

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0503990-26.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. APELANTE: Advogado (s): ANA PAULA MOREIRA GOES, APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELAÇÃO CRIMINAL. RÉU SENTENCIADO PELO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06), À PENA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, ALÉM DO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, NO VALOR UNITÁRIO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Os auto de prisão em flagrante, auto de exibição e apreensão, Laudo pericial toxicológico provisório (todos adunados ao ID n. 50217813) e o Laudo pericial definitivo (ID n. 50219064) testificam a materialidade delitiva. Quanto a autoria, esta, também, ressoa inequívoca, diante dos depoimentos prestados pelos policiais que efetuaram a prisão, tanto na etapa inquisitorial, como judicialmente, estes últimos colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Gize-se ressaltar que é livre ao Magistrado a valoração das provas produzidas durante a instrução processual, conforme prescreve o art. 155, caput, do Código de Processo Penal, devendo fundamentá-la com base em todo o conjunto de provas amealhado no caderno processual, o que, no caso sub examine, fez o Juízo de Primeiro Grau com acertada precisão. APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INADMISSIBILIDADE. 2. De fato, há evidências notórias de que o Apelante faz do comércio espúrio de entorpecentes o principal recurso para a sua sobrevivência, sendo assertiva a fundamentação que lastreou a sentença guerreada, eis que idônea e amparada em fatos concretos, apontando que, após ter sido concedida liberdade provisória a seu favor neste processo, ele foi preso duas vezes e passou a responder por mais dos delitos análogos ao que ora se apura (tráfico de drogas), além de já ser conhecido pela polícia por supostamente ter atuado contra um agente da lei em outro episódio, circunstâncias estas que denotam o seu comprometimento com o mundo da marginalidade. E, nesse sentido, importa registrar que o posicionamento aqui adotado, correlato às jurisprudências das Cortes Superiores e deste egrégio Sodalício, não se confunde com o precedente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos especiais repetitivos (Tema n. 1139), cujo teor estabeleceu que é vedada a utilização de inquéritos ou ações penais em curso para impedir a aplicação do tráfico privilegiado. A situação trazida à baila é bastante diferente, pois a negativa para o reconhecimento da referida minorante ocorre não pelo fato de o Réu ter ações penais em curso, mas, sim, diante dos elementos de convicção que asseveram à sua dedicação às atividades delituosas. Não se pode ignorar, também, a quantidade de cocaína apreendida, acondicionada na forma para venda (sessenta e três pinos plásticos), droga de alto poder deletério, permitindo-se aferir que a traficância não era praticada, de forma isolada, pelo Acusado, o que desautoriza a aplicação da aludida redutora, tal como decidido corretamente pelo Juízo a quo. É cediço que o benefício em questão se destina à figura do traficante eventual ou de pequena monta, situação diversa da realidade retratada no encarte processual, posto que a somatória de todas as circunstâncias revelam que o caso dos autos não é um fato raro na vida do Apelante, ao contrário, apontam para a prática habitual do comércio ilícito de drogas. Precedentes do STJ. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL IMPOSTO NA SENTENÇA PARA O ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INEXEQUIBILIDADE. 3. Inexistindo alteração no édito corporal do Recorrente, eis que mantido em

05 (cinco) anos de reclusão, conforme corretamente estabelecido na decisão vergastada, não há que se falar em substituição do regime semiaberto para o aberto, restando incabível, também, a substituição da reprimenda em penas restritivas de direitos, por expressa vedação legal. CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INVIABILIDADE. 4. No caso em apreço, a Togada Singular fundamentou, acertadamente, a negativa da citada concessão, posto que demonstrou, em argumentos concretos, a necessidade da medida extrema, dada à contumácia do Recorrente na prática do delito de tráfico de drogas, não se denotando recomendável a sua soltura. Demais disso, a Suprema Corte de Justiça já decidiu que, embora pendentes irresignações perante Instâncias Superiores, inexiste óbice para a execução provisória do julgado, pois não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, visto que nada mais é do que efeito de sua condenação. RECURSO CONHECIDO E, NO MÉRITO, NÃO PROVIDO. ACORDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.

