

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0506521-85.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MICHEL JACKSON BISPO DOS SANTOS Advogado (s): VINICIO DOS SANTOS VILAS BOAS, NIAMEY KARINE ALMEIDA ARAUJO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PROVA ROBUSTA DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA. CONDENAÇÃO MANTIDA. INVIABILIDADE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. TEMA 1139 DO STJ. AÇÃO PENAL EM CURSO. RECONHECIMENTO DO REDUTOR, NA FRAÇÃO MÁXIMA. DOSIMETRIA REDIMENSIONADA. REGIME MODIFICADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. I – Trata-se de recurso de Apelação interposto por MICHEL JACKSON BISPO DOS SANTOS irresignado com a sentença prolatada pelo MM. Juízo da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador que o condenou à pena de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa a ser cumprida em regime semiaberto pela prática delitiva insculpida no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, objetivando reformar o respeitável decisor. II – Em sede de RAZÕES, Id 31165135, requer a defesa a absolvição do acusado, sob o argumento de que os elementos probatórios coligidos não autorizam uma sentença condenatória no tocante ao crime descrito no art. 33 da Lei 11343, ante a precariedade de prova da autoria delitiva. Requereu também a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º da Lei de Drogas. III – Comprovando-se, pelo vasto conjunto probatório constante dos autos, a flagrância do réu na posse de substâncias ilícitas e apetrechos com inequívoca destinação à traficância, torna-se imperativo o reconhecimento de sua incursão nas sanções estabelecidas no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Não há que se falar em fragilidade da prova quando assentada em exame pericial acerca da natureza das substâncias apreendidas e em depoimentos testemunhais coerentes, tanto na fase inquisitorial, quanto na fase instrutória judicial. A validade da prova subjetiva não é afastada pela condição de policiais das testemunhas, cujos depoimentos são amplamente passíveis de valoração, especialmente quando em compasso com as demais provas que respaldam a imputação. Precedentes do STJ. IV– Por outro lado, merece parcial amparo o pleito defensivo no sentido de que seja aplicada ao Apelante a benesse prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Consoante apurado, o acusado responde a, pelo menos, uma ação penal pela prática dos crimes de tráfico de drogas e posse ilegal de arma (autos n. 0347997-97.2014.8.05.), conforme registrado na sentença. Portanto, no caso em concreto, sendo o fundamento da negativa da concessão do privilégio a existência de uma ação penal em curso, bem como inexistindo nos autos de outros elementos idôneos capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, tais como: escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime, necessário o redimensionamento da pena na terceira fase, impondo-se a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), fixando a pena em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, tornando-a definitiva, em regime inicialmente aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. V – Em observância ao princípio da proporcionalidade, a pena de multa deve guardar simetria com a reprimenda corporal e ser dosada fase por fase, motivo pelo qual há de ser estabilizada no patamar de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente na data do delito. VI – Por fim, atento aos critérios do art. 44 do CPB,

mostra-se adequada a substituição da pena corporal por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, o qual também deverá analisar possível detração da pena. PARECER DA PROCURADORIA PELO PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, para redimensionar a pena e aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços), fixando a pena definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução. ACORDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO n.º 0506521-85.2020.8.05.0001, em que figuram, como Apelante, MICHEL JACKSON DOS SANTOS e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, ACORDAM os Senhores Desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto condutor, adiante registrado. Salvador, de de 2023. ABELARDO PAULO DA MATTA NETO PRESIDENTE/RELATOR PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 6 de Junho de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0506521-85.