

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8057624-81.2022.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros Advogado (s): ANTONIO JORGE LOPES DE ALMEIDA JUNIOR APELADO: LEANDRO LUCIO TOME GONCALVES e outros Advogado (s): ANTONIO JORGE LOPES DE ALMEIDA JUNIOR ACORDÃO EMENTA. DIREITO PENAL E LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. RECURSOS DE APELAÇÃO SIMULTÂNEOS. TRÁFICO DE DROGAS ILÍCITAS (LEI Nº. 11.340/06). RECURSO DA DEFESA INTEMPESTIVO. NÃO CONHECIMENTO. ANÁLISE DO APELO DA ACUSAÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE NÃO IMPUGNADAS NO PRESENTE RECURSO. MATÉRIA INCONTROVERSA. PLEITO RECURSAL EXCLUSIVAMENTE DE AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06 (TRÁFICO PRIVILEGIADO). IMPOSSIBILIDADE. AÇÕES PENAIS EM CURSO NÃO PODEM GERAR A INAPLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. PRESUNÇÃO DA NÃO-CULPABILIDADE. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO PELO NÃO PROVIMENTO DO RECURSO MINISTERIAL. APELO DA DEFESA NÃO CONHECIDO. RECURSO DA ACUSAÇÃO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I. Caso em exame 1. Recursos de Apelação simultâneos contra a sentença de id 67885133, que condenou o Recorrente a uma pena definitiva de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, pela prática do delito tipificado no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/0 (tráfico privilegiado de drogas ilícitas). 1.1 Consta da denúncia que no dia 08.12.2021, por volta das 22h30min, na Rua Sergio de Carvalho, localidade conhecida como “Vale da Muriçoca”, Bairro Federação, Salvador-BA, policiais militares, durante ronda regular, visualizaram algumas pessoas em atitude suspeita, razão pela qual decidiram abordá-las, oportunidade em que encontraram em poder do Acusado 50,06g (cinquenta gramas e seis centigramas) de maconha, distribuída em 16 (dezesseis) porções embaladas em plástico incolor, na forma de trouxas; 28,18g (vinte e oito gramas e dezoito centigramas) de cocaína, em forma de pó, acondiciona em 19 (dezenove) microtubos de plástico (pinos); e a quantia de R\$ 95,00 (noventa e cinco reais). II. Questão em discussão 2. Do exame dos fólios, depreende-se que a Defesa interpôs recurso de Apelação ao id 67885148, tendo sido foi certificada, ao id 67885148, a intempestividade do referido apelo. Com efeito, quanto ao apelo interposto pela Defesa, verifica-se a ocorrência de óbice intransponível ao regular prosseguimento do feito, uma vez que resta configurada a intempestividade recursal. 2.1 Em consulta aos autos primevos, constata-se que a sentença prolatada foi disponibilizada no DJE de 23.02.2024 (sexta-feira), tendo como data da publicação o dia 26.02.2024 (segunda-feira), de modo que a data de início do prazo recursal se deu em 27.02.2024 (terça-feira). Assim, tendo em vista que o prazo para interposição de recurso de Apelação é de 5 (cinco) dias (art. 593, do CPP) e que os prazos, no processo penal, são contínuos, não se computando o dia do começo, mas incluindo-se o do vencimento, tem-se que, iniciado o prazo em 27.02.2024 (terça-feira), o dies a quo da contagem se deu em 28.08.2024 (quarta-feira) e o seu término ocorreu em 03.03.2024 (domingo) e, transferindo-se para o dia útil subsequente (art. 798, § 3º, do CPP), tem-se que o dies ad quem para interposição do recurso é 04.03.2024 (segunda-feira). Entretanto, a autuação dos presentes fólios se deu em 22.04.2024, mais de 1 (um) mês após o escoamento do prazo recursal. 3. O recurso interposto pelo Ministério Público tem como cerne o pleito de afastamento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da lei 11.343/06, destacando que recentemente fora proferida sentença condenatória em desfavor do Acusado por crime da mesma natureza. III. Razões de decidir 4. No caso dos autos, a materialidade delitiva restou devidamente comprovada