0503990-26.2020.8.05.0001, em que figuram, como Apelante, , e, Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia em conhecer do Recurso de Apelação, e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, segundo os termos do voto desta Relatoria. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Maioria Salvador, 7 de Março de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0503990-26.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. APELANTE: Advogado (s): ANA PAULA MOREIRA GOES, APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de recurso de Apelação interposto por , em razão da sentença prolatada pelo MM. Juízo de Direito da 1ª Vara de Tóxicos desta Comarca de Salvador-BA, que julgou procedente a denúncia, para condenar o Recorrente pela prática da infração tipificada no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas), à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato- ID n. 50219178. Emerge da peça incoativa que: “ [...] No dia 18 de março de 2020, aproximadamente às 11h20min, o Denunciado foi preso em flagrante delito por trazer consigo, para ser entregue a terceiros, substâncias entorpecentes de uso proscrito, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Com efeito, emerge dos autos que no aludido dia e horário, uma guarnição composta de policiais militares lotados na 47ª CIPM, realizava ronda no bairro de São Marcos, na Rua Direta de São Marcos, quando foi informada por populares de que alguns indivíduos estavam comercializando substâncias entorpecentes na localidade do Coroadó, na Travessa Cajueiro, no bairro de São Marcos. Ao se deslocarem para o local indicado, os prepostos do Estado encontraram um indivíduo, o qual foi identificado como , ora denunciado. Ato contínuo, realizada a busca pessoal no Denunciado, com este os policiais lograram encontrar dentro de uma bolsa pequena que trazia consigo 63 (sessenta e três) pinos plásticos contendo cocaína, 01 (um) aparelho na cor dourada, 01 (uma) pequena bolsa, de tecido na cor cinza e uma quantia de R\$ 5,00 (cinco reais), conforme consta do Auto de Exibição e Apreensão de fl. 06 do Inquérito Policial [...]”- ID n. 50217812. Inquérito Policial n. 089/2020, proveniente da 2ª Delegacia de Homicídios, adunado aos folios-

IDs ns. 50217813- 50217814. Concedida liberdade provisória ao Acusado em 20.03.2020- ID n. 50217816, porém, na data de 18.06.2020, fora revogada- ID n. 50218364. Recebimento da denúncia em 10.02.2021- ID n. 50218452. Ultimada a audiência instrutória, foram oferecidas as alegações finais na forma de memoriais, por ambas as partes, e, posteriormente, sobreveio a sentença que julgou procedente a vestibular acusatória para condenar o Réu pelo crime e à reprimenda anteriormente descritos- ID n. 50219178

Irresignado com o desfecho processual, o Acusado interpôs o presente Apelo, pleiteando, por meio das razões recursais (ID n. 50219196), a sua absolvição, argumentando a inexistência de elementos probatórios que apontem a autoria delitiva do crime de tráfico; subsidiariamente, pugna pela aplicação do tráfico privilegiado na fração máxima, por preencher os requisitos para tanto, a alteração do regime prisional para o aberto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e, por fim, o direito de recorrer em liberdade. Por sua vez, o Parquet oficiante no 1º Grau, em contrarrazões, refuta os argumentos defensivos, requerendo a manutenção da sentença atacada e, conseqüentemente, o improvimento da Apelação- ID n. 50219178. Subindo os folios a esta instância, opinou a douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e provimento parcial do Inconformismo- ID n. 51706976. Examinados os autos e lançado este Relatório, submeto-os à apreciação do eminente Desembargador Revisor. Eis o relatório. Salvador/BA, data eletronicamente registrada.

Des. - 2ª Câmara Crime- 1ª Turma. Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0503990-26.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal-1ª Turma. APELANTE: Advogado (s): ANA PAULA MOREIRA GOES, APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO

Preenchidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade e não havendo questões preliminares, passo à análise do mérito recursal. 2- PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. O Recorrente alega que inexiste, nos autos, provas aptas a respaldar a condenação na infração penal reconhecida pela sentença objurgada, tornando-se, assim, imprescindível a sua absolvição. A tese defensiva, entretanto, desmerece acolhimento, na medida em que o acervo probatório constante dos folios não corrobora com a assertiva do Apelante, ao revés, demonstra a tipicidade de sua conduta, posto que os auto de prisão em flagrante, auto de exibição e apreensão, Laudo pericial toxicológico provisório (todos adunados ao ID n. 50217813) e o Laudo pericial definitivo (ID n. 50219064) testificam a materialidade delitiva. Quanto a autoria, esta, também, ressoa inequívoca, diante dos depoimentos prestados pelos policiais que efetuaram à prisão, tanto na etapa inquisitorial, como judicialmente, estes últimos colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, conforme se extrai dos transcritos abaixo: " [...] que o lugar ali em São Marcos é super complicada; que é uma área conflagrada; que o Réu estava com uma bolsa tiracolo com objetos; que não lembra que fez a busca pessoal; que, nesse dia, lembra que o Réu foi a pessoa abordada, embora ele esteja de cabelo grande agora; que o Réu portava cocaína no momento da abordagem; que o Réu confirmou que ele estava traficando; que já tinha ouvido falar dele; que, aparentemente, o Réu é um dos envolvidos no disparo na perna de um policial; que ouviu falar do Réu através do boca-boca; que o Réu não reagiu a abordagem; que o local onde o Réu foi preso tem muita movimentação; que não se recorda da roupa do Réu no momento da abordagem, mas lembra que ele não tinha esse cabelo [...]"(Depoimento, em Juízo, do Sr. , policial militar que participou da diligência que culminou na prisão em flagrante do Réu, extraído do

sistema do PJE Mídias). " [...] que se recorda dos fatos; que o local lá é muito complicado; que adentraram na localidade, quando alguns indivíduos se evadiram, mas foi alcançado; que o material apreendido estava na bolsa tiracolo do Réu; que tinha cocaína; que o Réu não resistiu à prisão, só mesmo se evadindo do local; que a diligência ocorreu no turno da tarde; que não se recorda quem localizou o entorpecente; que a rua onde o Réu foi preso é uma rua habitada por pessoas de bem e dominada pelo tráfico; que se recorda que o Réu estava vestido de bermuda, camisa e a tiracolo estava sobre o ombro dele [...]" (Depoimento, na fase judicial, do Sr. , policial militar que participou da diligência que culminou na prisão em flagrante do Réu, extraído do sistema do PJE Mídias). Convém observar que os depoimentos acima narrados foram harmônicos e convergentes no sentido de confirmarem a apreensão do entorpecente com o Réu em localidade já conhecida pelo tráfico de drogas e, via de consequência, a sua participação efetiva no fato criminoso que lhe fora imputado. Outrossim, nada existe nos autos que possa desabonar os depoimentos dos agentes públicos, pois estes não demonstraram ter qualquer interesse em incriminar falsamente o Acusado, ao contrário, prestaram esclarecimentos ao Juízo acerca dos fatos que presenciaram e resultaram na prisão, em flagrante, daquele. Além do mais, milita em favor dos testemunhos dos policiais a presunção legal de veracidade, de modo que as suas assertivas, seja na fase inquisitorial ou judicial, afiguram-se válidas a fundamentar um juízo condenatório. É o que se extrai dos excertos abaixo: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE VERIFICADAS. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. VALIDADE DA PROVA. 1. A Corte de origem asseverou que os depoimentos prestados pelos agentes da lei, tanto em solo policial quanto em Juízo, restaram coerentes e verossímeis, no sentido de que tiveram notícia da prática de tráfico de drogas no bairro Tamandaré, já conhecido nos meios policiais como ponto de venda de entorpecentes, "tendo o denunciante, ainda, fornecido uma descrição das vestimentas dos criminosos e que ambos eram jovens, bem como indicado o local onde os narcóticos eram acondicionados". 2. Ademais, "Diego teria dispensado quatro porções de maconha quando percebeu a chegada da Polícia Militar" e que "O restante das drogas estava escondido em um barranco, onde foram encontradas, no meio do mato, 21 porções de maconha embaladas de forma análoga àquela atribuída a Diego". 3. Com efeito, "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"(AgRg no HC 672.359/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, DJe 28/6/2021). 4. Ademais, adotar-se conclusão diversa daquela trazida pelo Tribunal de origem demandaria necessário revolvimento fático-probatório, providência incompatível com a estreiteza procedimental do writ. 5. Agravo improvido (AgRg no HC n. 751.416/SP, relator Ministro (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 25/11/2022)– grifos aditados. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS.. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVADAS. DEPOIMENTO AGENTES POLICIAIS. PRESUNÇÃO DE VERACIDADE. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO MANTIDA. I. Demonstradas, de forma robusta, a materialidade e a autoria do delito imputado ao réu, a condenação é medida que se impõe. II. O policial militar no exercício de suas funções é agente público e o ato por ele praticado reveste-se de todos os requisitos inerentes ao ato administrativo, em especial o da presunção de veracidade, principalmente quando em consonância com as