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MICHEL JACKSON BISPO DOS SANTOS Advogado (s): VINICIO DOS SANTOS VILAS BOAS, NIAMEY KARINE ALMEIDA ARAUJO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO MICHEL JACKSON BISPO DOS SANTOS irressignado com a sentença prolatada pelo MM. Juízo da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador que o condenou à pena de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa a ser cumprida em regime semiaberto pela prática delitiva inculpada no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, interpôs o presente recurso de APELAÇÃO objetivando reformar o respeitável decism. De proêmio, em prestígio aos preceitos da celeridade e da economia processual, e tendo em vista ali se externar suficientemente, no que relevante, a realidade da marcha processual até então desenvolvida, adota-se o relatório da sentença de Id 25780439, a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto. Em sede de RAZÕES, Id 31165135, requer a defesa a absolvição do acusado, sob o argumento de que os elementos probatórios coligidos não autorizam uma sentença condenatória no tocante ao crime descrito no art. 33 da Lei 11343, ante a precariedade de prova da autoria delitiva. Requereu também a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º da Lei de Drogas. Em CONTRARRAZÕES, o Ministério Público manifestou-se pelo improvimento do Apelo, com a manutenção integral da sentença recorrida (Id 41393425). A douta Procuradoria de Justiça, em manifestação, Id 41036334, roga pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo seu provimento parcial, com o reconhecimento do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, Lei n. 11.343/06). É o relatório. Retornando-me os autos à conclusão, neles lancei a presente sinopse, submetendo-a à Eminente Revisão. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0506521-85.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MICHEL JACKSON BISPO DOS SANTOS Advogado (s): VINICIO DOS SANTOS VILAS BOAS, NIAMEY KARINE ALMEIDA ARAUJO APELADO: MINISTÉRIO

PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO O recurso é próprio, tempestivo, e estão presentes as condições extrínsecas e intrínsecas de sua admissibilidade. Narra a peça acusatória, em síntese, que: "(...) no dia 13/06/2020, por volta das 18h30, no Condomínio Mirante do Bonfim, em frente ao bloco nº 15, bairro Bonfim, nesta Capital, os ora denunciados traziam consigo substância entorpecente de uso proscrito no Brasil. Segundo os autos do procedimento inquisitorial incluso, policiais militares foram acionados via CICOM em virtude da notícia de que 02 (dois) indivíduos estavam traficando drogas no local supra, para onde se dirigiram e, lá chegando, avistaram os ora denunciados, que, por sua vez, tentaram empreender fuga, sendo, porém, logo alcançados. Realizada abordagem e busca pessoal nos acusados, foi encontrado, em poder do denunciado Carlos, 11 (onze) pedras de crack, 32 (trinta e duas) porções de maconha, 01 (uma) balança digital de precisão, marca "Diamond", 01 (um) pacote de sacos plásticos vazios para embalagens; e, em poder do denunciado Michel 16 (dezesesseis) trouxinhas de maconha, prontas para comercialização, consoante Auto de Exibição e Apreensão de fls. 06 e Laudo de Constatação de fls. 34. As drogas ilícitas apreendidas totalizam 70,00g (setenta gramas) de maconha e 05,39g (cinco gramas e trinta e nove centigramas) de crack. (...)" Após a regular instrução do feito, o Apelante foi condenado nas sanções do art. 33, caput, da Lei 11.343/06 à pena total de 05 (cinco) anos de reclusão, inicialmente em regime semiaberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Diante do contexto fático, o acusado impetrou o presente recurso de apelação objetivando, a sua absolvição, sob o argumento de que os elementos probatórios coligidos não autorizam uma sentença condenatória no tocante ao crime descrito no art. 33 da Lei 11343, ante a precariedade de prova da autoria delitiva. E, por fim, requereu a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º da Lei de Drogas. A materialidade do delito está consubstanciada no auto de exibição e apreensão (Id 25780125 – fl. 06), bem como nos laudos periciais das drogas apreendidas, acostados ao Id 25780125 –fls. 43 (Laudo Provisório), Id 25780304 (Laudo Definitivo). Os depoimentos prestados pelos policiais, somados às circunstâncias que envolvem a prisão do denunciado demonstram a autoria delitiva. Neste diapasão, a prova trazida pela acusação, que nestes autos se confunde com os depoimentos de suas testemunhas, nota-se que os mesmos são harmônicos e coesos entre si, demonstrando-se aptos a confirmar a situação relatada no inquérito policial e as circunstâncias que caracterizam o tráfico ilícito de drogas. Verifica-se que, o manancial probatório, desde a fase policial, exsurtem elementos hábeis