

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000055-65.2021.8.05.0193 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: TIAGO ASSUNCAO RODRIGUES Advogado (s): DEBORAH MATOS SANTOS, EDSON NOGUEIRA LEITE APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): EMENTA PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. AGENTE CONDENADO PELA CRIME INSCULPIDO NO ART. 33, DA LEI N. 11.343/06. PRELIMINAR DE NULIDADE DO INGRESSO POLICIAL EM DOMICÍLIO. AFASTADA. AUTORIZAÇÃO PARA ENTRADA DE AGENTES DE SEGURANÇA PÚBLICA CONJUGADA COM A OCORRÊNCIA DE FLAGRANTE. PERMANÊNCIA DELITIVA. EXCEÇÕES CONSTITUCIONAIS À INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. ART. 5º, XI, CRFB/88. PRECEDENTES DO STF. MÉRITO. REQUERIMENTO DE RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, LEI DE TÓXICOS NA ESPÉCIE. REJEITADO. ENCONTRADOS, EM PODER DO AGENTE, SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIAS PROSCRITAS E ALTO VALOR EM DINHEIRO – MORMENTE EM SE CONSIDERANDO A REALIDADE DE UMA CIDADE DO INTERIOR COM MENOS DE 17.000 HABITANTES – SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM LÍCITA. VALORES EM DINHEIRO QUE, SEM DEMONSTRAÇÃO DA PROVENIÊNCIA, INDICAM A DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS PÁTRIOS, MORMENTE A CORTE CIDADÃ. SITUAÇÃO FÁTICA QUE NÃO RECOMENDA A APLICAÇÃO DA TESE REPETITIVA FIXADA NO PRECEDENTE OBRIGATÓRIO N. 1139 AO CASO DOS AUTOS. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. ART. 44, CP. SANÇÃO FINAL FIXADA SUPERIOR A QUATRO ANOS. REQUERIMENTO DE DISPENSA DA PENA DE MULTA. REJEITADO. MANDAMENTO PREVISTO NO PRECEITO SECUNDÁRIO DA NORMA PENAL. COGÊNCIA. VALOR ARBITRADO EM CRITÉRIO RAZOÁVEL E DE ACORDO COM OS NORTES LEGAIS. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação n. 8000055-65.2021.8.05.0193, proveniente da Vara Criminal da Comarca de Piatã/BA, em que figura como Apelante, Tiago Assunção Rodrigues e, como Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia. Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma, da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER do recurso e NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos exatos termos do voto do Relator. Salvador/BA, de de 2023. T001 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 1 de Junho de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000055-65.2021.8.05.0193 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: TIAGO ASSUNCAO RODRIGUES Advogado (s): DEBORAH MATOS SANTOS, EDSON NOGUEIRA LEITE APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Apelação interposta por Tiago Assunção Rodrigues em face da sentença de id. n. 34711506 que, em breves linhas, o condenou a uma pena definitiva de 05 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias-multa, em regime inicialmente semiaberto, pela prática do crime do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Irresignado, o Recorrente apresentou recurso vertical de id. n. 34711516, onde pugnou, preliminarmente, pela declaração de nulidade das provas obtidas em virtude da invasão de domicílio procedida. No mérito, para a eventualidade de se afastar a invalidade suscitada, pugnou sua condutada seja enquadrada como tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, Lei de Drogas), eis que, segundo sua ótica, é “primário, possui bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas e muito menos faz parte de organização criminosa”. Requer, ainda, a substituição da sanção privativa de liberdade a si imposta por restritiva de direitos, nos moldes do art. 44, CP. Por fim, pleiteou pelo afastamento da pena de

