

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000367-83.2020.8.05.0074

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: JOSÉ CARLOS DE JESUS ALVES FILHO

Advogado (s): CARLOS LUIS CARVALHO ARAGAO, LEONARDO OLIVEIRA DA ROCHA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DA COMARCA DE DIAS D AVILA

Advogado (s):

ACORDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NÃO ACOLHIMENTO. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DELITIVA. PROVA PERICIAL E CREDIBILIDADE DA INCRIMINAÇÃO DOS POLICIAIS. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE PELOS MOTIVOS DO CRIME. OBTENÇÃO DE LUCRO FÁCIL. CIRCUNSTÂNCIA INERENTE AO TIPO PENAL. ILEGALIDADE. PLEITO DE REDUÇÃO DA REPRIMENDA POR APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DE TRÁFICO PRIVILEGIADO EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA. INVIABILIDADE. ENVOLVIMENTO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

A materialidade delitiva resta comprovada através do laudo pericial acostado ao ID 122026630, o qual concluiu que as substâncias encontradas em poder do denunciado eram maconha e cocaína.

A seu turno, a autoria delitiva imputada ao denunciado encontra-se devidamente comprovada nos elementos probatórios produzidos, principalmente, a partir dos depoimentos das testemunhas arroladas. A situação em que se deu a prisão é flagrancial em razão do vídeo que circulou através das redes sociais e grupos do aplicativo "Whatsapp" de

moradores do Município de Dias D'Ávila, um vídeo o qual encontra-se acostado ao ID 136721234, no qual aparecem braços de pessoas portando ostensivamente arma de fogo, dentre eles, do denunciado, enquanto é cantada música pertinente a facção criminosa BDM, cujo jargão utilizado é "Tudo 3" e foi lavrado pela autoridade competente, no mesmo dia da prisão do acusado, caracterizando o estado de flagrância previsto no art. 302, do CPP.

Quanto à circunstância judicial dos motivos do crime, valorou negativamente de modo a considerar a "obtenção de lucro fácil" elemento capaz de majorar a pena. Sendo circunstância inerente ao tipo penal sua valoração negativa constitui bis in idem não podendo ser mantida por essa corte.

Não se faz possível a aplicação do tráfico privilegiado, eis que o acusado demonstra dedicação à atividade criminosa, haja vista o registro da ação de n.º 0549667-84.2017.8.05.0001, indicando a reiteração da conduta de mercancia de drogas. Ressalte-se o entendimento pacificado nos Tribunais Superiores de que a consideração de ações penais em trâmite para o afastamento do tráfico privilegiado não viola o princípio da presunção de inocência.

Recurso provido parcialmente.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000367-83.2020.8.05.0074, de Dias D'Ávila/Ba, em que figura como apelante JOSÉ CARLOS DE JESUS ALVES FILHO, e como apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os Desembargadores componentes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, pelas razões adiante alinhadas.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade
Salvador, 3 de Novembro de 2022.

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000367-83.2020.8.05.0074

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: JOSÉ CARLOS DE JESUS ALVES FILHO

Advogado (s): CARLOS LUIS CARVALHO ARAGAO, LEONARDO OLIVEIRA DA ROCHA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DA COMARCA DE DIAS D AVILA

Advogado (s):

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta por JOSÉ CARLOS DE JESUS ALVES FILHO, contra a sentença prolatada pelo Juízo da Vara Criminal de Dias D'Ávila, que o condenou pela prática do delito previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Narra a denúncia que no dia a 07 de maio de 2020, na Rua Floriano Peixoto, Baixada da Urbis, no Município de Dias D'Ávila/Ba, após incursão de guarnição da Polícia Militar naquele bairro, foi encontrado em poder do acusado 03 (três) pinos e 03 (três) invólucros contendo todos cocaína, 02 (duas) pedras do mesmo material, 05 (cinco) trouxas de "maconha", 32 (trinta e duas) pedrinhas de crack, 01 (um) saco com farelo análogo a crack e 05 (cinco) pedras grandes da mesma substância.

Recebida a denúncia, realizou-se a instrução processual, culminando com a condenação do réu a uma pena total de 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, acrescida do pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo do fato. Inconformado com a r. sentença, o réu interpôs Apelação (Id 32934871), requerendo a reforma da sentença, a fim de que seja absolvido quanto ao crime de tráfico de drogas e, subsidiariamente, o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, fixando, em seguida, o regime inicial aberto e, posteriormente, substituindo a pena

privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

Em suas contrarrazões, o membro do Ministério Público, no Id 33167917, pugnou pelo desprovimento do apelo interposto, mantendo-se, por seus próprios fundamentos, a sentença recorrida.