a comprovar a prática delitiva pelo Apelante. Com efeito, o SD/PM Lázaro Costa Santos disse, em resumo, "que estava em ronda de rotina; que foi acionado pelo CICOM sobre uma denúncia de tráfico de drogas; que o tráfico ocorria no condomínio Mirantes do Bonfim; que a denúncia dava características do interno e o bloco 15; que os acusados evadiram para o andar superior; que um dos acusados era conhecido como "Novato"; que os moradores assustados com a situação, não deram informações sobre os acusados; que Carlos portava uma balança de precisão, sacos plásticos e embalagens e drogas do tipo maconha e com o outro havia maconha e cocaína; que o acusado Carlos tem o vulgo de "Novato"; que não sabe informar se o acusado é ligado a alguma facção mas, na região para traficar tem que ligado ao BDM; que no rádio sempre ouvia informações que ligavam o indivíduo de alcunha "Novato" como pessoa ligada a homicídios e tráfico. Dada a palavra ao Defensor/Advogado de Carlos, respondeu que: que não se recorda tudo que foi encontrado mas, tudo que foi encontrado foi

apresentado na DT; que sabe que as drogas estavam em forma de pedra, mas se era crack ou cocaína somente do DPT para analisar. Dada a palavra ao Defensor/Advogado de Michel, respondeu que: que não visualizaram ato de traficância mas, os acusados evadiram quando visualizaram a presença da guarnição; que essa atitude chamou a atenção dos policiais; que os indivíduos evadiram com a mão na cintura; que o depoente foi o responsável pela busca pessoal nos acusados; que no momento do retorno a CIPM foram informados sobre a possível conduta dos acusados; que não retornou pois já havia apresentado os acusados na DT (...)" (depoimento em juízo – Id 41036334) O SD/PM Tiago Diniz Dragone Maia declarou, em suma, que receberam denúncia via rádio sobre a ocorrência de tráfico de drogas no condomínio Mirantes do Bonfim; que a denúncia dava características dos acusados; que ao chegar no local dos fatos, os acusados evadiram; que inicialmente o acusado Carlos foi alcançado, que este portava várias trouxinhas de de maconha e crack e uma pedra maior de crack; que Michel foi alcançado e abordado logo em seguida e, foi encontrada em sua posse uma outra quantidade de trouxinhas de maconha e uma balança de precisão. Dada a palavra ao Defensor/Advogado de Carlos, respondeu que: que foi o SD Elicosta que fez a abordagem; que não se recorda da apreensão de dinheiro; que o acusado Carlos é conhecido como "Novato", sendo apontado como pessoa que anda armada na região da cidade baixa. Dada a palavra ao Defensor/Advogado de Michel, respondeu que: que com o Michel havia cerca de 15 a 16 trouxinhas de maconha; que o depoente era patrulheiro da guarnição; que todos atuam durante a abordagem; que acompanhou a revista pessoal (...)." (depoimento em juízo – Id 41036334) O SD/PM Jairo Nilson Teixeira Moreita, em síntese, que reconhece a fisionomia dos acusados; que estava em ronda de rotina na região do Uruguai; que receberam informações sobre dois indivíduos armados e traficando no local dos fatos; que as informações davam as características dos acusados; que chegando ao local , avistaram os acusados que tentaram evadir mas, foram alcançados dentro de um prédio; que com o acusado Carlos havia alguns trouxinhas de maconha, balança de precisão, crack e embalagens, com o Michael Jackson havia algumas trouxinhas de maconha. Dada a palavra ao Defensor/Advogado de Carlos, respondeu que: que após o flagrante, os acusados foram conduzidos para DT; que não foram encontradas armas de fogo com os acusados; que ambos correram com as mãos na cintura mas, na revista não foi encontrada arma de fogo; que com Carlos havia a maior quantidade de drogas e a balança de precisão; que haviam várias denúncias com relação ao acusado Carlos como pessoa envolvida com o tráfico de drogas (...)" (depoimento em juízo – Id 41036334) Assim, de acordo com os agentes estatais, ao receberem denúncia anônima que indicava a prática do crime de tráfico de drogas pelo Acusado, empreenderam diligências deslocando-se até o local, tendo este tentado empreender fuga, junto com o coautor Carlos, ante a aproximação policial, sendo, contudo, capturado, e realizada a busca pessoal, efetivamente encontrando o material ilícito descrito na denúncia: "(...) em poder do denunciado Carlos, 11 (onze) pedras de crack, 32 (trinta e duas) porções de maconha, 01 (uma) balança digital de precisão, marca "Diamond", 01 (um) pacote de sacos plásticos vazios para embalagens; e, em poder do denunciado Michel 16 (dezesseis) trouxinhas de maconha, prontas para comercialização (...)" (Id 25780124). Neste particular, insta que se diga que a palavra dos policiais se amolda às demais provas produzidas, trazendo-nos elementos que dão suporte à condenação, devendo seus depoimentos ser considerados, sem ressalvas, posto que nada existe para desqualificá-los ou descredenciá-los, não se exigindo a presença de