multa aplicada em seu desfavor. Em contrarrazões de id. n. 34711572, o Parquet local se pronunciou no sentido de manter-se integralmente o édito condenatório proferido. Após, a Procuradoria de Justiça apresentou parecer (id. n. 43101416) opinando pelo conhecimento e não provimento do apelo. Nesta Instância Superior, distribuídos os autos à Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal, coube-me, por sorteio, o encargo de Relator (id. n. 34862881). Vindo-me conclusos, lanço o presente relatório, submetendo-o à análise do (a) eminente Desembargador (a) Revisor (a), em atendimento à redação do art. 166, I, do RI/TJBA. É o relatório. Salvador/BA, de de 2023. Des. Jefferson Alves de Assis – Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal Relator T001 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000055-65.2021.8.05.0193 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: TIAGO ASSUNCAO RODRIGUES Advogado (s): DEBORAH MATOS SANTOS, EDSON NOGUEIRA LEITE APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Trata-se de Apelação interposta por Tiago Assunção Rodrigues em face da sentença de id. n. 34711506 que, em breves linhas, o condenou a uma pena definitiva de 05 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias-multa, em regime inicialmente semiaberto, pela prática do crime do art. 33 da Lei n. 11.343/2006. Presentes os pressupostos de intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço dos apelos. Antes de adentrar o mérito recursal, faz-se premente analisar a preliminar de nulidade suscitada pelo Recorrente. É o que, sem mais delongas, passa-se a fazer. 1. DA PRELIMINAR DE NULIDADE POR INVASÃO DOMICILIAR. De início, o Apelante fincou seu descontentamento com a sentença exarada por entender que a invasão domiciliar que acarretou sua prisão estaria maculada por nulidade insanável, uma vez que, de acordo consigo, não houve situação que a autorizasse. Sem razão. A todas às luzes, embora as arguições ventiladas na recurso permeiem a existência de uma atuação supostamente viciada dos policiais civis responsáveis pelo flagrante, o Recorrente não logrou êxito em comprovar em que medida houve excesso estatal. Em verdade, para além das fundadas razões que justificaram o cumprimento de medida de busca domiciliar sem autorização judicial, conforme será exposto, houve a prévia autorização da genitora do Apelante para a realização da diligência de busca na residência, não havendo de se cogitar na ilicitude da medida. Como cediço, o art. 5º, XI da Constituição da Republica Federativa do Brasil aduz que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial” [grifos aditados]. Pois bem. Para além da existência de uma aquiescência prévia da própria mãe do Apelante para que os agentes de segurança pública ingressassem em seu lar, a existência de flagrante delito conforma uma exceção constitucional à entrada forçada. Ora, Doutos Pares, a prática do tráfico de drogas é considerada crime permanente e, como tal, admite a prisão em flagrante do agente “inclusive no período noturno, independentemente da expedição de mandado judicial”. Nessa toada, o Pretório Excelso assinala que “a posse de drogas para fins de tráfico constitui crime permanente e autoriza, devido ao estado de flagrância, o ingresso no domicílio independentemente de mandado”, ipsi litteris: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DELITO DE NATUREZA PERMANENTE. PRISÃO EM FLAGRANTE. REEXAME DE FATOS E PROVAS. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NÃO IDENTIFICADAS. 1. Inadmissível, como regra, o emprego do habeas corpus

