

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0502246-59.2018.8.05.0229 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: e outros Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros Advogado (s): ACORDÃO EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/2006. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DOS APELANTES POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPROCEDÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. IDONEIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS QUE EFETUARAM A PRISÃO. HARMONIA COM OS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS CONSTANTES DOS AUTOS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS QUE PARA A SUA CONFIGURAÇÃO BASTA A PRÁTICA DE UM DOS DEZOITO VERBOS NUCLEARES. PLEITO SUBSIDIÁRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. IMPROCEDÊNCIA. HAVENDO COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E AUTORIA QUANTO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, NÃO HÁ COMO ACOLHER A PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE POSSE DE DROGAS PARA USO PRÓPRIO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA DO APELANTE JOSHUAN CARDOSO REDUZIDA PARA O MÍNIMO LEGAL. VALORAÇÃO INOPORTUNA DA CIRCUNSTÂNCIA DESFAVORÁVEL REFERENTE A CONDUTA SOCIAL DOS APELANTES. NÃO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARA AMBOS OS RÉUS. NÃO APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA MENOR IDADE PENAL PARA O RÉU CAUAN CARDOSO EM RAZÃO DA SÚMULA 231 DO STJ. PENA DEFINITIVA FIXADA EM 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA PARA AMBOS OS RÉUS. PLEITO DE APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06). IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO FLAGRANTE QUE INVIABILIZAM A SUA APLICAÇÃO NO CASO VERTENTE. PLEITO DE CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PREJUDICADO. PLEITO DE AFASTAMENTO DA PENA DE MULTA E ISENÇÃO DO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. IMPOSSIBILIDADE. 1. Alega, a defesa dos apelantes, que inexistem provas suficientes acerca da existência dos fatos e da prática da conduta criminosa pelos acusados, motivo pelo qual a absolvição é medida que se impõe. A autoria e a materialidade restaram devidamente comprovadas nos autos, considerando os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão, as substâncias entorpecentes encontradas em posse dos Recorrentes (04 pedras grandes de "crack", mais 10 pedrinhas de "crack" já embaladas para a venda, na residência de Joshuan, e 06 papelotes da substância entorpecente similar a cocaína, mais 62 pedrinhas de "crack" na residência de Cauan) que se encontravam embaladas individualmente, prontas para a venda, além dos sacos para embalagens e caderneta de anotações utilizada para venda de drogas, que atestam o envolvimento dos Apelantes com o tráfico ilícito de entorpecentes, não havendo como negar a finalidade comercial da droga e revelando o dolo dos acusados. 2. Outrossim, no que concerne ao pleito de desclassificação do delito de tráfico de drogas para o de uso previsto no artigo 28 da mesma legislação, tem-se que este também não merece acolhido, isto porque o art. 33 da Lei 11.343/06 prevê 18 verbos em que a prática de qualquer uma das ações ali elencadas configura o delito de tráfico. In casu, seja usuário de drogas, tal condição não afasta a traficância. 3. Dosimetria da pena. Na primeira fase da dosimetria, observa-se que o magistrado a quo valorou negativamente a conduta social dos Apelantes, considerando os maus antecedentes de ambos. Contudo, entendo que a mera suposição de envolvimento criminal materializada por inquéritos ou ações penais em curso não podem servir para desabonar a conduta social dos agentes. Ademais, maus antecedentes não podem ser utilizados em nenhum momento da sentença condenatória para fins de exasperação da pena-base, razão pela qual mantenho a pena base de ambos os réus em seu patamar

