

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0504049-71.2017.8.05.0113 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotora de Justiça: APELADO: Advogado ( Procuradora de Justiça: ACORDÃO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO MINISTERIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. RECORRIDO CONDENADO À PENA DE 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA INICIALMENTE EM REGIME ABERTO, E AO PAGAMENTO DE 166 (CENTO E SESENTA E SEIS) DIAS-MULTA EQUIVALENTE A 1/30 DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO FATOS. EXTINTA A PUNIBILIDADE POR INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA, NOS TERMOS DO ART. 109, V, C/C ART. 110, § 1º, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA, AFASTANDO A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA INSERTA NO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006 – INACOLHIMENTO – A EXISTÊNCIA DE AÇÕES PENAIIS OU INQUÉRITO EM ANDAMENTO, POR SI SÓ, NÃO AFASTA O INCIDÊNCIA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, CONFORME TESE JURÍDICA Nº 1139 DO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS DO STJ. RECORRIDO NÃO POSSUI CONDENACÃO COM TRÂNSITO EM JULGADO QUE CARACTERIZE REINCIDÊNCIA, SENDO DETENTOR DE APENAS 01 (UM) PROCESSO EM CURSO. CABÍVEL A REDUÇÃO DA PENA NA FRAÇÃO MÁXIMA DE REDUÇÃO DE 2/3 DA CAUSA. PENA CORRETAMENTE FIXADA PELO JUÍZO A QUO, COM POSTERIOR RECONHECIMENTO DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO RECORRIDO PELA INCIDÊNCIA DA PRESCRIÇÃO RETROATIVA. ENTRE RECEBIMENTO DA DENÚNCIA (27/08/2018) E PUBLICAÇÃO DA SENTENÇA (03/02/2023) TRANSCORRERAM MAIS DE 04 ANOS. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal, tombados sob n.º 0504049-71.2017.8.05.0113, oriundos da 2ª Vara Criminal da Comarca de Itabuna (BA), tendo, como Recorrente, MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, e, como Recorrido, . ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em CONHECER E NEGAR PROVIMENTO ao recurso ministerial, de acordo com do voto da Relatora que foi vertido nos seguintes termos: Salvador/BA, de de 2023. Presidente Desa. Relatora Procurador (a) de Justiça PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 1 de Agosto de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0504049-71.2017.8.05.0113 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotora de Justiça: APELADO: Advogado (s): Procuradora de Justiça: RELATÓRIO Cuida-se de Recurso de Apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, insurgindo-se contra a sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Itabuna (BA), cujo relatório adoto, que condenou o Recorrido pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão em regime aberto, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, cada qual correspondente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo à época do fato, substituindo a pena privativa por duas restritivas de direito consistentes na prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária correspondente a 01 (um) salário mínimo em favor da instituição beneficente indicada pelo Juízo da Execução, com posterior extinção da punibilidade pela incidência da prescrição retroativa, nos termos dos arts. 109, V, e 110, § 1º, todos do Código Penal. Irresignado, o

Ministério Público do Estado da Bahia interpôs Recurso de Apelação, postulando, em suas razões, pela reforma da sentença para afastar a causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, e, por conseguinte o não reconhecimento da extinção da punibilidade pela incidência da prescrição retroativa (Doc. 42988330). Em contrarrazões recursais, a Defesa técnica rebateu as alegações ministeriais, requerendo a manutenção integral da sentença (Doc. 42988334). Encaminhado o caderno processual à Procuradoria de Justiça, esta opinou pelo conhecimento e provimento parcial do recurso, reformando a pena, reduzindo a fração da causa especial de diminuição da pena, insere no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para 1/6, afastando a extinção da punibilidade do Recorrido em razão da prescrição (Doc. 47015529). Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. Salvador/BA, 12 de julho de 2023. Desa. Relatora

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0504049-71.2017.8.05.0113 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotora de Justiça: APELADO: Advogado (s): Procuradora de Justiça: VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade recursal, conheço da apelação. Narra a denúncia que, no dia 16/07/2017, o ora Recorrido, por volta das 10h30m, no Bairro Nova Ferradas, na Cidade de Itabuna-Ba, foi flagrantado por trazer consigo 10 papелotes de cocaína. Constatou ainda na exordial acusatória que a guarnição da polícia militar efetuava ronda de rotina quando avistou um indivíduo, em atitude suspeita, que ao visualizar a viatura policial, dispensou um saco plástico pequeno no chão, momento em que os policiais se aproximaram e constataram que o objeto dispensado se tratava de 10 (dez) papелotes de uma substância aparentando ser cocaína. Pugna o Ministério Público pela reforma da sentença, de modo a afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, o denominado tráfico privilegiado, e a consequente não extinção da punibilidade do Recorrido pela incidência da prescrição na modalidade retroativa. Alega o Parquet que, a condenação do Apelado no processo de nº 0305575-68.2018.8.05.0001, pelos crimes de associação para o tráfico de drogas e organização criminosa, é motivo suficiente para afastar a concessão da causa de diminuição, comprovando a dedicação do réu ao tráfico de drogas com habitualidade. Por sua vez, a defesa do réu, em contrarrazões recursais, alegou que a jurisprudência pátria é no sentido de que a existência de ações penais em andamento não obsta a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, bem como não existirem circunstâncias desfavoráveis elencadas no art. 59 do Código Penal consideradas desfavoráveis ao Apelado, de forma que deve a sentença ser mantida em todos os seus termos, inclusive, no que se refere à extinção da punibilidade do Recorrido pela incidência da prescrição. Por sua vez, a Douta Procuradoria de Justiça entendeu que agiu corretamente o juízo primevo ao reconhecer o tráfico privilegiado, todavia, deve ser aplicado o redutor de 1/6, levando em consideração que a ação penal em andamento se refere à imputação de crime de organização criminosa e associação para o tráfico, não havendo que se falar em extinção de punibilidade pela incidência da prescrição retroativa. Da leitura do decisum vergastado, percebe-se que o juízo primevo reconheceu o tráfico privilegiado, reduzindo a pena em 2/3, por entender que o Recorrido preenche os requisitos exigidos pelo ordenamento pátrio, embora responda a uma ação

penal com condenação provisória por associação para o tráfico e organização criminosa, senão vejamos: “(...) Causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da lei nº 11.343/2006. Incidência. Consoante o preceito insculpido no art. 33, § 4º, da lei nº 11.343/2006, a pena do tráfico poderá ser reduzida no patamar de um sexto a dois terços, desde que o agente, cumulativamente, seja primário, apresente bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. In casu, o réu não apresenta antecedentes criminais nem reincidência. A quantidade de droga em tela é muito reduzida e foi apreendida em circunstâncias despidas de indicação de habitualidade do exercício do tráfico. É bem verdade que, a teor dos documentos de ids 205762819, 205762873 e 205762874 e seus desdobramentos, há informações de que o ora réu integraria determinada organização criminosa, tendo sido, inclusive, provisoriamente condenado pela prática desse delito e do crime de associação ao tráfico (ação penal nº 0305575-68.2018.8.05.0113). Todavia, os elementos probatórios alusivos à integração ou associação criminosa (áudios provenientes de interceptação telefônica) não foram acostados pela Polícia Civil ou pelo MP, inviabilizando o seu conhecimento por este Juízo. Por conseguinte, inevitável a aplicação da minorante. Conclusão. Desse modo, impõe-se a condenação do denunciado pelo cometimento do delito tipificado no art. 33, § 4º, da lei nº 11.343/2006. III – DO DISPOSITIVO PENAL Ante o exposto, julgo procedente o pedido para condenar, já qualificado nos autos, nas penas do delito descrito no art. 33, caput e § 4º, da lei nº 11.343/2006, bem como ao pagamento de custas e despesas processuais. IV – DOSIMETRIA PENAL IV. (a) – Pena privativa de liberdade Pena-base Considerações preliminares. Antes de mais nada, convém asseverar que a presença de uma só circunstância judicial desfavorável autoriza a aplicação da pena-base acima do mínimo legal (STF: HC 76196/GO; HC 88968/SP; RHC 91162/RJ; HC 86301/PE) e, à medida em que outras sejam reconhecidas, a pena básica há de se distanciar do mínimo, alcançando termo médio e aproximando-se do máximo (STJ: REsp 1020228/SE; HC 76535/MT; HC 137072/M; HC 100843/MS). Em se tratando de crimes de tráfico, hão de preponderar sobre as circunstâncias gerais do art. 59 do CP “a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente” (art. 42 da lei nº 11.343/2006). Espécie e quantidade de droga. Em atenção à regra do art. 42 da lei nº 11.343/2006, malgrado a droga apreendida (cocaína) seja dotada de elevado poder lesivo, a quantidade revela-se muito reduzida. Tal cenário não justifica apenamento acima do mínimo legal. Personalidade. Não se dispõe de elementos precisos ou concretos que permitam a valoração negativa acerca da personalidade do acusado. Conduta social. Salvo no tocante aos fatos em si mesmos, nada há de concreto e autônomo que permita a valoração negativa no âmbito da conduta social. Antecedentes criminais. O réu não ostenta antecedência criminal. Consequências. As consequências do crime (dano social) são imanentes ao tipo, havendo de ser desprezadas, sob pena de bis in idem. Motivo. A motivação reside na obtenção de lucro fácil, algo imanente ao tipo penal, havendo de ser desprezada. Circunstâncias do crime. Não há circunstâncias autônomas que justifiquem apenamento além do mínimo. Culpabilidade. A ré agiu com culpabilidade normal à espécie, nada havendo, neste ponto, que justifique o apenamento acima do mínimo legal. Quantum. Ausentes circunstâncias desfavoráveis, fixo a pena básica no seu mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão. Da pena provisória Ausentes agravantes e atenuantes genéricas, converto a pena básica em provisória. Da pena definitiva Presente a minorante do art. 33, § 4º, da lei nº

11.343/2006, diminuo a pena básica em 2/3, fixando a pena, definitivamente, em 01 (um) ano de 08 (oito) meses de reclusão. Do regime inicial de cumprimento de pena Dada a quantidade de pena aplicada, a primariedade e a ausência de circunstâncias desfavoráveis, fixo o regime inicial aberto, a teor do art. 33, §§ 2º, 'c', e 3º, do CP, e do art. 42 da lei nº 11.343/2006. Da substituição da pena privativa de liberdade por medidas alternativas Sobretudo em função da primariedade e dos bons antecedentes do réu, impõe-se a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas alternativas restritivas de direitos (art. 44, incs. I a III e § 2º, do CP). Como medida restritiva de direitos, considero suficiente à hipótese dos autos, dadas as peculiaridades do caso, a prestação de serviços à comunidade e a prestação pecuniária equivalente a 01 (um) salário mínimo em favor da instituição beneficente indicada pelo Juízo de Execução. IV. (b) – Da pena de multa A despeito dos respeitáveis argumentos em contrário, crê-se que a sanção de multa, privilegiando-se o princípio da individualização da pena, há de resguardar relação de proporcionalidade com a reprimenda privativa de liberdade aplicada, havendo de se levar em consideração não exclusivamente as condições econômicas dos réus, mas também circunstâncias judiciais e as agravantes e atenuantes genéricas e as causas especiais de aumento ou diminuição de pena eventualmente incidentes. Em face das circunstâncias judiciais supra-examinadas, fixo a pena básica pecuniária em 500 (quinhentos) dias-multa, mínimo legal, convertida imediatamente em provisória em face da ausência de agravantes e atenuantes genéricas, sucessivamente reduzida em 2/3 (dois terços) face à causa especial de diminuição de pena, estabelecendo-a definitivamente em quantum equivalente a 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. Considerando o grau de pobreza do réu, estabeleço cada dia-multa em valor correspondente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do evento delituoso (art. 43 da lei nº 11.343/06). V – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PRESCRIÇÃO RETROATIVA. Tendo em vista a pena aplicada, passados mais de quatro anos desde a data do recebimento da denúncia, importa o reconhecimento da prescrição (art. 109, V, c/c art. 110, § 1º, do CP) (...)" – Destaquei. O cerne da questão da apelação, portanto, é verificar se agiu corretamente o magistrado ao reconhecer o denominado tráfico privilegiado, reduzindo a pena em 2/3, com a consequente extinção da punibilidade pelo reconhecimento da prescrição na modalidade retroativa. A referida causa de diminuição de pena estabelece que: § 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. Ora, pretendeu o legislador, por uma questão de política criminal, beneficiar o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que ainda não está inserido no mundo do crime, exigindo-se, para tanto, que preencha ele, de forma cumulativa, os 04 requisitos estipulados pela norma. A existência de ação penal em andamento, inquéritos ou atos infracionais, por si só, não caracteriza a dedicação a atividade criminosa, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, fixou o tema 1.139, segundo o qual: "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." No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal, cuja ementa ora transcrevo: EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 AFASTADA COM FUNDAMENTO EM PROCESSOS EM CURSO. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO

REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (Julgado em 06/12/2019, SEGUNDA TURMA AG.REG. NO HABEAS CORPUS 175.466 SÃO PAULO RELATORA : MIN. ) No que se refere ao fato da ação em andamento apurar crime de associação para o tráfico e organização criminosa, o próprio magistrado reconhece a existência de tal ação, mas assevera que “os elementos probatórios alusivos à integração ou associação criminosa (áudios provenientes de interceptação telefônica) não foram acostados pela Polícia Civil ou pelo MP, inviabilizando o seu conhecimento por este Juízo”. Desta forma, não há qualquer reparo a ser feito na sentença impugnada, não existe subsídio suficiente para afastar o reconhecimento do tráfico privilegiado e a aplicação da fração máxima de diminuição no patamar de 2/3 (dois terço), e a consequente extinção da punibilidade pela incidência da prescrição retroativa. Sobre este tema, importante destacar que não houve o recebimento formal da denúncia, todavia, considero a data de 27/08/2018, quando o juízo primevo designou audiência de instrução e julgamento, após a apresentação da defesa preliminar (Doc. 30311457). Ora, entre a publicação da sentença (03/02/2023) e o recebimento da denúncia (27/08/2018), já transcorreu mais de 04 anos, tempo suficiente para a incidência da prescrição na modalidade retroativa, considerando a pena em concreto fixada, qual seja, 01 ano e 08 meses de reclusão, nos termos do art. 109, inciso V, do Código Penal. CONCLUSÃO Por tudo quanto exposto, deixo de acolher o pleito recursal Ministerial de afastamento do tráfico privilegiado, bem como em manter o redutor de 2/3, mantendo-se a sentença em todos os seus termos. Ex positis, acolhe esta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o voto pelo qual se CONHECE e NEGA PROVIMENTO ao apelo ministerial, mantendo-se integralmente a sentença combatida. . Salvador, de de 2023. Desa. Relatora