A d. Procuradoria de Justiça, no Parecer contido no ID nº 33776678, pronunciou-se nulidade da sentença em razão da falta de intimação do apelante para constituir advogado de sua preferência, quando da renúncia do advogado de defesa então constituído

É o relatório.

Salvador/BA, 19 de outubro de 2022.

Des. Carlos Roberto Santos Araújo – 2ª Câmara Crime 1ª Turma
Relator

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000367-83.2020.8.05.0074

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: JOSÉ CARLOS DE JESUS ALVES FILHO

Advogado (s): CARLOS LUIS CARVALHO ARAGAO, LEONARDO OLIVEIRA DA ROCHA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DA COMARCA DE DIAS D AVILA

Advogado (s):

VOTO

Ante o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso ora interposto.

PRELIMINAR ARGUIDA PELA PROCURADORIA DE JUSTIÇA

Malgrado a Procuradoria de Justiça, em seu parecer de Id 33776678, na qualidade de custos legis, busque, em favor do apelante, a nulidade de todos atos processuais até o momento da renúncia do advogado de defesa, por falta de intimação do acusado, a fim de que pudesse constituir novo causídico do seu interesse, que ofertasse as alegações finais, data venia, razão não assiste ao pleito versado, pelas razões abaixo expendidas. É consabido que, renunciando o advogado constituído antes de oferecer as alegações finais, deve-se intimar o réu para que nomeie novo patrono, sob pena de nulidade, por cerceamento de defesa. E somente, após a sua inércia, ser nomeada a defensor dativo para promover sua defesa técnica final. Entretanto, analisando detidamente os autos, verifico que o processo não padece de qualquer nulidade a ser sanada.

Isto porque, visando garantir a instrumentalidade das normas, a lei estabeleceu o sistema de prevalência dos impedimentos de declaração ou de arguição de nulidades, sendo regra básica o quanto enunciado no art. 563 do CPP, que trata do princípio *pas de nullité sans grief*, pelo qual não se declara a nulidade desde que da preterição da forma legal não haja resultado prejuízo para uma das partes.

Na hipótese, não configurado nos autos o efetivo prejuízo decorrente da suposta nulidade apontada, pelo contrário, infere-se dos fólios que, após advogado do réu, ora apelante, renunciar ao mandato, o novo defensor atuou a partir da instrução probatória, acompanhando o réu em audiência e oferecendo alegações finais escritas em assistência ao réu, interpondo inclusive embargos declaratórios em face da sentença, garantindo-lhe o direito à ampla defesa e ao contraditório.

Nessa senda, não restou demonstrado qualquer prejuízo sofrido pelo apelante, já que a o advogado dativo atuou legalmente nos autos em defesa dos seus interesses, de modo que, não sendo demonstrado qualquer prejuízo, a nulidade processual é afastada, conforme inteligência do art. 563 DO CPP.

Precedente STF: ''Ausência de eventual prejuízo a afastar a nulidade processual arguida. Aplicação do princípio do *pas de nullité sans grief*. Precedentes. Agravo regimental conhecido e não provido.'' (RE 609332 RJ). ANTE O EXPOSTO, REJEITO A PRELIMINAR.

DO MÉRITO

O pleito recursal resume-se na negativa de autoria sob a alegação de fragilidade da prova testemunhal e do acervo probatório para a condenação do apelante e na reforma da dosimetria, com aplicação de causa de diminuição de pena prevista no § 4º, art. 33 caput da Lei 11.343/06 (tráfico privilegiado) no patamar de 2/3 (dois terços).

Pois bem. O pedido de absolvição apresentado no recurso de apelação interposto pelo réu, data vênua, não merece albergamento.

A materialidade delitiva resta comprovada através do laudo pericial acostado ao ID 122026630, o qual concluiu que as substâncias encontradas em poder do denunciado eram maconha e cocaína.

A seu turno, a autoria delitiva imputada ao denunciado encontra-se

devidamente comprovada nos elementos probatórios produzidos, principalmente, a partir dos depoimentos das testemunhas arroladas. A situação em que se deu a prisão é flagrancial em razão do vídeo que circulou através das redes sociais e grupos do aplicativo “Whatsapp” de moradores do Município de Dias D’Ávila, um vídeo o qual encontra-se acostado ao ID 136721234, no qual aparecem braços de pessoas portando ostensivamente arma de fogo, dentre eles, do denunciado, enquanto é cantada música pertinente a facção criminosa BDM, cujo jargão utilizado é “Tudo 3” e foi lavrado pela autoridade competente, no mesmo dia da prisão do acusado, caracterizando o estado de flagrância previsto no art. 302, do CPP.