como sucedâneo de recurso ou revisão criminal. Precedentes. 2. A posse de drogas para fins de tráfico constitui crime permanente e autoriza, devido ao estado de flagrância, o ingresso no domicílio independentemente de mandado. 3. Para concluir em sentido diverso das instâncias anteriores quanto às circunstâncias do flagrante, imprescindíveis o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita 4. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF – HC: 207793 SP 0062962–38.2021.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 18/12/2021, Primeira Turma, Data de Publicação: 28/01/2022) Processual penal. Agravo regimental em habeas corpus. Tráfico de drogas. Supressão de instância. Ausência de ilegalidade flagrante ou abuso de poder. Violação de domicílio. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. Fatos e provas. 1. As alegações da defesa não foram analisadas pelo Superior Tribunal de Justiça, o que impede o imediato exame da matéria pelo Supremo Tribunal Federal (STF), sob pena de supressão de instância. Precedente. 2. As peças que instruem este processo não evidenciam situação de ilegalidade flagrante ou abuso de poder que autorize o acolhimento da pretensão defensiva. 3. A orientação jurisprudencial do STF é no sentido de que a “Constituição dispensa o mandado judicial para ingresso forçado em residência em caso de flagrante delito. No crime permanente, a situação de flagrância se protraí no tempo” ( RE 603.616, Rel. Min. Gilmar Mendes). Precedentes. 4. Para chegar a conclusão diversa das instância antecedente, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, providência impossível na via restrita do habeas corpus. 5. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – HC: 207964 SP 0063142–54.2021.1.00.0000, Relator: ROBERTO BARROSO, Data de Julgamento: 14/02/2022, Primeira Turma, Data de Publicação: 17/02/2022) AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. DELITO DE NATUREZA PERMANENTE. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES INDICATIVAS DA SITUAÇÃO DE FLAGRÂNCIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA NÃO IDENTIFICADAS. 1. A posse de drogas para fins de tráfico constitui crime permanente e autoriza, devido ao estado de flagrância, o ingresso no domicílio independentemente de mandado. 2. Inviável a reavaliação das premissas fáticas soberanamente estabilizadas nas instâncias ordinárias sobre as circunstâncias do flagrante. 3. Para acolher a tese defensiva de desclassificação para o crime do art. 28 da Lei de Drogas, imprescindíveis o reexame e a valoração de fatos e provas, para o que não se presta a via eleita, pois os contornos fáticos e probatórios delineados pelas instâncias anteriores apontam no sentido da prática do crime de tráfico de entorpecentes tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. 4. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF – HC: 202339 SC 0054411–69.2021.1.00.0000, Relator: ROSA WEBER, Data de Julgamento: 17/08/2021, Primeira Turma, Data de Publicação: 20/08/2021) Feitos estes esclarecimentos, sublinho que diante da existência de fundados elementos acerca da prática de crime permanente, o ingresso domiciliar foi válido. Sendo assim, não acolho a prefacial aventada. 2. MÉRITO Ultrapassado o tópico preliminar, tem-se que, no mérito, os pontos fulcrais do debate em testilha concernem à análise sobre os pleitos de: a) aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em sua fração máxima; b) substituição da pena privativa de liberdade para restritiva de direitos; e ; e c) afastamento da pena de multa arbitrada em seu desfavor. Listados os motivos de insurreição dos Recorrentes, iniciar-se-à o exame de cada

deles de modo pormenorizado. 2.1 DO PLEITO DE APLICAÇÃO DA DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS Para além da nulidade suscitada, o Recorrente aduziu que deveria ter sua condutada enquadrada na causa de diminuição de pena elencada no art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos –, a qual já adianto que, a meu ver, também não merece albergamento. Prima facie, registro que a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, só se aplica ao agente se restar comprovado nos autos ser o agente primário, detentor de bons antecedentes, bem como não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. [grifos aditados] Esplandece-se da redação legislativa que as condições listadas são cumulativas entre si, sobremaneira que o não preenchimento de ao menos uma delas já impõe a negativa de concessão por parte do juiz. Na situação trazida à baila, perfazendo um exame detalhado dos cadernos digitais, sobressai-se que, em posse do ora Apelante, além de considerável quantidade de substância análoga a maconha [id. n. 34711476, ps. 23/24], foram encontrados R\$ 4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais) [id. n. 34711476, p. 11], valor significativo que não conseguiu desincumbir de informar a proveniência. Nesse viés, a jurisprudência pátria, inclusive do próprio Superior Tribunal de Justiça, assenta que a ausência de demonstração da origem lícita de dinheiro indica que foi obtido enquanto proveito de crime. Confiram-se: HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. POSSE DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO EM FLAGRANTE CONVERTIDA EM PREVENTIVA. SEGREGAÇÃO FUNDADA NO ART. 312 DO CPP. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. VARIEDADE E NATUREZA DELETÉRIA DE PARTE DAS DROGAS. APREENSÃO DE ELEVADO MONTANTE EM DINHEIRO AO QUE PARECE SEM COMPROVAÇÃO DE ORIGEM LÍCITA. GRAVIDADE. PERICULOSIDADE SOCIAL DO AGENTE. GARANTIA DA ORDEM E SAÚDE PÚBLICA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. INSUFICIÊNCIA. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E DEVIDA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. O STF passou a não mais admitir o manejo do habeas corpus originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício. 2. Não há ilegalidade na manutenção da prisão preventiva quando demonstrado, com base em fatores concretos, que a segregação se mostra necessária, dada a gravidade da conduta incriminada. 3. A variedade e a natureza altamente danosa de parte das drogas localizadas em poder do agente são fatores que, somados à apreensão de arma de fogo com diversas munições intactas, bem como ao elevado montante de dinheiro encontrado em poder dele, ao que parece, sem comprovação de origem lícita, revelam envolvimento com a narcotraficância e a periculosidade social do acusado, autorizando a preventiva. 4. Indevida a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão quando a constrição encontra-se justificada e mostra-se necessária, dada a potencialidade lesiva da infração e a probabilidade concreta de continuidade no cometimento da grave infração denunciada. 5. Habeas corpus não conhecido. [grifos aditados] (STJ – HC: 356742 SP 2016/0130040–5, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 21/06/2016, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/06/2016) APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RESTITUIÇÃO DE BEM APREENHIDO (VEÍCULO) – IMPOSSIBILIDADE – ORIGEM LÍCITA NÃO COMPROVADA. Diante da ausência de prova da origem lícita do veículo