mínimo legal, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Na segunda fase, deixei de reconhecer a atenuante da confissão espontânea, visto que os recorrentes em nada reconheceram quanto à prática do delito de tráfico. Ademais, reconheço a atenuante da menor idade penal em relação ao Apelante Cauan Cardoso, contudo, deixo de aplicá-la em razão da Súmula 231 do STJ. Na terceira fase, não vislumbro causas de aumento ou diminuição de pena, fixando a pena definitiva dos Apelantes em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário-mínimo nacional vigente ao tempo do fato. 4. Requer-se a reforma da sentença para reconhecer a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Não obstante a existência de maus antecedentes não afastem a incidência do benefício do tráfico privilegiado, as circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante dos Apelantes, destacando-se a quantidade de droga apreendida, a forma como estavam acondicionadas, além dos demais objetos encontrados na posse dos recorrentes, inviabilizam o seu reconhecimento no caso vertente. 5. Em pleito subsidiário, pugnam os Apelantes pela substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Verifica-se que a pena aplicada aos Recorrentes é superior a quatro anos. Assim, considerando que os Apelantes não preenchem o requisito objetivo, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em conformidade com o artigo 44, § 2º, do Código Penal. 6. De plano, verifica-se que o pleito de concessão do direito de recorrer em liberdade encontra-se prejudicado, porquanto já deferido em favor de ambos os Recorrentes pelo juízo a quo no bojo da sentença condenatória. 7. No que se refere à pretensão defensiva de afastamento da pena pecuniária, sob alegação de incapacidade financeira de arcar com os valores ao qual foram condenados, importante esclarecer que a pena de multa está prevista para o tipo penal, no qual os acusados se viram incurso, de forma que sua imposição é obrigatória no caso de condenação, uma vez que, não incida nenhuma circunstância que possa excluí-la, ficando, todavia, a cobrança da pena pecuniária a cargo do Juízo das Execuções. 8. Outrossim, eventual isenção do pagamento das custas processuais poderá ser avaliada na fase de execução da Sentença condenatória, quando então será possível aferir a verdadeira situação econômica do condenado, por ocasião de sua exigibilidade, porquanto existe a possibilidade de sua alteração após a data da condenação. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 0502246-59.2018.8.05.0229, oriundo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Santo Antônio de Jesus, tendo como Apelantes e 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 CONCEDER PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, pelas razões e termos expostos no voto que se segue. Salvador, 11 de julho de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 19 de Julho de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n.º 0502246-59.2018.8.05.0229 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: e outros Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros Advogado (s): RELATÓRIO e , foram denunciados pelo ilustre Representante do Ministério Público (fls. 01/04) dos autos, como incurso nas penas do artigo 33, da Lei 11.343/2006. Consta da

Denúncia que: “no dia e horário acima mencionados, após denúncia do CICOM informando sobre a prática de tráfico de drogas pelos irmãos e , ora denunciados, no Conjunto Habitacional Minha Casa Minha Vida, equipe policial se dirigiu ao local dos fatos, ocasião em que encontraram na residência do denunciado , 04 (quatro) pedras grandes da substância entorpecentes conhecida como “crack”, 10 (dez) pedrinhas de “crack” já embaladas para a venda, sacos para embalagens, 01 (um) tubo de linha e uma tesoura. Ato contínuo, os policiais se deslocaram até a residência do denunciado , onde encontraram e apreenderam 06 (seis) papelotes da substância entorpecente similar a cocaína e 62 (sessenta e duas) pedrinhas da substância entorpecente conhecida como “crack”, já embaladas para a venda, sacos para embalagens, 01 (um) aparelho celular motorola, 01 (uma) caderneta de anotações para venda de drogas, 01 (uma) carteira porta cédulas e a quantia de R\$ 149,00 (cento e quarenta e nove) reais, sem autorização e em desacordo com determinação regulamentar.” Finalizada, pois, a instrução criminal, e apresentadas as alegações finais, sobreveio a referida sentença condenatória, condenando o apelante a pena definitiva de 06 (seis) anos de reclusão, com o cumprimento inicial da pena em regime semiaberto, por força do artigo 33, § 2º, b, do Código Penal, acrescida de 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário-mínimo nacional vigente ao tempo do fato. Quanto ao apelante , fixou a pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão, com o cumprimento inicial da pena em regime semiaberto, por força do artigo 33, § 2º, b, do Código Penal, acrescida de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário-mínimo nacional vigente ao tempo do fato.