testemunhas civis para o reconhecimento da responsabilidade criminal, em casos tais. Mister esclarecer, por oportuno, não haver suscitado vício nos depoimentos dos policiais, registro que tais testemunhos são válidos até prova em contrário (presunção juris tantum), isso em razão de gozarem de presunção legal de veracidade, eis que exercem o munus na qualidade de Servidores Públicos. Logo, os mesmos têm elevado valor probante quando em harmonia com o arcabouço das provas coligidas. A respeito: "REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. INSUFICIÊNCIA DE PROVA E USO NO LOCAL DE TRABALHO. ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO PARA POSSE. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 87 TJ. CONDENAÇÃO BASEADA EM DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES. POSSIBILIDADE. RECURSO IMPROVIDO. 1. Desconstituir o entendimento do Tribunal de origem, que reconheceu ter o acusado sido flagrado portando arma de fogo de uso permitido em área particular de outrem, objetivando o acusado a absolvição ou a desclassificação do delito, exige o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, inviável na via eleita ante o óbice da Súmula 87 TJ. 2. O depoimento dos policiais militares que flagraram o acusado cometendo o ilícito penal constitui meio idôneo a amparar a condenação, conforme já sedimentou esta Corte de Justiça. 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 739749 RS, Rel. MINISTRO JORGE MUSSI, Quinta Turma, julgado em 19/05/2016, DJe 27/5/2016). PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE DO ACÓRDÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO DE PRONÚNCIA CONSUBSTANCIADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS OBTIDOS POR INQUÉRITO POLICIAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. DELEGADO DO CASO OUVIDO EM JUÍZO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora. 2. Na linha dos precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, embora não seja possível sustentar uma condenação com base em prova produzida exclusivamente na fase inquisitorial, não ratificada em juízo, tal entendimento não se aplica à sentença de pronúncia. 3. A decisão que submete o acusado a julgamento perante o Tribunal do Júri, não exige um juízo de certeza, mas tão somente que seja apontada a materialidade do delito e os indícios suficientes sobre a autoria. Ademais, no procedimento do júri, haverá a possibilidade de renovação da prova por ocasião do julgamento da causa pelos jurados. 4. No caso dos autos, a sentença de pronúncia do paciente abordou os necessários requisitos de autoria e materialidade, com base nos depoimentos colhidos na fase policial e na prova testemunhal produzida em juízo, sob o crivo do contraditório, atendendo, portanto, o comando do art. 413 do CPP. 5. A eficácia probatória do testemunho da autoridade policial não pode ser desconsiderada tão só pela sua condição profissional, sendo plenamente válida para fundamentar um juízo, inclusive, condenatório. Precedentes. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que o reconhecimento da nulidade exige demonstração do prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio pas de nullité sans grief. Prejuízo não demonstrado. 7. Habeas corpus não conhecido. (HC 314454 SC 2015/0010105-7, STJ, Ministro RIBEIRO DANTAS, 17/02/2017). Assim, o acervo probatório demonstrou que foram

apreendidas drogas e as declarações das testemunhas policiais, uniformes e seguras, fazem concluir que se destinava ao tráfico de drogas. Enfim, por todo o conjunto de provas e indícios infere-se que as drogas eram do acusado, e que se destinavam à traficância. Certo é que, no caso em epígrafe, a força do conjunto probatório não se resume apenas nos testemunhos dos policiais, mas, em especial, na quantidade e na forma de acondicionamento da droga apreendida, qual seja a quantidade e natureza da substância ou do produto apreendido; o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão. Sem maiores digressões, infere-se que a pretensão acusatória entremostra-se devidamente robustecida pelo arsenal probatório erigido aos autos, não se podendo acolher o pedido da defesa. Por outro lado, merece parcial amparo o pleito defensivo no sentido de que seja aplicada ao Apelante a benesse prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006. Ora, o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, preconiza que, se