pretendido e restando o acusado condenado pela prática do delito de tráfico de drogas, deve haver o perdimento do referido bem, não havendo que se falar em restituição. [grifos aditados] (TJ-MG – APR: 10499210001594001 Perdões, Relator: Kárin Emmerich, Data de Julgamento: 25/01/2022, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 04/02/2022) EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 33 DA LEI 11.343/06. LEI DE DROGAS. LIMINAR. LIBERDADE PROVISÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO. CRIME DE AÇÃO MÚLTIPLA. IMPOSSIBILIDADE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS. INVESTIGAÇÃO PRÉVIA. IMPOSSIBILIDADE. RESTITUIÇÃO DA QUANTIA EM DINHEIRO. ORIGEM ILÍCITA. DÚVIDA RAZOÁVEL SOBRE O DIREITO DE DEVOLUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO. 1. Não há motivos para a concessão de liberdade provisória ao apelante. Seria ilógica a decisão que libertasse, antes do trânsito em julgado, um indivíduo que teve a liberdade cerceada durante toda a instrução. Os motivos pelos quais foi decretada a prisão preventiva ainda fazem sentido, de modo que a ordem pública deve ser mantida. Partindo do pressuposto, ainda, que o crime de tráfico é permanente, expondo a coletividade à constante nocividade, a manutenção da prisão do apelante se faz necessária. 2. A desclassificação da conduta não é possível, na medida em que o crime de tráfico é de ação múltipla, sendo que a subsunção de qualquer núcleo do tipo à conduta caracteriza o delito. Além disso, as circunstâncias nas quais os entorpecentes foram encontrados (escondidos, em considerável quantidade e variedade, junto a duas balanças de precisão, próximas à grande quantidade de dinheiro em espécie, fracionada em várias cédulas – maiores e menores) denotam a atividade de mercancia. 3. O pleito que almeja o reconhecimento da benesse prevista no § 4º, artigo 33, da Lei nº 11.343/06 não merece prosperar, haja vista a quantidade e variedade de drogas encontradas no local e o fato de existirem denúncias anônimas que implicaram a ação da polícia, assim como o fato de os policiais terem feito diversas diligências que atestaram a atividade criminosa do apelante. 4. A restituição dos valores apreendidos é inviável, visto que os critérios exigidos para tal feito, segundo o artigo 120 do Código de Processo Penal e do artigo 63-b da Lei nº 11.343/06, quais sejam, a ausência de dúvida razoável do direito do requerente e a comprovação da origem lícita do bem não foram preenchidos. 5. Recurso desprovido. [grifos aditados] (TJ-ES – APR: 00003594820208080034, Relator: WILLIAN SILVA, Data de Julgamento: 18/08/2021, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 27/08/2021) Como bem descrito na sentença (id. n. 34711510), in casu, “a quantidade de drogas e a forma de armazenamento, além da quantia em dinheiro, mormente em moedas, não deixa qualquer resquício de dúvida sobre a atividade mercantil de entorpecentes”. Diante dessa conjuntura, inviável aplicar ao procedimento em testilha o entendimento fixado pela Corte Cidadã no tema repetitivo n. 11391, eis que a apreensão de grande quantia em dinheiro sem comprovação de origem lícita, mormente em se considerante a realidade de uma cidade do interior da Bahia, com menos de 17.000 (dezessete mil) habitantes, demonstra a prática da traficância pelo indivíduo e dedicação a atividades delitivas. Dessa forma, irretocável a compreensão da Procuradoria de Justiça sobre o tema (id. n. 43101416): Destarte, o benefício elencado no artigo 33, § 4º, da Lei 11.342/2006, não deve ser aplicado indiscriminadamente, mas tão somente àqueles que realmente se enquadram na hipótese de “traficante de primeira viagem”. Não sendo este o caso, o benefício deve ser inegavelmente rechaçado, sob pena de banalizar o instituto e, em última análise, configurar verdadeira leniência punitiva. No caso em epígrafe, as circunstâncias da prisão denotam, de

maneira robusta, a dedicação ao comércio do entorpecente. Conforme consta no Auto de Exibição (ID. 34711476 Pág. 11 PJE 2º Grau), além da droga, foi apreendido a quantia de R\$ 4.800,00 (quatro mil e oitocentos reais) em cédulas, sendo 02 notas de R\$5,00, 07 notas de R\$10,00, 11 notas de R\$20,00, 68 notas de R\$50,00 e 11 notas de R\$100,00, e R\$202,00 (duzentos e dois reais) em moedas. Tais elementos robustecem a decisão objurgada e demonstram a necessidade de conferir maior reprovabilidade à conduta perpetrada [grifos aditados] Sendo assim, impossível acatar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 à situação.

## 2.2 DO PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA

Em outro ponto da sua peça de insurgência, o Recorrente pleiteia, ainda, seja beneficiado com a substituição de sua reprimenda por restritiva de direitos –, aspecto com o qual, a toda evidência, não se pode concordar. Como visto, ao Apelante foi aplicada a pena definitiva de 05 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias–multa, considerando-se o critério trifásico proposto por Nelson Hungria. Consoante se sabe, o art. 44 do Código Penal é hialino ao prever que as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: Art. 44, CP. 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 culposo; 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. A respeito do assunto, Fernando Capez, leciona (in: Curso de direito penal, volume 1, parte geral : arts. 1º a 120 / Fernando Capez. – 23. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. ps. 728–729) que os requisitos – objetivos e subjetivos – delineados pelo art. 44 do Código Penal devem ser observados para fins de substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa restritiva de direitos de forma criteriosa pelo julgador, o qual deve se atentar para os seguintes parâmetros concretos para fazê-lo: REQUISITOS OBJETIVOS: (i) quantidade da pena privativa de liberdade aplicada: deve ser igual ou inferior a 4 anos. No caso de condenação por crime culposo, substituição será possível, independentemente da quantidade da pena imposta, não existindo tal requisito; (ii) natureza da infração penal: crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa. O crime culposo, mesmo quando perpetrado com emprego de violência, como é o caso do homicídio culposo e das lesões corporais culposas, admite a substituição por pena restritiva. A lei, portanto, refere-se apenas à violência dolosa. REQUISITOS SUBJETIVOS: (i) não ser o réu reincidente em crime doloso: atualmente, o reincidente pode beneficiar-se da substituição, pois a atual lei vedou o benefício apenas ao reincidente em crime doloso. Dessa forma, somente aquele que, após ter sido definitivamente condenado pela prática de um crime doloso, vem a cometer novo crime doloso fica impedido de beneficiar-se da substituição. Se entre a extinção da pena do crime doloso anterior e a prática do novo delito doloso tiver decorrido mais de 5 anos, o condenado fará jus à substituição, não subsistindo a vedação (o chamado período depurador, também conhecido como prescrição quinquenal da reincidência); (ii) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta ou a personalidade ou ainda os motivos e circunstâncias recomendarem a substituição: convém notar que esses requisitos constituem uma repetição das circunstâncias constantes do art. 59, caput, do CP, salvo duas: comportamento da vítima e consequências do crime, coincidentemente as

únicas de natureza objetiva. Fato é que no caso dos autos a primeira condição – quantidade de pena – já não foi atendida, sendo certo que, de pronto, qualquer pretensão substitutiva já se encontra obstada por critério eminentemente objetivo. Desse modo, rechaça-se o argumento defensivo também no que atine a tal mote, mantendo-se incólume a pena privativa de liberdade em regime a semiaberto imposta a Tiago Assunção Rodrigues.

**2.3 DA PENA DE MULTA** Finalmente, o Apelante assevera que em virtude de sua suposta hipossuficiência, a sentença também deve ser retificada para dispensá-lo do pagamento da pena de multa que também lhe foi imposta. Com o poder da venia, Ínclitos Pares, eventuais dificuldades financeiras não podem, jamais, funcionar como escusas para a prática de ilícitos, sob pena de funcionarem como autorização às avessas para indivíduos cometerem crimes sem arcarem com as devidas cominações legais. Em sendo a pena de multa uma opção legislativa e tendo sido fixada de modo proporcional pelo decisor primário, compreendo que deverá ela ser mantida em todos os seus termos. A despeito do assunto, aliás, este Tribunal de Justiça do Estado da Bahia já assinalou que o fato de a multa “ser aplicada de forma isolada ou cumulada com pena de prisão, foi uma escolha legislativa, com incidência obrigatória em caso de violação ao bem jurídico, como restou efetivamente evidenciado no caso concreto dos autos, sendo defeso ao Judiciário a sua exclusão”, ipsi litteris: A defesa, por fim, solicitou a reforma da sentença condenatória no que diz respeito à pena de multa, justificando o seu pedido de exclusão da multa diante das parcas condições financeiras do réu, requerendo a observância da proporcionalidade entre a pena de multa e a privativa de liberdade. Destaco, de logo, que não merece acolhida o pedido formulado, seja porque houve a escoreita aplicação proporcional da pena de multa com a pena corporal, seja porque esta, cuja natureza é de preceito secundário da norma penal, podendo ser aplicada de forma isolada ou cumulada com pena de prisão, foi uma escolha legislativa, com incidência obrigatória em caso de violação ao bem jurídico, como restou efetivamente evidenciado no caso concreto dos autos, sendo defeso ao Judiciário a sua exclusão. (Classe: 0000150-84.2016.8.05.0234, Relator (a): SORAYA MORADILLO PINTO, Publicado em: 09/05/2019)

Isto posto, tem-se que também não assiste razão ao Recorrente no tocante ao pedido de dispensa ou redução da condenação de multa motivada por dificuldades financeiras experimentadas.

**3. CONCLUSÃO.** Ante todo o versado, sou pelo CONHECIMENTO e NÃO PROVIMENTO do apelo, mantendo-se incólume a sentença guerreada. É como voto. Salvador/BA, de de 2023. Des. Jefferson Alves de Assis – Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal Relator T001

1RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E  
PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06.  
INQUÉRITO E AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES.  
RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1. A aplicação  
da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.  
11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os  
requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em  
considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros  
requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua  
incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos  
legais. 2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução  
da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais  
sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades  
criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão

consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso. 3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza. 4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena. 5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles. 6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante. 7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis. 8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto. 9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para fins penalógicos. 10. Não se deve confundir a vedação à proteção



insuficiente com uma complacência diante da atuação insuficiente dos órgãos de persecução penal. É certo que não podem ser criados obstáculos injustificáveis à atuação do Estado na defesa dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada, todavia isso não legitima a dispensa do cumprimento dos ônus processuais pelos órgãos de persecução penal, não autoriza a atuação fora da legalidade e não ampara a vulneração de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir provas concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice. 11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma "análise de contexto" para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, não há que se recorrer a inquéritos e ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e ações penais em curso na tentativa de demonstrar a dedicação criminosa, é porque os demais elementos de prova são insuficientes, sendo necessário formular a ilação de que o Acusado "não é tão inocente assim", o que não se admite em nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a ilicitude do fundamento, que decorre do raciocínio presuntivo contra o Réu que ele encerra, não se altera em face de outros elementos dos autos. 12. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06". A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017). 13. Recurso especial provido. (REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022.)