através do Auto de Exibição e Apreensão de id 67884416 – fl. 10, do Laudo de Constatação de nº 2021 00 LC 041858-01 (id 67884416 – fl. 05) e Laudo Pericial 2021 00 LC 041858-02 (id 67885033 – fl. 03), que atestaram que as substâncias apreendidas e encaminhadas à análise tratavam-se de 50,06 (cinquenta gramas e seis centigramas) de maconha e 28,18 (vinte e oito gramas e dezoito decigramas) de cocaína. 4.1 A autoria, por sua vez, também restou de forma efetiva demonstrada na situação em comento, conforme se pode denotar cotejando o Laudo de Apresentação e Apreensão com a aprova testemunhal colhida em Juízo. Outrossim, intempestivo o recurso da Defesa, não há qualquer insurgência no apelo sub examine, quanto à autoria e materialidade delitivas, não tendo sido matéria recursal. 5. Necessário destacar que a sentença condenatória proferida em desfavor do Recorrente e mencionada pelo Parquet, não transitou em julgado, estando pendente o julgamento do recurso de Apelação interposto pela Defesa. 6. Vigê, no processo penal constitucional, o princípio da presunção da não culpabilidade, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado. Como consequência lógica do mencionado mandamento constitucional, não é cabível a utilização de processos em andamento para apontar se o réu dedica-se a atividade criminosa. Este, aliás, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, em sede de recurso repetitivo, tema repetitivo 1139, fixou a seguinte tese: “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”. 6.1 A jurisprudência pátria é uníssona em afirmar que ações penais em andamento não são suficientes para a inviabilizar o reconhecimento do tráfico na modalidade privilegiada. Portanto, resta devidamente afastada a primeira razão elencada no recurso ministerial. 7. Parecer ministerial pelo conhecimento e desprovimento do recurso de Apelação, a fim de que seja mantida a redutora do tráfico privilegiado em favor do Apelado. 8. APELO DA DEFESA NÃO CONHECIDO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Sentença primeva mantida na íntegra. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8057624-81.2022.8.05.0001, em que figuram, simultaneamente como apelante e apelado LEANDRO LUCIO TOME GONCALVES e o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, por maioria, em NÃO CONHECER do Apelo da Defesa e CONHECER E NEGAR PROVIMENTO ao recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público, nos termos do voto do Relator. Sala das Sessões, data de inclusão no sistema. Presidente Des. Geder Luiz Rocha Gomes Relator Procurador (a) de Justiça PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Maioria Salvador, 19 de Setembro de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8057624-81.2022.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros Advogado (s): ANTONIO JORGE LOPES DE ALMEIDA JUNIOR APELADO: LEANDRO LUCIO TOME GONCALVES e outros Advogado (s): ANTONIO JORGE LOPES DE ALMEIDA JUNIOR RELATÓRIO Vistos, etc. Versam os autos sobre recursos de Apelação Criminal simultâneos interpostos por LEANDRO LUCIO TOME GONCALVES e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, irresignados com a sentença condenatória de id 67885133, proferida nos autos da ação penal nº 0706510-38.2021.8.05.0001, que tramitou perante o MM. Juízo de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, e julgou procedente a Denúncia, condenando o Réu a uma pena definitiva de 2

(dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 (tráfico privilegiado de drogas ilícitas). Narrou a denúncia que no dia 08.12.2021, por volta das 22h30min, na Rua Sergio de Carvalho, localidade conhecida como “Vale da Muriçoca”, Bairro Federação, Salvador-BA, policiais militares, durante ronda regular, visualizaram algumas pessoas em atitude suspeita, razão pela qual decidiram abordá-las, oportunidade em que encontraram em poder do Acusado 50,06g (cinquenta gramas e seis centigramas) de maconha, distribuída em 16 (dezesseis) porções embaladas em plástico incolor, na forma de trouxas; 28,18g (vinte e oito gramas e dezoito centigramas) de cocaína, em forma de pó, acondicionada em 19 (dezenove) microtubos de plástico (pinos); e a quantia de R\$ 95,00 (noventa e cinco reais). Finalizada a instrução criminal e oferecidas as alegações finais, sobreveio a sentença ora combatida, que julgou procedente o pedido formulado na denúncia, tendo condenado o Acusado pelo delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (tráfico privilegiado), contra a qual se insurge o Parquet. Inconformado, o Ministério Público interpôs o presente recurso (id 67885136) tendo como questão nuclear o pleito de afastamento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06. Assevera nas razões recursais que “a conjugação de todos os dados acima referidos [referente ao tipo penal do art. 33, caput, da Lei de Drogas] indica a culpabilidade do acusado, que agiu com o dolo típico do delito em análise. As testemunhas ouvidas em juízo ratificaram as informações prestadas em sede de delegacia. Na oportunidade, foram certas ao trazer informações que corroboraram a apreensão de drogas em poder do acusado em situação similar ao descrito no artigo 33, caput, da Lei de drogas. Salientaram, ainda, o envolvimento do réu com atividades criminosas, informando ser este conhecido pela alcunha de ‘Léo Mexerica’ e por ter sido preso em outras oportunidades pela prática do aludido delito.” Neste sentido, defende que “[e]m análise aos depoimentos das testemunhas ouvidas, atém-se que se encontra evidenciada toda dinâmica criminosa praticada pelo réu. As informações prestadas em Juízo confirmam suficientemente as circunstâncias do fato criminoso ora processado: a situação em que chegaram à abordagem do réu, como esta se deu; operação em local de intenso tráfico de drogas, conhecido como ‘Vale da Muriçoca’; a visualização de um grupo de pessoas, que correram com a aproximação da guarnição; o alcance do acusado, que portava entorpecentes; o modo como a diligência ocorreu; a apreensão de certa quantidade de drogas, em situação própria da traficância; a informação de que o acusado tem a alcunha de ‘Léo Mexerica’ e já foi conduzido em outras oportunidades pela prática do crime de tráfico de drogas; enfim, as circunstâncias do fato.” Pontua que “Confirma-se, desta sorte, sua íntima relação com a criminalidade, particularmente aquela decorrente da dinâmica de drogas em nossa capital. Inafastável, no caso presente, a conclusão acerca da existência de indícios mais que contundentes, de sua participação na engrenagem criminal que assola esta capital, atingindo a camada mais jovem da população. São posturas que denotam o grau de envolvimento com ações criminosas, assim como respectiva gravidade. Não se pode, portanto, considerar que o fato ora sob análise se trata de tráfico privilegiado. O fato constitui, em verdade, a figura hedionda descrita no artigo 33, caput.” Ao final, pleiteia a reforma da sentença vergastada para que seja afastada a redutora do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, condenando-se o acusado nas penas descritas no artigo 33, caput, do aludido diploma legal. Malgrado a Defesa tenha interposto

