

Tribunal de Justiça do Estado da Bahia Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma Apelação nº 0501826–61.2017.8.05.0141 Origem do Processo: Comarca de Jequié Apelante: Ivonildo Santos Silva Advogado: Argemiro Crispiniano dos Santos Filho (OAB/BA N. 10.879) Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotor de Justiça: Matheus Polli Azevedo Procuradora de Justiça: Sheila Cerqueira Suzart Relator: Álvaro Marques de Freitas Filho

APELAÇÃO CRIME. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS FARTAMENTE DEMONSTRADAS. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS APRESENTADOS EM JUÍZO. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. A EXISTÊNCIA DE AÇÃO PENAL DIVERSA NÃO CONFIGURA FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA A ENSEJAR O AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REDUZIDA A PENA DEFINITIVA PARA 02 (DOIS) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO. MODIFICADO O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O ABERTO. PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL, CABÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. RECURSO CONHECIDO. DADO PROVIMENTO PARCIAL AO APELO NOS TERMOS DO VOTO. Acórdão Vistos, Relatados e discutidos os autos da apelação nº 0501826–61.2017.8.05.0141, em que são partes as acima citadas. Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, DAR PROVIMENTO PARCIAL ao apelo, nos termos do voto do relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 17 de Novembro de 2022. RELATÓRIO Trata-se de Recurso interposto pela Defesa de Ivonildo Santos Silva, tendo em vista a irresignação com o conteúdo da sentença proferida pelo MM. Juíza de Direito da 1ª Vara Crime da Comarca de Jequié/Ba, nos autos do Processo nº 0501826–61.2017.8.05.0141, visando a reforma do decisum. Evitando desnecessária tautologia, adoto o relatório da sentença de ID 34190572, in verbis. “O Ministério Público Estadual, no uso de uma de suas atribuições, com fundamento no IP 234/2017 da Delegacia de Polícia Civil em Jequié, ofereceu denúncia contra EDSON BORGES DOS SANTOS, EDMILSON DE JESUS SANTOS e IVONILDO SANTOS SILVA, já qualificados nos autos, sob a acusação de que, no dia 30/06/2017, na Travessa Duque de Caxias, bairro Joaquim Romão, Jequié, foram presos em flagrante na posse de drogas. Relata, em síntese, a exordial acusatória, após recebimento de informações via Cicom, prepostos da Polícia Militar foram até a Praça Rui Barbosa, onde avistaram o acusado Edson Santos e com ele 80 papелotes de crack, dentro de uma vasilha e prontos para venda, além da quantia de R\$42,65. Ao deslocarem-se para a casa de Edson, várias pessoas evadiram-se do local, quando o acusado Edmilson Santos adentrou na casa do acusado Ivonildo Silva e lá encontraram 41 papелotes de cocaína, 270 pedras de crack, 250 gramas de maconha em tabletes, 01 balança de precisão e 01 faca utilizada para cortar a droga. Assim, os réus foram denunciados nas penas dos art. 33, caput da Lei nº 11.343/2006 e os acusados Edmilson e Ivonildo ainda no art. 35 da Lei 11343/2006. Após a apresentação de defesas preliminares, a denúncia foi recebida em 14 de setembro de 2017. Os laudos definitivos das drogas apreendidas foram colacionados às fls. 65/66. Em audiência, foram ouvidas duas testemunhas de acusação, uma testemunha de defesa e interrogados os acusados (fls. 114/116, 279/280). Alegações finais pelo Ministério Público em que ponderou estarem devidamente comprovadas a

