

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501140-46.2020.8.05.0244 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: PEDRO ELIZEU DA SILVA Advogado (s): GILSON DE ARAUJO ALVES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS INTERESTADUAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE USO PERMITIDO. CONCURSO MATERIAL. (artigo 33, caput, c/c art. 40, V, ambos da Lei 11.343/06 e art. 14 da Lei 10.826/03). APELANTE PRESO EM FLAGRANTE TRANSPORTANDO 6.551,79g (seis mil e quinhentos e cinquenta e um gramas e setenta e nove centigramas) de "cocaína", arma de fogo, tipo pistola, calibre 40, e dois carregadores contendo 24 (vinte e quatro) cartuchos intactos. CONDENAÇÃO DO RECORRENTE À PENA total de 11 (onze) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão. REGIME fechado. 832 (oitocentos e trinta e dois) dias-multa. PRELIMINAR DE NULIDADE ABSOLUTA. NÃO REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. CONVERSÃO EX OFFICIO DA PRISÃO EM FLAGRANTE EM PREVENTIVA. REJEIÇÃO. EXISTÊNCIA DE PROMOÇÃO MINISTERIAL PELA CONVERSÃO EM PRISÃO PREVENTIVA. VIGÊNCIA DA RESOLUÇÃO 62/CNJ. SITUAÇÃO DE EXCEPCIONALIDADE VIVENCIADA, NA OCASIÃO EM FUNÇÃO DA PANDEMIA DO COVID-19. PLEITO DE REFORMA DA DOSIMETRIA DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO JÁ RECONHECIDA NO COMANDO SENTENCIAL. NECESSIDADE DE RETIFICAÇÃO DA FRAÇÃO DE REDUÇÃO PARA 1/6 (UM SEXTO). ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL JÁ CONSOLIDADO ANTE A AUSÊNCIA DE PARÂMETROS LEGAIS. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ACOLHIMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES JÁ VALORADOS NA 1ª FASE. BIS IN IDEM. PRECEDENTES DO STF E STJ QUE INADMITEM A UTILIZAÇÃO DE AÇÕES PENALIS EM ANDAMENTO COMO FUNDAMENTO IDÔNEO A AFASTAR O BENEFÍCIO. ELEMENTOS QUE APONTAM A ATUAÇÃO DO APELANTE COMO "MULA DO TRÁFICO." CAUSA DE AUMENTO DA PENA DECORRENTE DO TRÁFICO INTERESTADUAL. (ART. 40, V, DA LEI 11343/2006). JUSTIFICATIVA IDÔNEA PARA MANUTENÇÃO DO PATAMAR DE 1/4 (UM QUARTO) ELEITO PELO MAGISTRADO A QUO. REDIMENSIONAMENTO DA SANÇÃO CORPORAL. NECESSIDADE DE READEQUAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA O SEMIABERTO. INDEFERIMENTO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE CORRETAMENTE FUNDAMENTADO. SUBSTITUIÇÃO DO PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. INVIABILIDADE. REQUISITOS DO ART. 44 CP NÃO PREENCHIDOS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Trata-se de Apelação Criminal interposta contra sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Senhor do Bonfim/BA, Dr. Teomar Almeida de Oliveira que, nos autos de nº 0501140-46.2020.8.05.0244, julgou procedente o pedido constante na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia para condenar o Réu/Apelante nas sanções do artigo 33, caput, c/c art. 40, V, ambos da Lei 11.343/06 e art. 14 da Lei 10.826/03, em concurso material de crimes, na forma do art. 69 do Código Penal. 2. Na oportunidade, o Magistrado sentenciante fixou a pena total de 11 (onze) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, condenando o Réu, ainda, ao pagamento de 832 (oitocentos e trinta e dois) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade. 3. Ab initio, impende destacar, de plano, que a autoria e a materialidade delitivas não foram alvo de insurgência recursal, externando-se o inconformismo tão somente em relação às supostas nulidades, à dosimetria da sanção corporal e seus consectários. 4. Em consulta ao Auto de Prisão em Flagrante, disponível no sistema E-SAJ 1º Grau, observou-se, ainda, ao contrário do quanto alegado nas razões recursais, que o Ministério Público manifestou-se pela conversão do flagrante em prisão preventiva, o que

afasta, de pronto, a assertiva que tal conversão se deu de ofício. 5.A justificação da excepcionalidade sobre não realização da audiência de custódia, no caso em apreço, impede o reconhecimento de nulidade, até porque a prisão do Acusado, no decorrer da persecução penal, foi efetivamente reavaliada pela autoridade judicial, não se podendo admitir, por tais razões, existência de qualquer ilegalidade. 6.Preliminar de nulidades processuais rejeitada. 7.Como consabido, ante a ausência de parâmetro legal, a jurisprudência consolidou o entendimento de que a fração adequada para redução ou aumento da pena, em razão de atenuantes ou agravantes, será de 1/6 (um sexto) sobre a pena fixada na primeira fase. 8.Demais disso, conforme se deduz dos precedentes citados, é firme o entendimento de que a aplicação de fração inferior exige fundamentação concreta, o que não se verifica no caso vertente. 9.Desta forma, o cálculo da pena deve ser feito na segunda fase da dosimetria, a fim de que seja aplicado o coeficiente de 1/6 (um sexto), para redução da pena intermediária, ante a presença da atenuante da confissão. 10.No entanto, denota-se que, na primeira fase da dosimetria, o Magistrado sentenciante já havia valorado negativamente a natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes, na forma do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, para elevar a pena-base para 08 (oito) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e 812 (oitocentos e doze) dias-multa. 11.Destarte, utilizar o mesmo parâmetro para fixar a pena-base e afastar o privilégio do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, sem sombra de dúvidas, importa em bis in idem. 12.Outrossim, o Pleno do STF, ao julgar o RE nº 591.054/SC entendeu que ações penais em curso e inquéritos policiais não são fundamentos idôneos para afastar o tráfico privilegiado. 13.No caso dos autos, infere-se, ainda, que o réu assumiu que iria transportar drogas interestadualmente, desempenhando a função popularmente conhecida como “mula do tráfico, circunstância que, por si só, de acordo com a jurisprudência do STJ, não pode ser considerada como prova de que o réu efetivamente integre organização criminosa. 14.Assim, merece provimento o pleito de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, fazendo, pois, jus ao aludido benefício. 15.No mais, tendo em consideração que a natureza e a quantidade de entorpecentes já foram valoradas na primeira fase da dosimetria, repercutindo na elevação da pena basilar, deverá ser esta aplicada no seu patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços). 16.Com efeito, deve permanecer inalterada a fração de 1/4 (um quarto) para incidência da majorante do tráfico interestadual, eis que, in casu, a remessa de drogas, saída do estado de São Paulo, adentrou o estado da Bahia e muito se aproximou da fronteira com Pernambuco, destino final, sendo interceptada quando já percorrida mais da metade do trajeto. 17.Como sucedâneo, tenho que o Sentenciante justificou, de forma escorreita, a majoração da reprimenda no patamar de 1/4 (um quarto), razão pela qual deve ser mantida a causa de aumento de pena, não carecendo de qualquer reparo. 18.Fixada em 02 (dois) anos 01 (um) mês e 80 (oitenta) dias-multa a pena definitiva, para o delito de porte de armas (art. 14 da Lei 10826/2003); 19.Fixada em 02 (dois) anos, 09 (nove) meses e 25 (vinte e cinco) dias e 281 (duzentos e oitenta e um) dias-multa a pena definitiva para o delito de tráfico de drogas interestadual (art. 33 caput c/c art. 40, V da Lei 11343/2006); 20.Ante o concurso material de crimes, na forma do art. 69 do Código Penal, procedo ao somatório das penas, tornando definitiva a sanção corporal em 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, fixando-se a pena pecuniária em 361 (trezentos e sessenta e um) dias-multa. 21.Por conseguinte, estabeleço o

regime semiaberto, para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, c/c § 3º do Código Penal. 22. Inviável a substituição da pena corporal por restritivas de direito, tendo em vista o não preenchimento dos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, notadamente em se considerando o montante da pena aplicada. 23. Por fim, mantenho inalterados os demais termos da sentença objurgada. 24. Gizo, ainda, que o réu permaneceu preso ao longo de toda a instrução criminal, não havendo indício de alteração no contexto fático. Não obstante, em face do julgamento do presente apelo, não se trata mais de debater a existência ou não dos requisitos da prisão preventiva, mas de se dar início à execução provisória da pena imposta. 