0 Laudo pericial definitivo de Id 31988525 comprova a materialidade do delito. Confira-se:

“LAUDO PERICIAL 2020 00 LC 0181155-01 – “RESULTADO: Detectada a substância tetrahydrocannabinol (THC) no material A e benzoilmetilecgonina (cocaína) nos materiais B e C”

Já a autoria revela-se incontestada por meio da prova oral produzida na fase extrajudicial e em Juízo. Não procede as alegações da defesa de que os depoimentos dos policiais não podem fundamentar um juízo condenatório em um processo criminal.

As testemunhas arroladas pela acusação são policiais que procederam a apreensão das drogas. Todos eles, perante a autoridade judiciária, trazem a mesma versão de forma harmônica e precisa acerca do ocorrido.

Confira-se:

“Conhece o acusado e se recorda de ter realizado a sua prisão; informa que a prisão ocorreu em razão do acusado ser envolvido em um homicídio de um rapaz de prenome Gilmar que ocorreu em 2020, em paralelo a isso estava circulando um vídeo em várias redes sociais da cidade, de homens exibindo armas em via pública, após investigações, descobriram que um desses indivíduos tratava-se do acusado José Carlos de Jesus Alves Filho; através de informações, no dia 07 de maio de 2020, na Rua Floriano Peixoto, avistaram o acusado e após fazer a abordagem encontraram uma quantidade de drogas, momento em que o conduziram à delegacia sendo lavrado o Auto de Prisão em Flagrante; no momento da abordagem o acusado estava sozinho; que teve acesso ao vídeo mencionado, e que continha cerca de 4 elementos clamando o nome da facção ‘tudo 3 – BDM’ e exibindo armas de fogo; informa que no vídeo o reconheceu pelo braço e pela voz, e no dia da prisão estava com a mesma vestimenta da gravação; não se recorda de ter apreendido arma de fogo e também não se recorda da faca que consta como apreendida nos autos; afirma que havia uma boa quantidade de cocaína, maconha e crack; que o acusado aparentemente não havia feito uso de drogas; no momento da abordagem o acusado confessou ter participado do vídeo; (Link de acesso acostado sob ID 136713904)

“Na região do bairro conhecido como Urbis, encontraram o acusado em via pública e após procederem a abordagem encontraram drogas com o acusado; que salvo engano as drogas estavam nas suas vestes; que o acusado não aparentava estar fazendo uso de drogas; que o acusado acelerou os passos para tentar despistar a viatura; que a viatura era padronizada e todos

estavam fardados; que já ouviu falar do acusado porque este já cometeu outros crimes; que acredita que os outros crimes do acusado são relacionados à tráfico de drogas; que não sabe falar sobre a informação que José Carlos estaria envolvido em um homicídio; que ouviu falar do vídeo que o acusado ostentava arma com outros indivíduos e fazia o sinal da sua facção; que a rua em que o acusado foi preso era uma rua diferente da que aparece no vídeo; que reconheceu o acusado por causa da voz e da roupa que aparecia no vídeo; se lembra que a roupa mencionada era amarela, tipo roupa de moto táxi; que 'BIG' faz parte da facção BDM; que a arma que o acusado portava no vídeo era uma pistola; que o acusado estava sozinho no momento da abordagem; nunca abordou o acusado em outra situação; que se recorda que havia apenas a sua guarnição no momento do ocorrido; que após a prisão do acusado não se recorda se houveram imprevistos; que estava dirigindo a viatura no momento da prisão; que não se recorda quanto tempo após a veiculação do vídeo foi realizada a prisão do acusado, mas que acredita que a prisão ocorreu ao máximo de 30 dias após a divulgação do vídeo. (Link de acesso acostado sob ID 136713904)

Tem-se que os policiais militares que encontraram os entorpecentes e o simulacro, realizou a prisão em flagrante do acusado dando detalhes da operação que culminou na apreensão das drogas em poder do Apelante, conforme os depoimentos acima.

Na hipótese, entendo que os depoimentos realizados pelos policiais que encontraram as substâncias ilícitas, servem perfeitamente como prova testemunhal dos crimes, sendo dotados de credibilidade e veracidade. 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 o Superior Tribunal de Justiça:

“(...) 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 OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 21/06/2010, grifo nosso).

Saliente-se que a prova do crime de tráfico de drogas não necessita ser direta, mas deve ser firmada quando os indícios e presunções, analisados sem preconceito, formam um todo harmônico e demonstram a distribuição comercial do entorpecente.

Não é demais lembrar que, nos crimes de tráfico, não há que se esperar a

concretização do ato de venda para que o crime se consume, porque estamos à frente de um delito de ação múltipla.

A rigor, é desnecessária a visualização da mercancia pelos policiais, basta observar o tipo penal do art. 33 da Lei Federal nº 11.343/06, para verificar que o núcleo do tipo abarca muitas condutas, de modo que a só realização de uma das ações previstas no caput do aludido artigo já seria suficiente para comportar a condenação: "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."

Verifica-se que os depoimentos das testemunhas arroladas pelo Ministério Público afiguram-se coerentes com os demais elementos probatórios colacionados aos autos, apontando que o ora apelante praticou os delitos previstos no art. 33, caput, da nº Lei 11.343/2006 sendo inviável o pleito de absolvição do ilícito.

Assim, meridianamente claro pelo raciocínio lógico aqui desenvolvido, que a absolvição requerida na apelação do recorrente não merece amparo ante os elementos de prova trazidos aos autos. Houve, assim, material probandi apto à condenação do acusado, restando a autoria e a materialidade da prática do crime de tráfico de drogas, não podendo ser acolhido o pleito de absolvição.

DOSIMETRIA DA PENA

O Magistrado a quo, na primeira fase da dosimetria, fixou a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (quinhentos) dias multas, à base de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do delito, mantendo-a em definitivo.

Aplicou corretamente o quanto disposto do art. 42 da Lei 11.343/06 como norma preponderante especial sobre a geral levando em consideração tanto a natureza dos entorpecentes quanto a quantidade dos mesmos.

Todavia, quanto à circunstância judicial dos motivos do crime, valorou negativamente de modo a considerar a "obtenção de lucro fácil" elemento capaz de majorar a pena.

Sendo circunstância inerente ao tipo penal sua valoração negativa constitui bis in idem não podendo ser mantida por essa corte.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENAS-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MOTIVOS DO CRIME VALORADOS NEGATIVAMENTE. OBTENÇÃO DE LUCRO FÁCIL. CIRCUNSTÂNCIA INERENTE AO TIPO PENAL. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. MOTIVOS DO CRIME VALORADOS NEGATIVAMENTE. OBTENÇÃO DE LUCRO FÁCIL. CIRCUNSTÂNCIA INERENTE AO TIPO PENAL. ILEGALIDADE. RECONHECIMENTO. SIMILITUDE DE SITUAÇÃO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE EMPECILHO INERENTE A CIRCUNSTÂNCIA DE CARÁTER EXCLUSIVAMENTE PESSOAL. APLICAÇÃO DO ARTIGO 580 DO CPP. POSSIBILIDADE. PEDIDO DEFERIDO. 1. A mera referência à "ânsia de lucro fácil" não constitui motivação idônea e suficiente a ensejar a valoração negativa dos motivos do crime, e, por conseguinte, a majoração da sanção básica, porquanto tal circunstância é inerente aos tipos penais ora violados, a saber (tráfico de drogas e associação para o tráfico), sendo imprescindível o decote do incremento sancionatório. 2. Pedido de

extensão deferido a fim de reduzir a reprimenda corporal imposta ao requerente pela prática dos delitos descritos nos art. 33 e 35 da Lei n.º 11.343/2006 para, respectivamente, 6 anos, 7 meses e 10 dias de reclusão e 660 dias-multa e 3 anos e 8 meses de reclusão e 700 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação.

(STJ – PExt no HC: 326748 SC 2015/0137572-0, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 01/10/2015, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 22/10/2015)

Assim, considerando a pena-base fixada deve ser diminuída na proporção de 4 meses, já que três foi as circunstâncias negativas para a fixação da pena-base, apenando o apelante em 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 566 (quinhentos e sessenta e seis) dias-multa.

Oportunamente, na terceira fase, a Defesa requereu a aplicação do § 4º (tráfico privilegiado) ao delito de tráfico de drogas, por entender estarem presentes os requisitos autorizadores para a aplicação.

Com relação a aplicação da causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º, do art. 33 da lei 11.343/06 Para melhor análise do pedido, cumpre transcrever a sentença no trecho em que versa sobre a dosimetria:

“Por fim, consoante pugnado pela defesa em sede de alegações, resta-me analisar a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas.

Nesse exato sentido, precedentes do Superior Tribunal de Justiça:

“1. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser dessa causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante. 2. O Supremo Tribunal Federal, por ambas as Turmas, possui o entendimento de que inquéritos policiais e/ou ações penais ainda sem a certificação do trânsito em julgado não constituem fundamento idôneo a justificar o afastamento do redutor descrito no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, em observância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Ressalva deste relator.” AgRg no HC 641.362/SC

Assevera a ilustrada Defesa, neste ponto, não ser possível utilizar feitos criminais em andamento para afastar a incidência da referida benesse, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência.

Todavia, não se faz possível a aplicação da causa de diminuição mencionada, eis que o acusado demonstra dedicação à atividade criminosa, haja vista que nos autos consta o seu envolvimento com a facção BDM, através do vídeo o qual encontra-se acostado ao ID 31988556, no qual aparecem braços de pessoas portando ostensivamente arma de fogo, dentre eles, do denunciado, enquanto é cantada música pertinente a facção criminosa BDM, cujo jargão utilizado é “Tudo 3”.

O benefício em questão, “tráfico privilegiado”, não deve ser aplicado de forma desmedida, devendo incidir somente em casos singulares, quando preenchidos os requisitos dispostos na legislação, os quais merecem interpretação restritiva, de modo a prestigiar quem efetivamente mereça redução de pena.

Justamente por isso, a referida causa de diminuição não foi criada pensando em beneficiar réus que possuam contra si inquéritos policiais,

ações penais em andamento, ou transitadas em julgado.

Conceder o benefício do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 para o réu que possui envolvimento com organização como a BDM, é equipará-lo com aquele que numa única ocasião na vida se envolveu com o crime, situação que ofende o princípio previsto na Constituição Federal de individualização da pena.

Assim, diante da ausência de comprovação de que este exercia atividades lícitas como meio de vida e da existência de outras ações penais e da presença provas de que o apelante se dedica às atividades criminosas que integra organização criminosa, demonstra que o mesmo está envolvido na "criminalidade", mesmo nunca tendo respondido a um processo criminal, resta impossibilitada a diminuição da reprimenda pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça:

(...) AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO. QUANTIDADE DA DROGA. CONDIÇÃO DE TRANSPORTADOR. INDÍCIOS DE ENVOLVIMENTO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. REDUÇÃO PELO TRÁFICO PRIVILEGIADO NA FRAÇÃO MÍNIMA. SEM DIREITO. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. O Colegiado local consignou que a condição de transportador associada à elevada quantidade de drogas – 52 kg de maconha – denota o envolvimento em organização criminosa, tendo sido mantida a redução da pena no mínimo legal pelo tráfico privilegiado em respeito ao princípio do reformatio in pejus, bem como por entender não haver espaço na ação de Revisão Criminal para juízo de valor diverso do já manifestado pelo Colegiado Regional anterior. 2. A constatação de envolvimento com organização criminosa é hipótese que impede a aplicação da causa de diminuição da pena pelo tráfico privilegiado. 3. Inexiste bis in idem na exasperação da pena-base e redução de 1/6 na terceira fase, porquanto assentou o Tribunal de origem que o agravante sequer teria direito ao benefício. 4. Agravo regimental improvido.

(STJ – AgInt no REsp: 1410990 SP 2013/0339781-3, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 15/03/2018, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/03/2018)

Saliente-se que nenhum princípio constitucional é absoluto. Ainda assim, não se cogita violação ao princípio da presunção de inocência na hipótese em análise, eis que a existência de ações penais em curso é aqui considerada não para condenar o acusado, mas sim para afastar a concessão de um benefício legal, considerando-se, para tanto, o princípio, também constitucional, da individualização das penas.

Logo, considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal em associação com os ditames previstos no parágrafo quarto do art. 33 da Lei 11.343/2006, em especial a quantidade de entorpecentes apreendidos e às evidências que demonstram que o acusado integra organização criminosa com atuação nesta urbe, deixo de reconhecer em seu favor tal minorante, quedando a pena em definitivo para o tráfico de drogas em 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 566 (quinhentos e sessenta e seis) dias-multa, mantendo-se o regime semiaberto fixado na sentença em razão da detração penal."

Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto, tão somente, para excluir a aplicação da circunstância judicial dos motivos do crime,

fixando a pena definitiva em 5 (cinco) anos e 8 (oito) meses de reclusão e 566 (quinhentos e sessenta e seis) dias-multa, mantendo a sentença a quo em seus demais termos.

Salvador, de de 2022.

DES. CARLOS ROBERTO SANTOS ARAÚJO
RELATOR