

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0302650-98.2014.8.05.0079 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Wesley Correia da Silva Monteiro Advogado (s): ANA SELMA DE ARAGAO APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros Advogado (s): A ACÓRDÃO EMENTA: APELAÇÃO-CRIME. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS: ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSIÇÃO DAS PENAS DE 06 (SEIS) ANOS E 03 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E DE 625 (SEISCENTOS E VINTE E CINCO) DIAS-MULTA, CADA UM NO MENOR VALOR LEGAL. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA IMPUTAÇÃO DE TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33 DA LEI N.º 11.343/2006) PARA O TIPO DE POSSE DE DROGAS PARA USO PESSOAL (ARTIGO 28 DA MESMA LEI). NEGATIVA DA PRÁTICA DA TRAFICÂNCIA. IMPROVIMENTO. POLICIAL QUE, INQUIRIDO SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO, RELATOU TODA A DINÂMICA DO FLAGRANTE E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS DE MANEIRA SEGURA E HARMÔNICA, DESCREVENDO A EFETIVA APREENSÃO DE DROGAS. EFICÁCIA PROBATÓRIA DO DEPOIMENTO JUDICIAL, CORROBORADO, A SEU TURNO, PELAS DECLARAÇÕES COLHIDAS NO INQUÉRITO. AUSÊNCIA DE INDICATIVO DE ABUSOS NA REALIZAÇÃO DA DILIGÊNCIA OU INTERESSE NA FALSA INCRIMINAÇÃO DO ACUSADO. NEGATIVA JUDICIAL QUE SE MOSTRA ISOLADA NOS AUTOS. POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA DAS FIGURAS DO USUÁRIO E DO TRAFICANTE DE DROGAS. PRINCÍPIOS DA CONSUNÇÃO E DA PROPORCIONALIDADE. FATO MAIS ABRANGENTE QUE SE SOBREPÕE A OUTRO MENOS RELEVANTE. PREDOMÍNIO DA INFRAÇÃO CAPITULADA NO ARTIGO 33 DA LEI DE TÓXICOS, A MAIS GRAVE. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PRIMEIRA FASE: VETORIAIS JUDICIAIS DO ARTIGO 59 DO CP. LESIVIDADE DA DROGA A SER CONSIDERADA NESSA FASE. EXEGESE DO ARTIGO 42 DA LEI N.º 11.343/2006. ACUSADO QUE FOI ENCONTRADO EM PODER DE CRACK, ALÉM DE MACONHA. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO QUE NÃO REVELAM MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. MANTENÇA DA PENA BÁSICA FIXADA NO ÉDITO. SEGUNDA FASE: AGRAVANTE: INEXISTÊNCIA. ATENUANTE: MENORIDADE RELATIVA (ART. 65, I, DO CP). REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA EM 1/6 (UM SEXTO). TERCEIRA FASE: APLICAÇÃO DA CAUSA REDUTORA DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4.º DA LEI N.º 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. RÉU CONTUMAZ NA PRÁTICA DELITIVA. PENA DEFINITIVA DO APELANTE REDIMENSIONADA PARA 05 (CINCO) ANOS, 02 (DOIS) MESES E 15 (QUINZE) DIAS DE RECLUSÃO, E 520 (QUINHENTOS E VINTE) DIAS-MULTA, CADA UM NO MENOR VALOR LEGAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ALTERAÇÃO PARA O REGIME SEMIABERTO QUE SE IMPÕE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA DO APELANTE, NESTA INSTÂNCIA, PARA PATAMAR INFERIOR A 08 (OITO) ANOS. RÉU TÉCNICAMENTE PRIMÁRIO. EXEGESE DO ARTIGO 33, § 2.º, ALÍNEA B, DO CP. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPROVIMENTO. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO TEMPORAL PREVISTO NO INCISO I DO ARTIGO 44 DO CPB. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Apelação n.º 0302650-98.2014.8.05.0079, provenientes da Vara Criminal da Comarca de Eunápolis/BA, em que figura como Apelante o Acusado WESLEY CORREIA DA SILVA MONTEIRO, e como Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1.ª Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO à Apelação, nos termos do voto da Relatora. IVONE BESSA RAMOS Desembargadora Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 9 de Fevereiro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0302650-98.2014.8.05.0079 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª

Turma APELANTE: Wesley Correia da Silva Monteiro Advogado (s): ANA SELMA DE ARAGAO APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Réu WESLEY CORREIA DA SILVA MONTEIRO, por intermédio de advogado constituído, em irresignação aos termos da Sentença condenatória proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Eunápolis/BA (Id. 198150292 – PJE1G). Narrou a Peça Acusatória (Id. 198150076 – PJE1G), em breve síntese, que no dia 05.08.2014, na Rua Canavieiras, n.º 212, bairro Gusmão, em Eunápolis/BA, o Acusado WESLEY CORREIA DA SILVA MONTEIRA e o Corréu ANTÔNIO CARLOS DA SILVA foram flagrados por Policiais Militares guardando, numa residência, 08 (oito) buchas de maconha e 50 (cinquenta) pedras de crack, além da quantia de R\$ 462,00 (quatrocentos e sessenta e dois reais). Ainda segundo a Denúncia, os Agentes teriam se dirigido ao referido imóvel após receberem a informação de que dois indivíduos estariam, no local, traficando drogas. A Denúncia foi recebida em 20.03.2015 (Id. 198150124 – PJE1G). Finalizada a instrução criminal e apresentados os Memoriais pela Acusação e pela Defesa, foi proferido o Édito acima mencionado, que, julgando procedente em parte a Denúncia oferecida, absolveu o Corréu ANTÔNIO DA SILVA de todas as imputações consignadas na Denúncia, como também o Réu WESLEY MONTEIRO da prática do delito de associação para o tráfico de drogas (art. 35 da Lei n.º 11.343/2006), no entanto, lado outro, condenou WESLEY ante o cometimento do delito de traficância (art. 33 da mesma Lei), impondo-lhe as reprimendas de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa. Inconformado, o Acusado WESLEY MONTEIRO manejou Apelação, em cujas razões requer a desclassificação da imputação do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 para o crime de porte de droga para uso pessoal (art. 28 da mesma Lei), alegando se tratar de mero usuário; ou a aplicação da figura do tráfico privilegiado, salientando o preenchimento integral dos requisitos previstos na norma. No mais, pede o refazimento da dosimetria para que a pena-base do Apelante seja redimensionada ao mínimo quantum legal e a sua pena intermediária seja fixada após a devida consideração da presença da atenuante da menoridade relativa (art. 65, I, do CP), com a consequente readequação do regime inicial de cumprimento de pena e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do art. 44 do CP (Ids. 189150276 e 198150292 – PJE1G). Devidamente intimado, o Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões, pugnando o improvimento do Apelo defensivo e a consequente manutenção da Sentença guerreada em sua inteireza (Id. 198150300 – PJE1G). Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e provimento em parte do Apelo para que a pena do Réu seja revista, em razão da presença de circunstância atenuante (Id. 25854735). É o breve relatório, que ora submeto à apreciação da eminente Desembargadora Revisora, com as homenagens de estilo. IVONE BESSA RAMOS Desembargadora Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0302650-98.2014.8.05.0079 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Wesley Correia da Silva Monteiro Advogado (s): ANA SELMA DE ARAGAO APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros Advogado (s): A VOTO I. Do juízo de admissibilidade Inicialmente, verifica-se que o presente Recurso de Apelação é próprio e tempestivo, tendo sido manejado, ademais, por quem exhibe legítimo interesse na reforma do Édito Condenatório. Portanto, é medida de rigor o conhecimento deste

inconformismo, passando-se, de logo, ao exame de suas questões de fundo.

II. Do mérito recursal II.A. Da materialidade e autoria do delito de tráfico de drogas

Passando-se ao mérito recursal, o Acusado pugna a desclassificação da imputação de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n.º 11.343/2006) para tipo penal diverso, a saber, porte de drogas para uso próprio (art. 28 da mesma lei), alegando se tratar de mero usuário de entorpecentes. Tal alegação, porém, não merece guarida. De logo, observa-se que a comprovação da efetiva apreensão das drogas e de sua natureza proscriita repousam, em suma, no auto de exibição e nos laudos periciais, que apontaram que os materiais se referem a 9,8 g (nove gramas e oitenta centigramas) de maconha, divididos em 08 (oito) porções; e a 12 g (doze gramas) de crack, divididos em 50 (cinquenta) porções, tudo de uso proscriito no Brasil (Ids. 198150014, 198150021, 198150079, 198150091 e 198150092 – PJE1G). Em relação às circunstâncias do flagrante e à concreta vinculação das drogas ao Acusado, cuida-se de aspectos devidamente esclarecidos, de maneira segura, precisa e detalhada, pelo depoente Patrick Almeida de Carvalho, Policial Militar que participou da diligência e bem relatou as condições da abordagem e a subsequente apreensão de droga, fracionadas em pequenas porções, em poder do Acusado WESLEY MONTEIRO, vulgo “Galego”: “... Que um dia antes da data do fato, durante a noite, estávamos em ronda quando abordamos alguns indivíduos em atitude suspeita e um deles nos informou que eram usuários, mas não foi achado nada com eles; que um deles era um cara muito conhecido na cidade, ficou com vergonha de a família dele saber que ele era usuário e concordou em nos informar onde ele costumava a pegar a droga; que esse usuário nos indicou o local onde o réu poderia ser achado, onde ele estava; que o réu, segundo ele, tinha chegado de Minas Gerais dias atrás; que nós fomos até o local, mantivemos contato com proprietário, indagamos sobre a situação do comércio, adentramos a residência e eles estavam lá dentro, pois tinham chegado há dois ou três dias; que nós os abordamos por questão de segurança, indagamos sobre a droga e eles informaram que tinha certa quantidade lá e tal, que eles tinham pegado para vender, para levantar um dinheiro para alguma coisa; que na verdade quem indicou isso foi o Galego; que o moreno aqui ele disse que só veio mesmo a trabalho, que não tinha envolvimento, segundo ele não tinha envolvimento mesmo mas estava lá no local; foi feito a busca e aí foi encontrado essa quantidade de droga dentro da casa...” (depoimento do SD/PM Patrick Almeida de Carvalho – mídia no link disponível no Id. 33169777) Assim, constata-se que a suprarreferida testemunha não teve dificuldade em indicar a apreensão de drogas durante a diligência, bem como reconheceu o ora Apelante como um dos indivíduos à época capturados. Portanto, certo é que nada autoriza a presunção da inverdade ou parcialidade de tal testemunho, à míngua de qualquer indicativo concreto do suposto interesse dos Agentes Públicos em incriminarem falsamente o Réu, além de não haver mostra alguma de eventual abuso ou irregularidade na concretização do flagrante, porventura apto a subsidiar, ainda que por hipótese, a percepção do seu caráter artificioso. Cabe assinalar, outrossim, que a condição funcional dos Policiais não os impede de depor acerca dos atos de ofício dos quais tenha participado, tampouco possuindo o condão de suprimir ou fragilizar a credibilidade de suas assertivas; pelo contrário, trata-se de testemunhas inquiridas sob o crivo do contraditório e mediante o devido compromisso, e que mantiveram contato direto com o delito e seu autor no exercício de atividade intrinsecamente estatal, estando aptas a contribuir de modo decisivo, portanto, para a elucidação do fato. Quanto à eficácia probatória dos

depoimentos prestados por Policiais, vale conferir, a título ilustrativo, precedentes do Superior Tribunal de Justiça: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO COM BASE NO DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE DE DROGAS. REEXAME PROBATÓRIO. REDUÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PATAMAR DIVERSO DE 2/3. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA. ILEGALIDADE. CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. REDIMENSIONAMENTO. 1. [...]. 2. O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso. 3-5. [...]. 6. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para reduzir a pena do paciente para 3 anos e 4 meses de reclusão e 500 dias-multa, e para que o juízo das execuções proceda à nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, bem como examine a possibilidade da concessão da substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos. (STJ, 6.ª Turma, HC 165.561/AM, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 02.02.2016, DJe 15.02.2016) (grifos acrescidos) HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA PARA SUSTENTAR A ACUSAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE PROBATÓRIA. 1. [...]. 2. Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes. 3. Ordem denegada. (STJ, 5.ª Turma, HC 115.516/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 03.02.2009, DJe 09.03.2009) (grifos acrescidos) O depoimento judicial de Patrick de Carvalho encontra-se, outrossim, corroborado pelas declarações prestadas em sede policial pelos Agentes Éviston de Jesus Brandão e Carlito Francisco dos Santos, bem como pela Sra. Sebastiana de Jesus Souza, proprietária da casa onde foram localizados os entorpecentes (Ids. 198150011 e 198150015). Noutro passo, o Apelante negou a traficância em juízo, afirmando que “estava com as drogas para uso próprio”. A versão exculpatória produzida sob o crivo do contraditório, contudo, é isolada nos autos, inclusive quando relacionada às declarações por ele firmadas em sede policial, quando, a seu turno, confirmou a destinação ao menos da droga crack para a venda (Id. 198150018 – PJE1G). Assim, a negativa trazida judicialmente terminou por denotar somente a expressão ampla e irrestrita do legítimo direito constitucional de autodefesa do Réu, não sendo tal fato, por si só, capaz de ilidir as demais provas amealhadas nos autos. Nesse ponto, digno de registro que eventual condição de usuário de drogas não elidiria o reconhecimento do delito estampado no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006. É que, como cediço, nada impede que as figuras do usuário e do traficante coexistam em uma mesma pessoa, porém, no concurso entre essas condutas, deverão ser aplicados os Princípios da consunção e da proporcionalidade, para fazer prevalecer a infração mais grave, ou seja, o fato mais abrangente que se sobrepõe em relação a outro fato menos relevante, in casu, a conduta subsumida a um dos verbos descritos no tipo penal capitulado no citado art. 33. Em resumo, malgrado o Recorrente tenha negado a acusação de

traficância em juízo, certo é que a prova testemunhal e as circunstâncias da prisão demonstram, à exaustão, que ele tinha em depósito quantidade considerável de substâncias entorpecentes diversas (maconha e crack) destinadas à mercancia, fato que conduz, de modo evidente, à procedência da pretensão acusatória, não havendo, pois, que se falar em desclassificação de conduta para o tipo previsto no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, ante os elementos normativos presentes na espécie em tela. Destarte, queda irretocável a Sentença recorrida quanto ao reconhecimento da incursão do Réu nas previsões do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006. II.B. Da aplicação da pena Referente à reforma do capítulo da dosimetria de suas penas, o Réu requer, inicialmente, a redução da sua pena básica ao mínimo legal, em virtude da sustentada favorabilidade das circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do CP. Pois bem, ao avaliar as vetoriais judiciais do crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n.º 11.343/2006), o MM. Magistrado a quo negativamente as circunstâncias do crime, diante da quantidade e da natureza altamente lesiva de uma das substâncias entorpecentes apreendidas (a saber, 50 pedras de crack, pesando 12 gramas), fixando a pena-base em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão. Com efeito, o art. 42 da Lei de Drogas estabelece que a quantidade e a natureza da droga devem ser consideradas, inclusive de maneira preponderante, quando da aplicação da sanção, não se olvidando, nesse viés, que parte das drogas encontradas com o Réu lesam de forma mais significativa o bem jurídico tutelado pela norma em tela. No que diz respeito à escolha do quantum da reprimenda básica, pondera o doutrinador Ricardo Augusto Schmitt que "o critério que vem sendo albergado pelos Tribunais Superiores (para a exasperação da pena-base) repousa numa situação prática e simples, que tem resultado a partir da obtenção do intervalo da pena prevista em abstrato ao tipo (máximo – mínimo), devendo, em seguida, ser encontrada sua oitava parte (1/8)". Na hipótese em comento, uma vez calculado um oitavo da diferença entre a máxima e a mínima pena privativa de liberdade cominada ao delito de tráfico de drogas (15 anos – 5 anos = 10 anos), chega-se ao patamar de acréscimo de 01 (um) ano e 03 (três) meses na pena básica para cada circunstância judicial negativa. Assim, à vista do entendimento supradelineado e da desfavorabilidade da referida vetorial judicial (natureza da droga apreendida), mantém-se a reprimenda-base em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão. Concernente à segunda fase dosimétrica, há de ser reconhecida, in casu, a atenuante da menoridade relativa (art. 65, I, do CP), eis que o Acusado WESLEY MONTEIRO, nascido em 06.06.1994, possuía menos de 21 anos de idade ao tempo do fato (ocorrido em 05.08.2014). Note-se que, a teor do entendimento sufragado por esta Turma Criminal, a incidência de circunstância desse viés implica na redução da pena intermediária em 1/6 (um sexto), restando, pois, estabelecida em 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão. Por fim, na terceira fase da dosimetria, o Acusado requer o reconhecimento da minorante descrita no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas. Todavia, tal pretensão não deve ser acolhida. Para que seja aplicada a referida causa de diminuição – permitindo um tratamento mais benéfico, pois, ao agente que vem a cometer o delito de forma isolada – torna-se imprescindível que estejam presentes, conjuntamente, todos os requisitos elencados na norma, a saber: ser o agente primário e possuidor de bons antecedentes, além de não ser ele dedicado a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa. O privilégio em tela deve ser reconhecido excepcionalmente, em casos cujas circunstâncias sejam de menor gravidade justamente por não

ofender intensamente o bem jurídico tutelado da saúde pública. Aqueles que fazem do tráfico de drogas meio de vida, contumaz e habitualmente, não fazem, pois, jus ao benefício, ainda que não ostentem antecedentes criminais. No caso em testilha, além da diversidade das drogas apreendidas em seu poder, infere-se de consulta ao sistema PJE-1G que o Acusado WESLEY MONTEIRO possui outra ação penal em curso – o feito n.º 0002918-65.2013.8.05.0079 – no bojo da qual é acusado de roubo majorado pelo concurso de agentes, ocorrido no dia 19.04.2013, ou seja, pouco antes dos presentes fatos. Cediço que conquanto feitos em curso não autorizem a exasperação da reprimenda a título de reincidência ou maus antecedentes, prestam-se, sem embargo, a subsidiar a aferição do envolvimento pretérito do infrator com práticas delituosas. Vejam-se, nessa linha intelectual, julgados das 5.ª e 6.ª Turmas do Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. EXISTÊNCIA DE PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS CONFIGURADA. NÃO INCIDÊNCIA DA MINORANTE IN CASU. GRANDE QUANTIDADE E DIVERSIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL QUE JUSTIFICA A IMPOSIÇÃO DO REGIME PRISIONAL MAIS SEVERO E A IMPOSSIBILIDADE DA SUBSTITUIÇÃO DE PENA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A existência de inquéritos policiais ou de ações penais em andamento não possui o condão de exasperar a reprimenda-base, consoante o enunciado na Súmula n. 444 deste Superior Tribunal. Contudo, esta Corte firmou entendimento de que a existência de outros processos criminais contra o acusado, ainda que sem condenação transitada em julgado, afasta a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Precedentes. 2. [...]. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (STJ, 6.ª Turma, AgRg no REsp 1678417/GO, Rel. Min. Antônio Saldanha Palheiro, j. 17.04.2018, DJe 30.04.2018) (grifos acrescidos) HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DA LEI DE DROGAS). DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICA. IMPOSSIBILIDADE. WRIT NÃO CONHECIDO. 1-2. [...]. 3. Ações penais em andamento podem evidenciar a dedicação do indivíduo a atividades criminosas e, assim, impedir a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, como no caso em análise. Além disso, para se concluir que os pacientes fazem jus a essa causa de diminuição de pena, é necessário o reexame de matéria fática, inviável na via eleita. Habeas corpus não conhecido. (STJ, 5.ª Turma, HC 424.068/RS, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, j. 19.06.2018, DJe 29.06.2018) (grifos acrescidos) O afastamento da aplicação do Tráfico Privilegiado coaduna-se também, em certo aspecto, com o entendimento firmado pela Seção Criminal deste Tribunal de Justiça, no julgamento da Revisão Criminal n.º 0021048-49.2013.8.05.0000, em cujo voto, seguido por ampla maioria do referido Órgão Colegiado, constou: Da impossibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06. Por fim, ressalta o Requerente que deveria ter sido aplicada a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, a qual afirmou que foi afastada pelo fato de existir outra ação penal em curso. Contudo, não merece prosperar o pedido de aplicação da referida causa especial de diminuição de pena uma vez que subsistem nos autos elementos de prova mais do que suficientes no sentido de que o Requerente efetivamente se dedica às atividades criminosas, circunstância que afasta a aplicação do benefício em questão, como preceitua o referido dispositivo

legal: [...] A referida conclusão é baseada no fato de que o Requerente possui 3 (três) Inquéritos Policiais em curso – todos pela prática do crime de tráfico de drogas – fato que pode ser aferido a partir do exame da folha de antecedentes criminais de fl. 168 dos autos. No depoimento de fl. 77 dos autos, o Agente Policial responsável pela prisão em flagrante do Requerente – Jerônimo Correia de Oliveira – informou que, no momento em que foi preso, o Requerente confirmou que adquiriu as drogas em Feira de Santana, e que estas eram destinadas à revenda, fato confirmado também pelo Agente Policial Alessandro Carneiro, no depoimento de fl. 79 dos autos. Por fim, em seu interrogatório, realizado na Ação Penal objeto desta Revisão Criminal, o Requerente confessou que eram verdadeiros os fatos narrados na respectiva inicial acusatória; que já havia sido preso anteriormente com 13 (treze) pedras de crack e que acreditava já ter sido condenado na mesma localidade. Assim, a partir das circunstâncias fáticas ora mencionadas, é possível constatar que o Requerente fazia do tráfico de drogas o seu meio de vida e de sustento, circunstância que comprova que se dedica às atividades criminosas, nos termos previstos no art. 33, § 4º da Lei 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. [...] § 4o – Nos delitos definidos no caput e no § 1o deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012) (Grifos Acrescidos) Em relação à matéria, o Supremo Tribunal Federal já consolidou entendimento no sentido de que a existência de outras ações penais e inquéritos policiais – como ocorre no presente caso – consiste em fundamento idôneo para afastar a aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º da Lei 11.343/06. Assim, interpretou o Supremo que o referido entendimento não consiste em ofensa ao princípio da presunção de inocência: Ementa: Penal e constitucional. Habeas corpus. Tráfico de entorpecentes (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Causa especial de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Afastamento: paciente dedicado a atividades criminosas. Extensa ficha criminal revelando inquéritos e ações penais em andamento. Ausência de ofensa ao princípio da presunção de inocência. dosimetria da pena, substituição por restritiva de direitos e regime aberto: Questões não examinadas pelo Tribunal a quo. Não conhecimento. 1. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. 2. In casu, a minorante especial a que se refere o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi corretamente afastada ante a comprovação, por certidão cartorária, de que o paciente está indiciado em vários inquéritos e responde a diversas ações penais, entendimento que se coaduna com a jurisprudência desta Corte: RHC 94.802, 1ª Turma, Rel. Min. MENEZES DE DIREITO, DJe de 20/03/2009; e HC 109.168, 1ª Turma, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, DJe de 14/02/2012, entre outros. 3. Os temas atinentes à dosimetria da pena, à substituição por

restritiva de direitos e ao regime aberto não foram examinados no Tribunal a quo, por isso são insuscetíveis de conhecimento, sob pena de supressão de instância. 4. Habeas corpus conhecido em parte e denegada a ordem nessa extensão. (STF – HC: 108135 MT , Relator: Min. LUIZ FUX, Data de Julgamento: 05/06/2012, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-125 DIVULG 26-06-2012 PUBLIC 27-06-2012) Por conseguinte, deve ser rejeitado o pedido de aplicação da referida causa especial de diminuição de pena. (TJBA. Revisão Criminal nº 0021048-49.2013.8.05.0000. Seção Criminal. Relator: Des. José Alfredo Cerqueira da Silva. Julgado em 03/02/2015. Publicado em 06.02.2015) (grifos acrescidos) No supra aludido julgado, o Órgão fracionário criminal de maior participação deste Tribunal de Justiça entendeu que ações penais em curso são capazes de obstaculizar a aplicação a causa de redução prevista no art. 33, § 4.º da Lei 11.343/06, por, efetivamente, circunstanciar dedicação à atividade delitiva, inexistindo violação ao princípio da presunção de inocência ou afronta à Súmula n.º 444 do STJ, até mesmo porque – não se pode perder de vista – a primariedade do Acusado não se confundiria com a análise do mencionado requisito legal. Improve-se, pois, o Recurso de Apelação nesse particular, ficando reformada a pena definitiva para 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, além de 520 (quinhentos e vinte) dias-multa, no menor percentual legal. O regime inicial de cumprimento de pena deve ser readequado para o semiaberto, tendo em vista o novo quantum estipulado de pena privativa de liberdade, com arrimo no art. 33, §§ 2.º e 3.º, do CP, considerando, nesse aspecto, que, em que pese tecnicamente primário, foram apreendidas em poder do Acusado drogas de vasto poder lesivo à saúde humana, a delinear maior reprovabilidade em sua conduta. Por fim, inviável a substituição da pena privativa de liberdade dos Acusados por restritivas de direitos em face do montante da reprimenda aplicada, isto é, superior a 04 (quatro) anos, de maneira que não resta atendido pressuposto objetivo para a concessão da indigitada benesse, nos termos do art. 44, inciso I, do Código Penal. III. Dispositivo Ante todo o exposto, CONHECE-SE e DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao recurso para REFORMAR as reprimendas do Acusado para 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, além de 520 (quinhentos e vinte) dias-multa, no menor percentual legal, e, por conseguinte, ALTERAR o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto, mantendo-se a Sentença objurgada em todos os seus demais termos. IVONE BESSA RAMOS Desembargadora Relatora