

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700302-33.2021.8.05.0229 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MARCELO SILVA DE OLIVEIRA Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS – ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. CONDENAÇÃO MANTIDA. PROVAS CARREADAS AOS AUTOS EVIDENCIAM A PRÁTICA DO CRIME. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA DA SENTENÇA. NO MÉRITO REDUZIDA A PENA DIANTE DO RECONHECIMENTO DA HIPÓTESE DE TRÁFICO PRIVILEGIADO. RÉU TÉCNICAMENTE PRIMÁRIO. APELAÇÃO CONHECIDA PARCIALMENTE (EXCETO QUANTO AO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA) E PROVIDA, EM PARTE, REDUZINDO-SE A PENA DEFINITIVA. I. Consta nos autos que no dia 14/05/2021, uma guarnição da polícia se deslocou até a residência do réu, situada na Rua Porto do Sol, s/n, em Varzedo/BA, para cumprimento de mandado de busca e apreensão expedido nos autos de nº 0500274-49.2021.8.05.0229, sendo apreendido o seguinte material: uma porção de cocaína (23,70g), uma porção de maconha (117,12g) e mais 32 pinos de cocaína (23,37g). II. O Juízo da 1ª Vara Crime de Santo Antonio de Jesus condenou o réu a uma pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão a ser cumprida em regime inicial semiaberto e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Não concedeu o direito de recorrer em liberdade. Sentença exarada em 13/04/2022. III. A Defesa requer, preliminarmente: a concessão do benefício da assistência gratuita; reconhecimento da quebra da “cadeia de custódia”, por comprometimento da materialidade delitiva; reconhecimento da violação de domicílio. No mérito, pugna pela absolvição por insuficiência de provas, com fulcro no art. 386, VII, do CPP. Subsidiariamente, pelo reconhecimento da hipótese de tráfico privilegiado no seu patamar máximo (2/3); transferência imediata para regime menos gravoso ao qual faz jus; concessão do direito de recorrer em liberdade. IV. Não conhecido o pedido da assistência judiciária gratuita, pois a matéria é de competência da Execução Penal, haja vista ser na fase de execução o momento adequado para aferir a real situação financeira do réu. V. Preliminares Rejeitadas. Não houve violação de domicílio, os policiais estavam cumprindo mandado de busca e apreensão, quando encontraram drogas na residência do acusado. Também inexistente indício de que a idoneidade das provas colhidas tenha sido violada e toda a documentação referente à sua custódia está devidamente acostada ao inquérito policial e aos autos do processo criminal. VI. Condenação mantida, diante das provas carreadas aos autos. Evidenciada a autoria e materialidade delitivas. Depoimentos dos policiais prestados em Juízo. Não merece prosperar o pedido de absolvição. VII. Para a configuração do crime de tráfico de drogas não é exigida prova do flagrante do comércio ilícito, devendo-se considerar os elementos indiciários, tais como as circunstâncias da prisão que evidenciam a atitude delituosa, sendo que o réu foi preso em flagrante após serem encontradas drogas variadas em sua residência (cocaína e maconha), quando policiais cumpriam mandado de busca e apreensão expedido em outro processo. VIII. Pena basilar mantida no mínimo legal, com amparo no art. 59, do CP. Na segunda fase inexistem circunstâncias atenuante/agravantes a serem sopesadas. IX. Dosimetria refeita na terceira fase. Reconhecida a hipótese de tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11343/2006). Réu tecnicamente primário, apesar de responder a outras ações penais, ainda não houve o trânsito em julgado. X. Reduzida a reprimenda no patamar de 1/3 (um terço), modulação do índice pela variedade e quantidade das drogas apreendidas (cocaína e maconha), resultando a pena definitiva em 03