demais provas colhidas na persecução penal. III. Recurso conhecido e não provido (TJ-DF, Processo nº 0002360-43.2017.8.07.0000, Relatora: , Data de Julgamento: 07/12/2017, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: 18/12/2017)– grifos aditados. Por outro lado, para afastar o poder de convencimento dos agentes de segurança, cabia a defesa trazer, ao acerto jurisdicional, provas convincentes de que eles estivessem mentindo ou faltando com a verdade, ônus do qual não se desincumbiu. Neste sentido, a orientação doutrinária: "Ônus da prova (onus probandi) é a faculdade de que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse. Dispõe a lei que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, princípio que decorre inclusive na paridade de tratamento das partes. (...) Por outro lado, se o acusado prefere oferecer a sua versão dos fatos, esta, a autodefesa ativa, se submeterá ao exame de sua pertinência e validade probatórias, em confronto com os demais elementos de convicção constantes dos autos." (, Curso de Processo Penal, Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 302)– grifos aditados. E a jurisprudência não destoa: "Em decorrência da demonstração do fato e da autoria pela prova da acusação, presume-se ipso facto o dolo, cabendo ao inculpatado demonstrar sua ausência. Impõe-se ao acionado o ônus de provar os fatos extintivos, impeditivos e modificativos que interferem na relação jurídico-penal." (RT 649/302). Portanto, acertadamente as informações colhidas dos militares, agregadas a outros elementos probatórios, foram valoradas para a formação do convencimento judicial, mormente porque a Defesa não apresentou qualquer prova hábil e concreta para invalidar os testemunhos prestados, ainda mais considerando que, em crimes como o de tráfico, normalmente, o modus operandi se faz às ocultas e apenas as autoridades policiais tomam conhecimento direto dos fatos. Nessa senda, acresça-se que o Réu, quando ouvido em juízo, negou ter admitido os fatos descritos na denúncia, narrando uma outra versão sem quaisquer elementos de convicção e divorciada dos demais aspectos da dinâmica dos acontecimentos, não se afigurando bastante a elidir a credibilidade dos testemunhos prestados pelos agentes da lei, cujas declarações são firmes e coerentes, conforme verificado acima. Em suma, falece de credibilidade a assertiva do Apelante quanto ao fato de que não estava exercendo, no local onde fora preso, a mercância de entorpecentes (cocaína), sendo, ele, alvo de perseguição por parte de policiais, daí a responder outros processos de igual natureza. Dessarte, sabe-se que o delito de tráfico é imputado não somente àquele que comercializa de fato a droga, mas sim, a qualquer pessoa que, de algum modo, pratica uma das 18 (dezoito) condutas previstas no art. 12, caput, da Lei nº 6.368/1976 e pelo art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, dentre as quais "transportar e trazer consigo" a substância entorpecente, justamente as ações nas quais foi flagrado o ora Apelante, sendo despicienda a comprovação da mercância. Deve-se atentar, ainda, a quantidade, a natureza das drogas, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente, à luz do art. 52, I, da Lei nº 11.343/06. Gize-se ressaltar que é livre ao Magistrado a valoração das provas produzidas durante a instrução processual, conforme prescreve o art. 155, caput, do Código de Processo Penal, devendo fundamentá-la com base em todo o conjunto de provas amealhado no caderno processual, o que, no caso sub examine, fez o Juízo de Primeiro Grau com acertada precisão. Saliente-se, ademais, que os elementos de informação colhidos na fase embrionária possuem presunção juris tantum, mas se reforçados por outros subsídios probatórios, possuem o condão de promover o édito condenatório,