Irresignados, os condenados, por intermédio de seus representantes legais, interpuseram o presente Recurso de Apelação, requerendo a absolvição por alegada ausência de prova quanto à autoria delitiva, e caso assim não se entenda, a desclassificação para o delito de uso próprio, previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006. Subsidiariamente, requer para ambos os réus, que seja reconhecida a atenuante da confissão espontânea e para o réu , a atenuante da menor idade penal; o reconhecimento do tráfico privilegiado no patamar de máximo de 2/3; fixação do regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Por fim, os apelantes pleiteiam a isenção da pena de multa e o direito de recorrer em liberdade. O Parquet, por seu turno, apresentou contrarrazões recursais pugnando pelo não provimento do recurso, mantendo-se a condenação objurgada pelas razões e nos termos fixados na sentença. A Procuradoria de Justiça se manifestou opinando pelo conhecimento e não provimento do apelo. Examinados os autos e lançado este relatório, submeto-os à apreciação do eminente Desembargador Revisor. É o relatório necessário. Salvador/BA, 11 de julho de 2022. Des. – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0502246-59.2018.8.05.0229 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: e outros Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros Advogado (s): VOTO O recurso preenche todos os pressupostos necessários à sua admissibilidade, por isso dele conheço. Cuida-se de Apelação Criminal apresentada por e , inconformados com a decisão que os condenou, pela prática do delito capitulado no artigo 33 da Lei 11.343/2006, às penas de: 06 (seis) anos de reclusão, em regime semiaberto, acrescida do pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa e 05 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, acrescida do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, respectivamente. Nas razões recursais, consigna-se a absolvição por

alegada ausência de prova quanto à autoria delitiva, e caso assim não se entenda, a desclassificação para o delito de uso próprio, previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006. Subsidiariamente, requer para ambos os réus, que seja reconhecida a atenuante da confissão espontânea e para o réu, a atenuante da menor idade penal; o reconhecimento do tráfico privilegiado no patamar de máximo de 2/3; fixação do regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Por fim, os apelantes pleiteiam a isenção da pena de multa e o direito de recorrer em liberdade. Nas contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo não provimento da apelação e manutenção do decisum vergastado em todos os termos. DA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. Alega, a defesa dos apelantes, que inexistem provas suficientes acerca da existência dos fatos e da prática da conduta criminosa pelos acusados, motivo pelo qual a absolvição é medida que se impõe, na forma do art. 386, VII, do Código de Processo Penal. De início, consigna-se que a materialidade do delito encontra-se cabalmente comprovada nos autos, através do auto de exibição e apreensão (fls. 09) laudo pericial toxicológico preliminar (fls. 25/27) e definitivo (fls. 51) que atestam que a droga apreendida trata-se de benzoilmetilecgonina (cocaína), entorpecente de uso proscrito no Brasil, consoante Portaria nº 344, de 12/05/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. Quanto à autoria delitiva, encontra-se devidamente demonstrado no acervo probatório terem os Apelante praticado a conduta tipificada no artigo 33 da Lei 11.343/06, pois as drogas foram encontradas e apreendidas em suas residências, embaladas e prontas para a venda, o que comprova a finalidade de comercialização, fato este constatado, inclusive, pelos depoimentos testemunhais das autoridades policiais que efetuaram a prisão. Inicialmente, a testemunha, por meio de gravação audiovisual, afirmou que: “recebeu informações de que estaria acontecendo tráfico de drogas por dois irmãos; Que foram até o local dos fatos e abordaram o Joshuan; Que o Joshuan estava na porta da frente de casa e daí foi feita a revista no interior da residência da Joshuan e foi encontrado três pedras grandes e 10 pedras pequenas para mercancia, de crack; Que depois, como as residências são perto foram até a casa de Cauã, onde o policial achou na tomada da parede da residência de Cauã aproximadamente 50 ou 