

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA INEZ MARIA B. S. MIRANDA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA APELAÇÃO N.º 0000206–63.2009.8.05.0202 COMARCA DE ORIGEM: ITARANTIM PROCESSO DE 1.º GRAU: 0000206–63.2009.8.05.0202 RECORRENTE: DIERICLES DE JESUS ADVOGADOS: ALVARO PEREIRA MARTINS – OAB-BA 16.158 RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTORA: MARIA IMACULADA JUED MOYSÉS PALOSCHI PROCURADORA DE JUSTIÇA: ENY MAGALHÃES SILVA RELATORA: INEZ MARIA B. S. MIRANDA APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEMONSTRADAS PELO ACERVO PROBATÓRIO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA A CONDENAÇÃO. NÃO VERIFICADA. ABSOLVIÇÃO. INCABÍVEL. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº. 11.343/2006. DEDICAÇÃO AO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO APLICADA EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE. DIMINUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E DA SANÇÃO PECUNIÁRIA DEFINITIVAS. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL DEFINITIVA POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. VERIFICADA. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. DE OFÍCIO, EXTINTA A PUNIBILIDADE EM FACE DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA DA PRETENSÃO PUNITIVA. Não há como absolver o apelante do crime de tráfico de drogas quando ficar devidamente comprovadas, por meio das provas colhidas na fase administrativa e na instrução criminal, a sua autoria e materialidade delitiva. Quando a dedicação a atividades ilícitas não for demonstrada por fundamentos concretos, tornar-se-á premente a aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, que constitui direito subjetivo do réu, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar a sua aplicação com base em motivação inidônea, não bastando suposições sem elementos concretos suficientes. Não é possível a negativa da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas com base em fato posterior àquele que está se apurando. Redimensionadas as penas definitivas do delito imputado ao Recorrente, impõe-se, na espécie, o reconhecimento, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva do Estado, em sua modalidade retroativa, por ter decorrido o prazo prescricional, entre a data do recebimento da denúncia e a da publicação da sentença condenatória, com a consequente extinção da punibilidade do acusado. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal n.º 0000206–63.2009.8.05.0202 em que figura como apelante Diericles de Jesus e como apelado o Ministério Público do Estado da Bahia. Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme resultado expresso na certidão eletrônica de julgamento, em conhecer, dar provimento parcial ao apelo interposto, e, de ofício, declarar extinta a punibilidade do Apelante em relação ao crime tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, apurado nos autos da Ação Penal n.º 0000206–63.2009.8.05.0202, com fulcro no art. 107, IV, do Código Penal, pelas razões expostas no voto da Relatora. Salvador, data e assinatura registradas no sistema. INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATORA (03 – 238) APELAÇÃO CRIMINAL 0000206–63.2009.8.05.0202 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 4 de Abril de 2024. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATÓRIO Adoto, como próprio, o relatório da sentença prolatada pelo Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Itarantim-BA (id. 53177805) que julgou procedente o pedido formulado na Denúncia para condenar o réu Diericles de Jesus, vulgo

“Dieck”, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, à pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos de reclusão, a ser inicialmente cumprida no regime semiaberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos. Inconformado com a Sentença, o réu Diericles de Jesus interpôs Recurso de Apelação, acompanhado das suas razões recursais (id. 53177815), nas quais pugnou pela sua absolvição, nos termos do art. 386, VII, do CPP, sob a alegação de que a autoria do delito de tráfico de drogas não restou devidamente comprovada. Argumentou que as drogas foram plantadas pela Polícia Militar e que não há provas de que os entorpecentes estavam em seu poder. No tocante à dosimetria da pena, postulou o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33 § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois três avos). Revisada a dosimetria, requereu a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, assim como a redução da pena de multa, sob o argumento se não ter condições para arcar com o quantum estabelecido. Em suas contrarrazões (id. 53177823), o Ministério Público se manifestou pelo não provimento do recurso interposto para que a Sentença seja mantida em sua íntegra. A Procuradoria de Justiça emitiu parecer (id. 58077366) no qual manifestou-se pelo conhecimento e não provimento do Recurso de Apelação. É o relatório. Salvador, data e assinatura registradas no sistema. INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATORA (03 – 238) APELAÇÃO CRIMINAL 0000206–63.2009.8.05.0202 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA INEZ MARIA B. S. MIRANDA VOTO

Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço o recurso. Narra a Denúncia (id. 53177584) que, no dia 30/10/2007, por volta das 10h, o denunciado Diericles de Jesus, ora Apelante, trazia consigo 44 (quarenta e quatro) pedras de crack e o equivalente a 25g (vinte e cinco gramas) de maconha, destinadas à comercialização. Relata a Inicial Acusatória que o Denunciado viajava em um ônibus da Viação Novo Horizonte que fazia a linha Vitória da Conquista/Porto Seguro, e após denúncia anônima, veiculada através de contato telefônico, os policiais militares foram alertados de que um indivíduo, viajando no ônibus acima identificado, estaria trazendo drogas, visando a comercialização entre usuários da Cidade de Potiraguá. Efetivada revista pessoal no Denunciado, os policiais militares, responsáveis pela diligência, encontraram as drogas escondidas em sua cueca, além da quantia de R\$ 2.097,00 (dois mil e noventa e sete reais), cuja origem lícita ou ilícita não foi comprovada. Após o procedimento investigatório, foi oferecida denúncia na qual foi imputada ao Acusado a prática do delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. Processado e julgado, o réu Diericles de Jesus foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, à pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos de reclusão, a ser inicialmente cumprida no regime semiaberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos (id. 53177805). Inconformado com a Sentença, o réu Diericles de Jesus interpôs Recurso de Apelação, acompanhado das suas razões recursais (id. 53177815), nas quais pugnou pela sua absolvição, nos termos do art. 386, VII, do CPP. No tocante à dosimetria da pena, postulou o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33 § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois três avos), e conseqüentemente a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, assim como a redução da pena de multa, sob o argumento se não ter condições para arcar com o

quantum estabelecido. Ao contrário do quanto alegado, emergem dos autos fatos elementos de prova que demonstram não só a materialidade delitiva como também a autoria do Apelante em relação ao crime de tráfico de drogas, tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. O art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 trata dos crimes relacionados ao tráfico de drogas e estabelece que é crime "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." A materialidade do delito em comento constata-se do Auto de Prisão em Flagrante (id. 53177592, fl. 02), do Laudo de Constatação (id. 53177592, fl. 13) e do Laudo Pericial Definitivo 2007 034623 01 (id. 53177694). Da análise do Laudo Pericial Definitivo (id. 53177694) verifica-se que as drogas apreendidas em poder do Apelante foram identificadas como 23g (vinte e três gramas) de massa líquida, de amostra vegetal seca, fragmentada, prensada, de coloração marrom esverdeada, constituída de talos, folhas, inflorescências e sementes oblongas marrom esverdeadas, acondicionada em saco plástico incolor, da substância psicotrópica Tetrahydrocannabinol (TCH), um dos princípios ativos do vegetal Cannabis sativa L. (maconha), relacionado na Lista F-2 da Portaria 344/98 da Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, bem como 18,32g (dezoito gramas e trinta e dois centigramas), massa bruta, de substância em forma de "pedras", de cor branco, envoltas em 44 (quarenta e quatro) embalagens feitas em fragmentos de plástico branco, da substância benzoilmetilecgonina (cocaína, em pedra popularmente conhecida como crack), entorpecente de uso proscrito no Brasil constante na Lista F-1 da Portaria 344/98 da Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. Em relação à autoria, essa também se revela indubitosa no presente caso, visto que as provas orais colhidas durante a fase administrativa e na instrução criminal são suficientes para demonstrar que o Apelante cometeu o delito de tráfico de drogas. Ao contrário do quanto sustentado, corroboram a versão dos fatos narrados na Denúncia as provas orais produzidas na fase do Inquérito Policial, sobretudo os depoimentos dos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante, SGT/PM José Nolasco de Oliveira Neto, SGT/PM Ariosvaldo Santos e SD/PM Nailton Jesus da Ressurreição (id. 53177592, fls. 03, 05 e 06). Em juízo foi colhido o depoimento do SGT/PM José Nolasco de Oliveira Neto, precisamente, na audiência de instrução realizada em 27/10/2010 (id. 53177751), sendo confirmada a sua participação na diligência que resultou na prisão do Apelante com os entorpecentes escondidos na cueca. Transcrevo-o, para