autoria e a materialidade nos autos, pedindo pela condenação dos acusados nos termos da denúncia, exceto em relação ao crime previsto no art. 35 da Lei 11343/2006. A defesa apresentou memoriais às fls. 334/339, requerendo a absolvição dos acusados Edson e Ivonildo por falta de provas e a condenação de Edmilson no mínimo legal e, sucessivamente, a desclassificação para o art. 28 da Lei 11343/2006." Sobreveio decisão de ID 34190572, julgando procedente a pretensão punitiva, para condenar os acusados como incurso nas sanções previstas no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, determinando a pena definitiva em 01 (um) ano, 10 (dez) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, em regime aberto, e multa de 166 (cento e setenta e seis) dias-multa para o acusado EDSON BORGES DOS SANTOS; 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime aberto, e multa de 266 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa para o acusado EDMILSON DE JESUS SANTOS; 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime semiaberto, e multa de 760 (setecentos e sessenta) dias-multa para o acusado IVONILDO SANTOS SILVA. As penas privativas de liberdade de Edson e Edmilson foram substituídas por penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juízo da execução penal. Por fim, foi concedido aos réus o direito de recorrer em liberdade. Irresignada, a Defesa de Ivonildo Santos Filho ingressou com o presente recurso, ID 34190579. Em suas razões, a Defesa alegou a ausência de provas quanto ao crime de tráfico de drogas, uma vez que o recorrente não se encontrava no imóvel, onde foram apreendidas as drogas, bem como não é o proprietário da referida residência. Aduziu que o apelante negou a posse de substância entorpecente e as provas produzidas são duvidosas, não havendo comprovação efetiva de que as drogas eram do recorrente, inclusive por que o acusado Edson assumiu a propriedade dos entorpecentes apreendidos. Subsidiariamente, requereu o reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, tendo em vista que o apelante é primário e não se dedica ou integra facção criminosa e o fato de responder a outras ações penais não impede a sua aplicação. Consta certidão, ID 34190582, exarada por Oficial de Justiça informando que o réu Ivonildo Santos Silva foi devidamente intimado da sentença condenatória. O réu Edmilson de Jesus Santos foi intimado da sentença condenatória, ID 34190584. O réu Edson Borges dos Santos foi intimado da sentença, conforme certidão ID 34190585. A certidão ID 34190588 atesta o trânsito em julgado da sentença condenatória para os acusados Edmilson de Jesus Santos e Edson Borges dos Santos. A apelação foi recebida, ID 34190589. Em sede de contrarrazões, ID 34190592, o Ministério Público pugnou pelo conhecimento da apelação e, no mérito, para que seja negado provimento, mantendo-se a decisão condenatória em todos os seus termos. Instada a manifestar-se, a ilustre Procuradora de Justiça, Bela. Sheila Cerqueira Suzart, lançou Parecer ID 36765291, opinando pelo provimento parcial do apelo, a fim de que seja reconhecida a causa de diminuição do tráfico privilegiado. É o relatório. VOTO Devidamente observados os pressupostos de admissibilidade do recurso, conheço da apelação interposta. Extraí-se da peça acusatória que, no dia 30/06/2017, policiais militares receberam informações da prática de tráfico de drogas na Praça Rui Barbosa, tendo se deslocado até o local, onde avistaram o acusado Edson Santos e, ao fazerem a abordagem, encontraram 80 (oitenta) papелotes de crack, além da quantia de R\$ 42,65 (quarenta e dois reais e sessenta e cinco centavos). Em seguida, foram até a casa de Edson, onde várias pessoas se evadiram do local, quando Edmilson Santos adentrou na casa do acusado Ivonildo Silva e lá encontraram 41 (quarenta e um) papелotes de cocaína, 270 (duzentos e setenta) pedras de crack e 250 g

(duzentos e cinquenta gramas) de maconha em tablete, uma balança de precisão e uma faca utilizada para cortar a droga. A materialidade restou suficientemente comprovada pelo Auto de Exibição e Apreensão de ID 34190132, fl. 06; pelos laudos de constatação de ID 34190132, fls. 30/31; e pelos laudos periciais de ID 34190146 e 30190147, que atestam presença das substâncias tetrahydrocannabinol (maconha), benzoilmetilecgonina (cocaína) no material analisado. Já a autoria dos ilícitos ficou evidente nos autos, de acordo com os depoimentos dos policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante do recorrente. Ao ser interrogado em juízo, depoimento constante no sistema PJE Mídias, Ivonildo Santos Silva negou a prática delitiva, informando que não morava na residência onde foram encontradas as drogas, bem como não estava no local no momento da apreensão. Todavia, as demais provas colhidas apontam para a participação do recorrente no crime de tráfico de drogas. O corréu Edmilson, no momento de sua prisão em flagrante, informou que Ivonildo era o proprietário da droga e da residência e que ele conseguiu se evadir antes da chegada da polícia militar. Doutra banda, os depoimentos dos policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante confirmaram a apreensão de substâncias ilícitas com os acusados, bem assim que a droga pertencia ao recorrente, configurando a prática do delito de tráfico de entorpecentes. O policial militar Sílvio Ferreira da Silva, que participou da prisão em flagrante do recorrente, ao ser ouvido em juízo, depoimento constante no sistema PJE Mídias, declarou que, ao prenderem Edmilson, ele afirmou que a casa era de Ivonildo e que a droga também pertencia a ele; que dentro da casa tinham várias drogas, cocaína, maconha, balança de precisão e uma faca; que a droga já estava individualizada em pequenos sacos, tudo perto do sofá; indicou que o trabalho de divisão estava sendo feito no exato momento em que a polícia realizou a abordagem; afirmou que no meio policial sabiam que aquela casa era de Ivonildo, já sabendo que ele comandava e traficava naquela área. De igual modo, o policial militar Jailton Silva Souza disse que foram encontradas diversas drogas na residência, uma balança de precisão e uma faca; que a residência era de Ivonildo; afirmou que tinha certeza que a casa pertencia a Ivonildo, pois já o conhecia de outras incursões; que Edmilson alegou que a droga não era de sua propriedade, pertencendo a Ivonildo; afirmou que o acusado evadiu-se do local ao avistar a guarnição policial. Ademais, foram realizadas buscas no imóvel, onde foi encontrada a cédula de identidade do apelante Ivonildo, conforme se verifica do inquérito policial de ID 34190132. A Defesa sustenta, ainda, que as declarações de Adriana Borges Santos, ex-companheira do apelante e que residia na casa em questão, demonstram que o acusado não residia mais no imóvel e que não se encontrava na localidade no momento da operação policial, bem como proibia o ex-companheiro de levar droga para sua casa. Entretanto, tal depoimento não ilide a conduta perpetrada pelo apelante, tão somente indica que o mesmo, de fato, possuía acesso ao imóvel e, com a ausência de sua ex-companheira, estava na residência com as substâncias entorpecentes apreendidas, conforme declarado por Edmilson quando da sua oitiva perante a autoridade policial. Outrossim, a confissão do corréu Edson de que era proprietário da droga, também não isenta os demais acusados, posto que foram encontradas outras drogas na residência de Ivonildo, onde foi preso em flagrante o coautor Edmilson. É recorrente no Superior Tribunal de Justiça que o tipo penal descrito no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006 não faz nenhuma exigência no sentido de que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, seja necessária a demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de

comercialização do entorpecente, eis que para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito na lei é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente. 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: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias–multa. No caso em apreço, reavaliando o conjunto probatório, este indica, de forma insofismável, a prática do delito que lhe foi imputado na exordial acusatória. A verossimilhança da acusação encontra correlação com os fatos descritos pelas testemunhas, a ensejar a condenação. Portanto, para a configuração da traficância é desnecessária a prova da comercialização, bastando que o agente seja surpreendido portando, trazendo consigo, guardando ou transportando a substância ilícita, bem assim que os elementos indiciários e as circunstâncias da apreensão evidenciem a atividade delituosa. É cediço que a doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de admitir a validade do testemunho dos policiais, sobretudo quando os agentes participaram da prisão em flagrante e são ratificados pelos demais elementos probatórios coligidos aos autos. Nesta esteira de pensamento, vejamos julgado abaixo colacionado: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO–PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. No que tange ao pleito de absolvição ou desclassificação da conduta para o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, o acórdão combatido, ao manter a condenação pelo tráfico de drogas, consignou que o conjunto probatório aponta para a prática do crime, não somente em razão das substâncias apreendidas (56,59 gramas de “crack”), mas também diante da prova testemunhal. 2. Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela absolvição ou desclassificação do crime de tráfico de drogas para o do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o revolvimento do conjunto fático–probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 3. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de 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. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no AREsp 1877158/T0, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021)”. (grifos aditados) Na mesma linha de pensamento, já decidiu esta Colenda Turma: “APELAÇÃO DEFENSIVA. LEI DE DROGAS. APELANTE CONDENADO COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06, A UMA PENA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, E AO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS–MULTA, NO VALOR DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE NA ÉPOCA DOS FATOS. NEGADO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRETENSÕES RECURSAIS: I) ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NÃO VISLUMBRADA. CONJUNTO FÁTICO–PROBATÓRIO QUE SE MOSTRA SUFICIENTE A DEMONSTRAR A AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. ELEMENTOS CONSUBSTANCIADOS NO AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO, NOS LAUDOS DE EXAME PERICIAIS E NOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA DIANTE DO INDEFERIMENTO QUANTO AO ROL DE TESTEMUNHAS DA DEFESA