60 pedras de crack; Que não se recorda se foram encontrados outros objetos; Que Cauã tinha pouco tempo que saiu da cadeia, de cumprir pena por um homicídio e ocultação de cadáver; Que tinha pouco tempo que saiu da cadeia; Que também já tinha cumprindo pena por assalto; Que as informações davam conta que eles estavam traficando drogas; Que achou um celular; Que reconhece os acusados aqui presentes como Cauã e Joshuan; Que reconhece como sendo os mesmos que foram encontradas as drogas”. O IPC, por sua vez, asseverou: Que nada dos fatos receberam informações do CICOM que no local, na residência dos irmãos Cauã e Joshuan; Que as informações davam conta na residência dos dois, de tráfico de drogas; Que ao chegar no local encontraram um dos dois irmãos, e fizeram uma busca pessoal, o qual estava próximo; Que reconheceram pois o mesmo tinha saído do presídio há pouco tempo; Que foram encontradas na primeira residência 02 a três pedras de crack e mais algumas embaladas para venda; Que salvo engano a residência era do Shauã; Que foi feita uma outra busca na residência ao lado que era de Cauã; Que nessa segunda residência foram encontradas aproximadamente 60 pedras de crack, embaladas para a venda; que estava numa caixa de luz; Que não se recorda se foi encontrado algum outro objeto; Que Cauã já foi apreendido por um homicídio, pois na época era menor; Que Shauã foi por tráfico e roubo; Que

tinham pouco tempo que saíram da prisão; Que reconhece aqui nesta sala de audiência os dois acusados como sendo autores do fato.” A IPC Marivan Souza da Silva, que também participou da diligência que culminou na prisão em flagrante dos Apelantes alegou que: “(...) receberam informações por meio da Central; Que nas duas casas no Conjunto Habitacional do Cajueiro, estava acontecendo tráfico de drogas; Que foram até o local, chegando no local eram duas casas vizinhas que pertenciam a dois irmãos; Que adentrou na casa de Cauã e passaram a revistar e encontrou na tomada de energia aproximadamente 50 a 60 pedras de crack já embaladas para mercancia e mais uma quantidade de cocaína; Que encontraram nessa de Cauã caderneta de anotação e embalagens para drogas, aparelho celular; Que na outra casa os colegas encontraram droga escondidas; Que essa outra casa era do irmão ; Que eles já eram conhecidos da polícia; Que reconhece os dois acusados como sendo os autores do delito (...). “Vale ressaltar que, em relação aos depoimentos dos policiais, não há qualquer justificativa para se questionar sobre sua credibilidade. O fato de as testemunhas da acusação serem policiais não invalidam os seus depoimentos, servindo perfeitamente como prova testemunhal do crime. Veja-se que, pela aplicação do princípio da igualdade, haverá, como qualquer outra testemunha, o compromisso de dizer a verdade conforme estipulado no artigo 203 do CPP e, se o policial fizer alguma afirmação falsa, calar ou ocultar a verdade, então o Juiz que estiver tomando o depoimento, com força no artigo 211 do CPP, determinará a instauração de inquérito para apurar o crime de falso testemunho. Com efeito, não é razoável admitir-se que o Estado possa credenciar pessoas para a função repressiva e, sem elementos cabais de prova, negar-lhes crédito quando de sua estrita atividade. Segundo a Jurisprudência, é válido o testemunho prestado por agente policial, não contraditado nem desqualificado, na medida em que provém de agente público no exercício de suas funções e não destoa do conjunto probatório. Corroborando tal entendimento, vem assim decidindo os Tribunais: “HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. SENTENÇA FUNDAMENTADA. CONDENAÇÃO AMPARADA EM TESTEMUNHOS PRESTADOS POR POLICIAIS. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO. ADEQUAÇÃO. (...) 2. Não há óbice a que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do réu sejam considerados na sentença como elemento de prova amparador da condenação, desde que colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de cognição, tal como na hipótese, em que a expressiva quantidade de droga apreendida – 24 (vinte e quatro) invólucros com crack – revela não ser o entorpecente destinado a consumo próprio. (...)” (STJ, HC 162131/ES, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 21/06/2010) “(...) É válido testemunho prestado por agente policial, não contraditado ou desqualificado, na medida em que provém de agente público no exercício de suas funções e não