

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0703312-90.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: PEDRO HENRIQUE SANTOS DE JESUS Advogado (s): CARLOS AUGUSTO DA SILVA CALDEIRA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS. INALBERGAMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. AUTO DE APREENSÃO. LAUDOS PERICIAIS. DEPOIMENTOS HARMÔNICOS E COERENTES DOS POLICIAIS. FRACIONAMENTO. ACUSADO QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL POR TRÁFICO. INTUITO DE MERCANCIA DEMONSTRADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º. POSSIBILIDADE. TEMA REPETITIVO Nº 1139 DO STJ. AÇÃO PENAL EM CURSO NÃO DEMONSTRA DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. ACUSADO QUE FAZ JUS AO RECONHECIMENTO DO “TRÁFICO PRIVILEGIADO”. FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. NUANCES DO CASO CONCRETO. RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. FRAÇÃO DE DOIS TERÇOS. PENA REDIMENSIONADA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. REGIME ABERTO. POSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. INCOMPATIBILIDADE COM O REGIME ABERTO. MEDIDA EXTREMA REVOGADA COM IMPOSIÇÃO DE CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, PROVIDO EM PARTE, PARA REDUZIR A SANÇÃO IMPOSTA, DEFINIR O REGIME INICIAL ABERTO, SUBSTITUIR A PENA E CONCEDER AO ACUSADO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE, IMPONDO-LHE CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO. I – Trata-se de Recurso de Apelação interposto contra a sentença que condenou o Acusado à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo legal, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade. Inconformado, o Apelante requer, em síntese: a) a absolvição, diante da dúvida relevante sobre a comprovação da autoria; b) a incidência do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, com fixação do regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; c) aplicação da detração, “considerando que o denunciado permaneceu por quase 6 (seis) meses em prisão provisória”; d) a concessão do direito de recorrer em liberdade; e) o deferimento do benefício da gratuidade da justiça. II – No mérito, a materialidade e autoria delitivas restaram sobejamente comprovadas nos autos, sobretudo pelo Auto de Exibição e Apreensão, pelo Laudo de Exame Pericial de Constatação e Laudo de Exame Pericial Definitivo – todos demonstrando a natureza da droga ilícita apreendida (18 gramas de cocaína, distribuídas em 25 porções pequenas) –, bem como pelos testemunhos judiciais dos policiais que realizaram a prisão, em flagrante, do ora Apelante. III – Constata-se que os testemunhos supracitados, colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, foram coesos e harmoniosos entre si, além de guardarem plena correspondência com as peças de informação que integram o Auto de Prisão em Flagrante. Nessa esteira, é preciso destacar que os testemunhos dos agentes policiais, servidores que possuem fé pública, gozam de presunção de veracidade, sendo plenamente aptos a embasar uma condenação, quando harmoniosos, sem contradições e/ou lacunas, e consentâneos com os demais elementos de prova dos autos. Precedentes. IV – No caso destes autos, é imprescindível salientar que a cocaína apreendida estava subdividida em 25 (vinte e cinco) porções menores, embaladas para venda, o que, somado à circunstância pessoal de o Recorrente responder a outra ação penal por tráfico (autos de n.º

0574213-09.2017.8.05.0001), evidencia o intuito de mercancia na conduta perpetrada pelo Acusado. V – No que toca à dosimetria da sanção corporal, o Juízo primevo, de forma proporcional e prudente, não desvalorou circunstância judicial alguma, fixando a pena-base no mínimo legal. Na segunda etapa, não houve incidência de atenuantes ou agravantes. Contudo, na terceira fase, afere-se que a decisão vergastada não está em consonância com a jurisprudência consolidada pela Terceira Seção do STJ no julgamento do REsp 1.977.027/PR (Relatora Min. LAURITA VAZ, Julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022), em sede de recurso repetitivo, no qual a Corte Cidadã firmou a tese (Tema Repetitivo n.º 1139) de que: “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”. VI – Pontue-se que o Juízo de origem afastou a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, indicando a existência de ação penal em curso em desfavor do Acusado e a circunstância de este não ter comprovado, nos autos, ocupação lícita. Neste âmbito, é imperioso consignar que, de acordo com o entendimento do STJ, a não comprovação de ocupação lícita, por parte do Acusado, não pode ser entendida como obstáculo ao reconhecimento do tráfico privilegiado. Destarte, conforme demonstrado, em atenção aos precedentes firmados pelo STJ, necessária se faz a reforma do decisum, a fim de reconhecer o “tráfico privilegiado”. VII – Sopesando as nuances do caso concreto – existência de uma ação penal em curso contra o Acusado, apreensão de diminuta quantidade de cocaína, ausência de concurso de agentes, ausência de balança, de cadernos de anotação, de apetrechos e/ou aditivos químicos – é razoável e proporcional que a causa de diminuição em comento seja aplicada na fração de dois terços. Assim, a pena final imposta ao Recorrente é de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão. Em relação à reprimenda de multa, esta deve seguir o método trifásico, sendo reduzida, na terceira fase, em dois terços. Logo, a sanção pecuniária deve ser dosada em 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, no valor mínimo legal. VIII – Em virtude da quantidade de pena aplicada – inferior a quatro anos –, da ausência de circunstância judicial valorada de forma negativa e da primariedade do Recorrente, deve ser determinado o regime inicial de cumprimento aberto, em atenção ao art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Precedentes. IX – Como o crime imputado foi cometido sem violência ou grave ameaça, as circunstâncias judiciais não foram desvaloradas, o Acusado não é reincidente, e a reprimenda imposta não é superior a quatro anos, deve ser substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (em obediência ao art. 44 do Código Penal), a serem definidas pelo Juízo da Execução. Precedentes. Com o deferimento do regime aberto e a substituição da pena corporal, desnecessária se faz a realização da detração neste momento processual. X – Não obstante o Juízo primevo tenha feito menção a elemento concreto do caso para manter o Recorrente encarcerado (existência de ação penal em curso), diante da reforma da dosimetria da pena, com a redução da sanção e a definição do regime aberto, torna-se incompatível a manutenção da prisão cautelar do Acusado, devendo a custódia preventiva ser revogada e o Recorrente colocado em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, com a imposição das medidas cautelares alternativas estabelecidas no art. 319, incisos I e IV, do CPP – consistentes no comparecimento mensal em Juízo (a ser cumprido perante a Vara de origem) e na proibição de ausentar-se da Comarca. Precedentes. XI – Por derradeiro, registre-se que o momento de se perquirir a situação financeira do apenado para eventual concessão de gratuidade da justiça é a fase de execução. Precedentes. XII

– RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO e, nesta extensão, PROVIDO EM PARTE, a fim de reduzir a sanção imposta para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais o pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, no valor mínimo legal; definir o regime inicial aberto; substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, e conceder ao Acusado o direito de recorrer em liberdade, impondo-lhe cautelares diversas da prisão e colocando-o em liberdade, se por outro motivo não estiver preso. Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal nº 0703312-90.2021.8.05.0001, em que figura, como Apelante, PEDRO HENRIQUE SANTOS DE JESUS, e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal Segunda Turma Julgadora do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER PARCIALMENTE e, nesta extensão, DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto pela Defesa, a fim de reduzir a sanção imposta para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais o pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, no valor mínimo legal; definir o regime inicial aberto; substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos; conceder ao Acusado o direito de recorrer em liberdade, impondo-lhe cautelares diversas da prisão (art. 319, incisos I e IV, do CPP) e colocando-o em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, e assim o fazem pelas razões que integram o voto do eminente Desembargador Relator. Sala das Sessões da Primeira Câmara Criminal 2ª Turma do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 03 de abril de 2023. PRESIDENTE DESEMBARGADOR BALTAZAR MIRANDA SARAIVA RELATOR PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA BMS06 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 3 de Abril de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0703312-90.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: PEDRO HENRIQUE SANTOS DE JESUS Advogado (s): CARLOS AUGUSTO DA SILVA CALDEIRA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposto por PEDRO HENRIQUE SANTOS DE JESUS, através do advogado CARLOS AUGUSTO DA SILVA CALDEIRA (OAB/BA 44.839), contra a sentença proferida pelo MM. Juízo de Direito da 3ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo legal, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade. A exordial acusatória assim narrou a conduta delitiva (ID 40017732): “Consta do incluso inquérito policial que, em 16 de março de 2021, por volta das 08h30, o indiciado foi preso, na cidade de Madre de Deus, uma vez que Policiais Militares constataram que mantinha em depósito, em sua residência, substâncias entorpecentes, com fito de comercialização. Segundo se logrou apurar, no dia e horário, acima especificados, Policiais Militares participavam da Operação Tupinambá, na Cidade de Madre de Deus – BA, realizando o cumprimento de mandados de prisão e buscas e apreensão, decorrentes de uma investigação a 4 grupos criminosos voltados ao tráfico de drogas. Depreende-se que, na oportunidade em que os Agentes de Segurança estavam do lado de fora de uma das residências alvo da operação, foram informados por Marciele R.C, companheira de uns dos investigados, conhecido pelo vulgo ‘PIRULITO’, que, na casa vizinha, teriam entorpecentes armazenados, pelo indivíduo de vulgo ‘SEEDORF’, ora indiciado. Desse modo, de posse da informação supra

indicada e tendo em vista que, antes dos cumprimentos dos mandados, já haviam sido alertados por equipes do DRACO sobre a vinculação de 'SEEDORF' com uma das lideranças do tráfico de drogas, em Madre de Deus, tendo lhes sido dito que ele trabalhava diretamente para WELLINGTON vulgo 'PAÉ', líder do tráfico na localidade, os Servidores Públicos deslocaram-se com o fim de averiguar a situação e, no imóvel citado, foram recebidos por uma mulher, que se identificou como Maria Paula, companheira de 'SEEDORF', e ela, também, autorizou que ali adentrassem. Na ocasião, os Prepostos do Estado encontraram 'SEEDORF' escondido, atrás de uma bancada, e próximo a ele, notadamente, embaixo de um sofá, localizaram uma sacola plástica contendo 24 porções de cocaína e mais um pino tipo eppendorf da mesma substância. O material ilícito apreendido foi submetido a testes, conforme laudo pericial, à fl. 16, sendo a droga apreendida, identificada da seguinte forma: 18,30g (dezoito gramas e trinta centigramas) de cocaína, sob a forma de pó, distribuída em certa quantidade de trouxinhas, acondicionadas em trouxinhas de plástico transparente. Em pesquisa ao E-SAJ, verifica-se existência um processo contra PEDRO HENRIQUE SANTOS DE JESUS, sendo ele de nº 0574213-09.2017.8.05.0001, por tráfico de drogas, registrado na 3ª Vara de Criminal, nesta capital, no qual sofreu sentença penal condenatória". Em prestígio aos preceitos da celeridade e da economia processual, e tendo em vista ali se externar, suficientemente, no que relevante, a realidade da marcha processual até então desenvolvida, adota-se o relatório da sentença (ID 40018093), a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto.

