

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000252-79.2011.8.05.0041 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: ANTONIO FRANCISCO DE SOUZA Advogado (s): TONY NOVAIS DE ALMEIDA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DEFENSIVO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PLEITO PELA REFORMA DA DOSIMETRIA DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PARA A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA BASILAR EM RAZÃO DOS ANTECEDENTES CRIMINAIS. PRÁTICA ANTERIOR DO CRIME PREVISTO NO ART. 28 DA LEI N. 11.343/06. AFASTAMENTO DA REINCIDÊNCIA E DOS MAUS ANTECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAR AÇÕES PENAIIS EM CURSO PARA EXASPERAR A PENA BASE. SÚMULA 444 DO STJ. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. APLICADA A FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). PLEITO PELA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CABIMENTO. TRANSCURSO DO PRAZO PRESCRICIONAL DO DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS. RECONHECIMENTO, DE OFÍCIO, DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO AGENTE PELA PRESCRIÇÃO RETROATIVA DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, COM A APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006, NA RAZÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS), E O RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL DO DELITO PREVISTO NO ART. 33, DA LEI Nº 11.343/2006, DE OFÍCIO. I – Trata-se de Recurso de Apelação interposto por ANTONIO FRANCISCO DE SOUZA, representado pelo advogado Tony Novais de Almeida (OAB/BA 20.959), em irresignação à sentença condenatória proferida pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Campo Formoso/BA, que o condenou à pena definitiva de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. II – Consoante se extrai da denúncia, no dia 24 de janeiro de 2011, por volta das 22h, o ora Apelante vendeu 07 gramas de cocaína a José Abílio Muricy de Freitas, bem como, no dia 25 de janeiro de 2011, por volta das 11h30min, trazia consigo, com o intuito de venda, 4,7 gramas de cocaína. III – Consta, ainda, na exordial acusatória, que: “[...] no dia 25 de janeiro de 2011, por volta das três horas da madrugada, os policiais militares detiveram José Abílio Muricy de Freitas por porte de drogas para consumo próprio, uma vez que o mesmo foi flagrado portando sete gramas de cocaína, sendo que, em seu interrogatório, José Abílio afirmou que havia comprado, na noite anterior, por volta das vinte e duas horas, a aludida substância entorpecente, nas mãos do acusado Antonio Francisco, pela quantia de R\$ 50,00 (cinquenta reais). Posteriormente, por volta das onze horas e trinta minutos desse mesmo dia, os policiais localizaram o denunciado Antonio Francisco, na Praça Luiz Viana, e, ao revistarem o mesmo, apreenderam uma porção de cocaína no bolso do short e outra porção dentro da cueca deste acusado, sendo que essas duas porções de cocaína somadas pesavam 4,7 gramas. Logo depois, enquanto os policiais prendiam Antonio Francisco, o celular deste tocou e um dos policiais atendeu, verificando que a ligação era de Lourisvaldo Teles de Menezes Filho, que este havia encomendado uma quantidade de cocaína a Antonio Francisco por R\$ 50,00 (cinquenta reais) e que Lourisvaldo va esperando no Posto Serra Esmeralda para efetuar a compra. [...]” (Grifos nossos). IV – Inconformado, o Apelante, representado pelo advogado Tony Novais de Almeida (OAB/BA 20.959), interpôs o presente