25. Desse modo, indefere-se ao Apelante o direito de recorrer em liberdade. 26. No entanto, por medidas de ordem prática, urge determinar a expedição de ofício ao Juízo da 1ª Vara Regional de Execução Penal em Meio Fechado e Semiaberto do Recife/PE, nos autos do processo de execução nº 2000145-25.2021.8.05.0146, estimando-se que sejam adotadas as providências necessárias à transferência do Apelante para unidade destinada ao cumprimento de penas em regime semiaberto, salvo se por outra razão não estiver segregado em regime mais gravoso, a fim de aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória. 27. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 28. Rejeitada a preliminar de nulidade absoluta face a não realização da audiência de custódia e conversão ex officio da prisão em flagrante em preventiva; 29. Recurso parcialmente provido para retificar a fração de redução aplicada em face da atenuante da confissão (art. 65, III, d do Código Penal), fixando-a em 1/6 (um sexto), para os 02 (dois) delitos; fazer incidir a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, no seu grau máximo; fixar o regime inicial semiaberto; 30. Improvimento da pretensão de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 40, V da Lei 11343/2006 em sua fração máxima (um sexto), mantendo-se o percentual de um quarto estabelecido na sentença; indeferimento do pedido de substituição por penas restritivas de direito, bem como do pleito de concessão do direito de recorrer em liberdade. 31. Ante o concurso material de crimes, na forma do art. 69 do Código Penal, a sanção corporal definitiva foi estabelecida em 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, fixando-se a pena pecuniária em 361 (trezentos e sessenta e um) dias-multa. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0501140-46.2020.8.05.0244, provenientes da Comarca de Senhor do Bonfim/BA, em que figuram, como Apelante, PEDRO ELIZEU DA SILVA e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER e DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO, apenas para retificar a fração de redução aplicada em face da atenuante da confissão (art. 65, III, d do Código Penal), fixando-a em 1/6 (um sexto), para os 02 (dois) delitos, bem assim para fazer incidir a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, no seu grau máximo e, em face do concurso material de crimes, redimensionar a sanção corporal definitiva para 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, fixando-se a pena pecuniária em 361 (trezentos e sessenta e um) dias-multa, ao valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, mantendo inalterados os demais termos da sentença recorrida, consoante certidão de julgamento, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto do Relator. Salvador/BA, (data

constante na certidão eletrônica de julgamento). Des. Antonio Cunha Cavalcanti Relator (assinado eletronicamente) PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 17 de Novembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501140-46.2020.8.05.0244 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: PEDRO ELIZEU DA SILVA Advogado (s): GILSON DE ARAUJO ALVES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Apelação Criminal interposta contra sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Senhor do Bonfim/BA, Dr. Teomar Almeida de Oliveira que, nos autos de nº 0501140-46.2020.8.05.0244, julgou procedente o pedido constante na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia para condenar o Réu/Apelante nas sanções do artigo 33, caput, c/c art. 40, V, ambos da Lei 11.343/06 e art. 14 da Lei 10.826/03, em concurso material de crimes, na forma do art. 69 do Código Penal. Na oportunidade, o Magistrado sentenciante fixou a pena total de 11 (onze) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, condenando o Réu, ainda, ao pagamento de 832 (oitocentos e trinta e dois) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade. Da prefacial, extrai-se que: “Com base no Inquérito Policial incluso, no dia 22 de novembro de 2020, por volta das 17h20min, na