melhor análise: "Que confirma a integralidade de suas declarações prestadas perante autoridade policial conforme termo de fis. 06; que trabalha nesta; cidade de Potiraguá desde o ano de 2007; que já ouviu comentários, inclusive antes da prisão em flagrante do acusado, de que este era envolvido no tráfico de drogas nesta, cidade; que no período em que foi preso, o depoente não tem conhecimento de que o acusado exercia atividade lícita, só tendo notícias de que o mesmo praticava o tráfico de entorpecentes; que apenas de uns três meses para cá é que tem conhecimento de que o acusado abriu um açougue na cidade; que nunca ouviu comentários de que o acusado fosse usuário de entorpecentes, somente que praticasse o tráfico de drogas; que antes da data do fato, o depoente já havia recebido denúncias: anônimas, de que o acusado praticava o tráfico de entorpecentes. nesta cidade; que no dia do fato, o depoente recebeu uma

ligação na qual o indivíduo lhe informou que, o acusado, estava vindo da cidade de Itapetinga, dentro do ônibus da empresa Novo Horizonte e que estava trazendo drogas que teriam sido adquiridas na referida cidade; que do ano de 2007 para cá, o depoente pode perceber acréscimo patrimonial do acusado, tendo o mesmo adquirido um prédio residencial e também um açougue; que tal patrimônio não existia a época do fato; que praticamente todas as ligações anônimas informando o tráfico de entorpecentes na cidade de Potiraguá eram feitas em relação ao acusado; que antes de vir para cidade de Potiraguá não teve nenhum contato com a pessoa do acusado e nunca manteve nenhuma relação com o mesmo”, Foi dada a palavra ao defensor (a) do acusado, a testemunha respondeu: “Que antes da prisão do acusado, o depoente já tinha informação de várias pessoas desta cidade que o responsável por repassar as drogas em Potiraguá seria a pessoa do acusado; que o depoente sabia onde o acusado morava, porém não teve êxito em apreender drogas em sua casa; que tem conhecimento de que na frente da casa do acusado existia um bar, porém não sabe dizer se o mesmo lhe pertencia; que tem conhecimento de que o prédio onde funciona o açougue do acusado pertence a prefeitura, haja vista que, todos os açougues desta cidade funcionam no mercado municipal, sendo portanto, dentro do prédio do município”. Inquirida pelo MM. Juiz, a testemunha respondeu: “Que a droga encontrada em poder do acusado estava escondida dentro de sua cueca; que a droga estava embalada em um saco plástico; que as pedras de crack estavam fracionadas em pequenos pedaços e porção de maconha estava embalada separadamente em um pedaço maior; que no momento em que foi abordado, o acusado alegou que as drogas seria para o seu consumo pessoal, porém o depoente já tinha conhecimento de que o mesmo comercializava entorpecentes nesta cidade; que na ocasião, o acusado mencionou que teria adquirido as substâncias entorpecentes na cidade de Itapetinga, porém não disse o nome de quem teria adquirido; que já observou movimentação de pessoas na residência do acusado, porém em razão de ali existir um bar, o depoente acha difícil dizer se tal movimentação seria em razão do tráfico de drogas ou em razão dos frequentadores do bar; que atualmente ainda existem informações de que o acusado continua a incidir na prática do tráfico de drogas nesta cidade” (id. 53177751; grifei). Em juízo, a testemunha Juvêncio Chagas Neto, motorista do ônibus, afirmou não ter visto se alguém foi preso no dia; que desceram do ônibus aproximadamente 15 (quinze) pessoas, as quais não seguiram viagem, ficaram ali mesmo “na feira”. (id. 53177762, fl. 17). O cobrador do ônibus, Arnaldo de Jesus Santos, em juízo, relatou que em Potiraguá os policiais pararam o ônibus; revistaram o “carro” e tiraram um passageiro do carro; que não sabe dizer o que acharam com este passageiro. (id. 53177773, fl. 18 – gravação audiovisual disponível no PJe Mídias). Em audiência datada de 01/06/2015, restou consignado que nenhuma das testemunhas arroladas pelo réu foram encontradas e a Defesa desistiu da oitiva. O Apelante não foi interrogado em juízo, em razão de não ter comparecido na assentada (id. 53177799). Em que pese a negativa de autoria sustentada pelo Apelante nas razões do apelo, a sua versão dos fatos se apresenta isolada e sem coesão com os demais elementos de prova colhidos na fase pré-processual e na instrução criminal, sobretudo em face do depoimento do policial responsável pela prisão em flagrante, anteriormente transcrito. As provas orais colhidas em juízo são harmônicas e coerentes com as que foram prestadas na fase policial e corroboram os fatos descritos na Denúncia, de modo a demonstrar de forma suficiente a atuação livre e consciente do Recorrente para a prática do crime de tráfico de drogas, o qual foi preso em flagrante ao