Inconformado, o Apelante interpôs o presente Recurso, requerendo, em síntese: a) a absolvição, diante da dúvida relevante sobre a comprovação da autoria; b) a incidência do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, com fixação do regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; c) aplicação da detração, "considerando que o denunciado permaneceu por quase 6 (seis) meses em prisão provisória"; d) a concessão do direito de recorrer em liberdade; e) o deferimento do benefício da gratuidade da justiça (ID 40018100). Em contrarrazões de ID 40018106, o Ministério Público requereu o conhecimento e o desprovimento do recurso de apelação. Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça ofertou parecer "pelo CONHECIMENTO PARCIAL do recurso interposto e, na parte conhecida, pelo seu total IMPROVIMENTO, não merecendo a decisão de primeiro grau qualquer censura" (ID 40633689). Com este relato, submeto o exame dos autos ao eminente Des. Revisor, nos termos do artigo 166 do RITJBA. Salvador, 09 de março de 2023.

DESEMBARGADOR BALTAZAR MIRANDA SARAIVA RELATOR BMS06 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0703312-90.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: PEDRO HENRIQUE SANTOS DE JESUS Advogado (s): CARLOS AUGUSTO DA SILVA CALDEIRA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Conforme relatado, trata-se de Recurso de Apelação interposto por PEDRO HENRIQUE SANTOS DE JESUS, através do advogado CARLOS AUGUSTO DA SILVA CALDEIRA (OAB/BA 44.839), contra a sentença proferida pelo MM. Juízo de Direito da 3ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou à pena de 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor mínimo legal, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade. A exordial acusatória assim narrou a conduta delitiva (ID 40017732): "Consta do incluso inquérito policial que, em 16

de março de 2021, por volta das 08h30, o indiciado foi preso, na cidade de Madre de Deus, uma vez que Policiais Militares constataram que mantinha em depósito, em sua residência, substâncias entorpecentes, com fito de comercialização. Segundo se logrou apurar, no dia e horário, acima especificados, Policiais Militares participavam da Operação Tupinambá, na Cidade de Madre de Deus – BA, realizando o cumprimento de mandados de prisão e buscas e apreensão, decorrentes de uma investigação a 4 grupos criminosos voltados ao tráfico de drogas. Depreende-se que, na oportunidade em que os Agentes de Segurança estavam do lado de fora de uma das residências alvo da operação, foram informados por Marciele R.C, companheira de uns dos investigados, conhecido pelo vulgo 'PIRULITO', que, na casa vizinha, teriam entorpecentes armazenados, pelo individuo de vulgo 'SEEDORF', ora indiciado. Desse modo, de posse da informação supra indicada e tendo em vista que, antes dos cumprimentos dos mandados, já haviam sido alertados por equipes do DRACO sobre a vinculação de 'SEEDORF' com uma das lideranças do tráfico de drogas, em Madre de Deus, tendo lhes sido dito que ele trabalhava diretamente para WELLINGTON vulgo 'PAÉ', líder do tráfico na localidade, os Servidores Públicos deslocaram-se com o fim de averiguar a situação e, no imóvel citado, foram recebidos por uma mulher, que se identificou como Maria Paula, companheira de 'SEEDORF', e ela, também, autorizou que ali adentrassem. Na ocasião, os Prepostos do Estado encontraram 'SEEDORF' escondido, atrás de uma bancada, e próximo a ele, notadamente, embaixo de um sofá, localizaram uma sacola plástica contendo 24 porções de cocaína e mais um pino tipo eppendorf da mesma substância. O material ilícito apreendido foi submetido a testes, conforme laudo pericial, à fl. 16, sendo a droga apreendida, identificada da seguinte forma: 18,30g (dezoito gramas e trinta centigramas) de cocaína, sob a forma de pó, distribuída em certa quantidade de trouxinhas, acondicionadas em trouxinhas de plástico transparente. Em pesquisa ao E-SAJ, verifica-se existência um processo contra PEDRO HENRIQUE SANTOS DE JESUS, sendo ele de nº 0574213-09.2017.8.05.0001, por tráfico de drogas, registrado na 3ª Vara de Criminal, nesta capital, no qual sofreu sentença penal condenatória". Inconformado, o Apelante interpôs o presente Recurso, requerendo, em síntese: a) a absolvição, diante da dúvida relevante sobre a comprovação da autoria; b) a incidência do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, com fixação do regime inicial aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; c) aplicação da detração, "considerando que o denunciado permaneceu por quase 6 (seis) meses em prisão provisória"; d) a concessão do direito de recorrer em liberdade; e) o deferimento do benefício da gratuidade da justiça (ID 40018100). No mérito, a materialidade e autoria delitivas restaram sobejamente comprovadas nos autos, sobretudo pelo Auto de Exibição e Apreensão (ID 40017733, p. 7), pelo Laudo de Exame Pericial de Constatação (ID 40017733, p. 16) e Laudo de Exame Pericial Definitivo (ID 40018075) – todos demonstrando a natureza da droga ilícita apreendida (18 gramas de cocaína, distribuídas em 25 porções pequenas) –, bem como pelos testemunhos judiciais dos policiais que realizaram a prisão, em flagrante, do ora Apelante. Embora o Recorrente tenha negado, em seu interrogatório judicial, a posse do narcótico apreendido, esta negativa de autoria não encontra respaldo mínimo em elemento algum dos autos, sendo, portanto, uma versão isolada e carente de credibilidade. Ressalte-se que os agentes policiais foram uníssomos em afirmar a materialidade e a autoria do crime cometido pelo Apelante, prestando declarações harmônicas, tanto na fase inquisitiva como na fase judicial. Transcrevem-se, adiante, trechos