destoa do conjunto probatório. Precedentes. (...)” (ACR 2006.38.02.001052-8/MG, Rel. Desembargador Federal , Terceira Turma, e-DJF1 p.22 de 31/07/2009) Portanto, a autoria e a materialidade restaram devidamente comprovadas nos autos, considerando os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão, as substâncias entorpecentes encontradas em posse dos Recorrentes, que se encontravam embaladas individualmente, prontas para a venda, além dos sacos para embalagens e caderneta de anotações utilizada para venda de drogas, que atestam o envolvimento dos Apelantes com o tráfico ilícito de entorpecentes, não havendo como negar a finalidade comercial da droga e revelando o dolo dos acusados. Outrossim, vale destacar que a quantidade de droga encontrada no momento da apreensão (04 pedras grandes de “crack”,

mais 10 pedrinhas de "crack" já embaladas para a venda, na residência de Joshuan, e 06 papелotes da substância entorpecente similar a cocaína, mais 62 pedrinhas de "crack" na residência de Cauan) se mostra incompatível com a conduta de alguém que pretendia somente utilizá-la para uso próprio, de forma que, nesta hipótese, deveria manter consigo uma quantidade menor da substância. Há que se enfatizar que o tipo penal descrito no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, é considerado crime de conteúdo variado ou de natureza múltipla, bastando a prática de um dos núcleos descritos na norma para configurar o cometimento do crime de tráfico de drogas, sendo, portanto, desnecessário que o agente seja flagrado no momento exato em que comercializada a droga. Neste sentido é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: "Sendo o tráfico de entorpecentes classificado como crime de ação múltipla, praticando o agente qualquer dos dezoito verbos descritos no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, mesmo que mais de um deles, está sujeito à reprimenda prevista no preceito secundário do tipo. (...) (STJ, HC 125617/PR, Rel. Ministro , DJ de 15/12/2009).""A noção legal de tráfico de entorpecentes não supõe, necessária a pratica de atos onerosos ou de comercialização (...) "STJ, HC 69.806/G0, Rel. Ministro , DJ de 04/06/93. Portanto, não merece acolhimento o pleito de absolvição dos Apelantes pelo crime de tráfico de drogas, vez que não resta dúvida acerca da autoria e materialidade delitivas, que se encontram muito bem cristalizadas. Além disso, ao lado das provas, produzidas de forma exaustiva e suficiente para a constatação da materialidade do crime de tráfico de drogas, bem como da autoria do crime pelos réus, não foram trazidas pela Defesa provas aptas a elidir as imputações. Meridianamente claro, deste modo, pelo raciocínio lógico aqui desenvolvido, que a tese de insuficiência probatória apresentada na apelação dos Recorrentes não tem consistência perante os elementos de prova trazidos aos autos, o que impossibilita o acolhimento da tese de absolvição, sustentada pela defesa.

DESCCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO PREVISTO NO ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. Outrossim, no que concerne ao pleito de desclassificação do delito de tráfico de drogas para o de uso previsto no artigo 28 da mesma legislação, tem-se que este também não merece acolhido, isto porque o art. 33 da Lei 11.343/06 prevê 18 verbos em que a prática de qualquer uma das ações ali elencadas configura o delito de tráfico. In casu, seja usuário de drogas, tal condição não afasta a traficância, restando incontroverso que a circunstância em que a droga foi apreendida (na residência dos Apelantes), a quantidade, a forma de acondicionamento, a disposição de embalagens e cadernetas de anotações, indicam, com segurança, a sua destinação ao tráfico e não ao uso pessoal dos Apelantes, sendo, portanto, incabível a pleiteada desclassificação. A mera alegação de serem os recorrentes dependentes químicos, desprovida de prova no sentido, desautoriza a desclassificação dos fatos para o delito mais brando, previsto no artigo 28 da referida lei, ainda mais quando há prova segura da atividade do agente na comercialização de droga. Diante das circunstâncias da prisão, bem como, pelo conjunto probatório carreado aos autos, vislumbra-se que os Apelantes não são meros usuários de drogas, conforme o testemunho dos policiais que realizaram o flagrante, não sendo possível a desclassificação do crime de tráfico para o previsto no artigo 28 da Lei 11.343/2006.