Recurso, pleiteando, em síntese, a reforma da Sentença no que diz respeito à dosimetria da pena, a fim de que seja reduzida a pena ao mínimo legal e, por consequente, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. V – Malgrado não tenha se insurgido quanto ao mérito da condenação pelo delito de tráfico de drogas, a materialidade e a autoria delitiva do Apelante restaram comprovadas nos autos, sobretudo pelo que se extrai do Auto de Exibição e Apreensão; do Laudo de Constatação; do Laudo Definitivo – constando resultado positivo para cocaína –, bem como pelas declarações das testemunhas prestadas em sede inquisitorial e em Juízo. VI – No tocante à dosimetria da pena, assiste razão ao Apelante. VII – Na primeira fase da dosimetria, o Juízo primevo exasperou a pena-base do crime de tráfico de drogas, uma vez que considerou como desfavorável a circunstância judicial dos antecedentes criminais, fixando a reprimenda basilar em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão. VIII – Nessa senda, em relação aos antecedentes criminais, observa-se que, de fato, o ora Apelante foi condenado nos autos nº 0000878-64.2012.805.0041, como incurso no art. 28, da Lei de Drogas, com trânsito em julgado no dia 08 de junho de 2015 e que possui outro processo em andamento, autos nº 0000427-29.2018.805.0041, com audiência designada. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento que “[...] as condenações transitadas em julgado pelo crime do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não podem ser utilizadas para fundamentar o reconhecimento de maus antecedentes ou da reincidência” (STJ, AgRg no AREsp 2102415 MG 2022/0095416-3, Sexta Turma, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 11/04/2023, DJe de 19/04/2023). Ademais, de acordo com a tese jurídica estabelecida pelos tribunais superiores, inclusive consolidada na Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça, é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. IX – Dessa forma, vislumbra-se que a fundamentação apresentada pelo Juízo de origem para a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes criminais é inidônea, logo, forçoso proceder o afastamento da desvaloração desta circunstância judicial. Portanto, redimensiona-se a reprimenda basilar do delito de tráfico de drogas para 05 (cinco) anos de reclusão, ou seja, no patamar mínimo legal. X – No tocante à segunda e terceira fase da dosimetria, diante da ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como não identificadas causas de redução e aumento de pena, o Juízo a quo fixou a pena definitiva para o Apelante pelo delito de tráfico de drogas em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, além do pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo. XI – Entretanto, em face da alteração formulada na primeira etapa dosimétrica, dada a primariedade do Apelante e não havendo outros elementos nos autos que possam demonstrar a sua dedicação a atividades ilícitas ou o seu pertencimento à organização criminosa, bem como considerando a pequena quantidade de entorpecentes apreendidos, mister a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços). Precedentes do STJ. XII – Assim, considerando as alterações formuladas na primeira e terceira etapas dosimétricas, redimensiona-se a pena definitiva ao Apelante para o crime tráfico de drogas para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, consoante o disposto no art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, além do pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, no valor unitário mínimo. XIII – Quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, atendidas as condições previstas art. 44, incisos I a III, do

Código Penal, mister substituir a pena restritiva de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais. XIV – Não obstante, consoante dispõe o art. 109, inciso V, do Código Penal, a punibilidade do agente se extingue em 04 (quatro) anos, se o máximo da pena do crime é igual a 01 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 02 (dois). Outrossim, destaca-se que, conforme estabelece o art. 109, parágrafo único, do Código Penal, aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade. XV – Como cediço, a prescrição é instituto de direito material que impede o exercício do ius puniendi estatal, e, assim, evidenciada a sua caracterização, não há mais interesse na perquirição acerca dos elementos do crime. Consectariamente, traduz-se como verdadeira questão de mérito de natureza preliminar, de modo que sua resolução obsta o prosseguimento das demais. Com efeito, constatado o advento da prescrição, esta deve ser declarada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, em atenção ao disposto no caput do art. 61 do Código de Processo Penal. XVI – Sendo assim, verificado que houve o transcurso de mais de 04 (quatro) anos entre o recebimento da denúncia, em 25 de março de 2011 e a publicação da sentença condenatória, em 12 de agosto de 2020, e o presente momento, é forçoso reconhecer que decorreu o lapso prescricional. XVII – Desta forma, considerando o quantum da sanção aplicada ao Apelante e tendo transcorrido o prazo prescricional de mais de 04 (quatro) anos, sem a ocorrência de nenhuma outra causa interruptiva, conclui-se, de modo inelutável, que houve a perda do direito de punir do Estado, ante o advento da prescrição retroativa da pretensão punitiva, declarando-se extinta a punibilidade do Recorrente, com espeque no art. 107, IV, 109, inciso V, c/c art. 110, § 1º, e 114, II, todos do Código Penal. XVIII – Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo provimento do Recurso de Apelação. XIX – Recurso CONHECIDO e PROVIDO, para fixar a pena base no mínimo legal, com a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, na razão de 2/3 (dois terços), e o reconhecimento da prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal do delito previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, DE OFÍCIO. Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal n.º 0000252-79.2011.8.05.0041, em que figuram, como Apelante, ANTONIO FRANCISCO DE SOUZA, e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal Segunda Turma Julgadora do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso, para fixar a pena base no mínimo legal e, DE OFÍCIO, aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na razão de 2/3 (dois terços), redimensionando a pena definitiva do Apelante para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, além do pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, no valor unitário mínimo e, em razão disto, reconhecer a prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal do delito previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, com a consequente declaração da extinção da punibilidade do Apelante, nos termos do art. 107, IV, e arts. 109, V, c/c art. 110, § 1º, e 114, II, todos do Código Penal, e assim o fazem pelas razões que integram o voto do eminente Desembargador Relator. Sala das Sessões da Primeira Câmara Criminal 2ª Turma do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 12 de março de 2024. PRESIDENTE DESEMBARGADOR BALTAZAR MIRANDA SARAIVA RELATOR PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA BMS12 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e

provido Por Unanimidade Salvador, 12 de Março de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000252-79.2011.8.05.0041 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: ANTONIO FRANCISCO DE SOUZA Advogado (s): TONY NOVAIS DE ALMEIDA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposto por ANTONIO FRANCISCO DE SOUZA, representado pelo advogado Tony Novais de Almeida (OAB/BA 20.959), em irresignação à sentença condenatória proferida pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Campo Formoso/BA, que o condenou à pena definitiva de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. Consoante se extrai da denúncia, no dia 24 de janeiro de 2011, por volta das 22h, o ora Apelante vendeu 07 gramas de cocaína a José Abílio Muricy de Freitas, bem como, no dia 25 de janeiro de 2011, por volta das 11h30min, trazia consigo, com o intuito de venda, 4,7 gramas de cocaína. Consta, ainda, na exordial acusatória, que: “[...] no dia 25 de janeiro de 2011, por volta das três horas da madrugada, os policiais militares detiveram José Abílio Muricy de Freitas por porte de drogas para consumo próprio, uma vez que o mesmo foi flagrado portando sete gramas de cocaína, sendo que, em seu interrogatório, José Abílio afirmou que havia comprado, na noite anterior, por volta das vinte e duas horas, a aludida substância entorpecente, nas mãos do acusado Antonio Francisco, pela quantia de R\$ 50,00 (cinquenta reais). Posteriormente, por volta das onze horas e trinta minutos desse mesmo dia, os policiais localizaram o denunciado Antonio Francisco, na Praça Luiz Viana, e, ao revistarem o mesmo, apreenderam uma porção de cocaína no bolso do short e outra porção dentro da cueca deste acusado, sendo que essas duas porções de cocaína somadas pesavam 4,7 gramas. Logo depois, enquanto os policiais prendiam Antonio Francisco, o celular deste tocou e um dos policiais atendeu, verificando que a ligação era de Lourisvaldo Teles de Menezes Filho, que este havia encomendado uma quantidade de cocaína a Antonio Francisco por R\$ 50,00 (cinquenta reais) e que Lourisvaldo estava esperando no Posto Serra Esmeralda para efetuar a compra.[...]” (ID 56902169). (Grifos nossos). Em prestígio aos preceitos da celeridade e da economia processual, e tendo em vista ali se externar, suficientemente, no que relevante, a realidade da marcha processual até então desenvolvida, adota-se o relatório da sentença de ID 56902427, a ele acrescendo o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto. Apreciando as imputações da respectiva denúncia, o Juízo Primevo julgou procedente a exordial acusatória, reconhecendo a materialidade e a autoria do delito previsto no art. 33, da Lei 11.343/2006, ao final condenando o Apelante às penas definitivas supramencionadas. Inconformado, o Apelante, representado pelo advogado Tony Novais de Almeida (OAB/BA 20.959), interpôs o presente Recurso, pleiteando, em síntese, a reforma da Sentença no que diz respeito à dosimetria da pena, a fim de que seja reduzida a pena ao mínimo legal e, por consequente, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (ID 56902429). Em contrarrazões, o Ministério Público requereu o conhecimento e o improvimento do recurso de Apelação (ID 56902450). Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça ofertou parecer pelo conhecimento e provimento da Apelação, para que seja reformada a Sentença, com a redução da pena ao mínimo legal, aplicando-se, em favor do Réu, o

benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, em grau máximo, e, por consequente, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva na modalidade retroativa (ID 57325231). Com este relato, submeto o exame dos autos ao eminente Des. Revisor, nos termos do artigo 166 do RITJBA. Salvador, 23 de fevereiro de 2024. DESEMBARGADOR BALTAZAR MIRANDA SARAIVA RELATOR BMS12 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000252-79.2011.8.05.0041 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: ANTONIO FRANCISCO DE SOUZA Advogado (s): TONY NOVAIS DE ALMEIDA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO

Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso. Conforme relatado, cuida-se de Recurso de Apelação interposto por ANTONIO FRANCISCO DE SOUZA, representado pelo advogado Tony Novais de Almeida (OAB/BA 20.959), em irresignação à sentença condenatória proferida pelo Juízo da Vara Criminal da Comarca de Campo Formoso/BA, que o condenou à pena definitiva de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. Consoante se extrai da denúncia, no dia 24 de janeiro de 2011, por volta das 22h, o ora Apelante vendeu 07 gramas de cocaína a José Abílio Muricy de Freitas, bem como, no dia 25 de janeiro de 2011, por volta das 11h30min, trazia consigo, com o intuito de venda, 4,7 gramas de cocaína. Consta, ainda, na exordial acusatória, que: “[...] no dia 25 de janeiro de 2011, por volta das três horas da madrugada, os policiais militares detiveram José Abílio Muricy de Freitas por porte de drogas para consumo próprio, uma vez que o mesmo foi flagrado portando sete gramas de cocaína, sendo que, em seu interrogatório, José Abílio afirmou que havia comprado, na noite anterior, por volta das vinte e duas horas, a aludida substância entorpecente, nas mãos do acusado Antonio Francisco, pela quantia de R\$ 50,00 (cinquenta reais). Posteriormente, por volta das onze horas e trinta minutos desse mesmo dia, os policiais localizaram o denunciado Antonio Francisco, na Praça Luiz Viana, e, ao revistarem o mesmo, apreenderam uma porção de cocaína no bolso do short e outra porção dentro da cueca deste acusado, sendo que essas duas porções de cocaína somadas pesavam 4,7 gramas. Logo depois, enquanto os policiais prendiam Antonio Francisco, o celular deste tocou e um dos policiais atendeu, verificando que a ligação era de Lourisvaldo Teles de Menezes Filho, que este havia encomendado uma quantidade de cocaína a Antonio Francisco por R\$ 50,00 (cinquenta reais) e que Lourisvaldo va esperando no Posto Serra Esmeralda para efetuar a compra.[...]” (ID 56902169). (Grifos nossos). Inconformado, o Apelante, representado pelo advogado Tony Novais de Almeida (OAB/BA 20.959), interpôs o presente Recurso, pleiteando, em síntese, a reforma da Sentença no que diz respeito à dosimetria da pena, a fim de que seja reduzida a pena ao mínimo legal e, por consequente, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos (ID 56902429). Importante consignar, que, malgrado não tenha se insurgido quanto ao mérito da condenação pelo delito de tráfico de drogas, a materialidade e a autoria delitiva do Apelante restaram comprovadas nos autos, sobretudo pelo que se extrai do Auto de Exibição e Apreensão (ID 56902170 – Pág. 09); do Laudo de Constatação (ID 56902177 – Pág. 02); do Laudo Definitivo (ID 56902314) – constando resultado positivo para cocaína –, bem como pelas declarações das testemunhas prestadas em sede inquisitorial (IDs 56902179 – Pág. 01/03; 56902172 – Pág. 02/03; 56902171