degravados do depoimento colhido da testemunha de acusação PM Sidney Cerqueira Marques (PJE Mídias), perante o crivo do contraditório e da ampla defesa: "(...) que se recorda de ter participado da Operação denominada Tupinambá e também da prisão em flagrante do acusado presente na audiência. Que foram informados pela companheira de outro indivíduo, alvo da operação, que na casa do acusado tinha entorpecentes. Que se dirigiram até o local, tendo a companheira do acusado autorizado a entrada e foi encontrado droga na sala. Que antes foi perguntado se havia droga na casa, ao que disseram que não, mas realizada a busca ao imóvel, foi encontrada a droga que aparentava ser cocaína, separadas em trouxas e pinos. Que não foi apreendido. Que obteve informação através do DRACO de que o acusado traficava na região e iria substituir o indivíduo 'Paé' que morreu em confronto com a Polícia Civil. Que o acusado estava abaixado escondido atrás de uma bancada, mas não reagiu à prisão. Que não se recorda se tinha mandado de prisão contra o acusado. Que não houve reação da população por conta da prisão do acusado. Que na primeira casa, fizeram a varredura com cães e encontraram droga. Que a companheira do alvo, informou que na casa do acusado havia mais droga, o que motivou o deslocamento até a casa do acusado, conhecido como 'Seedorf'. Que o depoente ingressou na casa do acusado, e visualizou a sacola com a droga sendo encontrada. Que o depoente fez a busca no primeiro quarto da casa. Que o viu o saco sendo encontrado perto do sofá na casa do acusado, conhecido como 'Seedorf'." As afirmações do PM Sidney Cerqueira Marques são confirmadas, também em sede de inquirição judicial, pelo que disse o PM Davi Ricardo de Santana Luz (PJE Mídias): "(...) que participou da Operação Tupinambá em Madre de Deus e tinha como finalidade de mandado de prisão e busca e apreensão, por conta de alguns grupos criminosos estarem comercializado entorpecentes. Que participou da prisão em flagrante do acusado presente nessa audiência. Que não sabe informar se tinha mandado de prisão contra o acusado. Que em uma casa que se dirigiram, tinha uma pessoa com mandado de prisão e busca na casa, sendo encontrada drogas. Que a princípio foi preso um homem e uma mulher que disseram que o restante da carga estaria com a pessoa chamada 'Seedorf', que ficava a 50 metros da casa. Que uma patrulha se dirigiu ao local e ao bater à porta estava o acusado e uma senhora. Que a esposa do acusado franqueou a entrada e o acusado estava dentro da casa. Que foi visualizado de logo, próximo ao sofá uma quantidade de droga. Que após, conduziram o acusado à Autoridade competente, Delegado chefe da Operação Tupinambá. Que a carga referida foi encontrada na casa do acusado e apresentada na Delegacia. Que aparentemente a droga parecia ser cocaína, mas não soube do resultado. Que a Operação foi por volta de 08/9 da manhã. Que foi o primeiro contato com o acusado. Que soube que o acusado vendia droga para 'Paé', um dos alvos da Operação Tupinambá. Que 'Paé' 'tombou' em confronto com a patrulha da COE. Que o local é de confronto de facções. Que o acusado não reagiu à prisão. Que a droga estava separada em forma de pó. Que tinha o acusado e a esposa na casa e salvo engano uma criança. Que o depoente participou ativamente da operação e da entrada na casa do acusado. Que fizeram uma revista ao imóvel e a droga foi encontrada na sala. Que o depoente só revistou o primeiro cômodo, que foi a sala. Que a droga estava em saco, embalados em pequena trouxinhas. Que a guarnição do depoente fez a apresentação do acusado na Delegacia. Que o depoente não conhecia o acusado, mas pessoas disseram que o acusado fazia o comércio de drogas em Madre de Deus." No mesmo sentido, são as afirmações da terceira testemunha ouvida durante a instrução, a PM Viviane Santos Oliveira (PJE Mídias).