recurso de Apelação, foi certificada, ao id 67885148, a intempestividade do referido apelo. Em sede de contrarrazões (id 67885160), o réu/recorrido refuta os argumentos do apelo interposto, pleiteando, ainda, nesta via, a absolvição por insuficiência de provas, bem como que lhe seja deferido o direito de recorrer em liberdade, requerendo, ao final: (i) a revogação da prisão preventiva com ou sem a aplicação das medidas cautelares previstas no art. 319, do CPP; (ii) a absolvição por insuficiência de provas; (iii) a manutenção da aplicação de diminuição de pena do tráfico privilegiado. Remetidos os autos à douta Procuradoria de Justiça, o ilustre Procurador Adriani Vasconcelos Pazelli opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso de Apelação interposto, nos termos do parecer ministerial de id 68098948. Assim, examinados os autos, lancei o presente relatório e o submeti à apreciação do eminente Revisor, que pediu a inclusão do feito em pauta de julgamento. Salvador, data de inclusão no sistema. Des. Geder Luiz Rocha Gomes Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8057624-81.2022.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros Advogado (s): ANTONIO JORGE LOPES DE ALMEIDA JUNIOR APELADO: LEANDRO LUCIO TOME GONCALVES e outros Advogado (s): ANTONIO JORGE LOPES DE ALMEIDA JUNIOR VOTO 1. DA ADMISSIBILIDADE RECURSAL Com relação ao cabimento da apelação, Aury Lopes Júnior[1] afirma que: “é a exigência de que inexista uma decisão imutável e irrevogável, ou seja, não se tenha operado a coisa julgada formal. Uma decisão é apelável porque não preclusa.” Já com relação à adequação, é “vista como a correção do meio de impugnação eleito pela parte interessada, também abrange a regularidade formal da interposição do recurso.” Sobre o recurso de apelação, Aury Lopes Júnior[2] também assevera: “Na visão de DALIA e FERRAIOLI[3], l'appello è il mezzo di impugnazione ordinário che consente ad un giudice di grado superiore di rivedere, in forma “critica”, il giudizio pronunciato dal giudice di primo grado. É um meio de impugnação ordinário por excelência (podendo ser total ou parcial), que autoriza um órgão jurisdicional de grau superior a revisar, de forma crítica, o julgamento realizado em primeiro grau. O “revisar de forma crítica” deve ser compreendido na mesma perspectiva de CARNELUTTI, anteriormente referida, de que os recursos são “la crítica a la decisión”, posto que, etimologicamente, criticar não significa outra coisa que julgar, e o uso deste vocábulo tende a significar aquele juízo particular que tem por objeto outro juízo, isto é, o juízo sobre o juízo e, dessa maneira, um juízo elevado à segunda potência.” Já para o Preclaro Guilherme de Souza Nucci[4]: “Cuida-se de recurso contra decisões definitivas, que julgam extinto o processo, apreciando ou não o mérito, devolvendo ao tribunal amplo conhecimento da matéria[5]. Essa seria, a nosso ver, a melhor maneira de conceituar a apelação, embora o Código de Processo Penal tenha preferido considerá-la como o recurso contra as sentenças definitivas, de condenação ou absolvição, e contra as decisões definitivas ou com força de definitivas, não abrangidas pelo recurso em sentido estrito.” Gustavo Henrique Badaró acrescenta sobre o conceito e antecedentes históricos[6]: “A apelação é o recurso ordinário por excelência, visando à reapreciação de matéria de fato e de direito. É cabível, inclusive, quando houver provas novas. Sua finalidade é a correção de error in iudicando (reforma da decisão) ou error in procedendo (anula a decisão) das sentenças. Prevalece o entendimento de que sua origem histórica é a appellatio dos romanos. No regime português, a apelação ingressou por meio das querimas ou

querimonias dos Foraes chegando às Ordenações Manuêlinas, recebendo reformulações, até chegar ao modelo de t. 68 a 83 do L. III das Ordenações Filipinas. Entre nós, sua referência pode ser buscada no Regulamento 737, de 21.11.1950.” Em relação aos requisitos de admissibilidade, novamente Aury Lopes Júnior assim dispõe[7]: “=>Requisitos objetivos: → Cabimento e adequação: pode ser interposta por petição ou termo nos autos, nos casos previstos no art. 593. → Art. 593, II: é residual em relação à taxatividade do RSE, cabendo em relação às decisões interlocutórias mistas não abrangidas pelo art. 581. → Art. 593, III: o inciso III dirige-se exclusivamente às decisões proferidas pelo Tribunal do Júri. Nas alíneas a e d, se acolhido o recurso, a consequência será a realização de novo júri. Nas alíneas b e c, acolhendo o recurso, o tribunal faz a retificação se enviar a novo júri. → Art. 593, § 3º: decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela completamente dissociada da prova dos autos, sem qualquer apoio no processo. O que se entende por “mesmo motivo”? Significa novo recurso com base na letra d, sendo irrelevante a tese sustentada. Quanto ao cabimento do recurso de apelação, por parte do acusador, com base no art. 593, III, d, quando o réu é absolvido no quesito genérico da absolvição, existe uma divisão no STJ e uma importante decisão do STF no sentido do não cabimento. → Tempestividade: 5 dias para interposição (art. 593) e 8 dias para razões. Assistente: 5 dias habilitado – 15 dias não habilitado. → Preparo: exige-se nas ações penais privadas. =>Requisitos subjetivos: → Legitimidade (art. 577) e gravame/prejuízo.” Do exame dos fólhos, depreende-se que a Defesa interpôs recurso de Apelação ao id 67885148, foi certificada, ao id 67885148, a intempestividade do referido apelo. Com efeito, quanto ao apelo interposto pela Defesa, verifica-se a ocorrência de óbice intransponível ao regular prosseguimento do feito, uma vez que resta configurada a intempestividade recursal. Nos termos do artigo 932, III, do CPC, de utilização subsidiária no processo penal, incumbe ao Relator não conhecer de recurso inadmissível ou prejudicado. O art. 798, do CPP, ao tratar da contagem dos prazos processuais, traz a seguinte disposição: Art. 798. Todos os prazos correrão em cartório e serão contínuos e peremptórios, não se interrompendo por férias, domingo ou dia feriado. § 1º Não se computará no prazo o dia do começo, incluindo-se, porém, o do vencimento. § 2º A terminação dos prazos será certificada nos autos pelo escrivão; será, porém, considerado findo o prazo, ainda que omitida aquela formalidade, se feita a prova do dia em que começou a correr. § 3º O prazo que terminar em domingo ou dia feriado considerar-se-á prorrogado até o dia útil imediato. § 4º Não correrão os prazos, se houver impedimento do juiz, força maior, ou obstáculo judicial oposto pela parte contrária. § 5º Salvo os casos expressos, os prazos correrão: a) da intimação; b) da audiência ou sessão em que for proferida a decisão, se a ela estiver presente a parte; c) do dia em que a parte manifestar nos autos ciência inequívoca da sentença ou despacho. Além das disposições constantes do Código de Processo Penal, em caso de processos eletrônicos, há que se respeitar, também, o regramento da Lei 11.419/2006, sendo relevante para o caso os seguintes dispositivos: Art. 4º Os tribunais poderão criar Diário da Justiça eletrônico, disponibilizado em sítio da rede mundial de computadores, para publicação de atos judiciais e administrativos próprios e dos órgãos a eles subordinados, bem como comunicações em geral. (...) § 3º Considera-se como data da publicação o primeiro dia útil seguinte ao da disponibilização da informação no Diário da Justiça eletrônico. § 4º Os prazos processuais terão início no primeiro dia útil que seguir ao considerado como data da publicação. (grifos

acrescidos) O recurso de Apelação, conforme detalhado alhures, deverá ser interposto no prazo de 5 (cinco) dias, nos moldes do art. 593[8], do CPP. No presente caso, em consulta aos autos primevos, constata-se que a sentença prolatada foi disponibilizada no DJE de 23.02.2024 (sexta-feira), tendo como data da publicação o dia 26.02.2024 (segunda-feira), de modo que a data de início do prazo recursal se deu em 27.02.2024 (terça-feira). Assim, tendo em vista que o prazo para interposição de recurso de Apelação é de 5 (cinco) dias (art. 593, do CPP) e que os prazos, no processo penal, são contínuos, não se computando o dia do começo, mas incluindo-se o do vencimento, tem-se que, iniciado o prazo em 27.02.2024 (terça-feira), o dies a quo da contagem se deu em 28.08.2024 (quarta-feira) e o seu término ocorreu em 03.03.2024 (domingo) e, transferindo-se para o dia útil subsequente (art. 798, § 3º, do CPP), tem-se que o dies ad quem para interposição do recurso é 04.03.2024 (segunda-feira). Entretanto, a autuação dos presentes fólhos se deu em 22.04.2024, mais de 1 (um) mês após o escoamento do prazo recursal. Desta feita, tem-se por intempestivo o recurso interposto pela Defesa. Já no que diz respeito ao Apelo da Acusação, verificada a sua tempestividade, bem como a presença dos demais requisitos de admissibilidade exigidos para o manejo, deverá este ser conhecido, razão pela qual passamos à análise do mérito.

2. DO MÉRITO

Emerge dos autos que o Magistrado de primeiro grau condenou o Recorrido a uma pena definitiva de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico privilegiado de drogas ilícitas). Inconformado, o Ministério Público ingressou com o presente recurso, tendo como questão nuclear o pleito de afastamento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. Apesar da relevante argumentação delineada pela Acusação, a Defesa refuta o pleito em comento, pugnando pelo desprovemento do apelo. O que se depreende das provas que compõem os presentes fólhos é que estão presentes os requisitos ensejadores para a condenação do Apelado nos moldes do quanto determinado na sentença primeva. Com efeito, no que se refere ao crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei nº 11.343/2006), restou comprovado nos autos a materialidade por meio do Auto de Exibição e Apreensão de id 67884416 – fl. 10, do Laudo de Constatação de nº 2021 00 LC 041858-01 (id 67884416 – fl. 05) e Laudo Pericial 2021 00 LC 041858-02 (id 67885033 – fl. 03), que atestaram que as substâncias apreendidas e encaminhadas à análise tratavam-se de 50,06 (cinquenta gramas e seis centigramas) de maconha e 28,18 (vinte e oito gramas e dezoito decigramas) de cocaína. A autoria, por sua vez, também restou de forma efetiva demonstrada na situação em comento, conforme se pode denotar cotejando o Laudo de Apresentação e Apreensão com o depoimento da testemunha de Acusação, SD PM Jackson de Jesus Azevedo, que informou em juízo: “(...) Por ser um lugar pontual de tráfico de drogas, a gente sempre faz várias abordagens lá, entendeu? Inclusive efetua várias prisões. (...) Eu lembro, sim, vagamente eu lembro de ter conduzido ele [o Acusado]; (...) Eu vi o Acusado aí, eu to e recordando, sim, dele, de ter conduzido ele. Por drogas, justamente, ele tava eu acho em posse de drogas, portando drogas. (...) Aí eu não tenho, eu não posso afirmar isso à Sra. Porque eu não tenho provas, entendeu? [ao ser perguntado se o Acusado é ligado a alguma chefia] Lá eu vejo as pessoas dizerem que o apelo dele é ‘LÉO MEXERICA’. (...)” (SD/PM JACKSON DE JESUS AZEVEDO BRITO – extraído do Pje Mídias) Como restou consignado da sentença primeva, “a testemunha Jackson ao visualizar o acusado na audiência, se lembrou da abordagem, obviamente, não de todos

os detalhes, o que é perfeitamente compreensível já que diligência data de 2021. Foi preciso ao afirmar que trabalhou no Vale da Muriçoca na guarnição composta por Valdek e Thiago e que após a realização da abordagem, encontraram em posse do acusado certa quantidade de droga, que logo em seguida foi encaminhado para delegacia (...) o auto de exibição e apreensão, no qual consta que foram apresentados na delegacia, além de outros objetos, 19 pinos e 16 trouxinhas, comprovado posteriormente, tratar-se de cocaína e maconha. (...) Desta feita, o conjunto probatório é harmônico e seguro para respaldar a procedência do pedido inicial no que tange ao crime de tráfico de drogas, restando provada a autoria, a materialidade delitiva (auto de exibição apreensão, laudo de constatação prévia e o laudo definitivo) Assim, a intenção dolosa do réu Leandro Lúcio Tomé Gonçalves se manifestou quando ele, de forma livre e consciente, tinha consigo, para fins de difusão ilícita, porções significativas de cocaína e maconha. Como se sabe, o tipo penal descrito na peça acusatória é de ação múltipla, bastando o agente realizar quaisquer das condutas nele descritas para incidir nas penas cominadas a ele, sendo desnecessária a reiteração da comercialização ou difusão ilícita do entorpecente. (...)."

Ademais, destaque-se que a sentença primeva foi proferida em consonância com o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, conforme se depreende dos julgados a seguir ementados: PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. CONDENAÇÃO. PROVA ACERCA DA TRAFICÂNCIA. SÚMULA 7/STJ. NÃO INCIDÊNCIA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A reavaliação dos critérios jurídicos concernentes à utilização e à formação da convicção do julgador não encontra óbice na Súmula n. 7/STJ. É que a análise dos fatos e fundamentos expressamente mencionados no acórdão recorrido não constitui reexame do contexto fático-probatório, e sim valoração jurídica dos fatos já delineados pelas instâncias ordinárias. 2. O tráfico ilícito de entorpecentes, crime plurinuclear ou de condutas múltiplas, formal, consoma-se com a prática de qualquer um de seus verbos (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). 3. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que o art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 trata de delito de ação múltipla, que se consoma com a prática de qualquer dos verbos nele descritos, inclusive o depósito, sendo prescindível a comprovação da finalidade de comercialização. 4. A partir da moldura fática apresentada pelo Juízo de primeiro grau e pelo Tribunal a quo, ficou demonstrada a prática do crime de tráfico na modalidade ter em depósito, em razão da apreensão de 50 pedras de crack, pesando 10,25g, dinheiro trocado (R\$ 692,50), embalagens, celulares, 1 caderno de anotações referentes à contabilidade do tráfico de drogas e os depoimentos dos policiais e testemunhas, além do fato da polícia ter chegado ao acusado, em razão da informação de que um usuário entrou na casa de sua mãe, subtraiu um aparelho celular para trocar por drogas, tendo indicado que realizou tal transação na residência do acusado. 5. O fato de ser usuário não exclui a possibilidade da prática do crime de tráfico pelo envolvido. 6. Sendo dispensável a comprovação da destinação comercial da droga e as circunstâncias que ocorreram o delito, fica o acusado condenado pela prática de conduta prevista no artigo 33 da Lei n. 11.343/2006, por manter em depósito 50 pedras de crack, pesando 10,25g. 6. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no Resp: 1992544 RS

2022/0083351-9, Data de Julgamento: 16/08/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: Dje 22/08/2022) PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS CORROBORADOS POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVAS. VALOR PROBANTE. OFENSA AO ART. 155 DO CPP. NÃO CONFIGURADA. CONDENAÇÃO LASTREADA EM ELEMENTOS SUBMETIDOS AO CRIVO DO CONTRADITÓRIO JUDICIAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. No que concerne à pretensão absolutória, extrai-se do acórdão recorrido que o Tribunal de origem concluiu, com amparo em farto acervo de fatos e provas constante dos autos, notadamente diante do auto de apreensão, do auto de constatação provisória de substância entorpecente, do boletim unificado, do laudo definitivo de exame em substância, da prisão do recorrente em flagrante delito, em local conhecido como ponto de intenso comércio de drogas, dos depoimentos dos policiais, tanto na fase inquisitiva quanto na judicial, e a partir da ponderação das circunstâncias do delito – apreensão de 16, 4g (dezesseis gramas e quatro decigramas) de cocaína, fracionadas em 4 (quatro) papелotes, além da apreensão de dinheiro em espécie, em poder do recorrente, totalizando R\$ 360,00 (trezentos e sessenta reais) –, que a autoria e materialidade do delito de tráfico de drogas ficaram suficientemente demonstradas (e-STJ fls. 215/218). 2. Nesse contexto, inviável, no caso em tela, entender de modo diverso, dada a necessidade de reexame de elementos fático-probatórios, vedado nesta via recursal. Incidência do óbice da Súmula n. 7/STJ. 3. Ademais, conforme asseverado pelas instâncias ordinárias, a prática do delito pelo recorrente foi devidamente comprovada por elementos de prova colhidos na fase investigativa, e corroborados pela prova testemunhal colhida na fase judicial, circunstância que afasta a alegada violação do art. 155, do CPP. 4. Outrossim, é pacífica a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que os depoimentos prestados por policiais têm valor probante, na medida em que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com os demais elementos de prova dos autos, e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação injustificada do investigado, como na espécie. Precedentes. 5. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no AREsp: 1997048 ES 2021/0336495-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 15/02/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: Dje 21/02/2022) Outrossim, no Recurso Extraordinário (RE) 635659, com repercussão geral (Tema 506), o Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF), discutiu se o porte de maconha para consumo próprio pode ou não ser considerado crime e qual a quantidade da droga diferenciaria o usuário do traficante, tendo sido proferida a seguinte decisão: Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 506 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário, para i) declarar a inconstitucionalidade, sem redução de texto, do art. 28 da Lei 11.343/2006, de modo a afastar do referido dispositivo todo e qualquer efeito de natureza penal, ficando mantidas, no que couberem, até o advento de legislação específica, as medidas ali previstas, vencidos os Ministros Cristiano Zanin, André Mendonça, Nunes Marques, Dias Toffoli e Luiz Fux; [...] Em seguida, por maioria, fixou a seguinte tese: “1. Não comete infração penal quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, a substância cannabis sativa, sem prejuízo do reconhecimento da ilicitude extrapenal da conduta, com apreensão da droga



e aplicação de sanções de advertência sobre os efeitos dela (art. 28, I) e medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo (art. 28, III); 2. As sanções estabelecidas nos incisos I e III do art. 28 da Lei 11.343/06 serão aplicadas pelo juiz em procedimento de natureza não penal, sem nenhuma repercussão criminal para a conduta; 3. Em se tratando da posse de cannabis para consumo pessoal, a autoridade policial apreenderá a substância e notificará o autor do fato para comparecer em Juízo, na forma do regulamento a ser aprovado pelo CNJ. Até que o CNJ delimite a respeito, a competência para julgar as condutas do art. 28 da Lei 11.343/06 será dos Juizados Especiais Criminais, segundo a sistemática atual, vedada a atribuição de quaisquer efeitos penais para a sentença; 4. Nos termos do § 2º do artigo 28 da Lei 11.343/2006, será presumido usuário quem, para consumo próprio, adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, até 40 gramas de cannabis sativa ou seis plantas-fêmeas, até que o Congresso Nacional venha a legislar a respeito; 5. A presunção do item anterior é relativa, não estando a autoridade policial e seus agentes impedidos de realizar a prisão em flagrante por tráfico de drogas, mesmo para quantidades inferiores ao limite acima estabelecido, quando presentes elementos que indiquem intuito de mercancia, como a forma de acondicionamento da droga, as circunstâncias da apreensão, a variedade de substâncias apreendidas, a apreensão simultânea de instrumentos como balança, registros de operações comerciais e aparelho celular contendo contatos de usuários ou traficantes; 6. Nesses casos, caberá ao Delegado de Polícia consignar, no auto de prisão em flagrante, justificativa minudente para afastamento da presunção do porte para uso pessoal, sendo vedada a alusão a critérios subjetivos arbitrários; 7. Na hipótese de prisão por quantidades inferiores à fixada no item 4, deverá o juiz, na audiência de custódia, avaliar as razões invocadas para o afastamento da presunção de porte para uso próprio; 8. A apreensão de quantidades superiores aos limites ora fixados não impede o juiz de concluir que a conduta é atípica, apontando nos autos prova suficiente da condição de usuário.” (grifos acrescidos) Na situação sub examen, o recorrido portava consigo, conforme restou comprovado pelos laudos periciais e depoimentos testemunhais, 50,06g (cinquenta gramas e seis centigramas) de maconha, distribuídos em 16 (dezesseis) porções acondicionadas em sacos plásticos incolores, na forma de trouxa, isto é, quantidade superior ao limite estabelecido pela Corte Suprema, bem como portava outra substância ilícita, 28,18g (vinte e oito gramas e dezoito centigramas) de cocaína, distribuídas em 19 (dezenove) porções acondicionadas em microtubos de plástico. Por tais razões, inclusive o modo do acondicionamento, resta impossibilitada a caracterização de posse para uso, evidenciando a traficância (ex vi laudos de 67885018 – fl. 05 e id 67885033 – fl. 03). Cumpre destacar que não há qualquer insurgência recursal quanto à materialidade e autoria delitiva de ambos crimes, tendo em vista a intempestividade do Apelo da Defesa. Resta, portanto, incontroversa a matéria. Nas razões recursais, o Ministério Público pugna que seja afastada a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, correspondente ao tráfico privilegiado. Assevera nas razões recursais que “foi encontrado outro registro de ação penal, por crime de tráfico de drogas, perante este Juízo, autos n. 8076538-62.2023.8.05.0001, em desfavor de Leandro, por fato ocorrido nas mesmas cercanias do presente procedimento, no bairro da Federação, com sentença condenatória recente. Há, portanto, nos autos evidências do envolvimento deste com o tráfico de drogas implementado na localidade referida. Destaque-se que m juízo uma

das testemunhas confirmou que o acusado, conhecido como 'Léo Mexerica' é conhecido por ter outros processos em seu desfavor, também pela prática do crime de tráfico de drogas. Tudo isto indica sua dedicação à prática de atividades criminosas, tendo em vista o modus operandi empregado pelo réu, o que consubstancia o seu envolvimento com crime de tráfico de drogas nesta capital, e sua vinculação a traficantes locais, para a venda, distribuição e comercialização de substâncias entorpecentes. Incabível, portanto, neste caso, a aplicação da referida redutora." Ou seja, o Recorrente aduz que há ação penal com sentença condenatória proferida recentemente em desfavor do Recorrido, pelo mesmo delito, e por esta razão pugna para que não seja aplicado o privilégio ao recorrido. Convém analisar a causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Prescreve o citado dispositivo: "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." (grifos acrescidos) A causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 é um instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita. Sua utilização permite o abrandamento de uma padronização severa (provocada pela exasperação da pena-base fundada no art. 42, da, Lei nº 11.343/2006), favorecendo o traficante eventual, sem grande envolvimento com o mundo criminoso. Seu reconhecimento exige a presença, no caso concreto, de requisitos cumulativos expressamente identificados pelo legislador, a saber: que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. Nesta trilha, impende trazer a lição de Renato Brasileiro[9] sobre a temática: "De maneira inovadora, a Lei nº 11.343/06 passou a prever uma causa de diminuição de pena em seu art. 33, § 4º (...) Apesar de muitos se referirem a este dispositivo com a denominação de tráfico privilegiado, tecnicamente não se trata de privilégio, porquanto o legislador não inseriu um novo mínimo e um novo máximo de pena privativa de liberdade. Limitou-se apenas a prever a possibilidade de diminuição da pena de um sexto a dois terços. Logo, não se trata de privilégio, mas sim de verdadeira causa de diminuição de pena, a ser sopesada na terceira fase de cálculo da pena, no sistema trifásico de Nelson Hungria ( CP, art. 68)." Pretende o Parquet, então, que não seja aplicada a causa de diminuição em questão, porque recentemente fora proferida sentença condenatória em desfavor do Acusado por crime da mesma natureza. Necessário destacar que a sentença condenatória proferida na ação penal nº 8076538-62.2023.8.05.0001 não transitou em julgado, estando pendente o julgamento do recurso de Apelação interposto pela Defesa. Conforme já debatido alhures, vige, no processo penal constitucional, o princípio da presunção da não culpabilidade, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado. Sobre o citado princípio, explica Mirabete[10]: "nossa Constituição Federal não 'presume' a inocência, mas declara que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado'." Acrescenta Antônio Magalhães Gomes Filho[11]: "Traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação, antes da sentença final; toda antecipação de medida punitiva, ou que importe o reconhecimento da culpabilidade, viola

esse princípio fundamental". Como consequência lógica do mencionado mandamento constitucional, entendo não ser cabível a utilização de processos sem sentença condenatória transitada em julgado para apontar se o réu dedica-se a atividade criminosa. Este, aliás, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, em sede de recurso repetitivo, tema repetitivo 1139, fixou a seguinte tese: "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". Calha à fiveleta colacionar a ementa do recurso especial paradigma: RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais. 2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso. 3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza. 4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena. 5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles. 6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante. 7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo

resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis. 8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, 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. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto. 9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para fins penológicos. 10. Não se deve confundir a vedação à proteção insuficiente com uma complacência diante da atuação insuficiente dos órgãos de persecução penal. É certo que não podem ser criados obstáculos injustificáveis à atuação do Estado na defesa dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada, todavia isso não legitima a dispensa do cumprimento dos ônus processuais pelos órgãos de persecução penal, não autoriza a atuação fora da legalidade e não ampara a vulneração de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir provas concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice. 11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma "análise de contexto" para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, não há que se recorrer a inquéritos e ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e ações penais em curso na tentativa de demonstrar a dedicação criminosa, é porque os demais elementos de prova são insuficientes, sendo necessário formular a ilação de que o Acusado "não é tão inocente assim", o que não se admite em nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a ilicitude do fundamento, que decorre do raciocínio presuntivo contra o Réu que ele encerra, não se altera em face de outros elementos dos autos. 12. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "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". A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017). 13. Recurso especial provido. (REsp n. 1.977.027/PR,

relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022.) Ressalte-se que na mesma linha também entende o Supremo Tribunal Federal: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIMINAL. INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE. RE 591.054-RG/SC. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. Precedente. II – A aplicação da 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. III– Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – RE: 1283996 DF 0722122–30.2019.8.07.0001, Relator: RICARDO LEWANDOWSKI, Data de Julgamento: 11/11/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 03/12/2020) Assim, demonstra-se que a jurisprudência pátria é uníssona em afirmar que ações penais em andamento não são suficientes para a inviabilizar o reconhecimento do tráfico na modalidade privilegiada. Portanto, resta devidamente afastada a primeira razão elencada no recurso ministerial. Neste sentido, o juízo de primeiro grau consignou na sentença: “Por fim, há que se ressaltar, porém, que o réu faz jus ao benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, uma vez não consta nos autos que acusado ostente condenação anterior, tampouco restou provado que ele integra organização criminosa. (...) Atento ao disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal e, ainda, ao art. 42 da Lei 11.343/06, passo à individualização da pena. 1ª fase – circunstâncias judiciais. No caso, deve ser valorada negativamente uma circunstância do art. 59: circunstâncias do crime, haja vista que o delito foi praticado durante a noite, quando há diminuição da visibilidade e da vigilância. Agindo dessa forma, o acusado tinha certeza de impunidade. Em relação às circunstâncias especiais do crime previstas no art. 42 da Lei de Drogas, verifica-se a diversidade das drogas (maconha e cocaína), a alta nocividade de uma delas (cocaína). Não há elementos nos autos para que se possa aferir a personalidade do réu. Não há mais elementos a serem considerados. À vista das circunstâncias analisadas individualmente, fixo a pena-base em 8 anos e 9 meses de reclusão. Deixo de fixar a punição de dias-multa, tendo em vista a situação econômica do réu. 2ª fase – agravantes e atenuantes. Não há atenuantes ou agravantes a serem aplicadas, motivo pelo qual mantenho a pena intermediária no mesmo patamar da pena base. 3ª fase – causas de aumento e de diminuição. Incide, nessa fase, a causa especial de diminuição de pena disposta no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, nos termos da fundamentação supra, no índice médio de 2/3, dada as circunstâncias judiciais e a média quantidade da droga apreendida. Precedentes: STF, HC 97256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 18.3.2010; STJ, HC 153.125-MG, Rel. Min. Og Fernandes, 18/2/2010. Pena definitiva – A pena privativa de liberdade fica definitivamente fixada em 2 anos e 4 meses de reclusão. (...)” A concessão deste benefício tem interpretação restritiva, de modo que uma benesse legal somente deve ser aplicada a quem efetivamente mereça, interpretando-se de forma teleológica o dispositivo, conforme exposição de motivos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. No caso em apreço, o Acusado é formalmente primário, sem nenhum antecedente, não há qualquer informação nos autos de que a sua conduta pessoal o