como se verifica na hipótese dos autos, onde a confissão extrajudicial, embora retratada em juízo, não restou invalidada, em vista de ter sido corroborada por outros meios. Assim, tendo a conduta do Sentenciado se amoldado a um dos núcleos contidos no caput do referido dispositivo legal, e, uma vez tratando-se de delito de ação múltipla, no qual se dispensa a concretização do ato de venda para que a infração se consume, não há que se falar em insubsistência de provas, posto que a materialidade e a autoria delitivas restaram evidenciadas, até porque a dinâmica dos fatos e as circunstâncias da ação delituosa são determinantes para se concluir que o entorpecente apreendido se destinava à comercialização. Com efeito, não merece guarida a pretendida absolvição. 2. PLEITO DE REFORMA DA DOSIMETRIA. 2.1. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA REFERENTE AO TRÁFICO PRIVILEGIADO. O Acusado entende fazer jus ao benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, alegando preencher os requisitos para tanto. É cediço que, em se tratando de crime de tráfico de drogas, deve-se considerar, para a fixação da pena-base e o reconhecimento do tráfico privilegiado, as condições insertas no art. 42 desta legislação, in verbis: Art. 42. O Juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. Seguindo essa trilha intelectual, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA INSERTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. "MULA". CONSCIÊNCIA DE COLABORAÇÃO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE DA FRAÇÃO MÁXIMA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DECISÃO MANTIDA. “(...)”. II – O parágrafo 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser 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. 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. “(...)”. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp n. 2.063.424/SP, relator Ministro (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022)– grifos da Relatoria. Na casuística em tela, a Magistrada Singular deixou de reconhecer a incidência da causa de diminuição de pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em razão de considerar que o Réu se dedica à atividade criminosa como meio de vida, consoante se depreende da transcrição abaixo: “[...] À época dos fatos, o acusado não registrava antecedentes criminais. Contudo, após ter sido concedida liberdade provisória, nestes autos, voltou a ser preso duas vezes e passou a responder a outros dois processos por tráfico de drogas, um neste Juízo e outro na 2ª Vara de Tóxicos, o que impede a aplicação da causa especial de diminuição de pena, prevista no § 4º, do art. 33, da Lei de drogas, que, conforme tal dispositivo, não se aplica a quem se dedica a atividades criminosas [...]”– ID n. 50219178. De fato, há evidências notórias de que o Apelante faz do comércio espúrio de entorpecentes o principal recurso para a sua sobrevivência, sendo assertiva a fundamentação que lastreou a sentença guerreada, eis que idônea e amparada em fatos concretos, apontando que, após ter sido concedida liberdade provisória a seu favor

neste processo, ele foi preso duas vezes e passou a responder por mais dos delitos análogos ao que ora se apura (tráfico de drogas), além de já ser conhecido pela polícia por supostamente ter atuado contra um agente da lei em outro episódio, circunstâncias estas que denotam o seu comprometimento com o mundo da marginalidade. E, nesse sentido, importa registrar que o posicionamento aqui adotado, correlato às jurisprudências das Cortes Superiores e deste egrégio Sodalício, não se confunde com o precedente firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em sede de recursos especiais repetitivos (Tema n. 1139), cujo teor estabeleceu que é vedada a utilização de inquéritos ou ações penais em curso para impedir a aplicação do tráfico privilegiado. A situação trazida à baila é bastante diferente, pois a negativa para o reconhecimento da referida minorante ocorre não pelo fato de o Réu ter ações penais em curso, mas, sim, diante dos elementos de convicção que asseveram à sua dedicação às atividades delituosas. Não se pode ignorar, também, a quantidade de cocaína apreendida, acondicionada na forma para venda (sessenta e três pinos plásticos), droga de alto poder deletério, permitindo-se aferir que a traficância não era praticada, de forma isolada, pelo Acusado, o que desautoriza a aplicação da aludida redutora, tal como decidido corretamente pelo Juízo a quo. É cediço que o benefício em questão se destina à figura do traficante eventual ou de pequena monta, situação diversa da realidade retratada no encarte processual, posto que a somatória de todas as circunstâncias revelam que o caso dos autos não é um fato raro na vida do Apelante, ao contrário, apontam para a prática habitual do comércio ilícito de drogas. Urge trazer à baila, nesse talante, os julgados do STJ: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA. OFENSA À DIALETICIDADE. SÚMULA N. 182/STJ. NEGATIVA DA REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO JUSTIFICADA. FUNDAMENTAÇÃO COM BASE EM CIRCUNSTÂNCIA CONCRETA E IDÔNEA. REGIME PRISIONAL INICIAL SEMIABERTO E NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE MANTIDOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Neste agravo regimental, não foram trazidos argumentos novos, aptos a elidirem os fundamentos da decisão agravada. Tais fundamentos, uma vez que não foram devidamente impugnados, atraem ao caso o disposto no enunciado n. 182 da Súmula desta Corte e inviabiliza o conhecimento do agravo, por violação do princípio da dialeticidade, uma vez que os fundamentos não impugnados se mantêm. Precedentes. 2. A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. A negativa da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 possui lastro em circunstância concreta e idônea. Isso porque o afastamento da referida benesse está fundado tanto na quantidade e variedade de drogas apreendidas quanto na presença de vários registros de atos infracionais, o que denota a dedicação da agente à atividade delitiva e está em consonância com o entendimento prevalecente da Terceira Seção desta Corte no sentido de que o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração. (EResp n. 1.916.596/SP, relator Ministro , relatora para acórdão Ministra , Terceira Seção,