(três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão a ser cumprida em regime inicial aberto e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época. Substituindo-se a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos a serem definidas pelo Juízo da Execução. XI. Concedido ao ora apelante o direito de recorrer em liberdade, pois modificado o regime prisional para o aberto, não podendo ser mantido em regime mais gravoso. E, por óbvio, o cumprimento de sanção penal no regime mais favorável é incompatível com o cárcere preventivo. Nesse sentido: (STJ; HC 510.217/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 27/08/2019). XII. Parecer Ministerial pelo provimento parcial do apelo, para que seja reconhecida a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11343/2006. XIII. Apelo conhecido parcialmente (exceto quanto ao pedido do benefício da assistência judiciária gratuita) e provido, em parte, reduzindo-se a pena definitiva para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão a ser cumprida em regime inicial aberto e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época. Substituindo-se a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos a serem definidas pelo Juízo da Execução. Vistos, relatados e discutidos a apelação criminal nº 0700302-33.2021.805.0229, da Comarca de Santo Antonio de Jesus, constituindo-se como apelante Marcelo Silva de Oliveira e como apelado o Ministério Público. Acordam os Desembargadores integrantes da 1ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, em conhecer em parte (exceto quanto ao benefício da assistência judiciária gratuita), rejeitar as preliminares e dar provimento parcial ao apelo, nos termos do voto do Relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 24 de Abril de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700302-33.2021.8.05.0229 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MARCELO SILVA DE OLIVEIRA Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de apelação criminal interposta pelo réu Marcelo Silva de Oliveira, por intermédio da Defensoria Pública do Estado da Bahia, contra sentença (ID 40864380) proferida pelo Juízo da Vara Crime de Santo Antonio de Jesus, que o condenou a uma pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão a ser cumprida em regime inicial semiaberto e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Não concedeu o direito de recorrer em liberdade. Em razões de recurso (ID 40864394), requer, preliminarmente, a concessão do benefício da assistência gratuita; reconhecimento da quebra da "cadeia de custódia", por comprometimento da materialidade delitiva; reconhecimento da violação de domicílio. No mérito, pugna pela absolvição por insuficiência de provas, com fulcro no art. 386, VII, do CPP. Subsidiariamente, pelo reconhecimento da hipótese de tráfico privilegiado no seu patamar máximo (2/3); transferência imediata para regime menos gravoso ao qual faz jus; concessão do direito de recorrer em liberdade. O Ministério Público apresentou contrarrazões (ID 40864400) pugnando pelo improvimento total do apelo, mantendo-se a condenação objurgada pelas razões e nos termos fixados na sentença. Os autos foram encaminhados a este Tribunal, distribuídos para esta Primeira Câmara Criminal – 1ª Turma, por prevenção (proc. nº 8049493-23.2022.8.05.0000), vindo-me conclusos para relatar. A Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e parcial

provimento do apelo, devendo ser reformada a sentença, com a incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11343/2006, bem como readequação do regime inicial de cumprimento da pena (ID 41918593). É o relatório que submeto ao crivo do (a) Eminentíssimo Desembargador (a) Revisor (a). Salvador/BA, 3 de abril de 2023. Des. Luiz Fernando Lima – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700302-33.2021.8.05.0229 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MARCELO SILVA DE OLIVEIRA Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Da análise dos autos, verifica-se que a apelação é tempestiva, dessa forma deve ser conhecida. DA PRELIMINAR DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA Requer a parte recorrente, preliminarmente, a concessão do benefício da gratuidade judiciária, sob o argumento de que não possui condições financeiras para arcar com as custas processuais. Não conheço do pedido de benefício da assistência judiciária gratuita, pois essa matéria deve ser analisada na fase de execução penal. A