconteste que o Apelante praticou a conduta prevista no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, razão pela qual indefiro o pleito de absolvição. 2. DESCLASSIFICAÇÃO 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 delito

de uso previsto no artigo 28 da mesma legislação, tem-se que este também não merece ser acolhido. Isto porque, o art. 33 da Lei 11.343/06 prevê 18 (dezoito) verbos, em que a prática de qualquer uma das ações ali elencadas configura o delito de tráfico de entorpecentes. In casu, mesmo que o apelante tenha alegado ser usuário de drogas, tal condição, por si só, não afasta a traficância, restando incontroverso que a quantidade e natureza das drogas apreendidas (maconha e cocaína) e a forma em que se encontravam acondicionadas, indicam, com segurança, a sua destinação ao tráfico e não ao uso pessoal do recorrente, sendo, portanto, incabível a pleiteada desclassificação. A mera alegação de ser o apelante dependente químico, desprovida de prova neste sentido, desautoriza a desclassificação dos fatos para o delito mais brando, previsto no artigo 28 da referida lei.

3. DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. Inicialmente, verifica-se da sentença condenatória que o Juízo de piso, na primeira fase da dosimetria da pena, analisando o quanto contido no artigo 42 da Lei nº. 11.343/2006, considerou como circunstância judicial negativa preponderante a natureza da substância apreendida em poder do apelante, nos seguintes termos: "(...) A quantidade de droga não foi elevada, embora tenha sido de TIPOS VARIADOS – maconha e cocaína, sendo 153,50 g e 15,75 g respectivamente, destacando-se a nocividade deste entorpecente em razão da extrema dependência que causa ao organismo humano e, por sua vez, contribuiu para o fomento do tráfico. Destaca-se que, a teor do art. 42 da Lei de Tóxicos, tal circunstância deve ser valorada com preponderância sob as demais (art. 59 CPB). (...)” Contudo, conforme entendimento jurisprudencial pacificado, os requisitos constantes na circunstância judicial especial do artigo 42 da Lei 11.343 /2006 devem ser valorados de forma conjunta, não podendo haver a divisão dos requisitos da quantidade e natureza da droga para valorar negativamente duas circunstâncias judiciais distintas, visto que o objetivo é punir mais severamente o infrator que trafica droga mais nociva e em maior quantidade. No caso dos autos, embora atestada a nocividade da droga apreendida, verifica-se que não foi apreendida quantidade relevante de substância a ponto de justificar a majoração da pena base, de forma que deve ser afastada, de ofício, a exasperação da pena em virtude da natureza das drogas apreendidas, redimensionando-a para o mínimo legal. Neste sentido, diz a jurisprudência: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. FLAGRANTE ILEGALIDADE. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Embora a natureza da droga apreendida constitua, de fato, circunstância preponderante a ser considerada na dosimetria da pena (a teor do que enunciado no art. 42 da Lei n. 11.343/2006) e não obstante a natureza da substância trazida pelo acusado – cocaína – seja, realmente, dotada de alto poder viciante, a quantidade de substância apreendida – 11,2 gramas – é muito pequena, de maneira que se mostra manifestamente desproporcional sopesar, no caso ora analisado, apenas tal circunstância para justificar a exasperação da pena-base. 2. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no HC 635.604/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 17/03/2021) (grifo nosso)

Assim, deve ser fixada a pena base do apelante em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, cada uma no valor de um trigésimo (1/30) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato. Na segunda fase da dosimetria, embora presente a atenuante do art. 65, I, do CP, o magistrado de piso deixou de aplicá-la, em observância à Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Na terceira fase da dosimetria, verificou-se a inexistência de causas de aumento ou diminuição de pena. Ademais, o

