

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300198-53.2015.8.05.0250 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma EMBARGANTE:Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): EBARGADO: ARLEN ANDRADE DA RESSURREICAO Advogado (s): ACORDÃO EMENTA EMABARGOS DE DECLARAÇÃO. ART. 33, § 4º, DA Lei 11.343/2006. SUSCITADA OMISSÃO DO ACÓRDÃO EMBARGADO. ALEGADA POSSIBILIDADE DE “reformatio in pejus qualitativa”. UTILIZAÇÃO DE AÇÕES PENAIIS EM CURSO PARA MODULAÇÃO DA FRAÇÃO REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA Lei 11.343/2006. INVIABILIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA PARA A ACUSAÇÃO. ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE APRECIAÇÃO DE RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. OFENSA AO ART. 617 DO CPP. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Cabe, aqui, analisar se as impugnações vertidas consubstanciam omissão no Acórdão embargado e se há possibilidade de modificação excepcional da decisão colegiada à luz dos argumentos deduzidos. Pois bem, ao meticoloso exame das matérias suscitadas pelo Embargante, verifica-se que, o inconformismo não merece amparo. 2. Em que pese as razões expendidas pelo Embargante, não há que se cogitar de omissão no Acórdão fustigado, na medida em que claramente explicitada a inviabilidade de se proceder, nesta Segunda Instância, na ausência de recurso da acusação, à modificação ou integração dos fundamentos constantes da Sentença proferida pelo Juízo de Primeiro Grau para, assim, tornar factível a pretensão manifestada, tão somente, nesta Segunda Instância, pela Douta Procuradoria de Justiça, com vistas à outorga de valor negativo à “existência de ações penais em curso”, em detrimento do Embargado, na dosimetria, por implicar, semelhante proposta, em hipótese de reformatio in pejus. 3. Saliente-se, que, diferentemente do quanto sustentado nos embargos, o intuito de que seja reformado o Acórdão, para manter a pena estipulada na Sentença, importa em efetiva afronta ao art. 617, do CPP. 4. Explicita-se, por oportuno, a teor do disposto no Enunciado da Súmula nº 444, do Superior Tribunal de Justiça, que é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base (Enunciado n. 444 da Súmula do STJ, Terceira Seção, DJe 13/5/2010). 5. Além disso, a postura encampada na Sentença, e não impugnada, na via própria, pelo Parquet, dado o trânsito em julgado da deliberação, por ausência de interposição de Apelação Criminal, encontra-se alinhada aos precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que “inquéritos policiais e/ou ações penais ainda sem a certificação do trânsito em julgado não constituem fundamento idôneo a justificar o afastamento do redutor descrito no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, em observância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade”. 6. Embora o entendimento dos Tribunais Superiores acerca da matéria não seja vinculante, não é possível afastar a legitimidade da Sentença proferida pelo Magistrado Primevo, na medida em que esta se mostra compatível com os critérios decisórios supra transcritos. 7. Destarte, inviável, por via transversa, na ausência de recurso da acusação e, em franca oposição aos vetores estabelecidos pelos Tribunais Superiores, admitir a valoração negativa de circunstância não prevista em lei, qual seja, a “existência de ações penais em curso”, para, assim, modular, de modo desfavorável ao réu, a causa de diminuição de pena estabelecida no § 4º, da Lei 11.343/2006. 8. O texto legal é claro: Art. 33, § 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. 9. Sob essa perspectiva, partindo da

premissa de que: a) foi firmada na Sentença a aplicação da causa de diminuição de pena, por se tratar, o Embargado, de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização criminosa, e de que, b) com o trânsito em julgado da Sentença, para acusação, o debate a respeito da possibilidade de “ações penais em curso” serem utilizadas para afastar a incidência da minorante do § 4º, da Lei 11.343/2006, encontra-se, neste feito, superada, não é possível, admitir, sem incorrer em manifesta contrariedade à lei, tal como postulado pelo Embargante, que “ações penais em curso” possam vir a ser utilizadas em novo locus valorativo, desta feita, para modulação da fração de diminuição do § 4º, da Lei 11.343/2006, de modo desfavorável ao réu. Tanto mais porque, repita-se, se trata de Acórdão em face de apreciação de recurso exclusivo da defesa. 10. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos esses autos de Embargos de Declaração na Apelação Criminal de nº 0300198-53.2015.8.05.0250/50000, da 2ª Vara Criminal da Comarca de Simões Filho/BA, sendo embargante o Ministério Público do Estado da Bahia e embargado Arlen Andrade da Ressureição. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em conhecer dos Embargos de Declaração e a ele negar provimento, nos termos do voto. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 10 de Maio de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300198-53.2015.8.05.0250 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma EMBARGANTE:Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): EMBARGADO: ARLEN ANDRADE DA RESSURREICAO Advogado (s): RELATÓRIO Cuida-se de Embargos de Declaração com efeitos infringentes opostos pelo Ministério Público do Estado da Bahia contra o Acórdão que, à unanimidade de votos, deu provimento parcial à Apelação Criminal interposta por Arlen Andrade da Ressureição, para redimensionar a pena fixada na Sentença e declarar a extinção da punibilidade daquele, pela prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa. Por meio do petitório, sustenta o Embargante a existência de omissão no Acórdão, decorrente da não apreciação dos argumentos trazidos no Parecer Ministerial, sobre a possibilidade de “reformatio in pejus qualitativa”. Alega a esse respeito que o Embargado não faria jus à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, e, dado que não houve insurgência do Parquet, a fração aplicada na Sentença não poderia ser modificada, na medida em que há fundamentos concretos para afastar a concessão máxima do benefício. Aduz que a realização de ajustes na análise da aplicação da pena, que não ocasionem o seu aumento, não fere o princípio que veda a reformatio in pejus, de tal modo que “caso o Tribunal entenda adequado complementar ou reparar os fundamentos da sentença, em recurso exclusivo da defesa, sem aumento do quantum de pena, não haveria reformatio in pejus”. Pelas razões aduzidas, pugna pelo conhecimento e provimento dos embargos, com efeito infringente, para que seja mantida a aplicação da causa de diminuição no patamar definido na Sentença condenatória, afastando, por via de consequência, a prescrição. Intimada a Defensoria Pública do Estado da Bahia, em duas oportunidades, para apresentação de contrarrazões, conforme documentos de ID 24524518 e ID 24524523, esta ficou inerte, manifestando, tão somente, ciência do Acórdão, na petição de ID 24524520, tendo sido o fato certificado no ID 26950591. É o relatório. Des. Nilson Castelo Branco

– 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300198-53.2015.8.05.0250 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma EMBARGANTE: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): EMBARGADO: Arlen Andrade da Ressureição Advogado (s): VOTO O recurso é tempestivo e, estando presentes os demais requisitos de admissibilidade, notadamente o apontamento de suposto vício na deliberação colegiada, passível, em tese, de integração, deve ser conhecido. Preambularmente, como critério norteador para o deslinde da matéria suscitada, impende consignar que os Embargos de Declaração ostentam função tão somente processual, a indicar que não se destinam à modificação do julgado, mas ao esclarecimento e elucidação de seu alcance e fundamentos. Não se constitui, por isso, como meio apropriado para que a parte, sob o disfarçado argumento de existência de contradição, obscuridade ou omissão no Acórdão embargado, exponha entendimento contrário ao que nele se expressou, com o objetivo de provocar o reexame de questão decidida. Impossível, portanto, o manejo do presente recurso com o fito de se obter nova valoração acerca dos fatos tratados no processo, ou revolvimento de provas. Cabe, no entanto, matizar, na esteira do entendimento consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, que “a atribuição de efeitos modificativos aos embargos declaratórios é possível apenas em situações excepcionais, em que sanada a omissão, contradição ou obscuridade, a alteração da decisão surja como consequência lógica e necessária” (STJ – EDcl nos EDcl no REsp: 1185260 GO 2010/0044781-6, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 26/04/2011, T3 – TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/05/2011). Nesta senda, cabe, aqui, analisar se as impugnações vertidas consubstanciam omissão no Acórdão embargado e se há possibilidade de modificação excepcional da decisão colegiada à luz dos argumentos deduzidos. Pois bem, ao meticoloso exame das matérias suscitadas pelo Embargante, verifica-se que, o inconformismo não merece amparo. Confira-se o trecho da deliberação embargada: (...) requer o Apelante a redução da pena infligida com aplicação da causa de diminuição de pena, reconhecida na Sentença, na fração máxima de 2/3 (dois) terços. A esse respeito, aduz que a ausência de fundamentação sobre a escolha do patamar redutor deve conduzir a sua aplicação de modo favorável ao réu, com a diminuição máxima prevista em lei. Extrai-se dos autos que o Magistrado calibrou a reprimenda nos seguintes termos: Em atendimento ao disposto no art. 59 do Código Penal (CP) e em cotejo com os elementos existentes no processo, tendo em vista à culpabilidade do Réu, considera-se que já se pacificou nos tribunais superiores que a culpabilidade prevista no artigo 59 do Código Penal refere-se exclusivamente ao agente, dizendo respeito à censurabilidade/reprovabilidade de sua conduta. Considerando ainda que a circunstância judicial da culpabilidade deve, hoje, ser entendida e concretamente fundamentada na reprovação social que o crime e o autor do fato merecem (SCHMITT, Ricardo Augusto, SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA, 6ª Edição, Ed. Podvim, Salvador, p. 82) é que entendo que a conduta do Acusado merece reprovação pela prática do ato, uma vez que o narcotráfico gera reflexos negativos e devastadores em nossa sociedade, destruindo famílias e jovens. É um mal que se alastra e atinge a sociedade como um todo, estando diretamente ligado a outros crimes, como o contrabando de armas, homicídios, roubos, extorsões, dentre outros. Além disso, o Acusado contava com vinte anos de idade na época dos fatos e sua livre adesão à prática de crime demonstra desprezo pelas normas legais e morais. O Réu é tecnicamente primário. No que pertine aos antecedentes,

verifica-se, como antes pontuado, que há nos autos indícios de que o Réu se dedica à atividade criminosa, e que responde a outros processos criminais, consoante se vê às fls. 108. Conduta social não apurada. Os motivos do crime não o justificam, as circunstâncias do crime são comuns à espécie; as consequências foram normais ao fato; por fim; a situação econômica do Réu não é boa, outras circunstâncias quanto à sua personalidade e conduta social não comportam maiores apreciações, ante a ausência nestes autos de elementos autorizadores para tanto. Assim, com estas considerações e com relação ao crime capitulado no art. 33, caput da Lei 11.343/2006 – Tráfico Ilícito de Drogas, vista dessas circunstâncias analisadas individualmente é que fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão pela violação do artigo supracitado da Lei 11.343/2006.

Considerando a circunstância atenuante da menoridade relativa, prevista no art. 65, inciso I do Código Penal (CP), atenuo a pena em 06 (seis) meses, fixando-a em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Não há circunstâncias agravantes a serem valoradas, ou ainda causa de aumento de pena. Por outro lado, em virtude do que se apurou, o Acusado preenche as exigências do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, ou seja, a pena poderá ser reduzida de um sexto a dois terços, visto que ficou demonstrado que o Réu é tecnicamente primário, de bons antecedentes e, aparentemente, não integrava organização criminosa. Em consequência, reduzo a pena em 1/6 (um sexto) para torná-la definitiva em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, pena que deverá ser cumprida em regime aberto, em estabelecimento adequado, na medida em que a pena aplicada restou fixada abaixo de 04 (quatro) anos. Adotando os mesmos critérios empregados para a aplicação da pena privativa de liberdade, aplico ao condenado a pena de multa, no montante de 40 (quarenta) dias-multa, fixando, de acordo com sua situação econômica, o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato. Segundo se verifica da leitura do decisor, na primeira fase da dosimetria a pena foi calibrada no mínimo legal, não havendo nenhuma valoração negativa quanto às circunstâncias do crime, natureza, toxicidade, quantidade nem variedade de drogas, restando estabelecida em 05 (cinco) anos de reclusão. Na segunda fase, o Magistrado afirmou não existir agravante incidente na espécie, mas reconheceu a aplicação da atenuante da menoridade relativa, prevista no art. 65, I, do CP, dado que o réu, nascido em 12/11/1994, possuía, ao tempo do fato perpetrado no dia 27/12/2014, 20 (vinte) anos de idade, para, assim, reduzir a pena para 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Por fim, na terceira e última fase, afirmou que “o Acusado preenche as exigências do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, ou seja, a pena poderá ser reduzida de um sexto a dois terços, visto que ficou demonstrado que o Réu é tecnicamente primário, de bons antecedentes e, aparentemente, não integrava organização criminosa”. Com este parâmetro e juízo de valor concluiu: “Em consequência, reduzo a pena em 1/6 (um sexto) para torná-la definitiva em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, pena que deverá ser cumprida em regime aberto, em estabelecimento adequado, na medida em que a pena aplicada restou fixada abaixo de 04 (quatro) anos. Adotando os mesmos critérios empregados para a aplicação da pena privativa de liberdade, aplico ao condenado a pena de multa, no montante de 40 (quarenta) dias-multa, fixando, de acordo com sua situação econômica, o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato”. A leitura do trecho transcrito revela que não foi apresentado na Sentença nenhum critério ou justificativa para a escolha do patamar redutor. Além disso, não há explicitação concreta, no procedimento

dosimétrico, da valoração negativa das circunstâncias da conduta especificamente praticada pelo réu, relativas à natureza, quantidade ou variedade das drogas destinadas à comercialização ilícita. Assim, uma vez declinado no ato judicante que o réu é primário, possui bons antecedentes e não integra organização criminosa, é de rigor reconhecer, à falta de elementos de valoração desfavoráveis, que, nesse ponto, razão assiste à defesa, para efeito de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços). Tanto mais porque não caberia a este Órgão Fracionário agregar fundamentação à Sentença, sob pena de incorrer em indevida reformatio in pejus. Destarte, torna-se definitiva a reprimenda, com a redução de 2/3 (dois terços), em 01 (um) ano e 06 (seis) de reclusão, no regime inicial aberto, mantendo-se a pena de multa estipulada na Sentença, de modo favorável ao réu, em 40 (quarenta) dias-multa, na fração unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato. Redimensionada a pena, é de rigor reconhecer, de ofício, a extinção da punibilidade do réu, pela prescrição da pretensão punitiva, na modalidade retroativa, com espeque no art. 107, IV, c/c os arts. 110, 115 e 109, V, do CP. Com efeito, consoante estabelecido no art. 115, do CP, são reduzidos de metade os prazos de prescrição quando o criminoso era, ao tempo do crime, menor de 21 (vinte e um) anos, ou, na data da sentença, maior de 70 (setenta) anos. Assim, considerado que a pena redimensionada prescreve em 04 (quatro) anos (art. 109, V, do CP) e que, para o réu, este prazo deve ser computado pela metade; bem como que, entre a data do recebimento da denúncia, ocorrida no dia 15/10/2015 (fl. 51), e a Sentença, proferida no dia 03/10/2019 (fls. 111/121), transcorreu o lapso temporal de 03 (três) anos, 11 (onze) meses e 18 (dezoito) dias, tem-se por caracterizada a perda do poder punitivo estatal em face do decurso do tempo. (Acórdão embargado). Em que pese as razões expendidas pelo Embargante, não há que se cogitar de omissão no Acórdão fustigado, na medida em que claramente explicitada a inviabilidade de se proceder, nesta Segunda Instância, na ausência de recurso da acusação, à modificação ou integração dos fundamentos constantes da Sentença proferida pelo Juízo de Primeiro Grau para, assim, tornar factível a pretensão manifestada, tão somente, nesta Segunda Instância, pela Doute Procuradoria de Justiça, com vistas à outorga de valor negativo à "existência de ações penais em curso", em detrimento do Embargado, na dosimetria, por implicar, semelhante proposta, em hipótese de reformatio in pejus. Saliente-se, que, diferentemente do quanto sustentado nos embargos, o intuito de que seja reformado o Acórdão, para manter a pena estipulada na Sentença, importa em efetiva afronta ao art. 617, do CPP. Explicita-se, por oportuno, a teor do disposto no Enunciado da Súmula nº 444, do Superior Tribunal de Justiça, que é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base (Enunciado n. 444 da Súmula do STJ, Terceira Seção, DJe 13/5/2010). Além disso, a postura encampada na Sentença, e não impugnada, na via própria, pelo Parquet, dado o trânsito em julgado da deliberação, por ausência de interposição de Apelação Criminal, encontra-se alinhada aos precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que "inquéritos policiais e/ou ações penais ainda sem a certificação do trânsito em julgado não constituem fundamento idôneo a justificar o afastamento do redutor descrito no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, em observância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade". Neste ponto, destaque-se, entre outros, os seguintes julgados: EMENTA 1. Agravo regimental no habeas corpus. 2. Penal e

Processo Penal. 3. Tráfico de drogas. 4. Incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4ª, da Lei 11.343/2006. Fundamentação abstrata para lastrear o afastamento do tráfico privilegiado. 5. À luz do princípio constitucional da presunção da não culpabilidade, a existência de inquéritos ou ações penais em curso não constitui fundamento válido para afastar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas. Precedentes. 6. Ausência de argumentos capazes de infirmar a decisão agravada. 7. Agravamento regimental desprovido. (STF – HC 211327 AgR / SP – SÃO PAULO – Relator (a): Min. GILMAR MENDES – Julgamento: 11/03/2022 – Publicação: 22/03/2022 – Órgão julgador: Segunda Turma – DJe-054 DIVULG 21-03-2022 PUBLIC 22-03-2022). EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. PRESENTE SITUAÇÃO APTA A EXCEPCIONAR ESSE ENTENDIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AÇÃO PENAL EM CURSO. INVIABILIDADE. PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME INICIAL. 1. Inadmissível o emprego do habeas corpus como sucedâneo de recurso ou revisão criminal, ressalvado, nesta última hipótese, serem os fatos incontroversos e presente situação excepcional de flagrante ilegalidade ou teratologia que autorize a concessão da ordem de ofício. Precedente. 2. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal é no sentido de que a existência de inquéritos ou ações penais em andamento não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Precedentes. 3. Considerada a primariedade, a não incidência de antecedentes criminais ostentados pelo Recorrente, a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis (fixada a pena-base no mínimo legal), a quantidade de droga não expressiva e a inexistência de fortes indícios de envolvimento, ou de maior responsabilidade com organização criminosa, ou de dedicação ao crime, impõe-se o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, no patamar de 2/3 (dois terços), e a fixação do regime prisional aberto. 4. Agravamento regimental conhecido e não provido. (STF – RHC 205080 AgR / RS – Relator (a): Min. ROSA WEBER – Julgamento: 04/10/2021 – Publicação: 07/10/2021 – Órgão julgador: Primeira Turma DJe-200 DIVULG 06-10-2021 PUBLIC 07-10-2021) AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CONDENAÇÃO AINDA NÃO TRANSITADA EM JULGADO. NATUREZA DA DROGA. DESPROPORCIONAL. FUNDAMENTO INIDÔNEO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser dessa causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante. 2. O Supremo Tribunal Federal, por ambas as Turmas, possui o entendimento de que inquéritos policiais e/ou ações penais ainda sem a certificação do trânsito em julgado não constituem fundamento idôneo a justificar o afastamento do redutor descrito no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, em observância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Ressalva deste relator. 3. A quantidade de drogas apreendidas em poder do paciente – 9,9 g de crack e 4,1 g de cocaína –, mesmo considerada sua natureza deletéria, não se mostra excessivamente elevada a ponto de, por si só, levar à conclusão de que ele se dedica a atividades criminosas, notadamente quando verificado que, ao tempo do

delito, era tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes e que, no contexto da prisão em flagrante, não foram apreendidos outros apetrechos destinados à traficância. 4. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no HC 641.362/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 30/06/2021). AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. RECONSIDERAÇÃO. INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL DEVIDAMENTE IMPUGNADA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INCIDÊNCIA. 1. Efetivamente impugnados os fundamentos da decisão de inadmissão do recurso especial, o agravo merece ser conhecido, em ordem a que se evolua para o mérito. 2. A Sexta Turma desta Corte, alinhando-se ao Supremo Tribunal Federal, passou a adotar a orientação de que "inquéritos policiais e/ou ações penais ainda sem a certificação do trânsito em julgado não constituem fundamento idôneo a justificar o afastamento do redutor descrito no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, em observância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade" (AgRg no HC 641.362/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 30/06/2021). 3. Não obstante a natureza das drogas – cocaína e ecstasy –, a quantidade de 33g de cocaína e 1 comprimido de ecstasy não se mostra relevante para a fixação da pena-base acima do mínimo legal. 4. Agravo regimental provido para conhecer do agravo e prover o recurso especial. Restabelecimento da sentença de primeiro grau, que estabeleceu a condenação em 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e 166 dias-multa (com aplicação do redutor do tráfico), com extensão à corré Vitória Carolina Figueiredo Marmentini (art. 580 – CPP). (STJ – AgRg no AREsp 1956084/PR, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 13/12/2021). Embora o entendimento dos Tribunais Superiores acerca da matéria não seja vinculante, não é possível afastar a legitimidade da Sentença proferida pelo Magistrado Primevo, na medida em que esta se mostra compatível com os critérios decisórios supra transcritos. Destarte, inviável, por via transversa, na ausência de recurso da acusação e, em franca oposição aos vetores estabelecidos pelos Tribunais Superiores, admitir a valoração negativa de circunstância não prevista em lei, qual seja, a “existência de ações penais em curso”, para, assim, modular, de modo desfavorável ao réu, a causa de diminuição de pena estabelecida no § 4º, da Lei 11.343/2006. O texto legal é claro: Art. 33, § 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”. Sob essa perspectiva, partindo da premissa de que: a) foi firmada na Sentença a aplicação da causa de diminuição de pena, por se tratar, o Embargado, de réu primário, de bons antecedentes, que não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização criminosa, e de que, b) com o trânsito em julgado da Sentença, para acusação, o debate a respeito da possibilidade de “ações penais em curso” serem utilizadas para afastar a incidência da minorante do § 4º, da Lei 11.343/2006, encontra-se, neste feito, superada, não é possível, admitir, sem incorrer em manifesta contrariedade à lei, tal como postulado pelo Embargante, que “ações penais em curso” possam vir a ser utilizadas em novo locus valorativo, desta feita, para modulação da fração de diminuição do § 4º, da Lei 11.343/2006, de modo desfavorável ao réu. Tanto mais porque, repita-se, se trata de Acórdão em face de apreciação de recurso exclusivo da defesa. CONCLUSÃO Ante o exposto, voto pelo conhecimento e rejeição dos Embargos de Declaração opostos pelo Ministério

Público do Estado da Bahia, mantendo-se, integralmente, o teor do Acórdão impugnado. É como voto. Des. Nilson Castelo Branco Relator