sair de um ônibus, com entorpecentes variados, em quantidade razoável, escondidos dentro de sua cueca. Por essa razão, não há como prosperar a alegação do Apelante no sentido da aventada inobservância do princípio in dubio pro reo haja vista o farto conjunto probatório em seu desfavor constante dos autos. Saliente-se que é pacífico na jurisprudência dos Tribunais Superiores que não se pode duvidar nem relativizar a credibilidade dos depoimentos prestados por agentes policiais quando não há qualquer elemento concreto que ponha em dúvida a veracidade das informações ou que demonstre que as testemunhas tenham interesse em prejudicar o réu. Hipótese essa que se coaduna com a da espécie. Nesse sentido: “AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SUPOSTA ILICITUDE DA PROVA OBTIDA NA DILIGÊNCIA QUE CULMINOU NA APREENSÃO DAS DROGAS. IMPROCEDÊNCIA. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS PRESTADOS EM JUÍZO. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PRECEDENTES. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INOVAÇÃO EM REGIMENTAL. IMPOSSIBILIDADE. 1. As razões trazidas no regimental não são suficientes para infirmar a decisão agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos. 2. No presente caso, após receberem informações sobre a ocorrência de tráfico de drogas na localidade, os policiais avistaram o denunciado com as características físicas e vestimentas noticiadas, atendendo algumas pessoas, ficando, assim, demonstrada a justa causa para a abordagem. 3. Tomando por base a moldura fática estabelecida – cujo reexame é inviável em sede de cognição sumária –, não há falar em nulidade na abordagem pessoal efetivada e, por conseguinte, em ilicitude das provas obtidas na diligência. 4. Esta Corte já decidiu que o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova (AgRg no HC n. 672.359/SP, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/6/2021, DJe 28/6/2021) – (AgRg no REsp n. 1.922.590/PE, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 19/9/2022). 5. A discussão sobre a aplicação do princípio da insignificância constitui indevida inovação em regimental, não suscitada na inicial, sendo inviável o conhecimento. 6. Agravo regimental improvido.” (AgRg no HC n. 839.982/ES, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 9/10/2023, DJe de 11/10/2023; grifei.) Dessa forma, não havendo dúvida acerca da autoria do Apelante em relação à prática do delito de tráfico de drogas e estando caracterizada a tipicidade do fato narrado na Denúncia, impõe-se a sua responsabilização criminal pelo referido crime, devendo ser mantida a condenação proferida na Sentença de primeiro grau. Procedo, agora, a análise da dosimetria da pena, oportunidade em que serão apreciadas as demais teses alegadas pelo Apelante. Na primeira etapa dosimétrica, o Juízo a quo fixou a pena base no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Na etapa intermediária da dosimetria da pena, o Magistrado registrou a inexistência de agravantes e atenuantes, ficando a pena privativa de liberdade provisoriamente mantida na fase intermediária em de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Na terceira fase dosimétrica, o Juízo a quo registrou a inexistência de causas de aumento de pena a serem valoradas na espécie e não reconheceu ao Apelante o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, sob os fundamentos: “(...) Verifico que o denunciado não faz jus a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em razão da quantidade e variedade da droga apreendida. A “mens legis” do § 8 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 foi punir de forma

menos severa o pequeno e eventual traficante, em contrapartida com o grande e contumaz traficante, ao qual a Lei de Drogas confere punição mais severa. Ocorre que, não se pode afirmar ser o mesmo traficante eventual, pois pelo que se depreende dos autos o réu Diericles de Jesus é traficante habitual e comandava o Tráfico de Drogas na cidade de Potiraguá, tendo feito da ilícita comercialização de entorpecentes a sua principal atividade. Deste modo, entendo pela impossibilidade de reconhecimento da figura do “tráfico privilegiado” no presente caso.” (id. 53177805, fl. 04). No tocante à terceira fase dosimétrica, em suas razões recursais, o Apelante pugnou pela aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de 11. 343/2006 sob o argumento de que essa minorante não foi reconhecida pelo Juízo a quo sob idônea fundamentação. A tese supratranscrita merece acolhimento. Na espécie, ao fundamentar a negativa do redutor, o Magistrado consignou a quantidade e a variedade das drogas, 23g (vinte e três gramas) de maconha e 18,32g (dezoito gramas e trinta e dois centigramas) de cocaína, em pedra popularmente conhecida como crack. Entretanto, apesar da variedade, a quantidade não se revela expressiva, sendo necessária outra prova para que se constate a dedicação criminosa. Complementarmente o Magistrado de 1º Grau aduziu que o “réu Diericles de Jesus é traficante habitual e comandava o Tráfico de Drogas na cidade de Potiraguá, tendo feito da ilícita comercialização de entorpecentes a sua principal atividade”. Em que pese a aludida fundamentação do Magistrado, a sua elaboração foi construída a partir de suposições não lastreadas em provas suficientes a demonstrá-la. Inexistem nos autos elementos adicionais capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas por parte do Recorrente, a exemplo de caderno de anotações, escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime. Nesse sentido, alinha-se o entendimento firmado por ocasião do julgamento do Recurso Especial n.