magistrado sentenciante não reconheceu, em favor do apelante, a incidência da causa especial de diminuição de pena (tráfico privilegiado), conforme excerto abaixo transcrito: "(...) Conforme acima pontuado, tem-se que, para além do fato que ensejou a presente ação penal, o Réu já respondia criminalmente em, pelo menos, dois outros processos, ambos por tráfico de drogas, destacando-se ter sido condenado, por sentença de 1º grau ainda não definitiva, nos autos de n. 0506598-94.2020, pelo Juízo da 3ª Vara de Tóxicos da Capital. Assim, há demonstração de ser o Acusado envolvido na prática de atividade criminosa, com destaque ao tráfico, o que deve ser levado em consideração pelo magistrado na análise da possibilidade de aplicação do redutor do § 4º do artigo 33, vez que os requisitos ali estabelecidos são cumulativos. Assim, indefiro o pedido formulado pela Defesa, quanto à aplicação do redutor acima citado. (...)'" O artigo 33, caput e § 4º, da Lei nº 11.343/2006 declina 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, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa (...)." 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. Ademais, conforme devidamente pontuado pela Procuradoria de Justiça, o apelante foi absolvido no bojo da ação penal nº 0530471-60.2019.8.05.0001, que tramitava perante a 1ª Vara de Tóxicos de Salvador/BA, enquanto a ação penal nº 0506598-94.2020.8.05.0001, que tramitou perante a 3ª Vara de Tóxicos de Salvador/BA e cuja condenação criminal transitou em julgado em 17/07/2023, versa sobre delito cometido em momento posterior ao delito apurado no presente feito, não havendo que se falar, portanto, em reincidência com condenação transitada em julgado. Assim, verifica-se que o acusado preenche todos os requisitos necessários, vez que não possui nenhuma condenação com trânsito em julgado por crime anterior ao delito em análise, devendo ser aplicado, em seu favor, o benefício do tráfico privilegiado, reduzindo-se a reprimenda na proporção máxima equivalente a 2/3 (dois terços), totalizando a pena definitiva em 01 (um) ano, e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, na razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Quanto ao regime prisional, com pena base estabelecida no mínimo legal, e uma nova pena privativa de liberdade de 1 ano e 8 meses de reclusão, deve ser-lhe conferido o regime aberto, por expressa previsão legal, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, e do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Ademais, 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 nova pena aplicada é inferior a quatro anos. Outrossim, em função da primariedade do apelante, substituo de ofício a pena privativa de liberdade por duas penas alternativas restritivas de direitos (art. 44, incs. I a III e § 2º, do CP), cuja especificação e forma de execução deverão ser estabelecidas pelo Juízo da Execução de Penas e Medidas Alternativas. Quanto ao pleito de concessão do direito recorrer em liberdade, verifica-se que este não merece ser acolhido, vez que o benefício foi concedido ao réu no próprio bojo da sentença condenatória, conforme se extrai do trecho a seguir: “(...) Concedo ao Réu o direito de recorrer em liberdade, pois reúne os requisitos legais paratanto, tendo em vista que ele respondeu em

liberdade ao presente processo, não tendo se verificado qualquer óbice ao andamento da persecução penal, ou alguma violação ao ordenamento jurídico durante o curso deste feito, eis que os fatos delitivos pelos quais já respondia foram anteriores àquele que ensejou esta ação penal (...)". Por fim, no que diz respeito ao pedido de afastamento da pena de multa diante da condição econômica do Apelante, a sanção pecuniária é medida que se impõe por expressa cominação legal, pelo que não há que se falar em seu afastamento. Diante do exposto, VOTO pelo CONHECIMENTO e PROVIMENTO PARCIAL do apelo interposto pelo réu, no sentido de redimensionar a pena aplicada na sentença, afastando, de ofício, a circunstância judicial desfavoráveis valorada na primeira fase da dosimetria, aplicando o quanto disposto no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, em favor do Apelante, e substituindo, de ofício a pena privativa de liberdade por duas penas alternativas restritivas de direitos (art. 44, incs. I a III e § 2º, do CP). Salvador/BA, 27 de maio de 2024. Des. Aliomar Silva Britto – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator