

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APMN 08 Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0505067-66.2016.8.05.0080 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTÂNCIAS ILÍCITAS. CONJUNTO PROBATÓRIO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. POLICIAIS. DEPOIMENTOS. VALIDADE. CONSUMO PRÓPRIO. NATUREZA, QUANTIDADE E ACONDICIONAMENTO. INCOMPATIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O § 3º DO MENCIONADO DISPOSITIVO. INACOLHIMENTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. TEMA 1139, DO STJ. AÇÃO PENAL EM CURSO. RECONHECIMENTO DO REDUTOR, NA FRAÇÃO MÁXIMA. DOSIMETRIA REDIMENSIONADA. REGIME MODIFICADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITO, DEFERIDA. PRISÃO REVOGADA, COM DETERMINAÇÃO DE EXPEDIÇÃO DE ALVARÁ DE SOLTURA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O delito reprimido pelo art. 33 da Lei nº 11.343/06 se estabelece sob natureza multinuclear, restando configurado pela prática de qualquer dos verbos ali compreendidos, e não apenas pela flagrância do agente na venda direta de entorpecentes ilícitos. 2. Nesse prisma delimitativo, registra-se que as características e a natureza do material apreendido com o Acusado foram registradas como 115 pedras de CRACK, com massa bruta de 42,63g, substância entorpecente relacionada como proscriita no país, conforme Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, ora em vigor. Logo, não sobejam dúvidas acerca da materialidade do fato. 3. Comprovando-se, pelo vasto conjunto probatório constante dos autos, que o Réu trazia consigo substância entorpecente destinada à mercancia, resta configurada a incursão objetiva na norma penal incriminadora, haja vista que materializado um de seus verbos nucleares. 4. A validade da prova subjetiva não é afastada pela condição de policiais das testemunhas, cujos depoimentos são amplamente passíveis de valoração, especialmente quando em compasso com as demais provas que respaldam a imputação, notadamente a efetiva apreensão do entorpecente em poder do agente, e não produzida qualquer contraprova em defesa deste. Precedentes do STJ. 5. Reconhecida a adequação da conduta ao crime de tráfico de drogas, queda-se, por corolário lógico, afastada a possibilidade de sua desclassificação para a posse de entorpecentes para próprio consumo, notadamente quando a quantidade destes, confrontada com sua natureza e forma habitual de consumo, revela a impossibilidade da destinação apontada pelo agente. 6. Ainda que por mero reforço de convicção, constata-se que as circunstâncias da apreensão das drogas não permitem o reconhecimento de que se destinassem a consumo próprio ou a repartição entre amigos, inviabilizando o pleito de desclassificação para o delito previsto no § 3º, do art. 33, da Lei de Drogas, o qual tipifica a conduta de “oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem”. 7. A defesa não se desincumbiu do ônus de provar o preenchimento dos requisitos relacionados ao delito descrito no § 3º, do supramencionado dispositivo, deixando de identificar quem seriam os supostos amigos, se estes eram pessoas do relacionamento do Acusado e se o objetivo entre todos era de atuação eventual e sem objetivo de lucro, para que juntos consumissem o total aproximado de 115 pedras de CRACK, com massa bruta de 42,63g. 8. Diante de tal conjectura jurídico-probatória, inexistente reproche a ser feito nas conclusões do decisor, revelando-se acertado o reconhecimento do Acusado como incurso na tipificação prevista no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. 9. Dosimetria. O Superior Tribunal de Justiça, firmou, no Tema Repetitivo de nº 1139, a tese de que “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a

aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06.”. 10. Portanto, no caso em concreto, sendo o fundamento da negativa da concessão do privilégio a existência de ação penal em curso, bem como inexistindo nos autos de outros elementos idôneos capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, tais como: escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime, necessário o redimensionamento da pena na terceira fase, impondo-se a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), fixando a pena em 01 (um) ano e 08 (oito) meses, tornando-a definitiva, em regime inicialmente aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. 11. Em observância ao princípio da proporcionalidade, a pena de multa deve guardar simetria com a reprimenda corporal e ser dosada fase por fase, motivo pelo qual há de ser estabilizada no patamar de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente na data do delito. 12. Por fim, atento aos critérios do art. 44 do CPB, mostra-se adequada a substituição da pena corporal por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, o qual também deverá analisar possível detração da pena. 13. Em face da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, não subsiste justificativa para a negativa ao réu do direito a recurso em liberdade, tornando-se imperativo revogar sua prisão preventiva, inclusive atribuindo-se ao presente decisum força de alvará de soltura. 14. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO para aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços), fixando a pena definitiva em 1 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, competindo igualmente ao Juízo das Execuções a análise da detração da pena, determinando, de logo, a expedição de ALVARÁ DE SOLTURA em seu favor (Ação Penal n.º 0505067-66.2016.8.05.0080), caso por ela se encontre recolhido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n.º 0505067-66.2016.8.05.0080, em que figuram, como Apelante, e, como Apelado, o Ministério Público da Bahia, ACORDAM os Desembargadores componentes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, nos termos do voto condutor, adiante registrado. DES. PRESIDENTE / RELATOR PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 16 de Maio de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0505067-66.2016.8.05.0080 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros Advogado (s): RELATÓRIO interpôs recurso de apelação contra a sentença penal condenatória prolatada pelo Juízo da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Feira de Santana – BA, condenando-o como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei 11.343/06, às penas definitivas de 05 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa, este no valor equivalente a um trigésimo do salário mínimo mensal vigente à época do fato, com a devida correção monetária, diante da presumida situação

financeira, a ser cumprida em regime semiaberto. De proêmio, em prestígio aos preceitos da celeridade, da eficiência e da economia processual, e tendo em vista ali se externar suficientemente, no que relevante, a realidade da marcha processual até então desenvolvida, adota-se o relatório da sentença de ID 42777255, a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto. Irresignado, o Acusado interpôs apelação, por cujas razões pugna pela reforma da sentença, para tanto suscitando a tese de insuficiência de provas para a condenação, a impor a absolvição. Sucessivamente, requereu a desclassificação para o delito previsto no art. 28, da Lei n.º 11.343/2006 e, caso assim não entenda para o delito de consumo compartilhado previsto no art. 33, § 3º, da Lei n.º 11.343/2006. Na sequência, postulou o reconhecimento do privilégio previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas (ID 42777263 e 42777449). Prequestionou os arts. 386, VII, do Código de Processo Penal; art. 5º, LVII, da Constituição Federal; art. 28, da Lei 11.343/06; art. 33, § 3º, da Lei 11.343/06 e art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. O Ministério Público apresentou contrarrazões pugnando pela integral manutenção do decisor (ID 42777453). A Procuradoria de Justiça ofertou parecer, pelo conhecimento parcial e improvimento (ID 43045137). Retornando-me os autos à conclusão, constatada a ausência de diligências pendentes, neles lancei a presente sinopse, submetendo-a à Eminente Revisão. É o suficiente a relatar. Des. Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0505067-66.2016.8.05.0080 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros Advogado (s): VOTO Ao exame dos autos, deflui-se cuidar-se de Apelação Criminal manifestada contra sentença condenatória proferida por Juiz singular, revelando-se, à luz do art. 593, I, do Código de Processo Penal, patente a adequação da modalidade recursal à hipótese em que utilizada. O recurso foi interposto no prazo legal, com observância das formalidades a ele inerentes, tornando, portanto, imperativa a sua análise como peça de impugnação. O exame dos autos digitais revela que, em suas razões, o Apelante inicialmente centra seu inconformismo no capítulo atinente à configuração delitiva, aduzindo que as provas colhidas no feito não seriam suficientes para embasar a condenação. Acerca da imputação, tem-se que o Apelante foi condenado pela na conduta recriminada pelo art. 33, caput, da Lei 11.343/06, pelo fato de ter sido flagrados na posse de substâncias entorpecentes. Relata a sentença: “no dia 31 de março de 2016, prepostos da Polícia Militar, ao realizar rondas policiais pelo bairro Baraúnas, avistaram o ora denunciado entregando um objeto, o qual havia sido encontrado embaixo de um caminhão, a . Ambos foram abordados pelos agentes, sendo localizado, debaixo do veículo, 114 (cento e quatorze) pedras de CRACK, de propriedade do denunciado, bem como a quantia de R\$175,00 (cento e setenta e cinco reais), ao passo em que com o outro indivíduo, foram apreendidas 10 (dez) pedras do mesmo entorpecente.”. (transcrição conforme sentença). Nesse prisma delimitativo, quanto às efetivas circunstâncias da imputação, registra-se que as características e a natureza do material apreendido com o Acusado restaram patenteadas com o Auto de Exibição e Apreensão (ID 42777032- Pág. 16), o Laudo de Exame Pericial (ID 42777032 - Pág. 19) e Laudo de Exame Pericial Definitivo (ID 42777040 - Pág. 1), sendo ali registradas como 115 pedras de CRACK, com massa bruta de 42,63g, substância entorpecente relacionadas como proscriita no país, conforme Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, ora em vigor. Logo, não sobejam dúvidas acerca da

materialidade do fato. Já no atinente à autoria da conduta, os depoimentos colhidos na fase inquisitorial, a partir de seus registros no inquérito, e ratificados na fase judicial bem exprimiram, validamente, a realidade de sua caracterização. O réu em juízo, o Réu afirmou ser usuário e foi preso quanto estava comprando a droga nas mãos de . Vejamos: “(...) desde os 18 anos de idade é usuário de crack; que quem estava na bicicleta era ele e que ele que estava com os R\$ 175,00; que ele estava indo comprar droga; que saiu do Feira VI para ir para a Baraúnas comprar droga, juntamente com dois colegas; que eles não compram de pé em pé, porque ele não gosta de ficar indo em 'boca' toda hora; que fez se reuniu com dois colegas, recolheu o dinheiro e foi de bicicleta comprar lá na Baraúnas; que não teve nada de comprar lá na Gabriela; que foram pegadas realmente 10 (dez) pedras de crack na mão de e o resto da droga foi encontrado debaixo do caminhão; que o rapaz que estava vendendo mesmo, , não assumiu; que não tinha droga nenhuma na sua mão; que nunca traficou na sua vida; que estava com o dinheiro para pegar essas 10 (dez) pedras na mão de ; que realmente estava lhe dando essas pedras de crack, só que quando ele viu os caras vindo por trás do caminhão, ele se assustou e segurou; que ia pegar não só as 10 (dez) pedras, mas os R\$ 175,00, que dava pra pegar 17 (dezesete) pedras de crack; que desde os 18 anos é envolvido com esse negócio de crack, começou fumando junto com a maconha, no mesclado; que já foi preso antes pegando crack também; que não confessou na delegacia que a droga era dele; que teve que assinar o documento porque é forçado a assinar; que não leu o documento; que que era primeira vez que ia pegar na mão de .” (PJE Mídias – transcrição conforme sentença) As testemunhas de acusação confirmaram que o réu estava vendendo drogas, quando foi surpreendido com a maior parte da droga e dinheiro, confessando na delegacia. Vejamos: PM : “(...) que estavam em ronda pelo bairro Baraúnas e viram quando um indivíduo passou para outro um volume e esse tentou pegar uma bicicleta e saiu; que adiantaram a velocidade do veículo e conseguiram abordá-los; que o que ia saindo estava com a droga e constataram que essa droga foi pega com o que estava com o parceiro; que quando fizeram buscas ali nas redondezas, acabaram encontrando o restante da droga embaixo de uma caçamba, uma quantidade maior; que a quantidade menor estava com o indivíduo que estava na bicicleta, que disse que havia acabado de pegar a droga com o outro; que o denunciado não era o indivíduo que estava na bicicleta, era o outro; que, a princípio, o denunciado negou que havia entregado a droga, mas depois acabou confessando; que eram várias pedras; que o dinheiro foi encontrado com o denunciado; que o indivíduo que recebeu a droga disse que era para uso, dizendo até que era viciado; que os flagranteados estavam encostados no caminhão. (...)”