AFASTADO. ALÉM DE TER SIDO ACOSTADO EXTEMPORANEAMENTE À DEFESA PRÉVIA, AUSENTE COMPROVAÇÃO QUANTO AO EFETIVO PREJUÍZO CAUSADO AO APELANTE. NÃO SE DESINCUMBIU A DEFESA DO ÔNUS DE EXPLICAR A FORMA COMO AS REFERIDAS TESTEMUNHAS PODERIAM ELUCIDAR OS FATOS IMPUTADOS AO APELANTE. ANÁLISE DO BROCARDO PAS DE NULLITE SANS GRIEF. INTELIGÊNCIA DO ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VALIDADE DOS TESTEMUNHOS POLICIAIS. SUFICIENTE CONVICÇÃO FORMADA DURANTE AMBAS AS FASES DA PERSECUÇÃO PENAL. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MERCANCIA. PRECEDENTES DO STJ. CONDENAÇÃO QUE DEVE SER MANTIDA NOS EXATOS TERMOS DA SENTENÇA. (...) APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0526352-56.2019.8.05.0001, Segunda Câmara. Segunda Turma. Relator (a): JOÃO BOSCO DE OLIVEIRA SEIXAS, Publicado em: 03/09/2021)". Nesta senda, a verossimilhança da acusação encontra inegável correlação com os fatos descritos pelas testemunhas, ainda que na condição de policiais que realizaram a prisão em flagrante, posto que tal fato não compromete seu depoimento, tendo em vista que a Defesa, ao longo do processo, não apresentou nenhum elemento probatório que descredenciasse ou invalidasse as oitivas em juízo, dos agentes policiais. Na espécie, mais do que comprovado que o agir do apelante se adéqua aos tipos penais previstos no art. 33 da Lei n. 11.346/2006 e art. 12 da Lei n. 10.826/2003. Portanto, não merece guarida a argumentação expendida pela Defesa objetivando a absolvição do apelante Ivonildo Santos Silva por ausência de provas.

DOSIMETRIA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS

Na dosimetria da pena, a magistrada de 1ª instância ao analisar as circunstâncias do art. 59 do Código Penal inferiu que: "Já que as condutas dos acusados se encontram amoldadas ao mesmo contexto fático, farei a análise conjunta das circunstâncias judiciais na dosimetria da pena. Com espeque no art. 42 da Lei nº 11.343/06 e considerado com preponderância sobre o quanto previsto nos arts. 59 e 68 do Código Penal, passo a examinar as circunstâncias judiciais para a fixação da pena-base privativa de liberdade.

Culpabilidade – O crime cometido pelos acusados é de grande repercussão em nossa sociedade, diante da reprovabilidade social, uma vez que o tráfico de drogas, sob qualquer forma, não põe em risco somente o usuário que vier a consumi-las, mas a sociedade como um todo que fica a mercê dos desatinos daqueles que estão sob sua influência maléfica.

Antecedentes – Como antecedentes criminais é considerada a vida anterior do réu, não estando certificado nos autos a existência de condenações anteriores por algum dos réus.

Conduta Social – Não há informações que possuam má conduta social no meio em que convivem.

Personalidade – Não existem elementos, nos autos, para que se possa responder pela personalidade dos acusados.

Motivo – Os réus não apresentaram motivos para a prática dos crimes.

Circunstâncias – Os acusados não cometeram os crimes em circunstâncias que demonstrassem periculosidade.

Consequências do Crime – O crime de tráfico causa o aumento de dependentes químicos, além de fomentar a prática de outros delitos a exemplo de roubos e furtos para sustento do vício, ou tráfico e porte ilegal de armas para resistência dos próprios traficantes contra ação policial.

Do comportamento da vítima – A vítima não teve qualquer conduta a qual pudesse contribuir para a prática do delito. Entende-se como vítima, neste caso, a sociedade como um todo.

Natureza da substância ou produto apreendido – As substâncias apreendidas se trata da droga vulgarmente conhecida como crack e maconha. Dentre as substâncias de uso proscrito, o crack (Cocaína) é uma das substâncias mais danosas, conhecida pelo elevado potencial vicioso e graves prejuízos causados à saúde física e mental dos usuários. Além disso, é a droga mais difundida atualmente no meio do tráfico, por ter menor custo. Já a maconha