Constata-se que os testemunhos supracitados, colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, foram coesos e harmoniosos entre si, além de guardarem plena correspondência com as peças de informação que integram o Auto de Prisão em Flagrante. Ademais, inexistem nos autos quaisquer elementos probatórios que retirem a credibilidade dos depoimentos prestados pelos policiais militares, ou que desabonem a conduta por eles adotada durante a prisão do Recorrente. Nessa esteira, é preciso destacar que os testemunhos dos agentes policiais, servidores que possuem fé pública, gozam de presunção de veracidade, sendo plenamente aptos a embasar uma condenação, quando harmoniosos, sem contradições e/ou lacunas, e consentâneos com os demais elementos de prova dos autos. Neste exato sentido: [...] A condenação do paciente por tráfico de drogas foi lastreada em contundente acervo probatório, consubstanciado nas circunstâncias em que ocorreram sua prisão em flagrante – após denúncias anônimas que levaram a polícia a realizar uma ronda na área conhecida como Rua da Nóia e a flagrarem o paciente na posse de 7 embrulhos contendo crack, sendo que a massa de cada uma das embalagens pesava cerca de 7 gramas (e-STJ, fls. 8/9) –; Some-se a isso o fato de que um dos menores apreendidos junto com o paciente haver confirmado que a droga seria dele (e-STJ, fl. 9). – Ademais, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes. – A pretensão formulada pelo impetrante encontra óbice na jurisprudência desta Corte de Justiça sendo, portanto, manifestamente improcedente. – Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no HC 718.028/PA, Quinta Turma, Relator: Min. REYNALDO SOARES DA FONSECA, Julgado em 15/02/2022, DJe 21/02/2022). (Grifos nossos). PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDENAÇÃO PARA O TIPO DE PORTE DE ENTORPECENTES PARA USO PRÓPRIO. INVIÁVEL O REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO NO WRIT. JUÍZO CONDENATÓRIO DA ORIGEM FIRMADO EM ELEMENTOS CONCRETOS DE PROVA. DOSIMETRIA. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA. ILEGALIDADE NÃO DEMONSTRADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...). – Na hipótese, as instâncias ordinárias, com base no acervo probatório, firmaram compreensão no sentido da efetiva prática do crime de tráfico de drogas, e não de posse de entorpecentes para mero uso pessoal, especialmente, considerando o histórico de infrações do ora agravante, o testemunho dos policiais condutores do flagrante, a forma de acondicionamento da droga apreendida e a dinâmica dos fatos (agente que transportava drogas preparadas para venda após sair de conhecido ponto de tráfico). (...) – Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC n. 631.183/SP, Relator: Min. Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 15/12/2020, DJe de 17/12/2020). (Grifos nossos). (...) Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, 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. (...). (STJ, HC n. 492.467/RJ, Relator: Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, Julgado em 21/5/2019, DJe de 27/5/2019). (Grifos nossos). (...). PROVAS COLHIDAS EXCLUSIVAMENTE NO INQUÉRITO. NÃO OCORRÊNCIA. CONDENAÇÃO BASEADA NO TESTEMUNHO DO POLICIAL RESPONSÁVEL PELA PRISÃO EM FLAGRANTE. ELEMENTO DE PROVA VÁLIDO. PRECEDENTE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. Agravo

regimental improvido. (STJ, AgRg no AREsp n. 1.289.557/PE, Relator: Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, Julgado em 4/9/2018, DJe de 14/9/2018). (Grifos nossos). No caso destes autos, é imprescindível salientar que a cocaína apreendida estava subdividida em 25 (vinte e cinco) porções menores, embaladas para venda, o que, somado à circunstância pessoal de o Recorrente responder a outra ação penal por tráfico (autos de n.º 0574213-09.2017.8.05.0001), evidencia o intuito de mercancia na conduta perpetrada pelo Acusado. É, portanto, indene de dúvidas que as provas produzidas durante a instrução processual são suficientes para embasar a condenação do Apelante pelo delito de tráfico de drogas, delito que possui uma série de núcleos verbais, dentre eles “oferecer”, “fornecer”, “ter em depósito”, “transportar”, “trazer consigo” ou “guardar”, amoldando-se, portanto, a lei à situação fática, em que o Recorrente trazia consigo/guardava em depósito, para fins de mercancia, droga posteriormente identificada como cocaína, substância de uso proscrito, conforme a Portaria n. 344/98 da ANVISA. No que toca à dosimetria da sanção corporal, o Juízo primevo, de forma proporcional e prudente, não desvalorou circunstância judicial alguma, fixando a pena-base no mínimo legal. Na segunda etapa, não houve incidência de atenuantes ou agravantes. Contudo, na terceira fase, afere-se que a decisão vergastada não está em consonância com a jurisprudência consolidada pela Terceira Seção do STJ no julgamento do REsp 1.977.027/PR (Relatora Min. LAURITA VAZ, Julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022), em sede de recurso repetitivo, no qual a Corte Cidadã firmou a tese (Tema Repetitivo n.º 1139) de que: “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”. Pontue-se que o Juízo de origem afastou a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, indicando a existência de ação penal em curso em desfavor do Acusado e a circunstância de este não ter comprovado, nos autos, ocupação lícita (ID 40018093). Confira-se: “Das informações contidas à fl. 46 – SAJ, tem-se que o réu possui uma condenação também por tráfico de drogas, perante este Juízo, demonstrando com isso que seu envolvimento nessa prática não é um fato inédito e eventual, sendo portanto, inviável a aplicação da sobredita causa de diminuição de pena, tendo em vista que os elementos de prova indicam que o denunciado se utiliza da comercialização de drogas, como forma de sua subsistência e da família. Também não foi comprovado nos autos ocupação lícita por parte do réu”. Neste âmbito, é imperioso consignar que a não comprovação de ocupação lícita, por parte do Acusado, não pode ser entendida como obstáculo ao reconhecimento do tráfico privilegiado. É este o entendimento do STJ: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. PRESENÇA DOS REQUISITOS. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE EVIDENCIEM A DEDICAÇÃO DO RÉU ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. CABÍVEL O SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AGRADO DESPROVIDO. 1. Na origem, a dedicação a atividades criminosas foi deduzida somente a partir da quantidade da droga apreendida e do fato de o Agravado não ter comprovado o exercício de atividade lícita, razão pela qual a decisão agravada, em consonância com os precedentes desta Corte Superior, concluiu por reformar a dosimetria das penas para aplicar a minorante do tráfico privilegiado na fração máxima. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC n. 790.424/SC, Sexta Turma, Relatora: Min. LAURITA VAZ, Julgado em