. (PJE Mídias – transcrição conforme sentença) PM : “(...) que o réu foi preso numa abordagem feita no bairro Baraúnas; que estavam o denunciado e outro indivíduo; que foram chegando e viram um passando alguma coisa para o outro; que na abordagem verificaram que o que tinha recebido estava com a droga e afirmou que o denunciado que tinha vendido; que quando abordou o denunciado, encontrou nas proximidades uma quantidade maior da mesma droga; que a droga era crack; que eram várias pedras; que havia dinheiro e droga; que, a princípio, o denunciado negou, mas depois afirmou que estava vendendo e o outro afirmou que comprou na mão do denunciado. (...)”. (PJE Mídias – transcrição conforme sentença) Do que se extrai do cotejo entre a imputação e conjunto probatório, deflui-se que, apesar da negativa do Réu, há elementos bastantes para se reconhecer, sem dubiedade, a autoria dos fatos, notadamente diante da firme versão dos policiais em ambas as fases

da perseguição e da ausência de elementos probatórios mínimos em sentido oposto. O conjunto probatório, desse modo, mostra-se assaz suficiente para evidenciar, além da materialidade delitiva, também a autoria dos Acusados, devendo-se, inclusive, extirpar qualquer questionamento quanto à validade dos depoimentos dos policiais que participaram da diligência do flagrante, pois, conforme há muito assentado no Superior Tribunal de Justiça, inexistente óbice à sua valoração como elemento de convicção do julgador, especialmente quando robustamente colhidos na fase inquisitorial e ratificados na instrução, em compasso com as evidências delitivas complementares, sobretudo a efetiva apreensão dos entorpecentes e arma de fogo com o Acusado. Com efeito, dado o seu múnus público e fé que o acompanha, não se pode presumir que policiais militares ouvidos como testemunhas tenham a intenção de incriminar falsamente o Acusado, principalmente quando a narrativa prestada em Juízo se apresenta uniforme desde a fase inquisitorial e, repise-se, há a comprovação material das substâncias ilícitas, efetivamente apreendidas, sem qualquer contraprova produzida. Confirmam-se os seguintes precedentes (com destaques acrescidos): PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE PROVA. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. (...) 2. Os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese. 3. (...) 4. Agravo regimental desprovido. (STJ — AgRg no HC n. 789.375/SP, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 15/3/2023.) Por outro vértice, é também imperativo gizar que a tipificação delitiva em que incursos os Recorrentes possui multiplicidade de núcleo, abarcando diversas condutas, dentre as quais objetivamente se enquadra aquela por ele empreendida. Com efeito, assim se põe a abrangente redação do art. 33 da Lei nº 11.343/06: "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: Pena: reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias multa" No caso dos autos, ainda que se aceite a tese de que o Acusado não tenha sido flagrado vendendo entorpecentes, não há dúvida de que, mesmo que deles fizesse uso, também os portava para a finalidade de mercancia, incidindo, portanto, em ao menos um dos verbos nucleares do tipo penal. Registre-se, ademais, que as circunstâncias da apreensão das drogas tornam inviabilizada a pretendida desclassificação da conduta para a sua posse destinada a consumo próprio. Afinal, a quantidade de apreendida, sob a forma em que armazenada, revela-se assaz significativa para a espécie, abrangendo 115 pedras de CRACK, com massa bruta de 42,63g, segregadas para consumo, o que em nada se compatibiliza com a respectiva tese, mormente se confrontada com as diretrizes do art. 28, § 2º, da Lei nº 11.343/06: "Art. 28. (...) § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente." Registre-se que cada pedra de crack pesa aproximadamente 0,25 gramas (Secretaria de Justiça, Cidadania e Direitos Humanos do Paraná, Relatório II Núcleo de Pesquisa em Criminologia e Política Penitenciária NUPECRIM), pelo que cada

um grama poderá fazer-se até quatro pedras. Em semelhantes hipóteses, outra não é a compreensão jurisprudencial do tema (em originais sem destaques): "HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. (...) Acrescentamos, ainda, que a quantidade da substância entorpecente apreendida foi expressiva – no caso sub judice poderiam ser confeccionadas 200 carreiras, podendo alcançar a feitura de 1000" carreirinhas "de cocaína ("Carreira de Cocaína: média de 20 miligramas (ou 0,020 gramas) a 100 miligramas (ou 0,100 gramas");– e também está a indicar a configuração do injusto previsto no artigo 33, caput, da Lei n.º 11. 343/06. – (...) ORDEM PARCIALMENTE CONHECIDA E DENEGADA". (TJ-RS – HC: 70058637539 RS, Relator: , Data de Julgamento: 10/07/2014, Segunda Câmara Criminal, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 06/08/2014) (destacamos)