o réu for primário, ostentar bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização de igual jaez, fará jus à redução de pena de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). Sobre a matéria em análise, cumpre destacar que o motivo de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é justamente o de punir com menor rigor o pequeno traficante. Simplificando, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida e que, ao cometer um fato isolado, incide na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada Lei Federal. A propósito, sobre o tema, cumpre trazer à luz precedente do Superior Tribunal de Justiça: "A mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.342/2006." (AgRg no REsp n. 1.389.6325, Rel. Ministro Moura Ribeiro, 5ª T, DJe 14/4/2014). Consoante apurado, o acusado responde a, pelo menos, uma ação penal pela prática dos crimes de tráfico de drogas e posse ilegal de arma (autos n. 0347997-97.2014.8.05.), conforme registrado na sentença. Entrementes, recentemente, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o rito dos recursos especiais repetitivos (Tema 1.139), assentou o entendimento de que é vedada a utilização de inquéritos ou ações penais em curso para impedir a aplicação da redução de pena pela configuração do chamado tráfico privilegiado (artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006). Assim, quando da dosimetria da pena, foi fixada a pena-base corretamente no mínimo legal, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à base de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, com a devida correção monetária, diante da presumida situação financeira do denunciado. Não concorrem, no caso em comento, qualquer agravante nem atenuante. Inexistem, também, causas de aumento de pena. Na terceira fase, o julgador afastou a aplicação da causa de diminuição contida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, sob a alegação de que o réu a ela não faria jus, sob o seguinte fundamento: "(...) Conforme acima pontuado, o acusado foi condenado por tráfico de drogas e posse ilegal de arma, na ação de nº 0347997-97.2014-, aguardando, então, julgamento do recurso. Neste sentido, presente provas de ser o réu voltado à prática de atividades criminosas, sobretudo tráfico de drogas, deve-se observar o magistrado essa questão na análise da possibilidade de aplicação do redutor do § 4º do artigo 33, vez que os requisitos ali estabelecidos são cumulativos. Assim, ausente o requisito do não envolvimento em atividades ilícitas, deixo de aplicar a causa de

diminuição de pena. (...)” (Id 25780439) Cumpre ressaltar, a priori, que a norma legal referida disciplina a possibilidade de redução da pena de 1/6 a 2/3 “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. No caso em análise, o processo identificado na sentença, para comprovação da dedicação em atividade criminosa, é uma ação penal em curso. Sobre a matéria em análise, como ressaltado acima, o Superior Tribunal de Justiça, firmou, no Tema Repetitivo de nº 1139, a tese de que “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06.” Portanto, no caso em concreto, sendo o fundamento da negativa da concessão do privilégio a existência de uma ação penal em curso, bem como inexistindo nos autos de outros elementos idôneos capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, tais como: escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime, necessário o redimensionamento da pena na terceira fase, impondo-se a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), fixando a pena em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, tornando-a definitiva, em regime inicialmente aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. Ademais, inobstante o Juízo primevo haver aplicado a pena multa em 500 dias-multa, em observância ao princípio da proporcionalidade, esta deve guardar simetria com a reprimenda corporal e ser dosada fase por fase, motivo pelo qual há de ser estabilizada no patamar de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente na data do delito. Por fim, atento aos critérios do art. 44 do CPB, mostra-se adequada a substituição da pena corporal por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, o qual também deverá analisar possível detração da pena. Permanecem hígidas as demais prescrições acessórias da sentença penal sob análise. Por todo o exposto, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, para redimensionar a pena e aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços), fixando a pena definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução. É o voto. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relator