14/2/2023). (Grifos nossos). Nesta esteira, conforme demonstrado, em atenção aos precedentes firmados pelo STJ, necessária se faz a reforma do decisor, a fim de reconhecer o “tráfico privilegiado”. Sopesando as nuances do caso concreto – existência de uma ação penal em curso contra o Acusado, apreensão de diminuta quantidade de cocaína (narcótico de alto potencial lesivo), ausência de concurso de agentes, ausência de balança, de cadernos de anotação, de apetrechos e/ou aditivos químicos – é razoável e proporcional que a causa de diminuição em comento seja aplicada na fração de dois terços. Assim, a pena final imposta ao Recorrente é de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão. Em relação à reprimenda de multa, esta deve seguir o método trifásico, sendo reduzida, na terceira fase, em dois terços. Logo, a sanção pecuniária deve ser dosada em 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, no valor mínimo legal. Em virtude da quantidade de pena aplicada – inferior a quatro anos –, da ausência de circunstância judicial valorada de forma negativa e da primariedade do Recorrente, deve ser determinado o regime inicial de cumprimento aberto, em atenção ao art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Como o crime imputado foi cometido sem violência ou grave ameaça, as circunstâncias judiciais não foram desvaloradas, o Acusado não é reincidente, e a reprimenda imposta não é superior a quatro anos, deve ser substituída a pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos, em obediência ao art. 44 do Código Penal. Neste exato sentido, seguem precedentes do STJ: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. DEFERIMENTO DO BENEFÍCIO. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 2. Hipótese em que as instâncias ordinárias concluíram pela habitualidade delitiva do agente com base em mero juízo de presunção, na medida em que foram considerados processo em curso, a afirmação dos policiais de que ele seria conhecido pelo tráfico na localidade, a falta de comprovação de atividade lícita e o montante de entorpecente apreendido (97,2g de cocaína e 14,5g de crack). Assim, uma vez reconhecida a primariedade do réu e o tráfico em pequena escala, mostra-se proporcional a aplicação da causa de diminuição de pena na fração máxima. 3. Estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão e 167 dias-multa, o regime aberto é o adequado à prevenção e à reparação do delito, diante da primariedade do réu e da análise favorável das circunstâncias judiciais, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal. 4. Pelas mesmas razões acima alinhavadas (primariedade do agente e circunstâncias judiciais favoráveis), é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução, valendo-se anotar que esta Corte e o Supremo Tribunal Federal entendem que não existe óbice na Lei de Drogas para a concessão do citado benefício, quando preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal. 5. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC n. 729.922/MG, Quinta Turma, Relator: Min. RIBEIRO DANTAS, Julgado em 10/5/2022, DJe de 16/5/2022). (Grifos nossos). AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NATUREZA E QUANTIDADE. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REDUTOR. PATAMAR MÁXIMO. REGIME INICIAL ABERTO. CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) III – A quantidade e a natureza da substância entorpecente constituem circunstâncias preponderantes a serem consideradas na dosimetria da pena.

No presente caso, contudo, a quantidade de droga apreendida não foi elevada ao ponto de justificar a exasperação da pena-base. IV – 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. V – A aplicação da causa especial de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 no patamar mínimo de um sexto ocorreu sem a devida fundamentação concreta. Desse modo, ausentes fundamentos que justifiquem sua incidência na menor fração, deve a diminuição de pena, na terceira etapa dosimétrica, ocorrer no patamar máximo de dois terços. VI – O Plenário do col. Suprem o Tribunal Federal declarou inconstitucional o art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/90 – com redação dada pela Lei n. 11.464/07 –, não sendo mais possível, portanto, a fixação de regime prisional inicialmente fechado com base no mencionado dispositivo. Para tanto, devem ser observados os preceitos constantes dos arts. 33 e 59, ambos do Código Penal. II – Considerando a primariedade do recorrido e o quantum de pena estabelecido, forçoso concluir que faz jus ao regime aberto para início de cumprimento de pena, ex vi do art. 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Estatuto Penal, bem como de acordo com o entendimento constante das Súmulas n. 718 e n. 719 do Supremo Tribunal Federal e da Súmula n. 440 desta Corte Superior. VIII – O Pretório Excelso, nos termos da r. decisão proferida por ocasião do julgamento do HC n. 97.256/RS, ao considerar inconstitucional a vedação legal à substituição da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 (cuja execução foi suspensa pelo Senado Federal por meio da Resolução n. 5 de 16/2/2012), permitiu a concessão da benesse aos condenados pelo crime de tráfico de drogas, desde que preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal, como ocorre no presente caso. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC n. 741.835/SC, Quinta Turma, Relator: Min. JESUÍNO RISSATO (Desembargador Convocado do TJDF), Julgado em 2/8/2022, DJe de 15/8/2022). (Grifos nossos). Ainda sobre a possibilidade de substituição da pena restritiva de liberdade por restritiva de direitos, colaciona-se julgado recente desta Colenda Primeira Câmara Criminal 2ª Turma do TJBA, de relatoria do Eminentíssimo Desembargador Pedro Augusto Costa Guerra, no qual o benefício foi concedido para pessoa que realizou o transporte de 6,5 quilos de maconha: EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. TRANSPORTE DE ENTORPECENTES (6,5KG DE "CANNABIS SATIVA"). RECURSOS DA DEFESA E DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE CONSTATADAS. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 231, STJ. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. RÉU PRIMÁRIO E DE BONS ANTECEDENTES. AUSÊNCIA DE PROVAS DE DEDICAÇÃO AO CRIME E DE PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO, TÃO SOMENTE PARA REDIMENSIONAR A PENA APLICADA, E DESPROVIDO O RECURSO MINISTERIAL. I– Trata-se de Apelação Criminal interposta por ROGÉRIO ALVES RIBEIRO e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, inconformados com a sentença prolatada pelo Juízo de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que julgou procedente a ação penal, condenando o réu à pena de 03 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime prisional inicial aberto, além do pagamento de 435 (quatrocentos e trinta e cinco) dias-multa, sendo substituída por penas restritivas de direitos. II – 0