"Apelações – Tráfico de entorpecentes – Recursos da defesa – Absoluções – Improcedência – Materialidade e autoria demonstradas – Negativa dos réus isolada nos autos – Apreensão de 2g de maconha e 48,3g de cocaína em poder dos acusados – Firmes e coerentes depoimentos dos policiais militares – Validade – Quantidade e natureza dos entorpecentes incompatíveis com o consumo próprio – Condenações de rigor. Dosimetria das penas – Réu Aldeir – Maus antecedentes e reincidência comprovados – Pena e regime prisional inalterados – Corréu Carlos – Incidência do redutor do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06 no patamar intermediário – Requisitos legais preenchidos – Substituição penal – Inaplicabilidade – Medida não se mostra recomendável ao caso – Regime inicial fechado – Manutenção – Tráfico de cocaína – Droga de maior lesividade à saúde pública. Recurso do réu não provido – Recurso do corréu parcialmente provido." (TJ-SP – APL: 30012573620138260072 SP 3001257-36.2013.8.26.0072, Relator: , Data de Julgamento: 05/08/2015, 11ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 11/08/2015) (grifamos)

Portanto, o montante de entorpecente apreendido extirpa qualquer possibilidade de se reconhecê-la como destinada a consumo próprio, pelo que incogitável a pretendida desclassificação para o ilícito previsto no art. 28 da Lei nº 11.343/06. Ainda que por mero reforço de convicção, constata-se que as circunstâncias da apreensão das drogas não permitem o reconhecimento de que se destinassem a consumo próprio ou a repartição entre amigos, inviabilizando o pleito de desclassificação para o delito previsto no § 3º, do art. 33, da Lei de Drogas, o qual tipifica a conduta de "oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem". A defesa não se desincumbiu do ônus de provar o preenchimento dos requisitos relacionados ao delito descrito no § 3º, do supramencionado dispositivo, deixando de identificar quem seriam os supostos amigos, se estes eram pessoas do relacionamento do Acusado e se o objetivo entre todos era de atuação eventual e sem objetivo de lucro, para que juntos consumissem o total aproximado de 115 pedras de CRACK, com massa bruta de 42,63g. Diante de tal conjectura jurídico-probatória, inexistente reproche a ser feito nas conclusões do decisum, revelando-se acertado o reconhecimento do Acusado como incurso na tipificação prevista no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. DOSIMETRIA Firmada a prática delitativa e a respectiva autoria dos Acusados, cumpre analisar a dosimetria das penas alcançada na origem, inclusive em observância à ampla devolutividade da apelação criminal. Na hipótese dos fólios, extrai-se dos autos virtuais que o Magistrado de origem, na primeira fase, fixou a pena-base no mínimo legal, isto é, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos dias-multa), o que, por se firmar em máximo benefício do Réu para o estágio dosimétrico, afasta qualquer possibilidade de alteração. Na

segunda fase, não foram reconhecidas agravantes ou atenuantes. Na terceira fase, foi negado pelo Juízo a quo, a causa de diminuição da pena, prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, sob o fundamento de que o acusado “possui outras ações penais em seu desfavor, uma delas imputando-lhe, justamente, a prática do crime de tráfico de drogas supostamente cometido um mês antes do fato em apuração. A proximidade entre práticas delitivas da mesma natureza aponta dedicação à atividade criminosa e afasta um dos requisitos cumulativos necessários à concessão desta benesse.” (ID 42777255 – Pág. 6). Cumpre ressaltar, a priori, que a norma legal referida disciplina a possibilidade de redução da pena de 1/6 a 2/3 “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. No caso em análise, apesar de o Magistrado de origem registrar outras ações penais, verifica-se na folha de antecedentes (ID 42777034 – Pág. 1) que os processos estão em tramitação, havendo uma representação criminal (ato infracional) baixada, não havendo trânsito em julgado em ação criminal ou reincidência, apta a negar o privilégio previsto no dispositivo legal. Sobre a matéria em análise, o Superior Tribunal de Justiça, firmou, no Tema Repetitivo de nº 1139, a tese de que “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06.”