hipossuficiência do agente, com a eventual suspensão ou dispensa da exigibilidade das custas processuais deve ser apreciada pelo Juízo da Execução Penal, haja vista ser na fase de execução o momento adequado para aferir a real situação financeira do réu. Ademais, vale ressaltar que independem de adiantamento do valor das despesas processuais, os processos criminais, nos termos do art. 153, VI, do RITJBA. Logo, não conheço do pedido, pois tal matéria é de competência do Juízo da Execução Penal. DAS PRELIMINARES DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO E QUEBRA DE CADEIA DE CUSTÓDIA Em sede e preliminar, requer o reconhecimento de nulidades absolutas em razão da suposta violação de domicílio e da “quebra da cadeia de custódia”, objetivando a absolvição. A alegação de ilicitude das provas, por violação de domicílio, não merece guarida, pois os policiais estavam cumprindo mandado de busca e apreensão expedido nos autos de nº 0500274-49.2021.8.05.0229, pela Vara Crime da Santo Antonio de Jesus, quando encontraram drogas na residência do acusado – uma porção de cocaína (23,70g), uma porção de maconha (117,12g) e mais 32 pinos de cocaína (23,37g), hipótese de flagrante delito, sendo regular o ingresso dos policiais no domicílio, durante a manhã. Assim, não se trata de denúncia anônima, desacompanhada de outros elementos preliminares indicativos de crime, inexistindo contrariedade, portanto, ao entendimento jurisprudencial recente das Cortes Superiores. Ademais, também não assiste razão ao apelante quanto à suposta nulidade por “quebra de cadeia de custódia”, pois inexiste indício de que a idoneidade das provas colhidas tenha sido violada e toda a documentação referente à sua custódia está devidamente acostada ao inquérito policial e aos autos do processo criminal. De acordo com o que prescreve o art. 158-A do CPP: "considera-se cadeia de custódia o conjunto de todos os procedimentos utilizados para manter e documentar a história cronológica do vestígio coletado em locais ou em vítimas de crimes, para rastrear sua posse e manuseio a partir de seu reconhecimento até o descarte". No presente caso não é possível observar irregularidades na apreensão das drogas, considerando que após devidamente documentada, foram remetidas à Polícia Científica, a qual efetuou o laudo pericial definitivo, constatando que de fato foram apreendidos entorpecentes (cocaína e maconha). A jurisprudência tem caminhado no sentido de que as normas concernentes à cadeia de custódia não se revestem de natureza absoluta e apesar de serem estabelecidos cuidados com o escopo de salvaguardar a idoneidade do material colhido, a materialidade e a autoria delitivas podem ser comprovadas por outros

elementos dos autos. Nesse sentido já decidiu esta Turma Julgadora: “PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33 DA LEI 11343/2006). CONDENAÇÃO DO APELANTE A UMA PENA DE 07 (SETE) ANOS, 03 (TRÊS) MESES E 15 (QUINZE) DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E AO PAGAMENTO DE 715 (SETECENTOS E QUINZE) DIAS-MULTA. PRELIMINARES: PRELIMINAR DE RECONHECIMENTO DA ILICITUDE DA PROVA COLHIDA, EM DECORRÊNCIA DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA. IMPOSSIBILIDADE. VALE DESTACAR QUE A INVALIDADE DA PROVA PRODUZIDA, ATINENTE À MATERIALIDADE DELITIVA, SOB O FUNDAMENTO DE QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA DA PROVA, POR SI SÓ, NÃO DEVE SER CONSIDERADA PARA TAL DESIDERATO, QUANDO HÁ NOS AUTOS OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS SUFICIENTES E CAPAZES PARA TANTO. ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES NO SENTIDO DE QUE O INSTITUTO DA QUEBRA DA CADEIA DE CUSTÓDIA REFERE-SE À IDONEIDADE DO CAMINHO QUE DEVE SER PERCORRIDO PELA PROVA ATÉ SUA ANÁLISE PELO MAGISTRADO, E UMA VEZ OCORRIDA QUALQUER INTERFERÊNCIA DURANTE O TRÂMITE PROCESSUAL, ESTA PODE RESULTAR NA SUA IMPRESTABILIDADE. NÃO É O QUE SE TEM NO CASO DOS AUTOS, EM QUE NÃO HOUVE COMPROVAÇÃO POR PARTE DA DEFESA DE QUALQUER ADULTERAÇÃO NO ITER PROBATÓRIO. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRELIMINAR REJEITADA. PRELIMINAR DE NULIDADE DE PROVAS EM RAZÃO DA VIOLÊNCIA POLICIAL. NÃO CABIMENTO. AUSÊNCIA DE ELEMENTO NOS AUTOS QUE PERMITA A CONSTATAÇÃO DA ATUAÇÃO POLICIAL NA PRISÃO DO APELANTE, INVIABILIZANDO A ANÁLISE ACERCA DE POSSÍVEL VIOLAÇÃO À INTEGRIDADE FÍSICA DO RÉU PERPETRADA PELOS AGENTES. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO: PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RESTOU COMPROVADA A AUTORIA E A MATERIALIDADE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, NÃO HAVENDO QUE SE FALAR EM REFORMA DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. REDUÇÃO DA PENA. NÃO CABIMENTO. PENA APLICADA DE FORMA JUSTA, ONDE OS FATOS PROCESSUAIS EXISTENTES NOS AUTOS JUSTIFICA A REPRIMENDA IMPOSTA AO MESMO. APELANTE QUE OSTENTA DUAS CONDENAÇÕES DEFINITIVAS, SENDO UMA UTILIZADA PARA VALORAR NEGATIVAMENTE OS ANTECEDENTES E A OUTRA PARA AGRAVAR A PENA. DESSA FORMA NÃO RESTA DEMONSTRADA OFENSA AO ENUNCIADO 241 DE SÚMULA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO CONTIDA NO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. NÃO CABIMENTO. APELANTE QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS NECESSÁRIOS AO BENEFÍCIO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. ELEMENTOS EXISTENTES NOS AUTOS QUE DEMONSTRAM A NECESSIDADE DA MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA DO APELANTE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. (TJBA; AP 0536559-17.2019.8.05.0001; 1ª Câmara Criminal- 1ª Turma; Rel. Des. Aliomar Britto; DJe 16/12/2021 – g.n.) Logo, rejeito essas duas preliminares aventadas. DO MÉRITO Consta nos autos que no dia 14/05/2021, uma guarnição da polícia se deslocou até a residência do réu, situada na Rua Porto do Sol, s/n, em Varzedo/BA, para cumprimento de mandado de busca e apreensão expedido nos autos de nº 0500274-49.2021.8.05.0229, sendo apreendido o seguinte material: uma porção de cocaína (23,70g), uma porção de maconha (117,12g) e mais 32 pinos de cocaína (23,37g). No mérito, não assiste razão ao apelante quanto ao pedido de absolvição, pois todas as provas e demais elementos foram analisados de maneira justificada pelo douto Julgador, concluindo pela condenação diante do conjunto fático probatório. Realmente a materialidade delitiva do crime de tráfico de drogas restou comprovada, conforme auto de prisão em flagrante (ID 40860446 e ID 40860447); auto de exibição e apreensão (ID 40860446 – fl. 14); laudo de constatação (ID 40860446 –fls. 20/22) e laudo de exame pericial definitivo das drogas apreendidas (ID 40864375). A autoria também é incontroversa, diante das declarações dos policiais prestadas em Juízo (gravação audiovisual), corroborando para ocorrência do crime em apreço, vez que esses agentes públicos participaram

das diligências, afirmando em Juízo: “Sim, recordo da diligência de busca na casa do acusado. Só participei do cumprimento do mandado. Nesse determinado dia, houve outros mandados de busca e apreensão na cidade de Varzedo e nós fizemos parte. Pelo que me lembro, nos foi passado o endereço do cidadão e fizemos cerco na residência (...); O horário de cumprimento do mandado foi pela manhã, só não me recordo o horário especificamente (...). O cumprimento do mandado foi pela manhã cedo. Já estava claro de manhã, sim, senhora.” (Depoimento prestado pelo policial Adriano Pereira Santos – via Lifesize) “Sim, me recordo da diligência. Minha participação se limitou ao cumprimento dos mandados, somente o cumprimento só. Em relação ao cumprimento na residência de Marcelo, a priori, o pessoal da Polícia Civil nos designou para essa residência, informou que ele poderia estar junto com o irmão dele, Dudu, que tem mandado de prisão em aberto, nós fomos lá, chegamos na residência não encontramos o irmão dele, somente ele, Marcelo, e na residência encontramos cocaína. O cumprimento do mandado na residência do réu foi cedo, eu creio que seis para sete horas da manhã, nesse horário. Pelo horário de cumprimento do mandado, já estaria claro, sim.” (Depoimento prestado pelo policial Thiago Robson Rocha de Jesus – via Lifesize) Cumpre salientar, ainda que, para a configuração do crime de tráfico