

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500909-26.2020.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DEFENSIVO. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT C/C ART 40, V, DA LEI Nº 11.343/06). ACUSADO CONDENADO ÀS PENAS DE 06 (SEIS) ANOS E 05 (CINCO) MESES DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL SEMIABERTO E DE PAGAMENTO DE 641 (SEISCENTOS E QUARENTA E HUM) DIAS-MULTA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DO TRÁFICO PRIVILEGIADO PREENCHIDOS. APLICAÇÃO EM SEU PATAMAR MÁXIMO. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. Trata-se de Recurso de Apelação, interposto por , insurgindo-se contra a sentença que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, deduzida na denúncia, para condenar o primeiro acusado em 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão e 641 (seiscentos e quarenta e hum) dias-multa no valor unitário mínimo vigente na época do delito pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, c/c art. 40, V, da Lei nº 11.343/2006. 2. Da prefacial, em breve resumo, extrai-se que no dia 25/06/2020, por volta das 12h, prepostos da Polícia Rodoviária Federal e da Polícia Militar, em operação visando o combate ao narcotráfico, com o uso de cães farejadores, realizada na BR 116 Sul, KM 429, no Município de Feira de Santana/BA abordaram um ônibus de turismo que fazia a linha São Paulo/SP x Arapiraca/AL, sendo encontrados, na bagagem do Denunciado, 41 (quarenta e um) tabletes, e mais 02 (duas) buchas de substância análoga a maconha, totalizando a massa bruta de 25.268,62g (vinte e cinco quilos, duzentos e sessenta e oito gramas e sessenta e dois centigramas), o que restou confirmado em Laudo Pericial acostado às fls. 71. Não obstante, realizada a revista pessoal ao flagranteado, ainda foram encontrados, em sua mochila, 146 (cento e quarenta e seis) comprimidos da substância popularmente conhecida como "Ecstasy", além de 10 (dez) invólucros de papel alumínio contendo "LSD" e alguns pinos vazios normalmente utilizados para embalar cocaína. 3. Em suas razões, o Apelante pugna tão somente pela aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, rechaçando o testemunho dos policiais militares ouvidos como testemunhas da acusação e sustentando a ausência de prova robusta de envolvimento do Apelante em organização criminosa, tampouco da habitualidade da conduta delitiva. 4. Conforme dicção legal, são requisitos para que o condenado faça jus à referida causa de diminuição: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas, cumulativos entre si, de sorte que a ausência de qualquer um deles inviabiliza a aplicação da benesse. 5. In casu, com relação a quantidade de drogas e variedade destas, a magistrada primeva já havia utilizado estas circunstâncias na exasperação da pena-base, com a avaliação negativa da culpabilidade. Assim, não poderiam ser também utilizadas para negar o pleito de incidência da causa de diminuição por tráfico privilegiado, sob pena de caracterização de bis in idem. 6. Quanto à argumentação de que houve relatos de que os objetos utilizados para a comercialização das drogas foram entregues por facção criminosa, em pagamento por serviços ilícitos prestados, tais narrações baseiam-se em depoimentos do réu colhidos na fase inquisitorial e que não foram confirmados perante a autoridade judiciária. 7. Assim sendo, não poderiam ser aceitos sob pena de ofensa ao

princípio do contraditório, bem como pelo fato de que não foi apresentada qualquer outra prova que corroborasse o depoimento na Delegacia de Polícia. 8. No que se refere ao fato de que o Apelante já respondeu a outra ação penal pelo crime de homicídio, a qual teve declarada a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa, observa-se que este argumento também não pode ser utilizado para a negativa da benesse prevista no § 4º, art.33, da Lei de Drogas, pois um crime que teve extinta a punibilidade pela prescrição retroativa não pode ser utilizado como mau antecedente. 9. Conclui-se, portanto, que deve ser aplicada a benesse prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/2006, uma vez que o Apelante preenche os requisitos legais previstos na legislação para aplicar a causa especial de diminuição, haja vista que não houve demonstração de que o Recorrente não era primário, que tinha maus antecedentes, ou que se dedicava a atividades criminais, ou ainda que integrasse organizações criminosas. 11. Por conseguinte, resta demonstrada a necessidade de revisão da dosimetria da pena, para a aplicação da diminuição de pena, em face do tráfico privilegiado, na proporção de 2/3 (dois terços), restando definitiva a pena em 02 (dois) anos e 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, além de 213 (duzentos e treze) dias-multa. 12. O regime inicial de cumprimento de pena deve ser o aberto, em respeito ao art. 33, §§ 2, cº e 3º do Código Penal. 13. Em virtude de a condenação do réu em pena privativa de liberdade ter sido de 02 (dois) anos e 01 (um) mês e 10 (dez) dias e tendo em vista as circunstâncias judiciais favoráveis, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por duas penas restritivas de direitos, nos termos do §2º, do citado art. 44 do Código Penal. 14. Desse modo, deve ser substituída a pena privativa de liberdade aplicada ao Acusado, por 2 (duas) restritivas de direito, a serem escolhidas pelo Juízo das Execuções Penais e Medidas Alternativas, tudo na conformidade dos arts. 44, 45 e 46 e seus respectivos incisos e parágrafos do Código Penal, com nova redação dada pela citada lei nº 9.714/1998. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. ACORDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0500909-26.2020.8.05.0080, provenientes do M.M. Juízo da 1ª Vara de Tóxicos Comarca de Feira de Santana/BA, em que figura, como Apelante, e, como Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER e CONCEDER PROVIMENTO AO APELO, consoante certidão de julgamento, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto do Desembargador Relator. Salvador, 2022. (data constante na certidão eletrônica de julgamento) DES. PRESIDENTE/RELATOR (assinado eletronicamente) PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido Por Unanimidade Salvador, 5 de Maio de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500909-26.2020.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Apelação Criminal interposta por em face de sentença prolatada pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Feira de Santana/BA, Dra. que julgou procedente o pedido constante na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia para condenar o Réu nas sanções do art. 33, caput c/c art. 40, V, da Lei 11.343/06. Na referida sentença, cujo relatório ora se adota como parte integrante desta, a Magistrada a quo fixou a pena de 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, a ser iniciada em regime semiaberto e 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-

multa, na razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, negando-lhe, ainda, o direito de recorrer em liberdade. Irresignado com a condenação, o sentenciado interpôs apelação às fls. 184;189/197, requerendo a reforma da dosimetria da pena, pugnando pela aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33 § 4º da Lei 11.343/06. O Ministério Público em suas contrarrazões às fls. 202/214, pugnou pelo improvimento do recurso, para que seja mantida a sentença em todos os seus termos. Parecer da Douta Procuradoria de Justiça, subscrito pela Dra. opinando pelo conhecimento e improvimento do apelo (ID nº 26261395). Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. Salvador, 2022. (data registrada no sistema) DES. RELATOR AC16 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500909-26.2020.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): VOTO Trata-se de Apelação Criminal interposta contra sentença prolatada pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Feira de Santana/BA, Dra. que, nos autos de nº 0500117-47.2020.8.05.0250, julgou procedente o pedido constante na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia para condenar o Réu nas sanções do art. 33, caput c/c art. 40, V, da Lei 11.343/06. Na oportunidade, a Magistrada sentenciante fixou a pena de 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, a ser iniciada em regime semiaberto e 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa, na razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, negando-lhe, ainda, o direito de recorrer em liberdade. Em suas razões, o Apelante requer, em suma, a reforma da dosimetria da pena, mediante aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33 § 4º da Lei 11.343/06. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do Apelo. Da prefacial, em breve resumo, extrai-se que no dia 25/06/2020, por volta das 12h, prepostos da Polícia Rodoviária Federal e da Polícia Militar, em operação visando o combate ao narcotráfico, com o uso de cães farejadores, realizada na BR 116 Sul, KM 429, no Município de Feira de Santana/BA abordaram um ônibus de turismo que fazia a linha São Paulo/SP x Arapiraca/AL, sendo encontrados, na bagagem do Denunciado, 41 (quarenta e um) tablets, e mais 02 (duas) buchas de substância análoga a maconha, totalizando a massa bruta de 25.268,62g (vinte e cinco quilos, duzentos e sessenta e oito gramas e sessenta e dois centigramas), o que restou confirmado em Laudo Pericial acostado às fls. 71. Não obstante, realizada a revista pessoal ao flagranteado, ainda foram encontrados, em sua mochila, 146 (cento e quarenta e seis) comprimidos da substância popularmente conhecida como "Ecstasy", além de 10 (dez) invólucros de papel alumínio contendo "LSD" e alguns pinos vazios normalmente utilizados para embalar cocaína. Na ocasião, verifica-se que a prisão em flagrante restou convertida em preventiva, por decisão datada de 29/06/2020, proferida no Auto de Prisão em Flagrante nº 0302153-71.2020.8.05.0080, assim permanecendo a segregação cautelar do recorrente até os dias atuais. I – DO PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ARTIGO 33, § 4º DA LEI DE TÓXICOS. Ab initio, compulsando detidamente os fólios, constata-se que a autoria e a materialidade delitivas não foram alvo de insurgência recursal, restando a condenação mesmo incontroversa, sendo externado o inconformismo tão somente com relação à pena aplicada. Nesse cenário, pugna o Recorrente tão somente pela aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006,

rechaçando o testemunho dos policiais militares ouvidos como testemunhas da acusação e sustentando a ausência de prova robusta de envolvimento do Apelante em organização criminosa, tampouco da habitualidade da conduta delitiva. Impugna, ainda, a quantidade de drogas como fundamento para afastamento da minorante, argumentando, também a ausência de comprovação da diversidade de entorpecentes, na medida em que só restara comprovada a substância "cannabis sativa." No caso sob exame, a Magistrada a quo afastou o aludido redutor pelos seguintes fundamentos: "No que tange à causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, verifico que, in casu, esta não é aplicável, já que se infere a dedicação habitual do acusado à atividade criminosa não só da quantidade de entorpecentes apreendidos – cuja aquisição, transporte e comercialização denota logística incompatível com a atuação isolada de indivíduos, mas concatenada para a concretização de interesses ilícitos – como também das circunstâncias do caso concreto, com o relato de que objetos foram entregues por facção criminosa em pagamento de serviços ilícitos prestados pelo réu à súcia. (...) Pontue-se, ainda, que o acusado respondeu a outras ações penais, o que se denota de seu próprio interrogatório e da guia de execução definitiva anexada, com registro de condenação transitada em julgado para o Ministério Público e para a Defesa em 30/07/2018 pelo crime de homicídio tentado, afastada a título de reincidência em razão de decisão superveniente do Juízo da Execução, que extingui a sua punibilidade pela prescrição retroativa." Verifica-se, portanto, que a magistrada primeva negou a aplicação do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06 pela quantidade de drogas apreendidas, além de relatos de que os objetos utilizados para a comercialização das drogas foram entregues por facção criminosa, em pagamento por serviços ilícitos prestados. Argumentou ainda que o Apelante respondeu a outra ação penal pelo crime de homicídio, a qual teve declarada a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa. Conforme dicção legal, são requisitos para que o condenado faça jus à referida causa de diminuição: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas, cumulativos entre si, de sorte que a ausência de qualquer um deles inviabiliza a aplicação da benesse. In casu, com relação a quantidade de drogas e variedade destas, a magistrada primeva já havia utilizado estas circunstâncias na exasperação da pena-base, com a avaliação negativa da culpabilidade, senão vejamos: "...Quanto a culpabilidade, infere-se sua valoração negativa, dada a quantidade da droga apreendida (25.268,62g de maconha), circunstância que prepondera sobre o art. 59 do CP, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, e justifica a exasperação da pena base, isso sem se olvidar da apreensão de drogas sintéticas..." Nesse diapasão, como a circunstância judicial da natureza e da quantidade de drogas apreendidas foi avaliada negativamente pela magistrada de 1º grau no aumento da pena-base, não poderia ser também utilizada para afastar negar o pleito de incidência da causa de diminuição do tráfico privilegiado, sob pena de caracterização de bis in idem. Neste sentido: [...] 1 – a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são fatores a serem necessariamente considerados na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006; 2 – sua utilização supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa; 3 – podem ser

utilizados para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas na primeira etapa, para fixação da pena-base. [...]. (REsp 1887511/SP, Rel. Ministro , Terceira Seção, julgado em 09/06/2021, DJe 01/07/2021). Grifos nossos. “(...) Não obstante, importante ressaltar que as circunstâncias deste dispositivo legal têm incidência alternativa, podendo ser utilizadas tanto na primeira, quanto na terceira fase da dosimetria da pena, nunca nas duas fases ao mesmo tempo, pois ocasiona o bis in idem (ARE 666.334 RG/AM, DJe 06/05/2014; HC 477.770/SC, j 04/06/2019). (STJ – HC: 611305 AM 2020/0231060-0, Relator: Ministro , Data de Publicação: DJ 02/02/2021)” EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGA. INSUFICIÊNCIA PARA AFASTAR O REDUTOR. APLICAÇÃO DA MINORANTE. REGIME SEMIABERTO. 1. Caracteriza bis in idem o sopesamento da quantidade de droga na primeira e terceira fases da dosimetria. A matéria é estável nesta Suprema Corte e já fora objeto de Repercussão Geral, via da qual reafirmada a jurisprudência dominante no sentido de que a natureza e a quantidade de droga devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria da pena, vedada, portanto, aplicação cumulativa na primeira e terceira fases (ARE 666.334/AM, Rel. Min. , Plenário Virtual). 2. Ao julgar o ARE 666.334/AM, esta Suprema Corte explicitou que “as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena”, não havendo qualquer diferença, para efeito de tal entendimento, nos termos da jurisprudência consolidada, entre modular e afastar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, admitir essa distinção teria como efeito o completo esvaziamento do pronunciamento veiculado por este Supremo Tribunal Federal, frustrando, sem qualquer fundamento legítimo, o alcance do entendimento firmado por este Tribunal. 3. Carece de fundamentação idônea o afastamento da minorante lastreado tão somente na quantidade de droga apreendida, caso não identificados outros elementos objetivos capazes de afirmar a dedicação à atividade criminosa ou de integração à organização criminosa. 4. Considerados a primariedade, os bons antecedentes ostentados pelo paciente, a ausência 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. 5. Tendo em vista a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas no patamar de 1/4 (um quarto), possível a fixação de regime prisional mais brando – semiaberto –, em atenção ao disposto no art. 33, § 2º, b, do Código Penal. 6. Agravo regimental conhecido e não provido. (HC 177766 AgR, Relator (a): , Primeira Turma, julgado em 24/05/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-116 DIVULG 16-06-2021 PUBLIC 17-06-2021). Grifos nossos. Impende destacar que o Aresto proferido nos autos do Recurso Especial nº 1.887.511/SP entremostra-se assaz relevante e deveras didático, na medida em que analisa a evolução jurisprudencial do entendimento acerca do assunto em debate, menciona precedentes de diversos Tribunais e de seus respectivos Colegiados, bem como adota ressalva elaborada pelo Excelentíssimo Ministro , acerca da necessidade de se observar as peculiaridades do caso concreto, de modo a não aplicar o referido entendimento, peremptoriamente, a toda e qualquer situação, sendo certo que a quantidade e a natureza da