BR 407, Km 117, Posto da Polícia Rodoviária Federal, neste município, o denunciado com vontade livre e consciente, praticou os delitos de tráfico interestadual de droga (cocaína) e porte ilegal de arma de fogo, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Segundo consta, no dia e hora acima mencionados, a Polícia Rodoviária Federal estava em serviço, tendo abordado o veículo automóvel Fiat Punto Attractive, ano/fab 2012, ano/mod 2012, cor preta, placa FAW0868/SP, chassi 9BD118181C1194971, renavam 00457498226 que era conduzido por PEDRO ELIZEU, o qual se apresentou como policial civil e informou que estava armado. Na oportunidade, foi apreendida em posse do denunciado uma arma de fogo, tipo pistola, calibre .40, nº de série PZP318, marca Glock GES. MBH, Austria, com dois carregadores e vinte e quatro cartuchos intactos. Ao fazer busca no veículo foi encontrado no painel 06 (seis) tabletes de um pó branco aparentando ser cocaína, acondicionada em fita adesiva e plástico. Quando indagado sobre a droga, o denunciado informou que estava transportando desde a cidade de São Paulo Capital com destino a cidade de Serrita/PE, incidindo assim, na causa do aumento de pena do tráfico interestadual. Após consulta, verificou-se ainda que havia um mandado de prisão preventiva contra o denunciado (0000757-79.2019.8.17.0001.01.0001-21) emitido pela Justiça Militar do Estado de Pernambuco, pela suposta prática do crime previsto no art. 187 do CPM e informa que o policial está em deserção da polícia militar do Estado de Pernambuco, não podendo portar arma de fogo.” Após instrução criminal e apresentados os memoriais, sobreveio sentença condenatória. Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação (id 32617789) aduzindo, preliminarmente, a nulidade absoluta do presente feito, em virtude da não realização da audiência de custódia e da conversão ex officio da prisão em flagrante em custódia preventiva. No mérito, pugna pela reforma da dosimetria da pena, aduzindo que não fora devidamente valorada a confissão espontânea dos delitos, o que demonstra o sincero

arrependimento pelos atos praticados. Cita aspectos da sua vida pessoal e profissional pregressa, com ausência de atos desabonadores da sua conduta, tampouco de antecedentes criminais, sustentando tratar-se de episódio isolado em sua vida. Destaca que, conquanto tenha sido considerado desertor, pretendia cumprir a penalidade disciplinar para, em seguida, regressar aos quadros da polícia militar do estado de Pernambuco, asseverando que “não se pareceria lógico e nem muito menos atrativo sob qualquer ângulo que se venha analisar, que o recorrente se dispusesse a trocar a vida segura que dele se avizinhava como servidor público militar, para se aventurar na incerteza e riscos inerentes à vida pautada à margem da lei (...)” Sustenta, assim, que sua atuação equipara-se à figura popularmente conhecida como “MULA”, eis que se deixou atrair pela recompensa financeira que lhe fora oferecida, merecendo tratamento diverso do traficante contumaz, argumentando, ainda, que a droga não chegou a ser distribuída, eis que interceptado antes do destino, fazendo jus, portanto, a incidência da fração mínima de aumento prevista no artigo 40, V da Lei de Drogas, qual seja, 1/6 (um sexto). Prossegue pugnando pela incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu patamar máximo, bem assim pela redução da pena aplicada ao delito tipificado no art. 14 da Lei 10826/2003, ao patamar legal mínimo, requerendo, ainda, a aplicação da atenuante da confissão para ambos os crimes. Por fim, pleiteia a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito ou, subsidiariamente, seja aplicada a detração penal; a fixação do regime semiaberto para início do cumprimento da pena e a concessão do direito de recorrer em liberdade. O Ministério Público em suas razões requereu a manutenção do decisum (id 32617800), prequestionando a matéria. Remetidos os autos a esta Superior Instância, foi dado vista à Procuradoria de Justiça que se manifestou através do parecer da lavra da eminente Promotora de Justiça em substituição, Dra. Sandra Patrícia Oliveira, opinando pelo conhecimento e improvimento do Recurso. Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. Salvador/BA, (data registrada no sistema). Des. Antonio Cunha Cavalcanti Relator (assinado eletronicamente) PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501140-46.2020.8.05.0244 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: PEDRO ELIZEU DA SILVA Advogado (s): GILSON DE ARAUJO ALVES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Trata-se de Apelação Criminal interposta contra sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Senhor do Bonfim/BA, Dr. Teomar Almeida de Oliveira que, nos autos de nº 0501140-46.2020.8.05.0244, julgou procedente o pedido constante na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia para condenar o Réu/Apelante nas sanções do artigo 33, caput, c/c art. 40, V, ambos da Lei 11.343/06 e art. 14 da Lei 10.826/03, em concurso material de crimes, na forma do art. 69 do Código Penal. Na oportunidade, o Magistrado sentenciante fixou a pena total de 11 (onze) anos, 07 (sete) meses e 06 (seis) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, condenando o Réu, ainda, ao pagamento de 832 (oitocentos e trinta e dois) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade. Da prefacial, extrai-se que: “Com base no Inquérito Policial incluso, no dia 22 de novembro de 2020, por volta das 17h20min, na BR 407, Km 117, Posto da Polícia Rodoviária Federal, neste município, o denunciado com vontade livre e consciente, praticou os

delitos de tráfico interestadual de droga (cocaína) e porte ilegal de arma de fogo, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Segundo consta, no dia e hora acima mencionados, a Polícia Rodoviária Federal estava em serviço, tendo abordado o veículo automóvel Fiat Punto Attractive, ano/fab 2012, ano/mod 2012, cor preta, placa FAW0868/SP, chassi 9BD118181C1194971, renavam 00457498226 que era conduzido por PEDRO ELIZEU, o qual se apresentou como policial civil e informou que estava armado. Na oportunidade, foi apreendida em posse do denunciado uma arma de fogo, tipo pistola, calibre .40, nº de série PZP318, marca Glock GES. MBH, Austria, com dois carregadores e vinte e quatro cartuchos intactos. Ao fazer busca no veículo foi encontrado no painel 06 (seis) tabletes de um pó branco aparentando ser cocaína, acondicionada em fita adesiva e plástico. Quando indagado sobre a droga, o denunciado informou que estava transportando desde a cidade de São Paulo Capital com destino a cidade de Serrita/PE, incidindo assim, na causa do aumento de pena do tráfico interestadual. Após consulta, verificou-se ainda que havia um mandado de prisão preventiva contra o denunciado (0000757-79.2019.8.17.0001.01.0001-21) emitido pela Justiça Militar do Estado de Pernambuco, pela suposta prática do crime previsto no art. 187 do CPM e informa que o policial está em deserção da polícia militar do Estado de Pernambuco, não podendo portar arma de fogo.” Após instrução criminal e apresentados os memoriais, sobreveio sentença condenatória. Inconformada, a Defesa interpôs recurso de apelação (id 32617789) aduzindo, preliminarmente, a nulidade absoluta do presente feito, em virtude da não realização da audiência de custódia e da conversão ex officio da prisão em flagrante em custódia preventiva. No mérito, pugna pela reforma da dosimetria da pena, aduzindo que não fora devidamente valorada a confissão espontânea dos delitos, o que demonstra o sincero arrependimento pelos atos praticados. Cita aspectos da sua vida pessoal e profissional pregressa, com ausência de atos desabonadores da sua conduta, tampouco de antecedentes criminais, sustentando tratar-se de episódio isolado em sua vida. Destaca que, conquanto tenha sido considerado desertor, pretendia cumprir a penalidade disciplinar para, em seguida, regressar aos quadros da polícia militar do estado de Pernambuco, asseverando que “não se pareceria lógico e nem muito menos atrativo sob qualquer ângulo que se venha analisar, que o recorrente se dispusesse a trocar a vida segura que dele se avizinhava como servidor público militar, para se aventurar na incerteza e riscos inerentes à vida pautada à margem da lei (...)” Sustenta, assim, que sua atuação equipara-se à figura popularmente conhecida como “MULA”, eis que se deixou atrair pela recompensa financeira que lhe fora oferecida, merecendo tratamento diverso do traficante contumaz, argumentando, ainda, que a droga não chegou a ser distribuída, eis que interceptado antes do destino, fazendo jus, portanto, a incidência da fração mínima de aumento prevista no artigo 40, V da Lei de Drogas, qual seja, 1/6 (um sexto). Prossegue pugnando pela incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, em seu patamar máximo, bem assim pela redução da pena aplicada ao delito tipificado no art. 14 da Lei 10826/2003, ao patamar legal mínimo, requerendo, ainda, a aplicação da atenuante da confissão para ambos os crimes. Por fim, pleiteia a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito ou, subsidiariamente, seja aplicada a detração penal; a fixação do regime semiaberto para início do cumprimento da pena e a concessão do direito de recorrer em liberdade. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do Apelo. Ab initio, impende

destacar, de plano, que a autoria e a materialidade delitivas não foram alvo de insurgência recursal, externando-se o inconformismo tão somente em relação às supostas nulidades, à dosimetria da sanção corporal e seus consectários. I – DA PRELIMINAR DE NULIDADE ABSOLUTA Conforme relatado, aduziu o Apelante, preliminarmente, a nulidade absoluta do presente feito, em virtude da não realização da audiência de custódia e da conversão ex officio da prisão em flagrante em custódia preventiva. Compulsando detidamente os fólios, denota-se que, na ocasião, a prisão em flagrante do Apelante restou convertida em prisão preventiva, nos termos da decisão datada de 24/11/2020, nos autos de nº 0300549-68.2020.8.05.0244. Em consulta ao Auto de Prisão em Flagrante, disponível no sistema E-SAJ 1º Grau, observou-se, ainda, ao contrário do quanto alegado nas razões recursais, que o Ministério Público manifestou-se pela conversão do flagrante em prisão preventiva, o que afasta, de pronto, a assertiva que tal conversão se deu de ofício. Demais disso, restou expressamente justificado no édito constritor, a impossibilidade de realização da audiência de custódia, “tendo em vista o regime de teletrabalho no Poder Judiciário, com suspensão das audiências, inclusive, as de custódias, regulamentado pelo Recomendação nº 62 do CNJ, durante o regime de emergência decorrente da pandemia do novo Coronavírus (COVID-19).” (fls. 44/50) Nesse contexto, a alegação de nulidade não se perfaz, porquanto, necessário rememorar, a situação pandêmica vivenciada pelo mundo ensejou uma série de adaptações, inclusive, no meio jurídico, a fim de evitar a propagação do novo coronavírus. Neste sentido, o Conselho Nacional de Justiça editou a Recomendação nº 62/2020, prevendo em seu art. 8º a regulamentação sobre a audiência de custódia, assim dispondo o referido artigo: Art. 8º Recomendar aos Tribunais e aos magistrados, em caráter excepcional e exclusivamente durante o período de restrição sanitária, como forma de reduzir os riscos epidemiológicos e em observância ao contexto local de disseminação do vírus, considerar a pandemia de Covid-19 como motivação idônea, na forma prevista pelo art. 310, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Penal, para a não realização de audiências de custódia. Deste modo, a justificação da excepcionalidade sobre não realização da audiência de custódia no caso em apreço impede o reconhecimento de nulidade, até porque a prisão do Acusado, no decorrer da persecução penal, foi efetivamente reavaliada pela autoridade judicial, não se podendo admitir, por tais razões, existência de qualquer ilegalidade. Sobre o tema em referência, cito julgado da Corte de Cidadania: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. PRISÃO PREVENTIVA. AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA. PANDEMIA DA COVID-19. FUNDAMENTO VÁLIDO. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. O entendimento majoritário desta Sexta Turma é no sentido de que a não realização da audiência de custódia não enseja nulidade da prisão preventiva em que posteriormente convertida, pois, observadas as outras garantias processuais e constitucionais, resta superado o exame desse tema. A propósito: AgRg no HC 353.887/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2016, DJE 07/06/2016; RHC 76.906/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 10/11/2016, DJe 24/11/2016; RHC 63632/PR, Rel. Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 18/11/2016. Cabe ressaltar ainda que a excepcionalidade do período de pandemia da doença Covid-19, pelo qual estamos passando, validamente permite a decretação da custódia cautelar sem a audiência de custódia. 2. O decreto prisional tem fundamentação válida, “para a garantia da ordem

pública e em face do perigo gerado pelo estado de liberdade dos imputados, haja vista a gravidade concreta da conduta que lhes foi atribuída, indicada pelo possível número elevado de agentes envolvidos na prática de atividade ilícita, pela diversidade de substâncias encontradas na residência destes, quais sejam, maconha e cocaína, pela natureza destrutiva desta última, bem como pela quantidade expressiva de drogas e valores em espécie que foram apreendidos". Conforme se extrai do acórdão impugnado (fl. 27), trata-se da apreensão de 1,02kg de maconha e 130,85g de cocaína, além de grande quantia em dinheiro, R\$12.447,00 (doze mil e quatrocentos e quarenta e sete reais). Ressaltou-se ainda, com relação ao paciente Robson, que este teria evadido-se após notar a presença dos policiais, encontrando-se foragido (fl. 27). 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 630.066/MG, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 02/03/2021, DJe 05/03/2021) (Grifos nossos). Deste modo, tendo em vista que a situação de excepcionalidade vigente na ocasião da prisão em flagrante, e considerando, ainda, que a segregação cautelar do Apelante foi reavaliada pelo Judiciário no transcorrer do processo, não se pode acolher a alegação de nulidade processual. Assim, rejeita-se a preliminar e passa-se ao exame do mérito. III – DO PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DO ART. 65, III, d, DO CÓDIGO PENAL. Ultrapassadas as preliminares, adentra-se ao exame da irresignação recursal, no que tange à pretensão de incidência da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, III, d do Código Penal. Sucede que, da leitura do comando sentencial, extrai-se que, em verdade, o douto Magistrado verificou a concorrência da circunstância atenuante da confissão espontânea com a agravante dos crimes praticados durante o estado de calamidade pública (art. 61, II, j do Código Penal) e, preponderando aquela sobre esta, fixou a pena intermediária, para o delito de tráfico de drogas (art. 33 da Lei nº 11.343/06), em 07 (sete) anos, 05 (cinco) meses e 11 (onze) dias de reclusão e 744 (setecentos e quarenta e quatro) dias-multa e, para o delito de porte ilegal de arma de fogo (art. 14 da Lei nº 10.826/03), em 02 (dois) anos, 03 (três) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 88 (oitenta e oito) dias-multa. Todavia, faz-se necessária a retificação da segunda etapa da dosimetria, para ambos os delitos, eis que não fora tal circunstância devidamente valorada. Como consabido, ante a ausência de parâmetro legal, a jurisprudência consolidou o entendimento de que a fração adequada para redução ou aumento da pena, em razão de atenuantes ou agravantes, será de 1/6 (um sexto) sobre a pena fixada na primeira fase. A propósito, cito precedente: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE DE DROGAS E ANTECEDENTES. AUMENTO DE 1/8 PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA. PROPORCIONALIDADE. CONFISSÃO. AUSÊNCIA. SÚMULA N. 7/STJ. REINCIDÊNCIA E CONCURSO DE PESSOAS. AUMENTO DE 1/6 PARA CADA AGRAVANTE. ADEQUAÇÃO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que, na primeira fase da dosimetria, a adoção do critério de aumento de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo das penas mínima e máxima previstas no tipo penal, para cada vetorial desabonadora, revela-se proporcional e adequado (ut, AgRg no AREsp n. 2.073.621/DF, relator Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, DJe de 22/8/2022). 2. Consta do acórdão recorrido à e-STJ fl. 228 que o réu não confessou o delito, negando ser o proprietário e responsável pela droga. A alteração dessa conclusão não prescinde do conteúdo fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula n. 7/STJ. 3. "Esta Corte Superior orienta que seja aplicado o índice de 1/6 para agravantes e atenuantes, em atenção ao