DA DOSIMETRIA DA PENA No que concerne à aplicação da pena, pleiteiam os Apelantes pela fixação da sanção imposta em seu patamar mínimo, reconhecendo-se a atenuante da confissão espontânea para ambos os réus e para o réu , a atenuante da menor idade penal. Quanto ao Apelante : Na primeira fase da dosimetria, observa-se que o magistrado a

quo verificou a incidência de apenas uma circunstância desfavorável, referente a conduta social do Apelante, tendo em vista que o mesmo responde a mais dois outros processos crime e que foi preso há menos de 30 (trinta) dias de ter sido colocado em liberdade (em razão de revogação de prisão por processo criminal distinto). Contudo, sabe-se que a mera suposição de envolvimento criminal materializada por inquéritos ou ações penais em curso não podem servir para desabonar a conduta social do agente, pois fere-se o princípio constitucional da não culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF). Neste sentido: Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça: "É vedada a utilização de inquéritos e ações penais em curso para agravar a pena-base. (...) Inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem maus antecedentes, má conduta social, nem personalidade desajustada (...) (STJ, HC 81866/DF) Portanto, entendo não incidir no caso vertente qualquer circunstância desfavorável, devendo a pena-base ser mantida no seu patamar mínimo, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Na segunda fase da dosimetria, inexistentes circunstâncias agravantes e atenuantes. Vale destacar a impossibilidade de aplicação da confissão espontânea, vez que o condenado em nada confessou quanto à imputação do delito de tráfico. Na terceira fase, verifico a inexistência de causas de aumento ou diminuição de pena, tornando a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário-mínimo nacional vigente ao tempo do fato. Quanto ao Apelante : Na primeira fase da dosimetria, verifica-se que o magistrado sentenciante, da mesma forma, valorou a circunstância desfavorável referente a conduta social do Apelante, considerando que o mesmo já respondeu a seis atos infracionais e foi preso há menos de 30 (trinta) dias de ter sido colocado em liberdade (medida de internação). No entanto, conforme dito anteriormente, maus antecedentes não podem ser valorados negativamente em nenhum momento da sentença condenatória para fins de exasperação da pena-base, razão pela qual mantenho a pena em seu patamar mínimo, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Na segunda fase da dosimetria, reconheço a atenuante referente a menoridade penal do recorrente, contudo deixo de aplicá-la em virtude da modificação da pena-base, que foi estabelecida no seu patamar mínimo legal, e em consonância com o entendimento sumulado do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que embora as atenuantes sejam de aplicação obrigatória, não podem, ao contrário das causas de diminuição, implicar redução de pena abaixo do mínimo legal. (Sumula 231: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal". Na terceira fase, verifico a inexistência de causas de aumento ou diminuição de pena, tornando a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário-mínimo nacional vigente ao tempo do fato. DA APLICAÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06 (TRÁFICO PRIVILEGIADO). Nas razões recursais, requer-se a reforma da sentença para reconhecer a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Verifica-se da sentença condenatória que o Magistrado a quo não reconheceu a incidência da sobredita causa especial de diminuição de pena, conforme excerto abaixo transcrito: "Na sequência, também sem amparo legal a pretensão da defesa de aplicação para ambos os réus do tráfico privilegiado, uma vez que tanto como , demonstram utilizar-se da mercancia da droga como meio de sustento, revelada esta pela quantidade considerável apreendida conforme laudo de fls. 25/27, como pelo próprio conjunto de vida pregressa que

ostenta: (responde a dois outros processos criminais neste juízo) e (respondeu por seis atos infracionais junto a este juízo crime), assim não há como reconhecer nenhum privilégio aos réus, pois não se encontram na condição de neófitos na situação de tráfico de drogas.” 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, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.” 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. De fato, 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 , 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 , 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 , QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 25/10/2021) Contudo, não obstante a existência de maus antecedentes não afastem a incidência do benefício do tráfico privilegiado, as circunstâncias em que se deu a prisão em flagrante dos Apelantes, destacando-se a quantidade de droga apreendida, a forma como estavam acondicionadas, além dos demais objetos encontrados na posse dos recorrentes, como tubo de linha, tesoura, sacos para embalagens e caderneta de anotações para venda de drogas, inviabiliza o seu reconhecimento no caso vertente, razão pela qual indefiro o pedido de aplicação da aludida causa especial de diminuição de