é uma das substâncias de uso proscrito de menor potencial lesivo à saúde do usuário, contudo não é fato que torne a conduta do acusado menos reprovável diante do quadro social causado pelo tráfico de drogas atualmente. Quantidade da substância ou produto apreendido – A quantidade apreendida foi considerável.” Vê-se que as penas-base foram aplicadas acima do mínimo legal, ante a presença de circunstâncias judiciais desfavoráveis, o que ensejou a fixação da reprimenda em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão para cada um dos acusados. DAS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES Na segunda fase, para o sentenciado Ivonildo Santos Silva não foram reconhecidas agravantes e atenuantes, mantendo a pena provisória em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão. DAS CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO DE PENA Na derradeira etapa da dosimetria da reprimenda, a juíza a quo não reconheceu causas de aumento ou de diminuição de pena, fixando a pena definitiva em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão para o crime de tráfico de drogas. Neste ponto, a Defesa pugna pelo reconhecimento da causa de diminuição do tráfico privilegiado, sustentando que o fato de responder a outra ação penal não é impeditivo para o seu reconhecimento. Como se sabe, o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 permite que as penas do crime de tráfico de drogas sejam 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. A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem se orientado no sentido de que “Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes”. (STJ. AgRg no HC 549.345/MS, Rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 16/03/2020). O Superior Tribunal de Justiça, recentemente, tem alterado seu entendimento acerca da utilização de ações penais em curso como fundamento idôneo para ensejar o afastamento do tráfico privilegiado. Assim, nas decisões mais recente, fixou a tese de que “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.” (STJ. REsp n. 1.977.180/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022.) Corroborando o exposto, colaciono o seguinte precedente: “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. AÇÕES PENAIS EM CURSO. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTO APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I – A parte que se considerar agravada por decisão de relator, à exceção do indeferimento de liminar em procedimento de habeas corpus e recurso ordinário em habeas corpus, poderá requerer, dentro de cinco dias, a apresentação do feito em mesa relativo à matéria penal em geral, para que a Corte Especial, a Seção ou a Turma sobre ela se pronuncie, confirmando-a ou reformando-a. II – A Quinta Turma desta Corte, alinhando-se ao entendimento sufragado no Supremo Tribunal Federal, além de buscar nova pacificação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, consignou que a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento

em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020)"(HC n. 6644.284/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe de 27/9/2021). III – In casu, a existência de uma condenação anterior (não definitiva), bem como o fato de o flagrante ter sido realizado quando em gozo de liberdade provisória concedida pela prática, em tese, da conduta de tráfico de drogas, ainda não confirmada por condenação definitiva, não são hábeis a afastar a referida redutora. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no HC n. 725.854/SC, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 30/5/2022.)". Havendo, portanto, outros processos ou investigações criminais pendentes de definitividade, não funcionam como fundamentação idônea a afastar a causa de diminuição conhecida como tráfico privilegiado, não sendo possível concluir que o agente é habitual na prática delituosa em decorrência de ações penais em curso. Com efeito, constata-se que o apelante responde a outra ação penal pela prática do crime de tráfico de drogas. Diante desse quadro, a verificação da existência de processo penal em curso contra o réu não constitui fundamento eficiente a rechaçar o pedido defensivo, para afastar a aplicação da redutora descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, devendo ser reformada, neste ponto, a decisão condenatória. Destarte, acolho o pleito defensivo, para reformar a sentença condenatória e aplicar a causa de diminuição do tráfico privilegiado. Considerando que foi aplicada a minorante em seu grau máximo para os corréus, reduzo a sanção no maior patamar fixado pela legislação pertinente, a saber, 2/3 (dois terços) modificando a pena definitiva para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão para o crime do art. 33, da Lei n. 11.343/2006. REGIME PRISIONAL Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, com a modificação da reprimenda e em observância ao art. 33, § 2º, c, do Código Penal, altero para o regime aberto, posto que a pena aplicada é inferior a quatro anos. DA PENA DE MULTA Quanto à pena de multa, tendo em vista a alteração da pena privativa de liberdade com o reconhecimento do tráfico privilegiado, determino-a, em 266 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa no valor de um trigésimo do salário-mínimo vigente à data do fato. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS No caso em comento, verifica-se que estão preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, sendo suficiente para a reeducação a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos termos a serem fixados pelo Juízo da Execução Penal. Ante o exposto, exaurida a análise das questões invocadas em sede recursal, o voto é para CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL do recurso interposto pela Defesa, nos termos do voto, para reformar a pena aplicada com o reconhecimento da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, fixando a pena definitiva em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e, conseqüentemente, modificando o regime de cumprimento de pena para o aberto e substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo da Execução Penal, alterando, ainda, a pena de multa para 266 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa. Sala das Sessões, data registrada no sistema. _____Presidente

_____Relator _____Procurador (a)
de Justiça