droga devem ser observadas quando da fixação da pena-base, na primeira fase do procedimento dosimétrico, podendo, eventualmente, juntamente a outros elementos, ensejar o afastamento da causa de diminuição de pena pela conclusão de dedicação do réu a atividades criminosas, respeitando-se, por óbvio, as peculiaridades de cada caso. Quanto à argumentação de que houve relatos de que os objetos utilizados para a comercialização das drogas foram entregues por facção criminosa, em pagamento por serviços ilícitos prestados, não obstante o testemunho judicial dos policiais, afirmando ter ouvido tais declarações do Apelante, tais narrações baseiam-se em depoimentos do réu colhidos na fase inquisitorial e que não foram confirmados perante a autoridade judiciária. Assim sendo, não poderiam ser aceitos sob pena de ofensa ao princípio do contraditório, bem como pelo fato de que não foi apresentada qualquer outra prova que corroborasse o depoimento na Delegacia de Polícia. Nesse sentido: PENAL E PROCESSUAL PENAL. PRONÚNCIA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. HOMICÍDIO QUALIFICADO (ART. 121, § 2º, I E IV, DO CP). ALEGAÇÃO DE INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA NÃO ACOLHIDA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. RETRATAÇÃO. VALOR PROBATÓRIO CONFIRMADO POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. EXISTÊNCIA DE INDÍCIOS MÍNIMOS DE AUTORIA. DECOTE DE QUALIFICADORAS. IMPOSSIBILIDADE. CRIME CONEXO DE CORRUPÇÃO DE MENOR (ART. 244-B, DO ECA). COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI. DECISÃO MANTIDA. (TJ-BA – RSE: 05010988120188050271, Relator: , PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 12/05/2021) HABEAS CORPUS Nº 693522 – MS (2021/0294646-2) DECISÃO Trata-se de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem pedido liminar, impetrado em favor de contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, proferido na Apelação n. 0001104-09.2019.8.12.0048, assim ementado: "APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS – 220G DE "MACONHA" – SENTENÇA CONDENATÓRIA – PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO – ALEGADA INSUFICIÊNCIA DE PROVAS ? CONFISSÃO DO RÉU NA FASE POLICIAL – RETRATAÇÃO EM JUÍZO – IRRELEVÂNCIA – FIRMES DEPOIMENTOS DAS TESTEMUNHAS E DE UM POLICIAL – PROVA SUFICIENTE ? CONDENAÇÃO MANTIDA ? DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO PENAL PREVISTO NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06 – TRAFICÂNCIA DEMONSTRADA – INVIABILIDADE – PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO QUANTO AO DELITO PREVISTO NO ART. 35 DA LEI Nº 11.343/06 ? TRÁFICO OCASIONAL ? VÍNCULO ASSOCIATIVO INEXISTENTE ? PRETENSÃO ACOLHIDA ? ABSOLVIÇÃO DECRETADA ? CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º, ART. 33, DA LEI Nº 11.343/06 ? RECONHECIMENTO ? INCABÍVEL ? PENA CORPORAL SUPERIOR A QUATRO ANOS E INFERIOR E OITO – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS – ABRANDAMENTO PARA O REGIME SEMIABERTO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS ? EXPRESSA PROIBIÇÃO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Se a confissão extrajudicial do réu, não obstante retratação em juízo, vem respaldada nos firmes depoimentos das testemunhas e de um policial, comprovando, indene de dúvidas, que ele exercia o comércio ilícito de entorpecente, tanto em sua residência, como na rua, de rigor a manutenção da sua condenação como incurso no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. (STJ – HC: 693522 MS 2021/0294646-2, Relator: Ministro , Data de Publicação: DJ 13/12/2021) No que se refere ao argumento de que o Apelante já respondeu a outra ação penal pelo crime de homicídio, a qual teve declarada a extinção da punibilidade pela prescrição retroativa, observa-se que este argumento também não pode ser utilizado para a negativa de aplicação do tráfico privilegiado, pois um crime que teve extinta a punibilidade pela prescrição retroativa não pode ser utilizado como mau antecedente. Ao tratar do referido tema, o professor leciona que “ A conclusão pela prescrição da pretensão punitiva terá repercussões

importantíssimas tanto na esfera penal como na civil. O réu do processo no qual foi reconhecida a prescrição da pretensão punitiva ainda continuará a gozar do status de primário e não poderá ver maculado seus antecedentes penais, ou seja, será como se não tivesse praticado a infração penal". (Curso de Direito Penal, 22ª edição, 2020, Ed. Impetus). Este entendimento também é partilhado pela Jurisprudência Pátria, senão vejamos: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33, CAPUT, C/C ARTIGO 40, INCISO VI, AMBOS DA LEI N. 11.343/06). RECURSO DA DEFESA. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, COM A APLICAÇÃO DA REDUTORA EM GRAU MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE DE SE CONSIDERAR COMO MAUS ANTECEDENTES CONDENAÇÃO EM QUE, POSTERIORMENTE, TENHA SIDO DECLARADA A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, NA MODALIDADE RETROATIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUE EXCLUI OS EFEITOS PRIMÁRIOS E SECUNDÁRIOS DA CONDENAÇÃO. NECESSÁRIO REAJUSTE DA PENA. PLEITO DE APLICAÇÃO DO PATAMAR MÁXIMO (2/3) REFERENTE À REDUÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (ARTIGO 33, PARÁGRAFO 4º, DA LEI N. 11.343/2006). ACOLHIMENTO. NATUREZA DA DROGA UTILIZADA PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE NA PRIMEIRA FASE DO CÁLCULO DOSIMÉTRICO, IMPOSSIBILITANDO, ASSIM, A SUA UTILIZAÇÃO PARA DIMINUIR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE READEQUADA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA DE MULTA QUE TAMBÉM SE IMPÕE. MODIFICADO O REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO E SUBSTITUÍDA A PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, COM READEQUAÇÃO DA PENA. (TJ-PR – APL: 00013734820168160143 Reserva 0001373-48.2016.8.16.0143 (Acórdão), Relator: , Data de Julgamento: 11/04/2021, 4ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 12/04/2021) EMENTA: DECISÃO MONOCRÁTICA. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. ARTIGO 330 DO CÓDIGO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSURGÊNCIA RECURSAL DO RÉU. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. DEFENSORES DATIVOS ATUARAM EM TODOS OS ATOS PROCESSUAIS EM FAVOR DO ACUSADO. PRECEDENTE DO STJ. 2. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. INVIABILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO QUE É SUFICIENTE PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. DESRESPEITO A ORDEM DE PARADA EM ABORDAGEM POLICIAL OSTENSIVA. PALAVRA DO AGENTE PÚBLICO REVESTIDA DE FÉ PÚBLICA. AUSÊNCIA DE MOTIVO PARA RETIRAR A CREDIBILIDADE DE SEU TESTEMUNHO. EXISTÊNCIA DE PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO. TIPICIDADE EVIDENCIADA. DOLO CONFIGURADO. 3. AFASTA MAUS ANTECEDENTES DE CONDENAÇÃO EM QUE, POSTERIORMENTE, TENHA SIDO DECLARADA A PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA, NA MODALIDADE RETROATIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE QUE EXCLUI OS EFEITOS PRIMÁRIOS E SECUNDÁRIOS DA CONDENAÇÃO. NECESSÁRIO REAJUSTE DA PENA. 4. ALTERAÇÃO DE OFÍCIO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA SUBSTITUÍDA POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. IMPOSSIBILIDADE. SANÇÃO INFERIOR A SEIS MESES. ATENÇÃO AO ARTIGO 46 DO CÓDIGO PENAL. 5. FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. 6. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA PARCIALMENTE POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. APLICAÇÃO DO AR. 82, § 5º DA LEI 9099/95. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-PR – APL: 00026521420178160053 Bela Vista do Paraíso 0002652-14.2017.8.16.0053 (Decisão monocrática), Relator: , Data de Julgamento: 03/12/2021, 4ª Turma Recursal, Data de Publicação: 03/12/2021) Conclui-se, portanto, que deve ser aplicada a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, uma vez que o Recorrente preenche os requisitos legais previstos na legislação para aplicar a causa especial de diminuição, haja vista que não houve demonstração de que o Apelante não era primário, que tinha maus antecedentes, ou que se dedicava a atividades criminais, ou ainda que integrasse organizações criminosas. Cumpre asseverar que não há qualquer

indicativo para não fixação a fração redutora em seu patamar máximo, haja vista que não foi encontrada qualquer circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal que não fora utilizada para exasperar a pena-base. Neste sentido, a jurisprudência do STJ se assenta: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO PRIVILEGIADO RECONHECIDO NA SENTENÇA. RÉU REINCENTE. AUSÊNCIA DE RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PATAMAR EM 1/5. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE. ILEGALIDADE. REDUÇÃO AO PATAMAR MÁXIMO. PRECEDENTES DO STJ. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Embora o Tribunal de origem tenha entendido pela não aplicabilidade do redutor contido no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 diante da reincidência do réu, manteve a sua aplicação diante da ausência de irresignação do Ministério Público quanto ao ponto, sob pena de incorrer em reformatio in pejus. 2. Entende esta Corte Superior que a quantidade não relevante e a ausência de circunstâncias adicionais (inserção em grupo criminoso de maior risco social, atuação armada, envolvendo menores ou com instrumentos de refino da droga, etc.) não autorizam a exasperação da pena-base, a vedação da minorante do tráfico no seu patamar máximo de 2/3, o agravamento do regime prisional ou a negativa à substituição das penas (AgRg no HC 529.431/SP, de minha relatoria, SEXTA TURMA, julgado em 03/12/2019, DJe 09/12/2019). 3. Diante da quantidade de droga apreendida – 7 porções de cocaína, em forma de pedras de crack, pesando aproximadamente 21 gramas –, manteve o percentual de 1/5, o que não se coaduna com jurisprudência pacífica desta Corte, cabendo a redução para 2/3. 4. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no HC: 602706 SP 2020/0193761–7, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 02/02/2021, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/02/2021) AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE DE DROGA. UTILIZAÇÃO PREPONDERANTE NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. INADMISSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO PATAMAR MÁXIMO DE REDUÇÃO. PERDIMENTO DE BENS. REVISÃO DO JULGADO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. 1. A Terceira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 1.887.511/SP, da relatoria do Ministro , entendeu, alinhando-se ao STF, que a natureza e quantidade da droga são fatores a ser considerados necessariamente na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, constituindo-se em circunstância preponderante a ser utilizada na primeira fase da dosimetria da pena. 2. Não constatada na origem circunstâncias adicionais não preponderantes, incabível a modulação da fração de diminuição, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, apenas pela quantidade da droga, aconselhando-se a incidência da fração de 2/3. 3. Quanto ao perdimento de bens, a reversão das premissas fáticas do julgado, para considerar a licitude da origem dos bens, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível pela via do recurso especial a teor da Súmula 7/STJ. 4. Agravo regimental parcialmente provido. Redução da condenação das agravantes para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, no regime aberto. Substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos a ser fixadas pelo Juízo da execução. (STJ – AgRg no REsp: 1920303 SC 2021/0033840–1, Relator: Ministro (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 07/12/2021, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 13/12/2021) Esta é a mesma linha de raciocínio desta Corte de Justiça, in verbis: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA EMBASAR A CONDENACÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE INQUESTIONÁVEIS. APREENSÃO DE 28 PEDRAS DE CRAQUE (4,50g) E 03 BUCHAS DE MACONHA (11,14g). PRETENSÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO EM SEU PATAMAR MÁXIMO (2/3). CONCEDIDO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA BASEADA EM ATO

INFRACIONAL PRETÉRITO E NATUREZA DA DROGA. PRECEDENTES STF/STJ. DOSIMETRIA ALTERADA PARA 01 ANO E 08 MESES DE RECLUSÃO E 166 DIAS-MULTA. CONVERTIDA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. DESCABIDA. CONDENAÇÃO ÀS CUSTAS PREVISTA NO ART. 804 DO CPP. HIPOSSUFICIÊNCIA DO APELANTE. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. (TJ-BA – APL: 05009384120198050103, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 11/03/2022) APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. PENAL E PROCESSO PENAL. RECORRENTES CONDENADOS PELA CONDUTA PREVISTA NO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006, SENDO JONAS SILVA DE MATOS CONDENADO À 5 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO EM REGIME SEMIABERTO, MAIS O PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA NA FRAÇÃO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO CRIME E AO CUMPRIMENTO DE UMA PENA DE 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO EM REGIME ABERTO, MAIS O PAGAMENTO DE 165 (CENTO E SESSENTA E CINCO) DIAS-MULTA, NA FRAÇÃO DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS, SENDO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRETENSÕES RECURSAIS: 1 : 1.1 NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS MEDIANTE INVASÃO DE DOMICÍLIO, BEM COMO PELO EMPREGO DE VIOLÊNCIA POLICIAL. REJEIÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE A APREENSÃO DAS DROGAS SE DEU NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA DO RECORRENTE. AS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO FORAM UNÍSSONAS EM REVELAR QUE A PRISÃO OCORREU EM VIA PÚBLICA, MEDIANTE PERSEGUIÇÃO DOS RÉUS, SENDO NECESSÁRIO O USO DE TÉCNICA DE IMOBILIZAÇÃO, DIANTE DA RESISTÊNCIA À PRISÃO. 1.2 APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006 EM SEU PATAR MÁXIMO, SUBSTITUINDO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. PROVIMENTO. A EXISTÊNCIA ISOLADA DE UM PROCESSO POR ATO INFRACIONAL NÃO ENSEJA A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA, NÃO HAVENDO PROVA NOS AUTOS DE QUE O RECORRENTE DEDIQUE SUA VIDA À DELINQUÊNCIA. REDIMENSIONAMENTO DE PENA PARA 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO A SER CUMPRIDA NO REGIME ABERTO, MAIS 166 (CENTO E SESSENTA E SEIS) DIAS-MULTA NA FRAÇÃO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO CRIME, SENDO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, NA FORMA DO ART. 44, § 2º DO CPB. 2 : 2.1 NULIDADE DAS PROVAS OBTIDAS MEDIANTE INVASÃO DE DOMICÍLIO, BEM COMO PELO EMPREGO DE VIOLÊNCIA POLICIAL. REJEIÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DE QUE A APREENSÃO DAS DROGAS SE DEU NO INTERIOR DA RESIDÊNCIA DO RECORRENTE. AS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO FORAM UNÍSSONAS EM REVELAR QUE A PRISÃO OCORREU EM VIA PÚBLICA, MEDIANTE PERSEGUIÇÃO DOS RÉUS, SENDO NECESSÁRIO O USO DE TÉCNICA DE IMOBILIZAÇÃO, DIANTE DA RESISTÊNCIA À PRISÃO. 2.2 REVOGAÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR QUE DETERMINOU O MONITORAMENTO ELETRÔNICO POR MEIO DE TORNOZELEIRA, TENDO EM VISTA A AUSÊNCIA DE REQUISITOS PARA A SUA MANUTENÇÃO PÓS PROLAÇÃO DE SENTENÇA. PROVIMENTO. A APLICAÇÃO E MANUTENÇÃO DA MEDIDA CAUTELAR ORA QUESTIONADA NÃO POSSUI FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA, HAVENDO VIOLAÇÃO AO ART. 93, INCISO IX DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ADEMAIS, NÃO SE REVELA NECESSÁRIA E ADEQUADA A MANUTENÇÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO CONSIDERANDO QUE A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE FOI SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, NÃO HAVENDO COMPROVAÇÃO DE DESRESPEITO À MEDIDA AO LONGO DE SUA APLICAÇÃO. REVOGAÇÃO DO MONITORAMENTO ELETRÔNICO. 3. APELAÇÕES CONHECIDAS, REJEITADAS AS PRELIMINARES DE NULIDADE, E JULGADAS PARCIALMENTE PROVIDAS. (TJ-BA – APL: 05369350320198050001, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 31/05/2021) Por conseguinte, resta demonstrada a necessidade de revisão da dosimetria da pena, para a aplicação da diminuição de pena, em face do tráfico privilegiado, na proporção de 2/3

(dois terços), restando definitiva a pena em 02 (dois) anos e 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, além de 213 (duzentos e treze) dias-multa. O regime inicial de cumprimento de pena deve ser o aberto, em respeito ao art. 33, §§ 2, cº e 3º do Código Penal. Em virtude de a condenação do réu em pena privativa de liberdade ter sido de 02 (dois) anos, 01 (um) mês e 10 (dez) dias e tendo em vista as circunstâncias judiciais favoráveis, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por duas penas restritivas de direitos, nos termos do § 2º, do citado art. 44 do Código Penal. Desse modo, deve ser substituída a pena privativa de liberdade aplicada ao Acusado, por 2 (duas) restritivas de direito, a serem escolhidas pelo Juízo das Execuções Penais e Medidas Alternativas, tudo na conformidade dos arts. 44, 45 e 46 e seus respectivos incisos e parágrafos do Código Penal, com nova redação dada pela citada lei nº 9.714/1998. Após o trânsito em julgado deve ser designada audiência admonitória para as devidas orientações e advertências ao Apelado e início do cumprimento das penas restritivas de direito aplicadas. II. CONCLUSÃO Ante o exposto, conheço e dou provimento ao Recurso da Acusação para condenar o Apelante pelo crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, caput, c/c art. 40, V, da Lei nº 11.343/2006, às penas de 02 (dois) anos e 01 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão, no regime aberto, devendo ser substituída a privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direito, e ao pagamento de 213 (duzentos e treze) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos. É como voto. Dê-se ciência desta decisão ao Juízo de origem. Serve o presente como ofício. Sala de Sessões, 2022. (data constante na certidão eletrônica de julgamento) Des. Relator (assinado eletronicamente) AC16