pena. DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS. Em pleito subsidiário, pugnam os Apelantes pela substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. O artigo 44 do Código Penal dispõe que: "Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente." Da análise dos autos, verifica-se que a pena aplicada aos Recorrentes é superior a quatro anos. Assim, considerando que os Apelantes não preenchem o requisito objetivo, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em conformidade com o artigo 44, § 2º, do Código Penal. DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. De plano, verifica-se que o pleito de concessão do direito de recorrer em liberdade encontra-se prejudicado, porquanto já deferido em favor de ambos os Recorrentes pelo juízo a quo no bojo da sentença condenatória. DO AFASTAMENTO DA PENA DE MULTA. No que se refere à pretensão defensiva de afastamento da pena pecuniária, sob alegação de incapacidade financeira de arcar com os valores ao qual foram condenados, importante esclarecer que a pena de multa está prevista para o tipo penal, no qual os acusados se viram incursos, de forma que sua imposição é obrigatória no caso de condenação, uma vez que, não incida nenhuma circunstância que possa excluí-la, ficando, todavia, a cobrança da pena pecuniária a cargo do Juízo das Execuções. Demais disso, o art. 49 do Código Penal, que trata da pena pecuniária, não traz alude qualquer restrição à sua imposição, atentando sua exclusão contra o princípio da estrita legalidade penal, impondo ao julgador a aplicação das sanções cominadas abstratamente no tipo penal, não havendo nenhum dispositivo a lhe dar amparo. Contudo, eventual impossibilidade de pagamento deve ser averiguada em sede de execução e não no juízo de conhecimento, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal Brasileiro, c/c os parágrafos 2º e 3º, do art. 98 do Código de Processo Civil, que revogou o art. 12 da Lei nº. 1.060/50. Nesse sentido colhe-se precedente do Superior Tribunal de Justiça e deste Egrégio Tribunal: (...) 1. Nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais. O momento de verificação da miserabilidade do condenado, para fins de suspensão da exigibilidade do

pagamento, é na fase de execução, visto que é possível que ocorra alteração na situação financeira do apenado entre a data da condenação e a execução do decreto condenatório. (...)” (AgRg no AREsp n. 394.701/MG, Ministro , Sexta Turma, DJe 4/9/2014.” “(...) 1. Não acolho o pedido do recorrente para que seja dispensado da obrigação de pagar as custas processuais, uma vez que eventual isenção do pagamento das custas processuais deverá ser avaliada na fase de execução da sentença condenatória, quando será possível aferir a verdadeira situação econômica do condenado. 2. (...)” . (TJ-BA – APL: 03605877720128050001 BA 0360587-77.2012.8.05.0001, Relator: , Data de Julgamento: 21/11/2013, Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Data de Publicação: 27/11/2013."Dessa forma, a impossibilidade financeira para satisfazer a pena pecuniária, devido à pobreza do Apelantes, constitui matéria que deve ser suscitada no Juízo da Execução Criminal, como dito alhures. DA ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. Quanto ao pedido de isenção das custas, a condenação ao pagamento de custas processuais também decorre da lei, especificamente do art. 12 da Lei nº 1.060/50, sendo, no entanto, possível suspensão do pagamento, a qual deverá perdurar enquanto se mantiver a situação de pobreza do condenado, pelo prazo máximo de 05 (cinco) anos, findo o qual estará prescrita a obrigação. Outrossim, eventual isenção do pagamento das custas processuais poderá ser avaliada na fase de execução da Sentença condenatória, quando então será possível aferir a verdadeira situação econômica do condenado, por ocasião de sua exigibilidade, porquanto existe a possibilidade de sua alteração após a data da condenação. A respeito do tema já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça: “O Superior Tribunal já firmou jurisprudência no sentido de que o réu, ainda que beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve ser condenado ao pagamento das custas processuais nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, ficando, contudo, seu pagamento sobrestado, enquanto perdurar seu estado de pobreza, pelo prazo de cinco anos, quando então a obrigação estará prescrita, conforme determina o art. 12 da Lei n.º 1.060/50. Outrossim, a isenção somente poderá ser concedida ao réu na fase de execução do julgado, porquanto esta é a fase adequada para se aferir a real situação financeira do condenado, já que existe a possibilidade de sua alteração após a data da condenação.” (STJ, REsp 842393/RS, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2007, DJ 23/04/2007, p. 304). Desse modo, não merece ser acolhido o pedido de isenção do pagamento das custas processuais. Diante do exposto, VOTO pelo PROVIMENTO PARCIAL do apelo interposto, apenas no sentido de fixar a pena definitiva de ambos os Apelantes no seu patamar mínimo legal, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário-mínimo nacional vigente ao tempo do fato. Sala de Sessões, 19 de Julho de 2022. Presidente Relator Procurador (a) de Justiça