desabone, bem como não há qualquer prova de que ele esteja envolvido em organização criminosa, demonstrado assim, a possibilidade de aplicação da minorante ao recorrido. Nesta linha de intelecção é o parecer Ministerial (de id 68098948) de lavra do ilustre Procurador de Justiça, Adriani Vasconcelos Pazelli, que opinou pelo conhecimento e desprovemento do recurso de Apelação interposto, a fim de que seja mantida a redutora do tráfico privilegiado em favor do Apelado: "(...) Neste passo, a irresignação do Parquet quanto ao afastamento da benesse, em virtude de ação penal em curso, não merece prosperar. O Supremo Tribunal Federal, reiteradamente, manifesta o entendimento de que os inquéritos policiais e ações penais em curso não devem ser aferidos em desfavor do agente na dosimetria da pena, sob pena de violação ao princípio da não culpabilidade. Na esteia desse posicionamento, decidiu-se ser inadmissível a utilização de processos em andamento para afastar a benesse do tráfico privilegiado. Veja-se: (...) Aliado à cognição da Suprema Corte, o Superior Tribunal de Justiça tem superado o seu posicionamento anterior, ao firmar a tese de impossibilidade de utilização de investigações preliminares e ações penais em andamento, ainda que em fase recursal, para o fim de afastar a incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006: (...) Por fim, a Terceira Seção do Tribunal da Cidadania, ao apreciar a matéria, fixou, em suma, a seguinte tese: "a existência de ações penais em andamento não justifica a conclusão de que o sentenciado se dedica às atividades criminosas para fins de obstar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06" (AgRg nos EAREsp 1852098/AM, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, julgado em 27/10/2021, DJe 3/11/2021). A conduta do Réu, ante a ausência de circunstâncias adicionais ao delito, possui menor reprovabilidade e, conseqüentemente, deve ser tratada de forma mais benéfica do que ao traficante habitual. Por conseguinte, esta Procuradoria de Justiça Criminal se posiciona no sentido de manter em sua integralidade a sentença proferida pelo Juízo a quo, visto que não se vislumbra ilegalidades. (...)”

Perlustrando os autos, verifica-se que o inconformismo do Apelante não deve prosperar, por não possuírem, os argumentos levantados, substrato para fazer valer o direito avocado. Dessarte, não merece ser acolhido o recurso ministerial. Dessa forma, não há o que se decotar da sentença primeva, posto que o Magistrado a quo, atento às circunstâncias fáticas e processuais, condenou o Apelante nos termos do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico privilegiado de drogas ilícitas), a 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprido, inicialmente, em regime aberto.

3. DA CONCLUSÃO Diante do exposto, voto no sentido de NÃO CONHECER do Apelo interposto pela Defesa e CONHECER E NEGAR PROVIMENTO ao recurso de Apelação interposto pelo Ministério Público, mantendo a sentença primeva em todos os seus termos. Salvador, data de inclusão no sistema. Des. Geder Luiz Rocha Gomes Relator GLRG VII 239

[1]Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1597. [2]Idem, p. 1596. [3]DALIA, Andrea Antonio; FERRAIOLI, Marzia. Manuale di Diritto Processuale Penale. Milano, CEDAM, 1997. p. 685. [4]Curso de direito processual penal / Guilherme de Souza Nucci. – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1418. [5]“O termo apelação deriva do vocábulo latino appellationem, no sentido de recurso de juiz inferior para superior, oriundo do verbo appellare, recorrer a tribunal superior. A apelação sempre teve como característica a natureza definitiva da sentença de que se recorre para instância superior e nisso se distingue do recurso em sentido estrito, que é interposto, em regra, das decisões interlocutórias” (Câmara Leal, Comentários ao Código

de Processo Penal , v. IV , p. 78). Na mesma ótica, Florêncio de Abreu (Comentários ao Código de Processo Penal , v. V, p. 280). [6]Manual dos recursos penais / Gustavo Henrique Badaró. – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.235. [7]Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020., p. 1709–1710. [8]Art. 593. Caberá apelação no prazo de 5 (cinco) dias: I – das sentenças definitivas de condenação ou absolvição proferidas por juiz singular; II – das decisões definitivas, ou com força de definitivas, proferidas por juiz singular nos casos não previstos no Capítulo anterior; III – das decisões do Tribunal do Júri, quando: a) ocorrer nulidade posterior à pronúncia; b) for a sentença do juiz-presidente contrária à lei expressa ou à decisão dos jurados; c) houver erro ou injustiça no tocante à aplicação da pena ou da medida de segurança; d) for a decisão dos jurados manifestamente contrária à prova dos autos. [9] Legislação criminal especial comentada: volume único / Renato Brasileiro de Lima – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 1069. [10]MIRABETE, J. F. Processo Penal. 14ed. São Paulo: Editora Atlas. 2003. p.41–42 . [11]GOMES FILHO, Antônio Magalhães. A Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), artigo na Revista do Advogado nº 42. São Paulo: AASP, 1994