. Portanto, no caso em concreto, sendo o fundamento da negativa da concessão do privilégio a existência de ações penais em curso, bem como inexistindo nos autos de outros elementos idôneos capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, tais como: escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime, necessário o redimensionamento da pena na terceira fase, impondo-se a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), fixando a pena em 01 (um) ano e 08 (oito) meses, tornando-a definitiva. Ademais, inobstante o Juízo primevo haver aplicado a pena multa em 500 dias-multa, em observância ao princípio da proporcionalidade, esta deve guardar simetria com a reprimenda corporal e ser dosada fase por fase, motivo pelo qual há de ser estabilizada no patamar de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente na data do delito. Por fim, atento aos critérios do art. 44 do CPB, mostra-se adequada a substituição da pena corporal por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, o qual também deverá analisar possível detração da pena. Em face da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, não subsiste justificativa para a negativa ao réu do direito a recurso em liberdade, tornando-se imperativo revogar sua prisão preventiva, inclusive atribuindo-se ao presente decisor força de alvará de soltura. Ilustra-se (com destaques da transcrição): “PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA REFORMADA PELA SEGUNDA INSTÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO DE POSSE DE ENTORPECENTES PARA CONSUMO PESSOAL. APLICAÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. INCOMPATIBILIDADE COM A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. WRIT CONHECIDO E CONCEDIDO. 1. Busca o impetrante com o presente writ, a concessão da ordem de habeas corpus, para que seja determinada a imediata soltura do paciente, cuja condenação foi reformulada em sede de apelação, sendo a pena aplicada substituída por prestação de serviços à comunidade. 2. É incompatível a manutenção da prisão privativa de liberdade com a aplicação

de pena restritiva de direitos. 3. In casu, a sentença condenatória foi reformada pela segunda instância, sendo desclassificada a conduta para o delito de posse de entorpecentes para consumo pessoal e, por conseguinte, o paciente condenado à pena de prestação de serviços à comunidade, restando, assim, revogado o decreto prisional e configurado constrangimento ilegal. 4. Ordem conhecida e concedida". (TJ-CE – HC: 06284883920218060000 CE 0628488–39.2021.8.06.0000, Relator: , Data de Julgamento: 13/07/2021, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 13/07/2021) "HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – RECORRER EM LIBERDADE – REGIME SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS – INCOMPATIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA COM A RESPOSTA ESTATAL. A condenação do Paciente, em regime Semiaberto, com substituição da Pena Corporal por Restritivas de Direitos, demonstra ser desproporcional e mais gravosa a Prisão Preventiva mantida na Sentença." (TJ-MG – HC: 10000200548881000 MG, Relator: , Data de Julgamento: 02/06/2020, Data de Publicação: 04/06/2020) As demais prescrições acessórias da sentença não foram objeto de recurso e não apresentam qualquer ilegalidade manifesta, capazes de ensejar sua revisão ex officio. Conclusão À vista de todos os fundamentos aqui consignados, sopesados em cotejo com a realidade dos autos, e em alinhamento à compreensão externada pelos arestos aqui transcritos, igualmente adotados como fundamentação decisória, tem-se por necessário acolher, parcialmente, as postulações recursais. Dispositivo Ex positis, voto no sentido de CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO para aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços), fixando a pena definitiva em 1 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias–multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, competindo igualmente ao Juízo das Execuções a análise da detração da pena, determinando, de logo, a expedição de ALVARÁ DE SOLTURA em seu favor, caso por ela se encontre recolhido. É o voto. Des. Relator