

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0510367-13.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: JOSE CARLOS DOS SANTOS Advogado (s): ANDRESA BARBARA SANTOS SILVA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Relator: Des. Pedro Augusto Costa Guerra EMENTA: APELAÇÃO – SENTENÇA QUE CONDENOU OS APELANTES POR CRIME PREVISTO NO ART. 33, DA LEI Nº 11.343/06 – RECURSO DEFENSIVO COM PLEITO DE ABSOLVIÇÃO E APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO PREVISTO NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI DE TÓXICOS – ARGUMENTOS SUBSISTENTES EM PARTE – CONDENAÇÃO DE RIGOR – APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO EM PATAMAR MÁXIMO – – PENA REDIMENSIONADA – RECURSO PROVIDO EM PARTE, apenas para redimensionar a pena-base e garantir o benefício do tráfico privilegiado em seu patamar máximo. I – Apelante condenado pela prática de crime de tráfico ilícito de drogas, fixando a pena em 04 (quatro) anos de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, com a substituição das penas por restritivas de direito, concedido o direito de recorrer em liberdade. II – Apelação Defensiva na qual questiona a insuficiência de provas para sua condenação, requerendo, assim, sua absolvição, da prática do delito previsto no art. 33, da Lei 11.343/06. Subsidiariamente, na remota hipótese da manutenção da condenação, requer o REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE, com a sua fixação no mínimo legal e a aplicação da atenuante do art. 65 no patamar de 1/6 (um sexto). Caso não entenda pela ABSOLVIÇÃO do ora apelante, que este seja enquadrado na possibilidade de SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS, que esta Colenda Câmara Criminal reforme a sentença de 1º Grau e determine tal condição de cumprimento da pena e a isenção ou diminuição da pena de multa. (ID 28474155). III – Materialidade se encontra definitivamente comprovada pelo o Auto de Exibição e Apreensão à fl. 06 do id. 28474048, o Laudo Pericial de Constatação Provisória à fl. 29 do id. 28474048 e o Laudo Pericial no id. 28474059. A autoria, por sua vez, devidamente comprovada pelos depoimentos tomados em juízo pelos Policiais que efetuaram a condução do Recorrente até a Delegacia. V – Conforme entendimento do STJ, são válidos e revestidos de eficácia probatória o testemunho prestado por policiais envolvidos com a ação investigativa, mormente quando, como no caso, em absoluta harmonia com as demais provas e confirmados em juízo, sob a garantia do contraditório. VI – O crime de tráfico não reclama, para sua configuração, o ato de venda da substância ilícita, eis que o núcleo do tipo do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, abarca ações múltiplas, tais como “transportar”, “trazer consigo”, “guardar” e “manter em depósito”, de modo que a só realização de uma delas já é suficiente para comportar a condenação. Tese de absolvição que não encontra respaldo nos demais elementos probatórios dos autos. VII – Sobre o tema da aplicação do art. 33, § 4º da Lei de Tóxicos e seguindo o tema nº 1139 do STJ, verifico que o Apelante faz jus ao benefício do Tráfico privilegiado. Assim, a quantidade dos entorpecentes apreendidos – “112,90g (cento e doze gramas e noventa centigramas) de maconha e 05 (cinco) pedrinhas de crack, totalizando 0,94g (noventa e quatro centigramas) – sem outros dados concretos de que seria integrante de organização criminosa não impedem a sua fixação, e, no caso, em seu grau máximo-. Note-se que o fato de responder a outros fatos delituosos não impede a aplicação do redutor. Assim, defiro o benefício do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 no patamar mínimo de 2/3 (dois terços) de redução, à míngua de outros fundamentos a justificar outro percentual. Para tanto, transcrevo entendimento: “1. Para

afastar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com suporte na dedicação a atividades criminosas, é preciso, além da quantidade de drogas, aliar elementos concretos suficientes o bastante que permitam a conclusão de que o agente se dedica efetivamente a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa, não bastando ilações e/ou suposições sem esboço fático válido. 2. Esta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que inquéritos policiais e/ou ações penais sem trânsito em julgado não obstam a incidência da minorante do tráfico privilegiado, em observância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. 3. Na hipótese, deve ser mantida a decisão agravada que aplicou a minorante na fração máxima, considerando a inexpressiva quantidade de drogas apreendidas (48g de crack), somada à ausência de circunstâncias adicionais desfavoráveis, como a inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 785.084/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 20/4/2023).