º 1.977.027/PR, realizado pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça. no dia 10/08/2022, sob o rito dos recursos especiais repetitivos. A seguir, transcrevo parte da ementa para melhor esclarecer a questão ora posta: “RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1.(...) 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. (...) 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.” (STJ – REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022; grifei) Em casos análogos destaca-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA MINORANTE EM RAZÃO DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. PRISÃO EM LOCAL DOMINADO POR FACÇÃO CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS QUE INDIQUEM EVENTUAL DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS OU DE SER ELE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. QUANTIDADE DE DROGA UTILIZADA PARA EXASPERAR A PENA-BASE E AFASTAR A MINORANTE. 1. Nos termos da orientação jurisprudencial da Terceira Seção, reafirmada no julgamento do REsp 1.887.511, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, julgado na sessão de 9/6/2021, “O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual”. 2. Para afastar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 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 a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa, não bastando ilações e/ou suposições sem esboço fático válido. 3. O fato de o paciente ter sido preso em flagrante em região dominada por facção criminosa, por si só, não significa que integre a referida organização criminosa, sendo necessária a indicação de outras circunstâncias fáticas idôneas a evidenciar tal circunstância. 4. Considerada a quantidade da droga para fixar a pena-base acima do mínimo legal, a sua utilização para o afastamento da minorante constitui indevido bis in idem. 5. Agravo regimental improvido.” (STJ – AgRg no HC n. 730.386/RJ, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 16/9/2022; grifei) Portanto, quando a dedicação a atividades ilícitas não for demonstrada por fundamentos concretos, tornar-se-á premente a aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, que constitui direito subjetivo do réu, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar a sua aplicação com base em motivação inidônea, não bastando suposições sem elementos concretos suficientes. Importante consignar que os fundamentos contidos no Parecer da Procuradoria de Justiça (id. 58077366, fl. 5) apontados com o escopo de justificar a comprovação da dedicação a atividade criminosa por parte do Recorrente por meio da quantidade e variedade do entorpecente apreendido, somadas à existência de duas condenações transitadas em julgado, também por tráfico de drogas, não podem ser acolhidos. No mencionado Parecer, foi registrado que o Apelante teria sido condenado nos autos da Ação Penal n.º 0000451-23.2014.805.0130 e da Ação Penal n.º 0000173-80.2018.8.05.0130, as quais apuraram fatos ocorridos nos idos de 2014 e 2018, respectivamente (id. 58077367, fl. 03 e id. 58078818, fl. 3). Pacífico na jurisprudência não ser possível a negativa da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas com base em fato posterior àquele que está se apurando. Nesse sentido: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. RECURSO MINISTERIAL DESPROVIDO. 1. (...) 4. A condenação transitada em julgado, mas por fato posterior àquele que está em apuração na ação penal, não indica dedicação

à atividade criminosa impeditiva da incidência da minorante, porque no momento da sua prática essa dedicação não existia, surgindo apenas posteriormente. 5. Agravo regimental desprovido.” (STJ – AgRg no AREsp n. 2.424.111/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/2/2024, DJe de 15/2/2024; grifei) Diante dos motivos ora explicitados, torna-se premente o acolhimento do pleito formulado pelo Apelante para que seja reconhecida em seu favor a incidência da causa de diminuição de pena referente ao tráfico privilegiado, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em seu grau máximo de 2/3 (dois três avos), fração que deve ser aplicada sobre a pena corporal anteriormente arbitrada em 05 (cinco) anos de reclusão, que resulta na pena privativa de liberdade de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a qual torna-se definitiva em face da inexistência de demais causas de aumento ou de diminuição de pena. Quanto à pena de multa, para que seja resguardada a devida coerência e proporcionalidade com a sanção corporal definitiva do Apelante ora redimensionada, 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, fica reduzida para 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, cada um no mesmo valor fixado na Sentença, 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato. Como a pena corporal definitiva do Apelante foi redimensionada para uma quantidade inferior a 04 (quatro) anos de reclusão, precisamente, 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, deve ser alterado o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade aplicado na Sentença, o semiaberto, para o aberto, com fulcro no art. 33, § 2º, c, do Código Penal. Registre-se a possibilidade da substituição da sanção por duas penas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, incisos I, II, III e § 2º (2ª Parte), do Código Penal, cuja especificação é de competência do Juízo da Execução Penal em audiência admonitória. Contudo, redimensionadas as penas definitivas do delito imputado ao Recorrente, impõe-se, na espécie, o reconhecimento, de ofício, da prescrição da pretensão punitiva do Estado, em sua modalidade retroativa, da qual resulta a extinção da punibilidade do Apelante em relação ao crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, em face do qual teve a pena redimensionada para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. A referida modalidade de prescrição da pretensão punitiva do Estado, aplicável no presente caso, está prevista no art. 110, § 1º: “A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada, não podendo, em nenhuma hipótese, ter por termo inicial data anterior à da denúncia ou queixa”, do Código Penal, e é calculada com base na pena em concreto, em conformidade com os prazos estipulados nos incisos do art. 109 desse mesmo Código. Para se aferir a ocorrência da prescrição retroativa, é necessário analisar se entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença condenatória, marcos interruptivos aplicáveis à hipótese em apreço, previstos no art. 117, incisos I e IV, do Código Penal, transcorreu o prazo previsto em lei para fins de extinção da punibilidade do agente. Com efeito, Heráclito Antônio Mossin, em obra dedicada ao tema, leciona: “Diante disso, como será considerado posteriormente, a prescrição retroativa terá incidência única e exclusivamente quando a mesma se verificar entre a data do recebimento da peça postulatória pública ou privada até a prolação da sentença condenatória. Enfim, essa modalidade extintiva da punibilidade só tem aplicação se ocorrer na instrução processual, ou seja, naquela levada a efeito na fase judicial. (...) De outro lado, é importante deixar consignado que o reconhecimento da



prescrição retroativa independe de ter havido impugnação por parte do acusado. Isso, porque o legislador somente faz exigência de que a acusação não tenha recorrido ou, se impugnada a decisão, seu recurso de apelação tenha sido improvido.” (in Prescrição em Matéria Criminal, Ed. JH Mizuno, 2010, págs. 51 e 56). Na espécie, a pena privativa de liberdade do Apelante foi fixada em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e, conforme preceitua o art. 109, V, c/c o art. 110, § 1º, ambos do Código Penal, o prazo prescricional é de 04 (quatro) anos. A Denúncia foi recebida no dia 10/06/2010 (id. 53177712), a Sentença está datada de 17/08/2015 (id. 53177805) e publicada no DJE de 15/09/2015 (id. 53177806), tendo transitado em julgado para a Acusação. Assim, tendo transcorridos mais de 04 (quatro) anos entre os termos a quo e ad quem do lapso prescricional, torna-se premente o reconhecimento, de ofício, por esta Segunda Instância, da extinção da punibilidade do Apelante em função da prescrição da pretensão punitiva. Ante o exposto, conheço e dou provimento parcial ao Recurso de Apelação para reconhecer a incidência do tráfico privilegiado e aplicá-lo em seu grau máximo de 2/3 (dois três avos), ficando a pena corporal definitiva do Apelante reduzida para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial aberto, e, consequentemente, a sanção pecuniária para 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, passível de substituição por duas penas restritivas de direitos a serem especificadas pelo Juízo da Execução Penal em audiência admonitória. De ofício, declaro extinta a punibilidade do apelante Diericles de Jesus em relação ao crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, apurado nos autos da Ação Penal n.º 0000206-63.2009.8.05.0202, com fulcro no art. 107, IV, do Código Penal. É como voto. Sala de Sessões, data e assinatura registradas no sistema. INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATORA (03 – 238) APELAÇÃO CRIMINAL 0000206-63.2009.8.05.0202