julgado em 8/9/2021, DJe de 4/10/2021), tudo isso a indicar que ela não se tratava de traficante eventual, não fazendo, portanto, jus à referida minorante. Ademais, desconstituir tal assertiva, como pretendido, demandaria, necessariamente, a imersão vertical na moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes. 3. Tendo em vista o montante de pena aplicada (5 anos de reclusão), inviável a pretensão de fixação do regime inicial aberto ou de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, na esteira do disposto no art. 33, § 2º, c, e 44 I, ambos do Código Penal, de modo que não existe ilegalidade no resgate da reprimenda do paciente no regime inicial semiaberto e na negativa da substituição. 4. Agravo regimental não provido (AgRg no HC n. 856.288/SP, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 17/10/2023, DJe de 30/10/2023)– grifos aditados. PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. MAJORANTE DO ART. 40, V, DA LEI DE DROGAS. ESCOLHA DA FRAÇÃO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas. 2. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a 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 (HC 401.121/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julga do em 23/5/2017, DJe 30/5/2017). 3. Os fundamentos utilizados pela Corte de origem para não aplicar o referido redutor ao caso concreto estão em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, na medida em que dizem respeito à dedicação do recorrente à atividade criminosa – tráfico de drogas –, evidenciado sobretudo pela quantidade de droga apreendida (21, 660 kg de maconha), aliada às circunstâncias da prisão: o agravante foi convocado por aplicativo de mensagens, dois dias antes, para o transporte das drogas, mediante pagamento, recebeu uma passagem aérea para se deslocar do RJ até MS, onde foi recebido por um indivíduo que o levou até o local onde estava um veículo com a droga camuflada e preparada para o transporte, tudo a indicar que não se trataria de traficante eventual. 4. Desse modo, para modificar o entendimento adotado nas instâncias inferiores de que a prática do tráfico de drogas e a dedicação em atividade criminosa estão configuradas e aplicar a minorante prevista na Lei de Drogas, seria necessário reexaminar o conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível, a teor da Súmula 7 do STJ. Precedentes. 5. A jurisprudência desta Corte preceitua que a aplicação da causa de aumento do art. 40, V, da Lei de Drogas exige motivação concreta quando estabelecida acima da fração mínima (HC n. 217.548/MS, Relatora a Ministra , SEXTA TURMA, DJe de 12/12/2013). 6. Hipótese em que a pena foi majorada em 1/2 mediante fundamento válido, consistente no fato de o agravante ter sido abordado próximo ao destino final da entrega dos entorpecentes, sobretudo se verificado que o percurso envolveu dois estados, a transposição de uma