VIII – Condenação de rigor. Quanto ao delito de tráfico de drogas, à luz das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, a pena-base, foi fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, e que permaneceu inalterada na segunda etapa, a despeito da atenuante da confissão (CP, art. 65, inciso III, alínea d), ora reconhecida, mas não aplicada, posto como a reprimenda já estava situada em seu patamar mínimo (Súmula 231 do STJ). Na terceira fase, à guisa do benefício do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, o MM Juiz, reconheceu tratar-se, no caso, de tráfico privilegiado, aplicando, contudo, a causa de diminuição no patamar intermediário de 1/5 (um quinto), afirmando que “O Acusado faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no entanto, a redução não se dará no patamar máximo tendo em vista que o mesmo registra em seu desfavor outra Ação Penal, na 1ª Vara de Tóxicos, pelo que será a pena diminuída em 1/5. Não existe causa de aumento”, o que deve ser reformado, a fim de ser aplicado no seu patamar máximo já que a presença de ação penal não afastaria o redutor – resultando em pena total definitiva de 01 (um), 8 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, na forma do art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além de 166 dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, substituída por penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo das execuções penais, assegurada, ainda, a possibilidade de recorrer em liberdade, estado em que o Apelante se encontra. X – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, apenas para redimensionar a pena-base e garantir o benefício do tráfico privilegiado em seu patamar máximo. A C Ó R D ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0510367-13.2020.8.05.0001, provenientes da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, figurando como Apelante JOSE CARLOS DOS SANTOS, por meio da Bela. ANDRESA BÁRBARA SANTOS SILVA, e, Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da colenda 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO EM PARTE ao Recurso. E assim o fazem pelas razões a seguir expendidas. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 8 de Maio de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0510367-13.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara

Criminal 2ª Turma APELANTE: JOSE CARLOS DOS SANTOS Advogado (s): ANDRESA BARBARA SANTOS SILVA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Relator: Des. Pedro Augusto Costa Guerra RELATÓRIO O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA ofereceu Denúncia contra JOSE CARLOS DOS SANTOS, acusando-o da prática de crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006). Segundo a peça vestibular, "no dia 09 de setembro de 2020, por volta das 08h, policiais em ronda, na localidade Alto do Coqueirinho, no bairro Itapuã, avistaram um indivíduo, o ora denunciado, e ao ser abordado, foram encontradas em seu poder substâncias entorpecentes de uso proscriuto no Brasil, destinadas a comercialização. Segundo os autos do procedimento inquisitorial, no local supra policiais militares, durante a revista pessoal, em poder do denunciado encontraram o seguinte: - 10 (dez) sacos e 09 (nove) saquinhos de maconha, totalizando 112,90g (cento e doze gramas e noventa centigramas); - 05 (cinco) pedrinhas de crack, totalizando 0,94g (noventa e quatro centigramas); - 01 (uma) gargantilha de metal, na cor amarelada; - 01 (uma) bolsa porta documentos, na cor preta; e - a quantia de R\$ 64,00 (sessenta e quatro reais), tudo conforme auto de exibição e apreensão de fl. 06, bem como laudo pericial de constatação de fl. 26. Segundo a acusação, "a droga apreendida fora periciada em caráter preliminar, tendo o laudo concluído que se tratava de maconha e cocaína, substância psicotrópica de uso proscriuto no Brasil, restando comprovada a materialidade do delito, consoante laudo de fl. 26. " (28474047) Denúncia recebida em 09.11.2020. (ID 28474065). Concluída a instrução, a MM Juíza, pelo decisor de Id. 28474112, julgou procedente o pedido constante da pretensão punitiva para condenar JOSE CARLOS DOS SANTOS pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas, fixando a pena em 04 (quatro) anos de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, com a substituição das penas por restritivas de direito, concedido o direito de recorrer em liberdade. Irresignado, JOSE CARLOS DOS SANTOS interpôs Apelação, na qual questiona a insuficiência de provas para sua condenação, requerendo, assim, sua absolvição, da prática do delito previsto no art. 33, da Lei 11.343/06. Subsidiariamente, na remota hipótese da manutenção da condenação, requer o REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE, com a sua fixação no mínimo legal e a aplicação da atenuante do art. 65 no patamar de 1/6 (um sexto). Caso não entenda pela ABSOLVIÇÃO do ora apelante, que este seja enquadrado na possibilidade de SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS, que esta Colenda Câmara Criminal reforme a sentença de 1º Grau e determine tal condição de cumprimento da pena e a isenção ou diminuição da pena de multa. (ID 28474155). Em Contrarrazões, o MINISTÉRIO PÚBLICO requer o desproimento do recurso (Id. 28474166), tendo a douta Procuradoria de Justiça opinado pelo conhecimento parcial - em face do juízo já não ter valorado negativamente na primeira fase, e, neste ponto seria não conhecimento -, e no mérito, pelo desproimento ((Id. 33474723). É o relatório. Salvador/BA, 23 de abril de 2023. Des. Pedro Augusto Costa Guerra - 1ª Câmara Criminal - 2ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0510367-13.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: JOSE CARLOS DOS SANTOS Advogado (s): ANDRESA BARBARA SANTOS SILVA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Relator: Des. Pedro Augusto Costa Guerra VOTO Inconformada com a Sentença Id. 27504749, que julgou procedente o pedido constante da pretensão punitiva para condenar JOSE CARLOS DOS SANTOS pela prática de crime de tráfico ilícito de drogas, fixando a pena em 04 (quatro) anos de reclusão e 400

(quatrocentos) dias—multa à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, com a substituição das penas por restritivas de direito, concedido o direito de recorrer em liberdade. Em suas razões, JOSE CARLOS DOS SANTOS interpôs Apelação, na qual questiona a insuficiência de provas para sua condenação, requerendo, assim, sua absolvição, da prática do delito previsto no art. 33, da Lei 11.343/06. Subsidiariamente, na remota hipótese da manutenção da condenação, requer o REDIMENSIONAMENTO DA PENA—BASE, com a sua fixação no mínimo legal e a aplicação da atenuante do art. 65 no patamar de 1/6 (um sexto). Caso não entenda pela ABSOLVIÇÃO do ora apelante, que este seja enquadrado na possibilidade de SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA RESTRITIVA DE DIREITOS, que esta Colenda Câmara Criminal reforme a sentença de 1º Grau e determine tal condição de cumprimento da pena e a isenção ou diminuição da pena de multa. (ID 28474155). Conheço do Recurso, porquanto presentes seus pressupostos e requisitos de admissibilidade. Observo, de logo, que a materialidade se encontra definitivamente comprovada pelo o Auto de Exibição e Apreensão à fl. 06 do id. 28474048, o Laudo Pericial de Constatação Provisória à fl. 29 do id. 28474048 e o Laudo Pericial no id. 28474059, . A autoria, por sua vez, devidamente comprovada pelos depoimentos tomados em juízo pelos Policiais que efetuaram a condução do Recorrente até a Delegacia. Não obstante, o pleito defensivo de absolvição não merece albergamento. Por outro lado, não deve passar despercebido que o Acusado pontuou não pertencer a facção criminosa e que seria usuário de droga (maconha), reconhecendo parte da substância encontrada para uso. Ressalte-se, entretanto, que tais alegações para sua absolvição não encontram ressonância nos demais elementos dos autos, em especial os depoimentos dos policiais que realizaram o flagrante. Conforme entendimento do STJ, são válidos e revestidos de eficácia probatória o testemunho prestado por policiais envolvidos com a ação investigativa, mormente quando, como no caso, em absoluta harmonia com as demais provas e confirmados em juízo, sob a garantia do contraditório. O crime de tráfico não reclama, para sua configuração, o ato de venda da substância ilícita, eis que o núcleo do tipo do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, abarca ações múltiplas, tais como “transportar”, “trazer consigo”, “guardar” e “manter em depósito”, de modo que a só realização de uma delas já é suficiente para comportar a condenação. Para tanto trago a colação trechos dos depoimentos dos policiais: “[...] Que reconhece o acusado como sendo o indivíduo que fora abordado na diligência que culminou na prisão em flagrante. Que estavam em ronda na região conhecida como baixado tubo, localidade contumaz na prática de tráfico de drogas. Que ao entrarem na rua o acusado tentou evadir pelo beco. Que foi feito o acompanhamento. Que o policial saiu da viatura e conseguiu alcançá-lo. Que ao ser feita a abordagem foi verificada em sua posse algumas “dolas” de maconha e crack. Que estavam acondicionadas em “dolas” grandes e pequenas. Que posteriormente a isso o acusado foi levado até a Central de Flagrantes. Que a droga estava pronta para comercialização. Que o acusado confirmou que estava comercializando drogas. Que o acusado já possui outras passagens pela prática do mesmo crime. Que essa teria sido a primeira vez que teria abordado o acusado. Que o acusado é um indivíduo conhecido vulgarmente por Buda na localidade. Que o acusado é conhecido como traficante. Que o acusado estava portando tornozeleira eletrônica. Que salvo engano o acusado estava em posse de R\$ 50,00 (cinquenta reais). Que Baixa do Tubo está localizada no Alto do Coqueirinho. Que o acusado estava na rua principal, todavia ao notar a presença dos policiais tentou evadir pelo beco. Que só foi encontrado as

"dolas" de drogas em quantidades pequenas e grandes, contendo maconha e crack. Que não entraram na casa do acusado.. [...] – a SD/PM CAIQUE ARAÚJO ARGOLLO RIBEIRO (fl. 111) “[...] Que reconhece o acusado como sendo aquele que fora abordado na diligência que culminou na prisão em flagrante. Que estava em ronda e o acusado ao perceber a aproximação da guarnição tentou evadir, todavia os policiais conseguiram capturá-lo e notaram que o acusado fazia uso de tornozeleira eletrônica. Que procedendo a abordagem foi encontrado com o acusado o material apresentado. Que não recorda qual policial fez a busca pessoal no acusado. Que fora encontrado com o acusado cocaína e maconha. Que salvo engano as drogas estavam acondicionadas em porções grandes e pequenas tocante a maconha, já referente a cocaína, estavam em porções pequenas. Que as drogas aparentavam ser destinadas a consumidores. Que o acusado estava em local costumeiro para realização de comercialização de drogas. Que o acusado estava na entrada de um beco. Que o acusado esboçou tentativa de fuga. Que foi necessário o uso da força para tentar conter o acusado. Que não restou nenhuma lesão evidente para com o acusado. Que o acusado confirmou a venda das drogas. Que o acusado havia dito que tinha sido preso há pouco tempo. Que estava fazendo a venda de drogas para pagar o que ele havia perdido por conta da primeira prisão. Que o acusado foi abordado em localidade conhecida como Alto do Coqueirinho. Que o beco dava acesso à casa do acusado. Que os policiais alcançaram o acusado ainda fora da casa. Que não chegaram a adentrar na casa do acusado. Que a abordagem foi feita em sua integralidade na parte de baixo, próximo a uma escadaria. Que a droga estava dentro de uma bolsa preta em posse do acusado. Que não foi encontrada nenhuma droga na região sem ser a que estava com o acusado. Que próximo ao local em que o acusado foi abordado havia outras pessoas presentes. Que as pessoas se aproximaram ao ver a movimentação. Que sempre há situações de apreensões de drogas na localidade. [...] –SD/PM UILTON SACRAMENTO SANTOS (fl. 110 E, no caso, as narrativas dos militares guardam perfeita consonância com as demais provas coligidas, não havendo, por outro lado, quaisquer provas que apontem para a invalidade dos seus testemunhos. Por tudo isso, aliado às circunstâncias em que se deu a apreensão, realizada no contexto de uma diligência para averiguar tráfico de drogas numa região notória pela prática onde foi verificado visualmente pela guarnição abordou o Apelante e, com ele foi percebido que guardava em uma bolsa preta certa quantidade de substância entorpecente, em desacordo com as normas legais. Esclarecida, portanto, qualquer dúvida em torno da materialidade e autoria, passo à análise da fixação da pena O pleito de absolvição não merece acolhimento, conforme teor dos depoimentos prestados, na fase inquisitorial quanto em juízo. Outrossim, quanto ao pedido de aplicação do tráfico privilegiado, destaco que, reconhecido que o Apelante estava transportando entorpecentes quando foi abordado, inexistindo nos autos prova de que integraria organização criminosa, e, notadamente pelo fato da negativa do privilégio ter sido determinado em razão de responder a outros fatos delituosos, é aplicável benefício. Sobre o tema, da aplicação do art. 33, § 4º da Lei de Tóxicos e seguindo o tema nº 1139 do STJ, verifico que o Apelante faz jus ao benefício do Tráfico privilegiado. Assim, a quantidade dos entorpecentes apreendidos – “112,90g (cento e doze gramas e noventa centigramas) de maconha e 05 (cinco) pedrinhas de crack, totalizando 0,94g (noventa e quatro centigramas) – sem outros dados concretos de que seria integrante de organização criminosa não impedem a sua fixação, e, no caso, em seu grau máximo– . Note-se que o fato de responder a outros fatos delituosos não impede a aplicação do redutor. Assim, defiro o benefício do art. 33, §

4º, da Lei nº 11.343/06 no patamar mínimo de 2/3 (dois terços) de redução, à míngua de outros fundamentos a justificar outro percentual. No mesmo sentido é o entendimento do STJ: "PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. QUANTIDADE INEXPRESSIVA DE DROGAS. AÇÕES PENAIIS EM CURSO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS ADICIONAIS DESFAVORÁVEIS. FRAÇÃO MÁXIMA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Para afastar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com suporte na dedicação a atividades criminosas, é preciso, além da quantidade de drogas, aliar elementos concretos suficientes o bastante que permitam a conclusão de que o agente se dedica efetivamente a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa, não bastando ilações e/ou suposições sem espeque fático válido. 2. Esta Corte Superior firmou entendimento no sentido de que inquéritos policiais e/ou ações penais sem trânsito em julgado não obstam a incidência da minorante do tráfico privilegiado, em observância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. 3. Na hipótese, deve ser mantida a decisão agravada que aplicou a minorante na fração máxima, considerando a inexpressiva quantidade de drogas apreendidas (48g de crack), somada à ausência de circunstâncias adicionais desfavoráveis, como a inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 785.084/RS, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 17/4/2023, DJe de 20/4/2023.) " A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida de um sexto a dois terços quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas. 6. No caso, a instância ordinária concluiu pela habitualidade delitiva do agravante tão somente com base em meras presunções, na medida em que, embora tenha feito menção de forma genérica às circunstâncias do delito, destacou apenas a quantidade de drogas apreendidas (no caso, 213,68 g de maconha, 6,76 g de "Skank", 22,94 g de cocaína e 20,91 g de "crack"). 7. Vale anotar o entendimento de que "a quantidade de droga apreendida, por si só, não justifica o afastamento do redutor do tráfico privilegiado, sendo necessário, para tanto, a indicação de outros elementos ou circunstâncias capazes de demonstrar a dedicação do réu à prática de atividades ilícitas ou a sua participação em organização criminosa" (AgRg no REsp 1.866.691/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, DJe 29/5/2020) (AgRg no HC 656.477/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 3/11/2021). 8. Assim, à míngua de elementos probatórios que indiquem a dedicação do agravante em atividade criminosa, é de rigor o reconhecimento do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, em sua fração máxima. 9. Agravo regimental não conhecido. Concessão de habeas corpus de ofício, a fim de excluir a agravante do estado de calamidade pública e aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo de 2/3, restabelecendo a dosimetria penal realizada pelo Juízo de 1º grau na sentença. (AgRg no AREsp n. 2.271.617/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/3/2023, DJe de 28/3/2023.) Patente e incontroversa, portanto, a prática do crime de tráfico, passo ao exame da dosimetria. A pena-base, privativa de liberdade, foi fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, e que permaneceu inalterada na segunda etapa, a despeito da atenuante da confissão (CP,

art. 65, inciso III, alínea d), ora reconhecida, mas não aplicada, posto como a reprimenda já estava situada em seu patamar mínimo (Súmula 231 do STJ). Na terceira fase, à guisa do benefício do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, o MM Juiz, reconheceu tratar-se, no caso, de tráfico privilegiado, aplicando, contudo, a causa de diminuição no patamar intermediário de 1/5 (um quinto), afirmando que “O Acusado faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, no entanto, a redução não se dará no patamar máximo tendo em vista que o mesmo registra em seu desfavor outra Ação Penal, na 1ª Vara de Tóxicos, pelo que será a pena diminuída em 1/5. Não existe causa de aumento ” – o que deve ser reformado, a fim de ser aplicado no seu patamar máximo já que a presença de ação penal não afastaria o redutor- , resultando em pena total definitiva de 01 (um), 8 (oito) meses de reclusão , em regime aberto, na forma do art. 33, § 2º, alínea c, do CP, além de 166 dias-multa, , à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, substituída por penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo das execuções penais, assegurada, ainda, a possibilidade de recorrer em liberdade, estado em que o Apelante se encontra. Por fim, quanto ao pedido de exclusão do pagamento da pena de multa ante a hipossuficiência do Apelante, não há como deferir o pedido de exclusão da sanção pecuniária. É que a aplicação da pena multa, assim como da privativa de liberdade, apresenta-se expressa no preceito secundário do tipo penal do artigo 157 do Código Penal, sendo decorrência natural da condenação, não se tratando de pena civil. A sua aplicação é de natureza cogente, e a possibilidade de sua isenção viola o princípio constitucional da legalidade. Todavia, no caso de insolvência absoluta do Réu, a pena pecuniária pode não ser executada até que a sua situação econômica permita a sua cobrança, sendo que a análise de tal possibilidade fica a cargo do Juízo das Execuções. Ante o exposto, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso, apenas para redimensionar a pena-base e garantir o benefício do tráfico privilegiado em seu patamar máximo É como voto.

Salvador/BA, Presidente Des. PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA Relator Procurador (a) de Justiça