– Pág. 01/04; 56902170 – Pág. 07/08) e em Juízo (IDs 56902295; 56902283; 56902273; 56902212). Passa-se à análise das razões recursais. I – PLEITO DE REFORMA NA DOSIMETRIA DA PENA O Apelante requer a reforma da dosimetria da pena, a fim de que seja reduzida a reprimenda ao mínimo legal e, por consequente, substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Assim, no que pertine à dosimetria da pena, verifica-se que o Juízo primevo fixou a reprimenda definitiva do Apelante para o delito de tráfico de drogas, nos seguintes termos: “[...] Quanto à culpabilidade, o réu possuía plenas condições de saber que praticava ilícito, e agiu com domínio sobre o fato, podendo ser esperada conduta diversa, contudo, normal a espécie. Os antecedentes do réu não são bons, possuindo condenação já passada em julgado, além de possuir outro processo em andamento com audiência já designada, o que lhe é negativo. A Conduta social, o réu afirma ser usuário de cocaína e que segundo ele pretendia reunir-se com outros indivíduos para fazer uso da droga que conforme se sabe, possui alto poder destrutivo, capaz de causar dependência química rapidamente, ainda necessário destacar que das informações trazidas, temos que o acusado vendia CD's piratas, prática também delituosa, demonstrando grande inclinação para atividades criminosas, mas sem elementos da comunidade para valorar negativamente. Personalidade, contava com 25 anos, mas sem elementos para valoração negativa. Os motivos do crime, comuns a espécie, desejo de auferir lucro fácil, sem valoração. Quanto às circunstâncias do crime, temos que não houve condição especial para a prática do delito. As consequências do crime são normais à espécie, apesar da nocividade dos atos praticados, que comumente destroem famílias e aterrorizam a sociedade. O comportamento da vítima não se aplica. Por último, em relação às condições econômicas dos Réus, apesar da mercancia de drogas, extrai-se dos autos ser pessoa pobre. Diante das circunstâncias judiciais apreciadas, especialmente culpabilidade, antecedentes, conduta social, e atendendo aos princípios da razoabilidade, proporcionalidade, bem como da necessidade e suficiência para a reprovação e prevenção do crime, fixo a pena-base no patamar de 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão. SEGUNDA e TERCEIRA FASES — ATENUANTES E AGRAVANTES, CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO Na segunda e terceira fases da dosimetria, não concorrem circunstâncias agravantes ou atenuantes, causas de aumento ou diminuição, razão porque torno a pena definitiva em 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão. Condeno o réu ainda ao pagamento da pena de multa, e levando em consideração a sua situação econômica, fixo-a em 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, equivalendo o dia-multa a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo à época do fato, que deverá ser corrigido monetariamente, na inexistência de outras causas modificadoras. Fica assim, a pena definitivamente fixada em 6 (seis) anos e 3 (três) meses de reclusão e em 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, equivalendo o dia-multa a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo à época do fato, que deverá ser corrigido monetariamente, na inexistência de outras causas modificadoras. Fixo o REGIME INICIALMENTE SEMIABERTO para cumprimento da pena, atendendo aos pressupostos do art. 33, 8 2º b, do Código Penal e art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com redação dada pela Lei nº 11.464/2007, apesar de já ter antecedentes criminais. [...]” (ID 554910964). (Grifos acrescidos). Na primeira fase, o Juízo primevo exasperou a pena-base do crime de tráfico de drogas, uma vez que considerou como desfavorável a circunstância judicial dos antecedentes criminais, fixando a reprimenda basilar em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão. Nessa senda, em relação aos antecedentes criminais, da análise da certidão

de ID 56902423, observa-se que, de fato, o ora Apelante foi condenado nos autos nº 0000878-64.2012.805.0041, como incurso no art. 28, da Lei de Drogas, com trânsito em julgado no dia 08 de junho de 2015 e que possui outro processo em andamento, autos nº 0000427-29.2018.805.0041, com audiência designada. Contudo, o Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento que “[...] as condenações transitadas em julgado pelo crime do art. 28 da Lei n. 11.343/2006 não podem ser utilizadas para fundamentar o reconhecimento de Maus Antecedentes ou da reincidência” (STJ, AgRg no AREsp 2102415 MG 2022/0095416-3, Sexta Turma, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, julgado em 11/04/2023, DJe de 19/04/2023). Ademais, de acordo com a tese jurídica estabelecida pelos tribunais superiores, inclusive consolidada na Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça, é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Dessa forma, vislumbra-se que a fundamentação apresentada pelo Juízo de origem para a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes criminais é inidônea, logo, forçoso proceder o afastamento da desvaloração desta circunstância judicial. Portanto, justamente porque verificada a fundamentação inidônea para a valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes criminais, redimensiona-se a reprimenda basilar do delito de tráfico de drogas para 05 (cinco) anos de reclusão, ou seja, no patamar mínimo legal. No tocante à segunda e terceira fase da dosimetria, diante da ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes, bem como não identificadas causas de redução e aumento de pena, o Juízo a quo fixou a pena definitiva para o Apelante pelo delito de tráfico de drogas em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, além do pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, no valor unitário mínimo. Entretanto, em face da alteração formulada na primeira etapa dosimétrica, dada a primariedade do Apelante e não havendo outros elementos nos autos que possam demonstrar a sua dedicação a atividades ilícitas ou o seu pertencimento à organização criminosa, bem como considerando a pequena quantidade de entorpecentes apreendidos, mister a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços). Nessa exata linha intelectual, colaciona-se julgados do Superior Tribunal de Justiça: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. MANIFESTA ILEGALIDADE APTA A JUSTIFICAR A CONCESSÃO DA ORDEM, SUPERANDO-SE O ÓBICE PROCESSUAL REFERENTE A SE TRATAR DE MANDAMUS SUBSTITUTIVO DE REVISÃO CRIMINAL. AGRADO REGIMENTAL INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL DESPROVIDO. 1. No caso, houve manifesta ilegalidade no afastamento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, na dosimetria da reprimenda do Sentenciado, apta a ensejar a concessão da ordem de habeas corpus, apesar de se tratar de writ em substituição de revisão criminal. Com efeito, a mera referência aos fatos ocorridos na oportunidade em questão, não demonstra, por si só, o envolvimento sistemático do Agravado em atividades criminosas, notadamente quando foi apreendida pequena quantidade de droga. 2. Não tendo sido devidamente justificado o afastamento da minorante do tráfico privilegiado pelas instâncias ordinárias, o citado redutor deve incidir na dosimetria da pena do Agravado, na fração máxima de 2/3 (dois terços). 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC n. 845.099/SP, Relatora: Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 2/10/2023, DJe de 5/10/2023). (Grifos nossos). PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL.

TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º DA LEI N. 11.343/2006. AGENTE PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES E PEQUENA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. MINORANTE APLICADA EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA. PROPORCIONALIDADE. AGRAVO MINISTERIAL DESPROVIDO. 1. De acordo com o § 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. 2. No caso em concreto, levando em conta a primariedade do réu, seus bons antecedentes, a ausência de elementos concretos que indiquem a dedicação à criminalidade ou que ele integre organização criminosa, bem como o fato de ter a posse de 17g de maconha entendo que faz jus à incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, no patamar de 2/3 (dois terços). 3. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no AREsp n. 2.279.431/AL, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 9/5/2023, DJe de 12/5/2023). (Grifos nossos). AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PEQUENA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. APLICADA A FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. CABÍVEL O REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em 28/09/2021, quando do julgamento do AgRg no HC 685.184/SP, da relatoria do Min. RIBEIRO DANTAS, por unanimidade de votos, firmou compreensão no sentido de que a quantidade e a natureza da droga podem ser consideradas para majorar a sanção basilar ou para modular o patamar de redução pela incidência da minorante do tráfico privilegiado, neste último caso, ainda que sejam os únicos elementos aferidos. 2. Vale acrescer, outrossim, que a possibilidade de modulação da fração foi ratificada pela Terceira Seção por ocasião do julgamento do HC n. 725.534/SP, da relatoria do Min. RIBEIRO DANTAS, na sessão de 27/04/2022, encontrando-se o acórdão pendente de publicação. 3. No entanto, no caso em análise, a pequena quantidade de droga apreendida não autoriza a fixação de fração diversa da máxima. 4. Em razão do quantum final da reprimenda e, da fixação da pena-base no mínimo legal, da primariedade do Agravado e da não expressiva quantidade de drogas, mostra-se cabível o estabelecimento do regime inicial aberto (Súmula n. 440 do STJ), bem assim a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Criminais. 5. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC n. 738.425/SP, Relatora: Ministra LAURITA VAZ, Sexta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 23/5/2022). (Grifos nossos). AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÕES PRETÉRITAS ALCANÇADAS PELO PERÍODO DEPURADOR DO ART. 64, I, DO CÓDIGO PENAL. CONFIGURAÇÃO DE MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE. EXCEÇÃO NO CASO DE LONGO PERÍODO DECORRIDO DESDE AS CONDENAÇÕES. APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006, NO PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE DROGA INEXPRESSIVA. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Excepcionalmente, "quando os registros da folha de antecedentes do réu são muito antigos, como no presente caso, admite-se o afastamento de sua análise desfavorável, em aplicação à teoria do direito ao esquecimento. Não se pode tornar perpétua a valoração negativa dos antecedentes, nem perenizar o estigma de criminoso para fins de



aplicação da reprimenda, pois a transitoriedade é consectário natural da ordem das coisas. Se o transcurso do tempo impede que condenações anteriores configurem reincidência, esse mesmo fundamento – o lapso temporal – deve ser sopesado na análise das condenações geradoras, em tese, de maus antecedentes" (REsp n. 1.707.948/RJ, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/4/2018, DJe 16/4/2018).

2. Na hipótese, infere-se que as condenações utilizadas para o reconhecimento dos maus antecedentes tornaram-se definitivas há mais de 10 anos (e-STJ fls. 187/193). Assim, o caso dos autos atrai a aplicação do raciocínio exposto no precedente citado.

3. Ademais, uma vez afastada a circunstância judicial dos maus antecedentes, na primeira fase da dosimetria, bem como considerando a pequena quantidade de entorpecentes apreendidos, a saber, "2 (duas) porções de maconha, com peso líquido total de 20,1g (vinte gramas e um decigrama), e 2 (duas) porções de crack, pensado 26,6g (vinte e seis gramas e seis decigramas)" (e-STJ fl. 39), entendo que o paciente faz jus ao redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços).

4. Reduzida a reprimenda, e tendo em vista a fixação da pena-base no mínimo legal em virtude da análise favorável das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, é cabível na espécie a fixação do regime aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

5. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC n. 693.127/SP, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Sexta Turma, julgado em 14/12/2021, DJe de 17/12/2021). (Grifos nossos).

Assim, considerando as alterações formuladas na primeira e terceira etapas dosimétricas, redimensiona-se a pena definitiva ao Apelante para o crime tráfico de drogas para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, consoante o disposto no art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, além do pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, no valor unitário mínimo. Quanto ao pleito de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, impende destacar que o preceito normativo consubstanciado no art. 44, do Código Penal, ao disciplinar a conversão da pena privativa de liberdade em restritiva de direitos, estabelece como pressupostos habilitadores, que: Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. (...) § 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. (Grifos nossos)

Nesse viés, no caso em apreço, atendidas as condições previstas art. 44, incisos I a III, do Código Penal, mister substituir a pena restritiva de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais. Não obstante, consoante dispõe o art. 109, inciso V, do Código Penal, a punibilidade do agente se extingue em 04 (quatro) anos, se o máximo da pena do crime é igual a 01 (um) ano ou, sendo superior, não excede a 02 (dois). Outrossim, destaca-se que, conforme estabelece o art. 109, parágrafo único, do Código Penal, aplicam-se às penas restritivas de

direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade. Como cediço, a prescrição é instituto de direito material que impede o exercício do ius puniendi estatal, e, assim, evidenciada a sua caracterização, não há mais interesse na perquirição acerca dos elementos do crime. Consectariamente, traduz-se como verdadeira questão de mérito de natureza preliminar, de modo que sua resolução obsta o prosseguimento das demais. Com efeito, constatado o advento da prescrição, esta deve ser declarada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, em atenção ao disposto no caput do art. 61 do Código de Processo Penal. Sendo assim, verificado que houve o transcurso de mais de 04 (quatro) anos entre o recebimento da denúncia, em 25 de março de 2011 (ID 56902205) e a publicação da sentença condenatória, em 12 de agosto de 2020 (ID 56902427), e o presente momento, é forçoso reconhecer que decorreu o lapso prescricional. Desta forma, considerando o quantum da sanção aplicada ao Apelante e tendo transcorrido o prazo prescricional de mais de 04 (quatro) anos, sem a ocorrência de nenhuma outra causa interruptiva, conclui-se, de modo inelutável, que houve a perda do direito de punir do Estado, ante o advento da prescrição retroativa da pretensão punitiva, declarando-se extinta a punibilidade do Recorrente, com espeque no art. 107, IV, 109, inciso V, c/c art. 110, § 1º, e 114, II, todos do Código Penal. Do exposto, VOTO no sentido de CONHECER e DAR PROVIMENTO ao recurso, para fixar a pena base no mínimo legal e, DE OFÍCIO, aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na razão de 2/3 (dois terços), redimensionando a pena definitiva do Apelante para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, além do pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, no valor unitário mínimo e, em razão disto, reconhecer a prescrição retroativa da pretensão punitiva estatal do delito previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, com a consequente declaração da extinção da punibilidade do Apelante, nos termos do art. 107, IV, e arts. 109, V, c/c art. 110, § 1º, e 114, II, todos do Código Penal. É como voto. Sala das Sessões da Primeira Câmara Criminal 2ª Turma do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 12 de março de 2024. DESEMBARGADOR BALTAZAR MIRANDA SARAIVA RELATOR BMS12