

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500820-80.2020.8.05.0022 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Ícaro Vinicius Vieira Dias e outros Advogado (s): JOAO NUNES LUCENA NETO APELADO: Ícaro Vinicius Vieira Dias e outros Advogado (s): JOAO NUNES LUCENA NETO ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELANTE CONDENADO, PELA PRÁTICA DOS DELITOS PREVISTOS NOS ART S. 33 DA LEI Nº 11.343/2006 E 14 DA LEI Nº 10.826/2003. 1.- RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO DE MAJORAÇÃO DA PENA-BASE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. CABIMENTO. TRANSPORTE DE COCAÍNA EM COMPANHIA DE MENORES. NATUREZA DA DROGA. EXPOSIÇÃO DE VULNERÁVEIS A SITUAÇÃO DE RISCO. CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 42 DA LEI Nº 11.343/2006. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. 2.- RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PEDIDO DE MAJORAÇÃO DA PENA-BASE DO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. DESCABIMENTO. ARMA MUNICIADA. ELEMENTO DO TIPO. PORTE DE ARMA SEM VÍNCULO COM O TRÁFICO/TRANSPORTE DE DROGAS. ALEGAÇÕES QUE NÃO CONFIGURAM CIRCUNSTÂNCIAS NEGATIVAS. 3.- RECURSO DE ÍCARO VINÍCIUS VIEIRA DIAS. APLICAÇÃO EM FAVOR DO APELANTE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/2006, EM SEU GRAU MÁXIMO. ACOLHIMENTO. A EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS OU AÇÕES PENALIS EM CURSO NÃO CONSTITUI FUNDAMENTO VÁLIDO PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI ANTIDROGAS. JURISPRUDÊNCIA DO STF E STJ. AUSÊNCIA DE PROVAS DE QUE O APELANTE SE DEDIQUE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. APLICAÇÃO DA REFERIDA CAUSA DE DIMINUIÇÃO EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA, QUAL SEJA, 2/3 (DOIS TERÇOS). 4.- RECURSO DE ÍCARO VINÍCIUS VIEIRA DIAS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. DESCABIMENTO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. EXISTÊNCIA DE INVESTIGAÇÕES CRIMINAIS. PERICULOSIDADE DO APELANTE DEMONSTRADA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A PERSECUÇÃO CRIMINAL. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. CUSTÓDIA CAUTELAR MANTIDA. 5.- PREQUESTIONAMENTO. REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO QUE SE SATISFAZ, NESTE JULGAMENTO, COM A EXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO SOBRE AS MATÉRIAS QUE SE PRETENDE SUBMETTER AO CRIVO DAS INSTÂNCIAS EXTRAORDINÁRIAS. PRECEDENTES. APELAÇÕES CONHECIDAS E PROVIDAS PARCIALMENTE. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelações Criminais Simultâneas nº 0500820-80.2020.8.05.0022, oriundos da Comarca de Barreiras, que tem como apelante/apelado ÍCARO VINÍCIUS VIEIRA DIAS, e apelante/apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ACORDAM os Desembargadores componentes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia em CONHECER DA APELAÇÃO DE ÍCARO VINÍCIUS VIEIRA DIAS E JULGÁ-LA PROVIDA PARCIALMENTE, e em CONHECER DA APELAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E JULGÁ-LA PROVIDA PARCIALMENTE, de acordo com o voto do Relator. Sala das Sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). DES. JOÃO BOSCO DE OLIVEIRA SEIXAS RELATOR

09 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 15 de Dezembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500820-80.2020.8.05.0022 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Ícaro Vinicius Vieira Dias e outros Advogado (s): JOAO NUNES LUCENA NETO APELADO: Ícaro Vinicius Vieira Dias e outros Advogado (s): JOAO NUNES LUCENA NETO RELATÓRIO Tratam-se das apelações interpostas por ÍCARO VINÍCIUS VIEIRA DIAS e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL contra sentença condenatória ID 33888686 destes autos, proferida pela douta

Magistrada da 2ª Vara Criminal da Comarca de Barreiras. Segundo a denúncia (ID 33888548), in verbis: "Consta do procedimento administrativo-investigatório em anexo, que no dia 24 de novembro de 2020, por volta das 11:30 horas, na BA-460, nas proximidades da divisa dos Estados Bahia e Tocantins, neste Município de Barreiras, os Denunciados, em conjunção de esforços e comunhão de vontades, traziam consigo no interior do veículo HYUNDAI I30, placa policial NYH2E06/BA, de forma livre e consciente, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, 02 (duas) pedras de crack, pesando aproximadamente 104g (cento e quatro gramas) e 12 (doze) trouxinhas de cocaína, pesando aproximadamente 13g (treze gramas), bem como transportavam, no interior do referido veículo, armas de fogo e munição de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, a saber, uma pistola calibre 380, aparentando ser modelo Taurus 938, de numeração KOG10495, com um carregador desmuniado; um revólver calibre .38, marca Taurus, numeração 181261, carregado com três munições do mesmo calibre, tudo conforme Auto de Exibição e Apreensão de fl. 06 e Auto de Constatação Prévia de fl. 33. Por ocasião dos fatos, uma guarnição da Polícia Militar efetuava patrulhamento na rodovia BA-460, quando abordaram o veículo em que se encontravam os Denunciados, acompanhados de três menores, momento em que encontraram na necessaire pertencente ao Denunciado GABRIEL a pistola e carregador acima descritos, bem como na porta direita do veículo a quantia de R\$ 11.950,00 (onze mil e novecentos e cinquenta reais) pertencente ele. Os policiais encontraram ainda, na mochila do Denunciado ÍCARO, o revólver e as drogas acima mencionados, instante em que ambos foram presos em flagrante. Convém fazer referência ao fato que, em seus interrogatórios em sede policial, os Denunciados confessaram a prática delitiva. Vale ressaltar ainda que, conforme ofício de fl. 52, oriundo da Polícia Civil do Tocantins, os Denunciados são suspeitos da prática de crime de homicídio qualificado, ocorrido na cidade de Palmas/TO dois dias antes da prisão dos mesmos, bem como a arma utilizada para cometer tal crime, possivelmente é de calibre 380, idêntica, portanto, ao calibre da pistola apreendida em poder dos Denunciados, que ainda são suspeitos de terem praticado outros crimes no Estado do Tocantins." Por tais fatos, Ícaro Vinícius Vieira Dias e Gabriel Vinícius Alves Souza foram denunciados pela prática dos crimes capitulados nos artigos 33 da Lei nº 11.343/2006 e 14 da Lei nº 10.826/2003 (denúncia – ID 33888548). Houve o desmembramento do processo com relação ao Denunciado Gabriel Vinícius Alves Souza. Após regular instrução, a autoridade judiciária de primeiro grau julgou procedente a Denúncia, condenando Ícaro Vinícius Vieira Dias, pela prática dos delitos previstos nos artigos 33 da Lei nº 11.343/2006 e 14 da Lei nº 10.826/2003, às penas de 7 (sete) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e de pagamento de 520 (quinhentos e vinte) dias-multa (sentença – ID 33888686). Foi negado o direito de o réu recorrer em liberdade. Irresignado, ÍCARO VINÍCIUS VIEIRA DIAS interpôs a presente apelação (ID 33888697). Em suas razões recursais (ID 33888714), em síntese, por entender presentes os requisitos legais, pede a aplicação da fração máxima do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Pugna pela concessão do direito de recorrer em liberdade. Por fim, prequestiona, para efeito de eventual interposição de recursos às instâncias superiores, normas legais e constitucionais. Em contrarrazões, o Ministério Público refutou os argumentos defensivos, pugnando pelo improvimento da apelação (ID 33888740). Também irresignado, o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL interpôs a presente apelação (ID 33888707). Em suas