de drogas não é exigida prova do flagrante do comércio ilícito, devendo-se considerar os elementos indiciários, tais como as circunstâncias da prisão que evidenciam a atitude delituosa, sendo que o réu foi preso em flagrante após serem encontradas drogas variadas em sua residência (cocaína e maconha), quando policiais cumpriam mandado de busca e apreensão expedido em outro processo. Dessa forma, ante as narrações dos fatos pelas testemunhas de acusação, não há que se falar em absolvição, sendo plenamente válidos os testemunhos prestados perante a Autoridade Judicial. Ademais, não é crível que agentes policiais incriminem, de forma deliberada, pessoas inocentes. A dosimetria da pena basilar não carece de reparo, na primeira fase o Juízo a quo fixou a pena basilar no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa, após análise das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59, do Código Penal. Na segunda fase, não concorrem circunstâncias atenuantes/agravantes. No entanto, na terceira fase deve ser aplicada a causa de diminuição disposta no art. 33, § 4º, da Lei nº 11343/2006, pois o ora apelante é tecnicamente primário, apesar de responder a outros processos criminais, ainda não houve o trânsito em julgado. Nesse sentido: “RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAIIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. (...) 5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles. 6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou

acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante. 7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis. 8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto. 9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para fins penalógicos. 10. (....) 13. Recurso especial provido.” (REsp n. 1.977.180/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022) Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum da redução do benefício do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade, variedade e natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (STJ; AgRg no AgRg no AREsp n. 2.233.049/GO, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 7/2/2023, DJe de 14/2/2023). Assim, reduzo a pena no patamar de 1/3 (um terço) considerando a variedade das drogas apreendidas (cocaína e maconha), resultando a pena definitiva em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão a ser cumprida em regime inicial aberto e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época. Por força do art. 44, § 2º, do CP, substituo a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos a serem definidas pelo Juízo da Execução. Comunique-se ao Juízo da 1ª Vara de Execuções Penais de Salvador-Semiaberto (proc. nº 2000059-33.2023.805.0001), para que tome ciência do redimensionamento da pena do ora apelante para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão a ser cumprida em regime inicial aberto e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época. Substituindo-se a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos a serem definidas pelo Juízo da Execução. Concedo ao ora apelante o direito de recorrer em liberdade, pois modificado o regime prisional para o aberto, não podendo ser mantido em regime mais gravoso. E, por óbvio, o cumprimento de sanção penal no regime mais favorável é incompatível com o cárcere preventivo. Nesse sentido: (STJ; HC 510.217/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 27/08/2019). Diante do exposto, voto

pelo conhecimento parcial (exceto quanto ao pedido de assistência judiciária gratuita), rejeição das preliminares e no mérito, provimento parcial do apelo, reduzindo-se a pena definitiva para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão a ser cumprida em regime inicial aberto e pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época. Substituindo-se a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos a serem definidas pelo Juízo da Execução. Expeça-se ALVARÁ DE SOLTURA no BNMP. Salvador/BA, 28 de abril de 2023. Des. Luiz Fernando Lima – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator A01-BM