Ministério Público, em sede de Apelação Criminal (fls. 186), pugnou pelo provimento do recurso (fls. 187/190), a fim de que a sentença de fls. 150/166 seja reformada para afastar a incidência da figura privilegiada e respectiva redução da pena, descrita ao parágrafo 4º do artigo 33, da Lei de Drogas. III – A Defesa, por sua vez, em suas razões recursais (fls. 205/210), alegou violação ao princípio da individualização da pena, pois aplicado o redutor previsto no § 4º, do artigo 33, em 1/6 (um sexto), quando todas as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, pugnando, assim, pela aplicação do redutor em 1/2 (metade), já que utilizar apenas a natureza e a quantidade de entorpecentes não é, por si só, requisito suficiente para mitigar o direito subjetivo do Apelante. IV – Materialidade e autoria encontram-se devidamente demonstradas nos autos, sendo que os recursos interpostos tanto pela Acusação, quanto pela Defesa, cingem-se exclusivamente sobre os critérios dosimétricos realizados pelos Juízo de Origem. V – As circunstâncias da apreensão revelam somente a condição de "mula" do Réu, o que não impõe a conclusão de que se dedicava a atividades ilícitas ou participante de organização criminosa. VI – Pena redimensionada para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, a ser cumprida em regime prisional inicial aberto, na forma do artigo 33, § 2º, c, da Lei Penal, sendo substituída por penas restritivas de direitos. VII – Recurso do Ministério Público a que se nega provimento. Recurso Defensivo a que se dá provimento. (TJBA, Apelação 0535569-26.2019.8.05.0001, Relator (a): Des. PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA, Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Publicado em: 08/10/2020). (Grifos nossos). Assim, faz jus o Acusado à substituição da reprimenda corporal por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Execução. Com o deferimento do regime aberto e a substituição da pena corporal, desnecessária se faz a realização da detração neste momento processual. Observa-se que a sentença guerreada negou ao Acusado o direito de recorrer em liberdade, nos seguintes termos: "Nego ao réu o direito de recorrer em liberdade, uma vez que já possui uma condenação por tráfico de drogas, fato anterior ao em julgamento e voltou a ser preso e agora, com o advento desta Sentença, mais uma vez condenado, não havendo nos autos comprovação de exercício de atividade regular lícita, restando demonstrado habitualidade nessa conduta criminosa, a recomendar, com isso, a manutenção da segregação, a fim de evitar a reiteração delitiva, bem como a possibilidade de fuga em face do conhecimento da condenação". Não obstante o Juízo primevo tenha feito menção a elemento concreto do caso para manter o Recorrente encarcerado (existência de ação penal em curso), diante da reforma da dosimetria da pena, com a redução da sanção e a definição do regime aberto, torna-se incompatível a manutenção da prisão cautelar do Acusado, devendo a custódia preventiva ser revogada e o Recorrente colocado em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, com a imposição das medidas cautelares alternativas estabelecidas no art. 319, incisos I e IV, do CPP – consistentes no comparecimento mensal em Juízo (a ser cumprido perante a Vara de origem) e na proibição de ausentar-se da Comarca. Perfilha-se, aqui, a entendimento jurisprudencial remansoso do STJ: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. DETRAÇÃO PENAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME ABERTO. PRISÃO PREVENTIVA. INCOMPATIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 3. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando

evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal – CPP. Devendo, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP. 4. Não obstante tenham as instâncias ordinárias feito menção a elementos concretos do caso para a decretação segregação cautelar, como o fato de ter o paciente atribuído a si falsa identidade durante todo o curso processual com o intuito de se furto à aplicação da lei penal, é incompatível a imposição de prisão preventiva a réu condenado a cumprir a pena de reclusão em regime inicial aberto. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso. (STJ, HC n. 467.949/SP, Relator Min. Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, Julgado em 11/2/2020, DJe de 20/2/2020). (Grifos nossos). RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. REVOGAÇÃO DA LIBERDADE PROVISÓRIA. SUPERVENIÊNCIA DE CONDENÇÃO. IMPOSIÇÃO DO REGIME ABERTO. PRESERVAÇÃO DA CONSTRIÇÃO. NEGATIVA DE RECORRER EM LIBERDADE. DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL DEMONSTRADO. RECLAMO PROVIDO. 1. Consoante entendimento pacificado neste Superior Tribunal, a fixação do regime aberto para o inicial cumprimento da pena é incompatível com a negativa do apelo em liberdade. 2. Não obstante ter sido revogada a liberdade provisória, em razão do descumprimento das condições impostas, observa-se que o recorrente findou condenado ao cumprimento de reprimenda reclusiva a ser descontada no modo aberto de execução, mostrando-se desproporcional a preservação da prisão preventiva na hipótese dos autos. 3. Recurso ordinário provido para revogar a prisão preventiva do recorrente, permitindo-lhe que aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença condenatória. (STJ, RHC n. 63.656/RS, Relator Min. Jorge Mussi, Quinta Turma, Julgado em 26/4/2016, DJe de 4/5/2016). (Grifos nossos). Por derradeiro, registre-se que o momento de se perquirir a situação financeira do apenado para eventual concessão de gratuidade da justiça é a fase de execução. No exato sentido do quanto exposto nos parágrafos anteriores, colacionam-se ementas de julgados desta Egrégia Corte Estadual: APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO PRATICADO DURANTE O REPOUSO NOTURNO. MODALIDADE TENTADA. (...). PENA DE MULTA. NORMA COGENTE. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. CONDENÇÃO EM CUSTAS PROCESSUAIS. EXIGIBILIDADE DO PAGAMENTO. APRECIACÃO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Apelante condenado à pena de 1 ano de reclusão, em regime inicial aberto, além de 10 dias-multa, sendo a pena privativa de liberdade substituída por uma restritiva de direito, pela prática do crime previsto no art. 155, § 1º c/c art. 14, II, ambos do CP (furto praticado durante o repouso noturno na forma tentada), uma vez que, no dia 31/10/2016, com o intuito de subtrair um aparelho celular, forçou e arrombou a grade de ferro de uma das janelas da casa da vítima, adentrando no imóvel em posse de uma faca tipo 'peixeira', não concluindo seu intento por circunstâncias alheias à sua vontade. 2. (...) 3. Lado outro, a alegada hipossuficiência econômica do acusado para arcar com o pagamento da pena de multa não serve para excluí-la, já que a pena pecuniária é sanção que integra o tipo penal violado, tratando-se de norma cogente, de aplicação obrigatória, sob pena de flagrante violação ao princípio da legalidade. 4. Ademais, no que diz respeito à gratuidade de justiça, a jurisprudência do STJ foi firmada no sentido de que 'o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução,

por tal razão, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais' (AgRg no REsp 1803332 – MG, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, QUINTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 02/09/2019).

5. Recurso conhecido e não provido, nos termos do Parecer Ministerial. (TJBA, Apelação 0581489–28.2016.8.05.0001, Primeira Câmara – Primeira Turma, Relator: Des. LUIZ FERNANDO LIMA, Publicado em: 30/11/2021). (Grifos Nossos). APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO SIMPLES. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO FORMULADO PELA DEFESA. NÃO CONHECIMENTO. (...) DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DAS CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA QUE MERECE REPAROS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIA QUE EXTRAPOLE O TIPO PENAL. PROVIMENTO PARCIAL. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. DOSIMETRIA DA PENA REFORMULADA. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. O pedido de gratuidade da justiça não deve ser conhecido, uma vez que a competência para averiguação da hipossuficiência do apelante é do juízo de execução penal. (...). 4. Ante a nova valoração das circunstâncias judiciais, fixo a pena-base no mínimo legal, em exatos 01 (um) ano de reclusão, e ao pagamento de 10 (dez) dias-multa, cada um equivalente a 1/30 avos do salário-mínimo, examinados os vetores do art. 59 do Código Penal. (...) 7. Recurso de apelação parcialmente conhecido e parcialmente provido. (TJBA, Apelação: 0504218–69.2018.8.05.0001, Segunda Câmara – Primeira Turma, Relator: Des. ANTONIO CARLOS DA SILVEIRA SIMARO, Publicado em: 31/05/2021). (Grifos nossos). Portanto, no que se refere ao pedido de gratuidade da justiça, não é possível o seu conhecimento nesta instância, por se tratar de matéria afeta ao Juízo da Execução. Do exposto, VOTO no sentido de CONHECER PARCIALMENTE e, nesta extensão, DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto pela Defesa, a fim de reduzir a sanção imposta para 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão mais o pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, no valor mínimo legal; definir o regime inicial aberto; substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos; conceder ao Acusado o direito de recorrer em liberdade, impondo-lhe cautelares diversas da prisão (art. 319, incisos I e IV, do CPP) e colocando-o em liberdade, se por outro motivo não estiver preso. Expeça-se o ALVARÁ DE SOLTURA no BNMP2 em favor de PEDRO HENRIQUE SANTOS DE JESUS (nascido em 01/05/1992, filho de Iracema Farias Santos e Pedro Alberto de Jesus, portador do RG de n.º 316695410), que deve ser imediatamente posto em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, com rigorosa e estrita observância das cautelares fixadas, sob pena de retorno ao cárcere. É como voto. Sala das Sessões da Primeira Câmara Criminal 2ª Turma do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 03 de abril de 2023. DESEMBARGADOR BALTAZAR MIRANDA SARAIVA RELATOR BMS06