razões recursais (ID 33888735), em síntese, no que se refere ao crime de tráfico de drogas, sustenta que a natureza e a variedade das drogas, apreendidas com o réu, bem como o fato de tê-las transportado junto a crianças em um veículo, justificam a fixação da pena-base em 6 (seis) anos de prisão, em regime inicial fechado. No que se refere ao crime de porte ilegal de arma de fogo, alega caber a fixação da pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de prisão, pois a mesma estava municiada, e porque visava assegurar a execução do crime de tráfico de drogas. Por força da atenuante da confissão, entende caber a fixação da pena definitiva em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de prisão. Em contrarrazões, Ícaro Vinícius Vieira Dias refutou os argumentos defensivos, pugnando pelo improvimento da apelação (ID 33888746). Os autos foram com vista à douta Procuradoria de Justiça, que se manifestou pelo conhecimento e pelo improvimento dos recursos (ID 33999353). Elaborado o presente relatório, submeto o exame dos autos ao eminente Desembargador Revisor para os devidos fins. Salvador, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. João Bosco de Oliveira Seixas Relator 09 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500820-80.2020.8.05.0022 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Ícaro Vinicius Vieira Dias e outros Advogado (s): JOAO NUNES LUCENA NETO APELADO: Ícaro Vinícius Vieira Dias e outros Advogado (s): JOAO NUNES LUCENA NETO VOTO “1.- Recurso do Ministério Público. Pedido de majoração da pena-base do crime de tráfico de drogas. Conforme relatado, em suas razões recursais a acusação sustenta que a natureza e a variedade das drogas (crack e cocaína), apreendidas com o réu, bem como o fato de tê-las transportado junto a crianças em um veículo, justificam a fixação da pena-base em 6 (seis) anos de prisão, em regime inicial fechado. Observe-se que foram apreendidos com o réu/apelado 103,30g (cento e três gramas e trinta centigramas) de crack (benzoilmetilecgonina em pedras), e 12,88g (doze gramas e oitenta e oito centigramas de cocaína (benzoilmetilecgonina em pó), embaladas em porções (auto de apreensão ID 33888557 pág. 06, e laudo pericial ID 33888634 págs. 03/04). Do exame da sentença, verifica-se que a dosimetria da pena, do delito previsto no artigo 33 da Lei 11.343/2006, foi elaborada nos seguintes termos (ID 33888686 pág. 09): “Inicialmente, passo à análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal e art. 42, da Lei nº 11.343/06. Quanto à culpabilidade, o réu agiu com dolo comum ao tipo penal; não registra antecedentes, dada a inexistência de condenação transitada em julgado pela prática de crime anterior; sua conduta social não tem como ser avaliada face a carência de elementos; quanto a sua personalidade do mesmo modo, inexistem elementos para a avaliação; os motivos do crime são próprios do tipo penal; as circunstâncias em que ocorreu o crime são normais à espécie; a conduta do Réu não produziu consequência extrapenal; o comportamento da vítima em nada contribuiu para o evento delituoso. À vista destas circunstâncias, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. Inexistem circunstâncias atenuantes ou agravantes. Não concorrem causas de diminuição ou de aumento de pena., restando o Réu condenado, definitivamente, a pena de 05 (cinco) de reclusão e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso.” (sentença – ID 33888686 pág. 09) Bem, de fato, a pena-base foi fixada no mínimo legal,

desconsiderando que foram apreendidos, com o réu/apelado, o total de 116,18g (cento e dezesseis gramas e dezoito centigramas) de benzoilmetilecgonina (103,30g de cocaína, e 12,88g de crack), repita-se, conforme consta do auto de apreensão ID 33888557 pág. 06, e do laudo pericial ID 33888634 págs. 03/04. Observe-se que a cocaína, substância de uso proscrito pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária (substância nº 11 da Lista F1 da Portaria nº 344/1988 da ANVISA), é considerada uma das drogas que causam grande dependência a seus usuários, e causando transtornos neurológicos e psiquiátricos, riscos de acidentes, a transmissão de doenças, até a morte. Frise-se que o crack é a mesma substância química da cocaína em pedras, ou seja, produz efeitos nocivos semelhantes. Neste sentido, cito material informativo da Secretaria Nacional de Política sobre Drogas, in verbis: “Quais são os riscos de se usar cocaína? A cocaína é uma droga estimulante muito potente que, basicamente, faz com que o cérebro e o corpo trabalhem com muita intensidade. O coração dispara, a pressão arterial e a temperatura sobem. Quando o efeito da cocaína pára, o corpo está exausto e é muito comum a pessoa sentir-se deprimida. Muitos voltam a usá-la na tentativa de aliviar a exaustão e a depressão com mais cocaína, criando um ciclo vicioso de alto risco. Outra possibilidade perigosa é a overdose, não muito rara em usuários de cocaína injetada. Nesse caso, a morte pode ocorrer por convulsão, falência cardíaca ou depressão respiratória. Para aqueles que injetam cocaína, o risco de contrair hepatites, AIDS e outras infecções, pelo uso de seringas contaminadas, é também alto. Finalmente, no caso do usuário ser tomado por crises paranóicas, aumenta ainda mais o risco de ocorrência de violência e acidentes. Na tentativa de lidar com o pavor e a sensação de perseguição, o usuário pode ferir a si mesmo e aos outros, de modo muitas vezes irremediável.” (in Drogas: Cartilha sobre maconha, cocaína e inalantes; Secretaria Nacional de Política sobre Drogas/Ministério da Justiça/Presidência da República; págs. 24/25; [https://www.gov.br/mj/pt-br/central-de-conteudo\\_legado1/politicas-sobre-drogas/cartilhas-politicas-sobre-drogas/cartilhasobremaconhacocainainalantes.pdf](https://www.gov.br/mj/pt-br/central-de-conteudo_legado1/politicas-sobre-drogas/cartilhas-politicas-sobre-drogas/cartilhasobremaconhacocainainalantes.pdf)) Destarte, a natureza das drogas, apreendidas com o apelado, deve ser considerada na fixação da pena-base, para fins de defini-la acima do mínimo legal, como requerido pelo Ministério Público, seguindo, pois, o disposto no artigo 42 da Lei nº 1.343/2006, in verbis: Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. Correta, também, a ponderação da acusação, no sentido de que o fato de transportar drogas em veículo, acompanhado de menores, presumidamente vulneráveis, é circunstância relevante, uma vez que é dever de qualquer cidadão respeitar crianças e adolescentes, evitando colocá-los em situações de perigo, como no caso concreto (inteligência do art. 227 da CF c/c art. 4º do ECA). Neste sentido, e como reforço argumentativo, cito precedente no Superior Tribunal de Justiça, cuja inteligência ampara o presente voto: “(...) 3. Hipótese em que as instâncias ordinárias, atentas as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas e do art. 59 do CP, consideraram, além da expressiva quantidade de droga apreendida (80,6 kg de maconha), as circunstâncias graves do delito (o transporte de droga “nos mesmos veículos em que levavam seus filhos, todos crianças, sendo uma delas autista”, expondo-as da pior forma possível, a presenciarem as prisões dos acusados e a apreensão da droga, além de terem ficado na delegacia aguardando o socorro de algum

familiar) para elevar a pena-base, pelo crime de tráfico de entorpecentes, em metade (7 anos e 6 meses de reclusão), o que não se mostra desproporcional. (...)” ( HC n. 372.973/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/2/2017, DJe de 23/2/2017. – Grifos do Relator.) Do exposto, vota-se pelo acolhimento do pedido de fixação da pena-base, para o delito de tráfico de drogas, em 6 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa. 2.– Recurso do Ministério Público. Pedido de majoração da pena do crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido. No que se refere ao crime de porte ilegal de arma de fogo, alega caber a fixação da pena-base em 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de prisão, pois a mesma estava municada, e porque visava assegurar a execução do crime de tráfico de drogas. No que se refere ao fato de a arma estar municada, data venia, em regra, não há lógica em se portar arma sem a possibilidade de efetuar disparos. Portanto, o municamento da arma é elementar do tipo. Neste sentido, cito precedente do STJ: “PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO DO WRIT. CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E COM NUMERAÇÃO RASPADA. DOSIMETRIA. ARMA MUNICIADA. AUMENTO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIA SOPESADA NEGATIVAMENTE. DESCABIMENTO. FATOR COMUM À ESPÉCIE. PENA DE MULTA. NECESSIDADE DE UTILIZAÇÃO DOS MESMOS PARÂMETROS UTILIZADOS PARA A FIXAÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. HC NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Ressalvada pessoal compreensão diversa, uniformizou o Superior Tribunal de Justiça ser inadequado o writ em substituição a recursos especial e ordinário, ou de revisão criminal, admitindo-se, de ofício, a concessão da ordem ante a constatação de ilegalidade flagrante, abuso de poder ou teratologia. 2. Não se mostra necessário, para a tipificação do crime previsto no art. 16 da Lei 10.826/2003, que a arma esteja municada. Contudo, o fato de assim se apresentar não pode constituir fundamento idôneo, e concreto, para aumento da pena-base, motivada na maior reprovabilidade da conduta, por se tratar de circunstância comum à espécie. Precedentes. 3. A definição do número de dias-multa deve variar entre os limites da pena cominada, com proporcionalidade. Precedentes. 4. Tratando-se de réu primário, cuja pena-base foi reduzida ao mínimo legal, é cabível a fixação do regime aberto para cumprimento da pena reclusiva. 5. Habeas corpus não conhecido, porém, concedida de ofício a ordem para reduzir a pena a 3 anos de reclusão e 10 dias-multa, bem como fixar o regime inicial aberto para o cumprimento da pena reclusiva.” ( HC n. 194.046/SP, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 3/12/2015, DJe de 15/12/2015.) No mais, para acolher o pleito da acusação sob exame, seria necessário estar provado que o uso da arma estaria ligado diretamente ao ilícito de entorpecentes, ou seja, para assegurar o sucesso no transporte das drogas. No caso, o apelado foi preso enquanto transportava drogas em seu caminhão. Destarte, simplesmente não há nexos entre o porte da arma e o tráfico/transporte de drogas. O porte da arma de fogo não se caracterizava como crime meio para concluir o tráfico de drogas, que foi cometido na modalidade “transportar”. Por todo o exposto, vota-se pela manutenção da pena-base fixada para punir o delito de porte ilegal de arma de fogo. 3.– Recurso de Ícaro Vinícius Vieira Dias. Pedido de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Em suas razões recursais (ID 33888714), o réu/apelante pede a aplicação da fração máxima do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, in verbis: Art. 33 (...) § 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. O eminente juiz a quo negou a aplicação do nos seguintes termos (sentença – ID 33888686 pág. 05): “Outrossim, não se afigura cabível a incidência da causa de diminuição de pena disposta no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06 uma vez que o acusado é investigado pela suposta prática, na data de 22.11.2020 (IP nº 143/2020), de crime de homicídio no Estado do Tocantins, além de investigações em curso de outros crimes de homicídio consumados e tentados naquele mesmo Estado. Desse modo, subsistem indícios de que o mesmo se dedica a atividades criminosas de tal modo que resta obstado o reconhecimento do privilégio. Nesse sentido, colaciono a seguinte ementa da jurisprudência do STJ:” (sentença – ID 33888686 pág. 05) Observe que apenas consta dos autos informações sobre o réu/apelante do SINESP infoseg (Sistema Nacional de Informações de Segurança Pública, Prisões, de Rastreabilidade de Armas e Munições, de Material Genético, de Digitais e de Drogas), na qual, de fato, há o registro de existência de investigações criminais contra o mesmo, realizadas no Estado do Tocantins (ID 33888557 págs. 22/23). Destaque-se que, no referido extrato SINESP, consta a informação “Indicador de Narcotráfico” “Não” (ID 33888557 pág. 22 – Grifos do Relator.). Urge ser ressaltado que a citada causa de diminuição deve ser reconhecida quando se tratar de indivíduo com bons antecedentes, primário, que não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa, ou seja, trata-se de diminuição de pena que deve ser reconhecida para aquele pequeno traficante, que não faz do tráfico ou do crime o seu modo de vida, a exemplo do usuário que, a fim de pagar alguma dívida com o traficante e para manter o seu vício, passa a vender pequenas quantidades de entorpecentes. Sobre o tema, ensinam Fábio Roque, Nestor Távora e Rosmar Rodrigues Alencar: “(...) como já mencionado, a causa de diminuição de pena deve beneficiar aquele que não faz do crime um meio de vida, não age com habitualidade. Se restar comprovado que o agente dedicava-se a atividades criminosas, para além do tráfico a que responde, impossível a incidência da causa de diminuição. Importante destacar que não há necessidade de se comprovar que o agente foi condenado por outros crimes. Não. Pode ocorrer de, no curso da instrução, haver a comprovação do envolvimento do agente em outras atividades criminosas e a prova produzida nesse processo, ainda que em relação a outros crimes, já será suficiente para afastar o benefício penal.” (in Legislação Criminal para concursos: LECRIM – Salvador: Juspodivm, 2016. p. 548) Grifos do Relator Registre que, conforme atual entendimento dos Tribunais Superiores, a existência de inquéritos e de ações penais em trâmite, pendentes de definitividade, não constitui motivo hábil para afastar a aplicação da supramencionada causa de diminuição, pois fere o Princípio da Presunção da Inocência, conforme se depreende da leitura atenta dos julgados abaixo transcritos: “AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ORDEM CONCEDIDA PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DO REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão agravada. 2. A quantidade e a natureza da droga apreendida não são fatores que, isoladamente, impedem a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006. 3. Diversamente do que ocorre na primeira fase da dosimetria da pena, em que a quantidade e qualidade de drogas são vetores legalmente expressos (art. 42 da Lei

11.343/2006) e, portanto, dispensam maiores digressões, a utilização dessa circunstância na terceira fase só é admitida se constituir um indicativo de não preenchimento de algum dos vetores legalmente elididos.

Precedentes. 4. À luz do princípio constitucional da presunção da não culpabilidade, a existência de inquéritos ou ações penais em curso não constitui fundamento válido para afastar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. 5. Agravo regimental desprovido.” (STF, HC 193457 AgR, Órgão julgador: Segunda Turma, Relator (a): Min. EDSON FACHIN, Julgamento: 17/05/2021, Publicação: 07/06/2021 – Grifos do Relator) “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.

11.343/2006. AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 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. 3. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no HC n. 738.048/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 10/6/2022. – Grifos do Relator) Dessa forma, não tendo sido comprovado nos autos que o réu/apelante se dedica a atividades criminosas, a causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, deve ser aplicada em seu favor, em seu grau máximo, qual seja 2/3 (dois terços).

4.– Recálculo da pena relativa ao tráfico de drogas, de acordo com os itens 1 e 3 deste voto, e soma com a pena do crime de porte ilegal de arma de fogo (concurso material). Reforma ex officio da pena de multa do delito previsto no art. 15 da Lei 10.826/2003. No item 1 deste voto, a pena-base, a pedido do Ministério Público, foi fixada em 6 (seis) anos de prisão. Fica mantida a neutralidade da segunda fase da dosimetria da pena.

Acolhido o pedido da defesa de aplicação da fração máxima do redutor (art. 33, § 4º, da Lei 11.343), a pena de prisão definitiva do apelante deve ser estabelecida em 2 (dois) anos de reclusão para o crime de tráfico. Quanto à pena de multa, essa deve guardar proporcionalidade com a pena corporal aplicada, motivo pelo qual deve ser estabelecida em 200 (duzentos) dias-multa, no valor unitário arbitrado no mínimo legal. Improvido o pedido de majoração, feito pelo Ministério Público, da pena relativa ao porte ilegal de arma de fogo, fica a mesma mantida em 2 (dois) anos de reclusão.

Reforma-se, ex officio, a pena de multa para esse segundo crime, reduzindo-o para o mínimo legal, ou seja, 10 (dez) dias-multa, eis que a pena de prisão também foi fixada nesse patamar. Considerando o concurso material de crimes (art. 69 do CP), assim como feito na sentença, somam-se as duas penas, restando o réu/apelante condenado às penas de 4 (quatro) anos de reclusão, a serem cumpridos em regime inicial semiaberto (art. 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal), diante da existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, e de pagamento de 210 (duzentos e dez) dias-multa. Tendo em vista as circunstâncias negativas apontadas no item 1 deste voto, constata-se que o apelante não preenche os requisitos

previstos no artigo 44, III, do Código Penal, ficando mantida a negativa de substituição da pena de prisão por restritivas de direito. 5.-  
Recurso de Ícaro Vinícius Vieira Dias. Direito de recorrer em liberdade. O eminente juiz a quo negou o direito de o réu/apelante recorrer em liberdade nos seguintes termos (sentença – ID 33888686 pág.s 10/11): “Em apreciação à custódia preventiva do acusado, compulsando os autos, não vislumbramos, ao menos nesse momento, alteração na situação fático-processual do agente a ensejar a revogação da prisão preventiva outrora decretada. Em havendo a continuidade dos fundamentos que ensejaram a decretação da medida extrema, a manutenção da segregação cautelar revela-se imprescindível para a garantia da ordem pública mormente devido à gravidade em concreto do crime de tráfico de drogas praticado, dada a quantidade e natureza da droga apreendida, aliado à real probabilidade de reiteração delitiva caso seja colocado em liberdade. Tais fatos consubstanciam portanto, indicação suficiente da periculosidade do acusado. Desse modo, busca-se acautelar o meio social, resguardando a sociedade de maiores danos. Por fim, não se afiguram adequadas e suficientes a decretação das medidas cautelares elencadas nos incisos do art. 319, do CPP. À vista dessas considerações, MANTENHO A PRISÃO PREVENTIVA DE ÍCARO VINÍCIUS VIEIRA DIAS, anteriormente decretada, em garantia da ordem pública, com fulcro nos artigos 312 e 313, I, ambos do CPP. No entanto, a custódia cautelar deve ser compatibilizada com o regime semiaberto fixado nesta sentença condenatória, em estabelecimento adequado, consoante precedente jurisprudencial prevalente do STJ, exposto no HC 269288/MG.” (sentença – ID 33888686 pág.s 10/11) Sem a necessidade de maiores ilações, a gravidade concreta do delito foi reconhecida no primeiro grau, e agravada nesta instância recursal, justificando o aumento da pena-base fixada para o delito de tráfico de drogas (item 1 deste voto). Pondere-se que, apesar de não servir para majorar a pena, a existência de investigações criminais contra o réu/apelante, conforme consta do documento ID 33888557 págs. 22/23, servem para a justificar a manutenção da custódia cautelar ora reexaminada, de acordo com pacífica jurisprudência dos Tribunais Superiores. Ademais, o Superior Tribunal de Justiça, reiteradamente, tem declarado que “A” orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu preso durante a persecução criminal, se persistem os motivos para a segregação preventiva” ( AgRg no RHC 123.351/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 4/8/2020, DJe 25/8/2020)” ( AgRg no HC n. 720.631/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 10/5/2022, DJe de 16/5/2022.). Por todo o exposto, vota-se pelo indeferimento do pedido de concessão do direito de recorrer em liberdade. 6.- Prequestionamento. O apelante Ícaro prequestionou, para fins de eventual interposição de recurso especial ou extraordinário, a contrariedade às seguintes dispositivos legais: artigos 28, 33, caput e parágrafo 4º, todos da Lei nº 11.343/2006; incisos XI, XLVI e LVII, do art. 5º, da Constituição Federal. Consoante entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, o pronunciamento explícito acerca das matérias arguidas para fins de prequestionamento se mostra desnecessário, senão veja-se: “PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – RECOLHIMENTO EFETIVADO ANTECIPADAMENTE – BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – REDISCUSSÃO DA MATÉRIA – PREQUESTIONAMENTO – I- Os embargos de declaração enfitam eliminar obscuridade, omissão ou contradição do julgado embargado, vedada sua utilização para suscitar



novos questionamentos ou mesmo rediscutir a matéria. II – "O requisito do prequestionamento se satisfaz com a existência de pronunciamento sobre as matérias que se pretende submeter ao crivo da instância extraordinária, somente sendo exigido menção expressa dos dispositivos tidos por violados na fundamentação do recurso, consoante, neste particular, já decidiu o STF (AGREGAG nº 193.772, DJ 24/10/1997)". (EDROMS nº 14.444/MG, Relator Ministro Fernando Gonçalves). III – Embargos declaratórios rejeitados. (STJ – EEROMS 11927 – MG – 1ª T. – Rel. Min. Francisco Falcão)". – Grifos do Relator" Devidamente efetuada a escorreita análise e aplicação dos dispositivos legais necessários e atinentes à espécie, despicienda revela-se (neste julgamento) a menção expressa da adequação da sentença recorrida a cada um dos dispositivos supracitados, para fins de prequestionamento e eventual interposição de recurso às instâncias superiores. Em suma, vota-se pelo conhecimento e provimentos parcial dos recursos interpostos pelo Ministério Público e por Ícaro Vinícius Vieira Dias, para reformar parcialmente a sentença proferida nos autos da ação penal nº 0500820-80.2020.8.05.0022, ficando Ícaro Vinícius Vieira Dias condenado, pela prática dos delitos previstos nos artigos 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 e 14 da Lei nº 10.826/2003, às penas de 4 (quatro) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e de pagamento de 210 (duzentos e dez) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença." Ex positis, de acordo com os termos do voto proferido, acolhe esta Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia o voto, por meio do qual SE CONHECE E SE DÁ PROVIMENTO PARCIAL AOS RECURSOS. Sala das Sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). DES. JOÃO BOSCO DE OLIVEIRA SEIXAS RELATOR 09