divisa e o trajeto de entrega da droga não foi concluído. Precedentes. 7. Embora a pena tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, o regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, diante da existência de circunstância judicial desfavorável (art. 42 da Lei n. 11.343/2006), que serviu de lastro para elevar a pena-base acima do mínimo legal. 8. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça o enfrentamento de dispositivos constitucionais, ainda que para efeito de prequestionamento da matéria, sob pena de invasão da competência do Supremo Tribunal Federal. 9. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp n. 2.283.746/MG, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 12/6/2023)– grifos aditados. Feitas tais premissas, impõe-se reconhecer que agiu, acertadamente, o Juízo primevo ao não reconhecer a incidência do tráfico privilegiado na espécie, porquanto o Apelante não preenche os requisitos insertos no parágrafo quarto, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006. 2.2. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL IMPOSTO NA SENTENÇA PARA O ABERTO. A preceito, inexistindo alteração no édito corporal do Recorrente, eis que mantido em 05 (cinco) anos de reclusão, conforme corretamente estabelecido na decisão vergastada, não há que se falar em substituição do regime semiaberto para o aberto. 2.3. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. Pleiteia, ainda, o Insurgente pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Estabelece o art. 44, I, do Código Penal que: " As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998): I– aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)". Na hipótese vertente, o Réu fora condenado à pena definitiva superior a 04 (quatro) anos de reclusão, o que comprova ser incabível o desiderato autoral, por expressa vedação legal. 3. PEDIDO DE CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. O Recorrente postula pela concessão do direito de recorrer em liberdade, quedando-se inerte a qualquer motivo que justificasse tal beneplácito. Sem maiores divagações, não merece acolhimento o pleito defensivo. Decerto que a segregação preventiva deve ser considerada exceção, haja vista que, por meio desta medida, priva-se o acusado de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo. Logo, tal procedimento só se impõe se expressamente restar justificada a sua real indispensabilidade. No caso em apreço, a Togada Singular fundamentou, acertadamente, a negativa da citada concessão, posto que demonstrou, em argumentos concretos, a necessidade da medida extrema, dada à contumácia do Recorrente na prática do delito de tráfico de drogas, não se denotando recomendável a sua soltura. Assentado isto, tem-se que a segregação do Apelante se mostra legítima e indispensável, na medida em que visa salvaguardar a aplicação da lei penal, a garantia da ordem pública e evitar o risco de reiteração delitiva. Demais disso, a Suprema Corte de Justiça já decidiu que, embora pendentes irresignações perante Instâncias Superiores, inexistente óbice para a execução provisória do julgado, pois não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, visto que nada mais é do que efeito de sua condenação. Nessa diretiva, o excerto jurisprudencial: HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. ADOÇÃO DA NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DESAFORAMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA COMARCA EM QUE O FEITO FOI DESAFORADO. HERMENÊUTICA JURÍDICA.

NORMA EXCEPCIONAL QUE COMPORTA INTERPRETAÇÃO RESTRITIVA. DESLOCAMENTO DO FORO TÃO SOMENTE PARA A REALIZAÇÃO DO TRIBUNAL POPULAR. DENEGAÇÃO DA ORDEM. 1. A nova orientação consolidada pelo Supremo Tribunal Federal, trilhada por esta Corte, é no sentido de possibilitar a execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau de apelação, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário (HC n. 126.292/SP, relator o Ministro , Tribunal Pleno, DJe 17/5/2016). 2. Em seguida, por 6 votos a 5, o Plenário do Pretório Excelso indeferiu as cautelares requeridas nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade n. 43 e 44, entendendo que o disposto no art. 283 do Código de Processo Penal não veda o início da execução penal após a condenação em segundo grau de jurisdição (DJe 7/10/2016). 3. A Corte Suprema, por seu Tribunal Pleno, reconheceu a existência de repercussão geral da questão constitucional suscitada, reafirmando sua jurisprudência dominante, no sentido de que a "execução provisória de acórdão penal condenatório proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal" (ARE n. 964.246, Rel. Ministro , julgado em 11/11/2016). 4. Não há que se falar em violação ao trânsito em julgado tão somente em função de ter constado no dispositivo da sentença a determinação proibitiva de se iniciar, provisoriamente, a execução da pena, uma vez que, naquela ocasião, era este o entendimento vigente na Pretória Corte, daí o porquê da aposição do comando "aguarde-se o trânsito em julgado", ou similar teor, verificado em diversas das sentenças submetidas a exame desta Corte Superior. 5. Caso contrário, a despeito da evolução jurisprudencial do STF, estaria o Poder Judiciário engessado ao assinalado pela sentença de primeiro grau, afigurando-se verdadeiro paradoxo jurídico [...]” (STJ – HC: 374713 RS 2016/0270076-0, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 06/06/2017, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: 13/06/2017)– grifos aditados. Portanto, sem qualquer fato ou direito novo arguido nas razões recursais, tendo apenas o Réu reiterado o inconformismo que a oportunidade permite, prestigia-se a sentença farpeada. Ante o exposto, ancorado nos motivos e fundamentos supramencionados, CONHEÇO DO RECURSO INTERPOSTO E, NO MÉRITO, NEGÓ-LHE PROVIMENTO, mantendo-se incólume a decisão combatida. É como voto. Salvador-BA, data eletronicamente registrada. PRESIDENTE DES. RELATOR PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA