

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0509794-09.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: GABRIEL FERREIRA SANTOS Advogado (s): UBIRAMAR CAPINA BARBOSA APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): ACORDÃO EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006. PRELIMINAR: ALEGAÇÃO DE NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS POR SUPOSTA VIOLÊNCIA POLICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO: PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE USO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA SUBSIDIAR O ÉDITO CONDENATÓRIO EM RELAÇÃO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. IMPROCEDÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS CABALMENTE COMPROVADAS. ACERVO PROBATÓRIO COESO E HARMÔNICO ENTRE SI. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS PARTICIPANTES DO FLAGRANTE DELITO. PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA PENAL ADEQUADA. RAZOÁVEL QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS E SUA NOCIVIDADE QUE JUSTIFICAM A ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA. REQUERIMENTO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. DEFERIDO. UTILIZAÇÃO DE AÇÃO PENAL EM CURSO PARA AFASTAR A BENESSE LEGAL. A materialidade delitiva restou comprovada através do Auto de Prisão em Flagrante, do Auto de Exibição e Apreensão (id. 27541674 – p. 05), do Laudo de Constatação (id. 27541672 – p. 11) e do Laudo Pericial Definitivo (id. 27541712), cujo teor atestou se tratar de maconha e de cocaína, substâncias de uso proscrito no Brasil. De igual maneira, a autoria delitiva demasiadamente comprovada através dos depoimentos extrajudiciais e judiciais dos agentes públicos que realizaram a abordagem que culminou com a prisão do Apelante, os quais estão coesos e harmônicos entre si, com a descrição pormenorizada dos fatos, bem como em consonância com as demais provas carreadas aos autos. No caso vertente, conforme se depreende da sentença vergastada, o MM. Juízo de primeiro grau valorou negativamente, acertada e fundamentadamente, a relevante quantidade de substância entorpecente e a sua nocividade (31 porções de maconha e 41 porções de cocaína), justificando-se, pois, a aplicação da pena-base acima do mínimo legal. Da análise dos autos, constata-se que o Juízo sentenciante não aplicou a causa especial de diminuição de pena porque considerou que o Apelante ostenta uma ação penal em curso em seu desfavor. Contudo, a incidência da benesse legal não pode ser afastada com base em inquéritos policiais e ações penais em curso, sob pena de violar o princípio da presunção de inocência. Desse modo, impõe-se a reforma da sentença para aplicar a causa especial de diminuição de pena, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no patamar de 2/3 (dois terços). Assim, na terceira fase da dosimetria penal, concorre a causa especial de diminuição de pena, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, razão pela qual diminuo a pena intermediária de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão em 2/3 (dois terços), passando a dosá-la em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, tornando-a definitiva nesse patamar. De igual maneira, redimensiono a sanção pecuniária para 110 (cento e dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato. APELO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 0509794-09.2019.8.05.0001, oriundo da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador-BA, figurando, como Apelante, GABRIEL FERREIRA SANTOS, e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de

votos, em CONHECER, REJEITAR A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO, pelas razões e termos expostos no voto que se segue. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 6 de Fevereiro de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0509794-09.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: GABRIEL FERREIRA SANTOS Advogado (s): UBIRAMAR CAPINA BARBOSA APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): RELATÓRIO GABRIEL FERREIRA SANTOS, inconformado com a sentença penal condenatória proferida (id. 27541801), da lavra do M.M. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE TÓXICOS DA COMARCA DE SALVADOR-BA, que o condenou, pela prática do delito capitulado no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, sendo cada dia-multa correspondente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, interpôs Recurso de Apelação Criminal. Narra a denúncia que: “o ora denunciado trazia consigo substâncias entorpecentes de uso proscrito no Brasil. Segundo os autos do procedimento inquisitorial, policiais militares em ronda na localidade acima mencionada, local bastante conhecido pelo comércio de drogas ilícitas, bem como pela rivalidade entre facções que disputam o domínio do tráfico local, avistaram o ora denunciado e outro indivíduo, os quais, ao perceberem a presença policial, empreenderam fuga pulando diversos muros de residências, sendo, em seguida, alcançados. Ato contínuo, realizaram revista em ambos, nada de ilícito sendo encontrado com o outro indivíduo, porém, com o ora denunciado, fora encontrado, dentro da mochila que trazia consigo, 31 (trinta e uma) porções de maconha, massa bruta de 47,84g (quarenta e sete gramas e oitenta e quatro centigramas) e 41 (quarenta e uma) porções de cocaína, sob a forma de pedras, massa bruta de 5,30g (cinco gramas e trinta centigramas), além da quantia de R\$ 5,90 (cinco reais e noventa centavos) e dois aparelhos celulares, conforme auto de exibição e apreensão de fl. 20, bem como laudo pericial de fl. 34. A droga apreendida fora periciada em caráter preliminar, tendo o laudo concluído que se tratava de cocaína e maconha, substâncias psicotrópicas de uso proscrito no Brasil, restando comprovada a materialidade do delito, consoante laudo de fl. 34. Em seus depoimentos, os policiais informaram que o ora denunciado é o responsável pelo tráfico de drogas na região de Agda Ferreira, bem como suspeito de ser autor de três homicídios recentes, ocorridos na Rua J. Silvestre, bairro da Sussuarana e o terceiro na Rua São Domingos, no bairro de São Marcos, nesta capital.” Finalizada, pois, a instrução criminal e apresentadas as alegações finais, sobreveio a referida sentença condenatória em desfavor do Apelante. Irresignado, o condenado, por intermédio da Defensoria Pública, interpôs Recurso de Apelação, requerendo: preliminarmente, a nulidade da prova obtida em virtude de suposta violência policial; no mérito, a reforma da sentença para absolvê-lo, em virtude da ausência de provas para subsidiar o édito condenatório, ou, subsidiariamente, para aplicar a causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado e fixar a pena-base no mínimo legal (id. 48966755). O Parquet apresentou contrarrazões recursais pugnando pelo não provimento do apelo, para manter a sentença condenatória em sua integralidade (id. 48966757). A Procuradoria de Justiça se manifestou opinando pelo conhecimento e provimento parcial do apelo, apenas para aplicar a causa especial de diminuição de pena (id. 49768469).

Examinados os autos e lançado este relatório, submeto-os à apreciação do eminente Desembargador Revisor. É o relatório. Salvador, 19 de dezembro de 2023. Des. Aliomar Silva Britto Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0509794-09.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: GABRIEL FERREIRA SANTOS Advogado (s): UBIRAMAR CAPINA BARBOSA APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): VOTO Em sede de juízo de admissibilidade, verifica-se que os requisitos legais foram preenchidos, razão pela qual conheço do recurso. PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS EM VIRTUDE DE SUPOSTA VIOLÊNCIA POLICIAL. Em sede preliminar, o Apelante suscita a nulidade das provas obtidas por ocasião da prisão em flagrante, em razão de suposta violência policial. Contudo, apesar de constar no Laudo de Exame de Lesões Corporais a existência de escoriação no ombro e equimose violácea, essas lesões são condizentes com consequências da fuga empreendida pelo Apelante ao pular por muros. Lado outro, não restou evidenciada a prática de nenhum ato de violência pelos policiais que realizaram a prisão em flagrante, inexistindo qualquer vício processual. Com efeito, a tese de agressão sofrida pelo Apelante aponta a existência de violência ocorrida após a regular apreensão de drogas em sua posse, o que, por si só, já afasta a ilegalidade apontada. Desse modo, REJEITO A PRELIMINAR aventada. MÉRITO. Nas razões recursais, o Apelante requer a reforma da sentença para absolvê-lo, em virtude da ausência de provas para subsidiar o édito condenatório em relação ao crime de tráfico de drogas. Narra a denúncia que: “o ora denunciado trazia consigo substâncias entorpecentes de uso proscrioto no Brasil. Segundo os autos do procedimento inquisitorial, policiais militares em ronda na localidade acima mencionada, local bastante conhecido pelo comércio de drogas ilícitas, bem como pela rivalidade entre facções que disputam o domínio do tráfico local, avistaram o ora denunciado e outro indivíduo, os quais, ao perceberem a presença policial, empreenderam fuga pulando diversos muros de residências, sendo, em seguida, alcançados. Ato contínuo, realizaram revista em ambos, nada de ilícito sendo encontrado com o outro indivíduo, porém, com o ora denunciado, fora encontrado, dentro da mochila que trazia consigo, 31 (trinta e uma) porções de maconha, massa bruta de 47,84g (quarenta e sete gramas e oitenta e quatro centigramas) e 41 (quarenta e uma) porções de cocaína, sob a forma de pedras, massa bruta de 5,30g (cinco gramas e trinta centigramas), além da quantia de R\$ 5,90 (cinco reais e noventa centavos) e dois aparelhos celulares, conforme auto de exibição e apreensão de fl. 20, bem como laudo pericial de fl. 34. A droga apreendida fora periciada em caráter preliminar, tendo o laudo concluído que se tratava de cocaína e maconha, substâncias psicotrópicas de uso proscrioto no Brasil, restando comprovada a materialidade do delito, consoante laudo de fl. 34. Em seus depoimentos, os policiais informaram que o ora denunciado é o responsável pelo tráfico de drogas na região de Agda Ferreira, bem como suspeito de ser autor de três homicídios recentes, ocorridos na Rua J. Silvestre, bairro da Sussuarana e o terceiro na Rua São Domingos, no bairro de São Marcos, nesta capital.” O Juízo sentenciante condenou o Apelante, pela prática do delito capitulado no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, além do pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, sendo cada dia-multa correspondente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo. O artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 declina que: Art. 33. Importar, exportar,

remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. A materialidade delitiva restou comprovada através do Auto de Prisão em Flagrante, do Auto de Exibição e Apreensão (id. 27541674 – p. 05), do Laudo de Constatação (id. 27541672 – p. 11) e do Laudo Pericial Definitivo (id. 27541712), cujo teor atestou se tratar de maconha e de cocaína, substâncias de uso proscrito no Brasil. De igual maneira, a autoria delitiva demasiadamente comprovada através dos depoimentos extrajudiciais e judiciais dos agentes públicos que realizaram a abordagem que culminou com a prisão do Apelante, os quais estão coesos e harmônicos entre si, com a descrição pormenorizada dos fatos, bem como em consonância com as demais provas carreadas aos autos. Os policiais militares Fábio Silva de Andrade, Augusto Cesar Santos Castro e Vinicius Souza Nery prestaram depoimento judicial ratificando a versão apresentada perante a autoridade policial, no sentido de que existia a informação de que o Apelante seria um dos líderes do tráfico de drogas na região e, após receberem denúncia anônima de que estavam traficando drogas no local, razão pela qual se dirigiram até lá e o prenderam em flagrante em posse de maconha e cocaína, conforme excertos abaixo transcritos, respectivamente: “Que o depoente se recorda da diligência narrada na denúncia; que se recorda do réu aqui presente, como tendo sido a pessoa presa naquela ocasião; que aquela foi a primeira vez que o depoente teve contato com o réu pessoalmente, mas já tinha informação de que o mesmo era conhecido como RUSSO e que seria um dos líderes do tráfico no local; que a diligência foi de rotina e o acusado não era alvo específico, havendo informações de que pessoas estavam traficando no local; que o acusado foi abordado em via pública, após tentar empreender fuga, sendo alcançado pelos policiais; que com o acusado havia mais uma pessoa; que essa pessoa informou o nome na delegacia, mas o depoente não se recorda qual era esse nome; que o acusado foi capturado pelo depoente e outro colega policial; que foi o depoente quem fez a revista pessoal, encontrando drogas (cocaína e maconha) em porções individualizadas; que o acusado não chegou a reagir pois nem tinha como; que o depoente não se recorda se foi apreendido algum dinheiro; que não foram encontrados petrechos ligados ao tráfico, mas apenas droga e celular; que havia informação de que o acusado era suspeito da prática de homicídios em Sussuarana e Pau da Lima, bem como de que era um dos líderes do tráfico na região, ligado a facção BDM; que a droga quando apreendida estava dentro de uma mochila; que a mochila estava nas costas do acusado.” (SD/PM Fábio Silva de Andrade. Disponível em ID 27541772); “Que se recorda dos fatos narrados na denúncia; que o depoente participou da diligência que resultou na prisão do acusado; que reconhece o réu como sendo a pessoa presa naquela ocasião; que o depoente já o conhecia por foto; que sabia que ele seria um dos líderes do tráfico no local e suspeito da autoria de três homicídios, sendo um deles naquela localidade e dois em Sussuarana; que a prisão decorreu de uma diligência de rotina; que quando os policiais chegaram o acusado e algumas outras pessoas correram; que o depoente não se recorda quantas pessoas eram ao todo; que o depoente era motorista da guarnição e o comandante era o capitão; que o acusado e os demais indivíduos avistados empreenderam fuga, pulando muros; que o depoente foi com o soldado Fábio no encalço do acusado, enquanto o capitão ficou mais recuado; que quem primeiro alcançou o acusado foi o soldado Fábio e foi ele quem fez a revista pessoal no

acusado, o que foi presenciado pelo depoente, sendo apreendidos com o acusado diversos tipos de droga, aparentemente, maconha, cocaína e crack; que também havia uma pequena quantia em dinheiro, mas o depoente não se recorda quanto; que o setor de inteligência tinha passado a informação de que o acusado era um dos líderes do tráfico na localidade e suspeito de homicídios.” (SD/PM Augusto Cesar Santos Castro. Disponível em ID 27541771); “Que se recorda de ter participado da diligência narrada na denúncia; que o depoente era o comandante da guarnição que efetuou a prisão do acusado; que havia informação prévia, por parte de colaboradores, apontando especificamente, a pessoa de Gabriel; que ele já era conhecido do SOINT e segundo essas informações estava traficando drogas, juntamente com outros dois indivíduos, na rua Agda Ferreira, portando arma de fogo; que o acusado é indivíduo de alta periculosidade, sendo suspeito de dois homicídios em Sussuarana e Pau da Lima; que o mesmo é traficante e executor, ou seja, além de traficar ele mata; que ao avistarem a viatura o réu e os dois comparsas fugiram; que o depoente não sabe se naquele momento ele estava passando droga para os outros venderem; que apenas o acusado foi capturado; que o depoente não conseguiu alcançá-lo, de modo que quem efetuou a prisão foram os outros dois policiais da guarnição; que os outros dois indivíduos conseguiram se evadir; que com o acusado foi apreendida uma mochila contendo cocaína; que o depoente não se recorda se havia maconha; que havia crack também; que eram vários tipos de drogas; que com certeza havia cocaína; que não se recorda se foi apreendido dinheiro; que salvo engano foi apreendida uma quantia irrisória, que provavelmente seria utilizada para troco, em alguma venda para usuários; que os outros dois indivíduos que fugiram não foram, posteriormente, identificados; que aquela foi a primeira vez que o depoente viu pessoalmente o acusado.” (Depoimento da testemunha CAP/PM Vinicius Souza Nery. Disponível em ID 27541770). O Superior Tribunal de Justiça já firmou o entendimento acerca da idoneidade dos depoimentos judiciais dos policiais que efetuaram a prisão como meio de prova, notadamente quando corroborados por outros elementos probatórios, conforme aresto que segue: [...] 8. Ademais, esta Corte entende que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese. [...] (AgRg no AREsp n. 1.917.106/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/3/2023, DJe de 17/3/2023.) Ademais, as circunstâncias nas quais o flagrante foi realizado e a quantidade de drogas evidenciam sobremaneira a prática de tráfico de drogas. É de bom alvitre ressaltar que, para a consumação do crime de tráfico de drogas, basta a execução de qualquer uma das condutas elencadas no artigo 33, da Lei 11.343/2006, não se fazendo necessária a flagrância do ato de comércio, conforme aresto do Superior Tribunal de Justiça que segue: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. TIPO CRIMINAL DE AÇÃO MÚLTIPLA. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 OU 33, § 3º, AMBOS DA LEI N. 11.343/06. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DELINEADO NOS AUTOS. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. I – Inicialmente, vale dizer que o tráfico de drogas é crime de ação múltipla, e, como tal, a prática de um dos verbos contidos no art. 33, caput, da Lei de Drogas, já é suficiente para a consumação da infração. II – O eg. Tribunal de origem declinou, de forma explícita, as razões – com base nas provas carreadas aos autos – pelas quais concluiu pela manutenção da condenação

da ora agravante quanto ao delito de tráfico de drogas, bem como pela impossibilidade de desclassificação da conduta. Destacou-se, outrossim, que os policiais afirmaram que "as Rés gritarem"marijuana"e presenciaram estas oferecerem, aos transeuntes, os doces confeccionados com maconha" (fl. 788), portanto, restando comprovado que a agravante e as corrés estavam na posse coletiva de material entorpecente, expondo-os à venda.

III – Assim, não há que se falar em absolvição ou desclassificação, visto que o delito é tipo criminal de ação múltipla, o qual se consuma pela prática de qualquer um dos núcleos previstos no art. 33, da Lei n. 11.343/2006. IV – Na hipótese, entender de modo contrário ao estabelecido pelo eg. Tribunal a quo para absolver ou desclassificar a conduta da recorrente, como pretende a Defesa, demandaria, necessariamente, o revolvimento, no presente recurso, do material fático-probatório dos autos, inviável nesta instância. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.160.831/RJ, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 14/2/2023.) (grifo aditado) Desse modo, conclui-se que a materialidade e a autoria delitivas restam cabalmente comprovadas, formando um conjunto probatório coeso e harmônico entre si, sendo incontestado que o Apelante praticou a conduta prevista no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, razão pela qual indefiro o pleito de absolvição e de desclassificação para o delito de uso. Em pleito subsidiário, consigna o Apelante que a reprimenda foi exasperada mediante fundamentação inidônea, postulando a redução para o mínimo legal. É cediço que o artigo 68 do Código Penal adotou o sistema trifásico para aplicação da dosimetria da pena privativa de liberdade, sendo a primeira etapa a fixação da pena base, a qual é calculada dentro dos limites estabelecidos no tipo penal depois de enfrentadas e valoradas pelo magistrado todas as 8 (oito) circunstâncias judiciais indicadas no artigo 59, caput, do mesmo diploma legal. Entretanto, em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre na espécie, o artigo 42, da Lei 11.343/2006, estabelece que a natureza e a quantidade da substância entorpecente preponderam às circunstâncias referidas alhures quando da fixação da pena. Assim, tem-se que é perfeitamente possível e recomendável, inclusive, que o magistrado exaspere a pena base quando a quantidade de droga for exacerbada e sua natureza for mais nociva. A respeito do tema, doutrina Guilherme de Souza Nucci: “a Lei de Drogas baseia-se, principalmente, na punição de crimes de perigo abstrato, o que justifica destacar, como elementos preponderantes na individualização da pena, dentre outros, a natureza e a quantidade da substância ou do produto. É natural supor que, quanto maior for a quantidade de drogas ilícitas em circulação, maior será o perigo em relação à saúde pública. Ademais, quanto mais forte for a droga ilícita, igualmente, mas grave será a consequência em virtude da sua utilização. Esses fatores, portanto, podem e devem ser levados em conta pelo magistrado.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 6. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 286. volume 1.). Nesse mesmo sentido, segue precedente do Pretório Excelso: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE: POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE OU DESARRAZOABILIDADE NA PENA APLICADA. REDUÇÃO DA PENA INVIÁVEL NA VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. RECURSO AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. 1. Ao fixar a pena nos limites mínimo e máximo estabelecidos no preceito secundário do tipo do tráfico, pode o juiz majorar a pena a partir da quantidade de droga apreendida. [...] (RHC 105700, Relator (a): Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 12/04/2011, DJe-086 DIVULG

09-05-2011 PUBLIC 10-05-2011 EMENT VOL-02518-01 PP-00181) Outro não é o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça: "Demonstrado, pelas instâncias ordinárias, o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da expressiva quantidade da droga apreendida, imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação da pena-base." (HC 218.875/R0, Rel. Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE), QUINTA TURMA, julgado em 07/03/2013, DJe 12/03/2013). Assim, para o acusado efetivamente fazer jus a fixação da pena base no mínimo legal, é indispensável que todas as circunstâncias elencadas lhe sejam favoráveis, pois se ao menos uma delas lhe for desfavorável, o juiz deve obrigatoriamente arbitrá-la acima do piso, dês que o faça fundamentadamente e atenda ao princípio da razoabilidade. Este é o entendimento consolidado do Pretório Excelso, conforme salientado pelo Min. Dias Toffoli, no julgamento do RHC 103.170/RJ: "a jurisprudência dessa Corte já firmou o entendimento de que é suficiente a presença de uma das circunstâncias judiciais desfavoráveis para que a pena-base não mais possa ficar no patamar mínimo". (HC nº 76.196/G0, Rel. Min. Maurício Correa, 2ª Turma, DJ de 29/09/1998) No caso vertente, conforme se depreende da sentença vergastada, o MM. Juízo de primeiro grau valorou negativamente, acertada e fundamentadamente, a relevante quantidade de substância entorpecente e a sua nocividade (31 porções de maconha e 41 porções de cocaína), justificando-se, pois, a aplicação da pena-base acima do mínimo legal, até mesmo porque foi atendido o princípio da razoabilidade, nos seguintes termos: "As circunstâncias são desfavoráveis, eis que o réu, em liberdade provisória, estava portando razoável quantidade de maconha e cocaína, esta de elevado poder viciante e destrutivo, em via pública, em manifesto desprezo com a Justiça e autoridade da Lei". Com efeito, a sentença vergastada encontra-se devidamente fundamentada em elementos concretos constantes dos autos, atentando-se para o princípio da individualização da pena, o qual recomenda uma elevação da reprimenda no presente caso, afigurando-se idônea a fixação da pena-base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. Requer-se, ainda, a reforma da sentença para reconhecer a causa especial de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em seu patamar máximo. Para o agente possuir o direito subjetivo à causa de diminuição de pena, é imperioso que todos os quatro requisitos elencados no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, estejam presentes cumulativamente, quais sejam: agente primário; bons antecedentes; não dedicação a atividades criminosas; e não integração de organização criminosa. Da análise dos autos, constata-se que o Juízo sentenciante não aplicou a causa especial de diminuição de pena porque considerou que o Apelante ostenta uma ação penal em curso em seu desfavor. Contudo, a incidência da benesse legal não pode ser afastada com base em inquéritos policiais e ações penais em curso, sob pena de violar o princípio da presunção de inocência. Nesse mesmo sentido, segue aresto do Superior Tribunal de Justiça fixando tese em sede de recurso repetitivo: RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1. 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.) Desse modo, impõe-se a reforma da sentença para aplicar a causa especial de diminuição de pena, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, no patamar de 2/3 (dois terços). Assim, na terceira fase da dosimetria penal, concorre a causa especial de diminuição de pena, prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, razão pela qual diminuo a pena intermediária de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão em 2/3 (dois terços), passando a dosá-la em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, tornando-a definitiva nesse patamar. De igual maneira, redimensiono a sanção pecuniária para 110 (cento e dez) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato. Diante da razoável quantidade de drogas e sua diversidade e nocividade, nos termos do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, fixo o regime semiaberto para início do cumprimento da pena, assim como não concedo o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, em conformidade com o artigo 44 do mesmo diploma legal. Diante de tudo, VOTO no sentido de CONHECER, REJEITAR

A PRELIMINAR E DAR PROVIMENTO EM PARTE ao presente apelo, para redimensionar a pena definitiva para 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 110 dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, mantendo-se inalterados os demais termos da sentença. Sala de Sessões, de fevereiro de 2024. Presidente Relator Procurador (a) de Justiça