princípio da proporcionalidade, salvo se houver motivação concreta e expressa que justifique a adoção de fração diversa" (AgRg no HC n. 539.585/MT, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, DJe de 10/12/2020), como no caso dos autos. 4. Recurso não provido. (AgRg nos EDcl no AREsp n. 2.139.545/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022.) AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. HOMICÍDIOQUALIFICADO. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEAQUALIFICADA. FRAÇÃO DE 1/6. AUSÊNCIA DEFUNDAMENTAÇÃO PARA JUSTIFICAR ÍNDICE DIVERSO. REGIMEINICIAL FECHADO. PENA INFERIOR A 8 ANOS. CIRCUNSTÂNCIASJUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. AGRADO REGIMENTALPARCIALMENTE PROVIDO. 1. Esta Corte Superior orienta que seja aplicado o índice de 1/6 para agravantes e atenuantes, em atenção ao princípio da proporcionalidade, salvo se houver motivação concreta e expressa que justifique a adoção de fração diversa. Precedentes. 2. É cabível a fixação de regime inicial fechado ao condenado cujas circunstâncias judiciais foram consideradas desfavoráveis, ainda que a pena haja sido arbitrada acima de 4 anos e abaixo de 8 anos, em atenção ao art. 33, § 3º, do Código Penal. 3. Não há óbice a que o julgador, para dizer o direito – e exercer, portanto, sua soberana função de jurisdictio – encontre fundamentos e motivação própria, respeitados, à evidência, a imputação deduzida pelo órgão de acusação e o limite da pena imposta no juízo de origem. 4. Agrado regimental parcialmente provido, apenas para que seja mantido o regime inicial fechado. (Ag Rg no HC 539.585/MT, Rel. Ministro ROGERIOSCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2020, DJe 10/12/2020) Nesse sentido, leciona Ricardo Schmitt: "Em razão disso, novamente com a preocupação voltada para a segurança jurídica do sistema penal, visando não permitir a diferenciação de critérios empregados em julgamentos que decidem fatos bastante semelhantes entre si, além de primar pela observância da sanção penal em concreto, o Supremo Tribunal federal passou a adotar como ideal o patamar de valoração de 1/6 (um sexto) para cada circunstância atenuante ou agravante prevista individualmente caso concreto" (in Sentença Penal Condenatória 10. Ed. rev. e atual. Salvador : Ed. Jus Podivm, 2016, p. 239). Ainda a respeito da matéria, o escólio de Rogério Greco:"Merece ser frisado, ainda, que o Código Penal não fornece um quantum para fins de atenuação ou agravamento da pena, ao contrário do que ocorre com as chamadas causas de diminuição ou de aumento, a serem observadas no terceiro momento do critério trifásico previsto no art. 68 do diploma repressivo. [...] Ante a ausência de critérios previamente definidos pela lei penal, devemos considerar o princípio da razoabilidade como reitor para essa atenuação ou agravamento da pena. Contudo, face a fluidez desse conceito de razoabilidade, a doutrina tem entendido que "razoável" seria agravar ou atenuar a pena-base até um sexto do quantum fixado, fazendo-se, pois, uma comparação com as causas de diminuição e de aumento de pena. [...] Assim, na ausência de determinação legal. acreditamos que, no máximo, as atenuantes e agravantes poderão fazer com que a pena-base seja diminuída ou aumentada em até um sexto. (Curso de direito penal, 10. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2008) Demais disso, conforme se deduz dos precedentes citados, é firme o entendimento de que a aplicação de fração inferior exige fundamentação concreta, o que não se verifica no caso vertente. Desta forma, o cálculo da pena deve ser feito na segunda fase da dosimetria, a fim de que seja aplicado o coeficiente de 1/6 (um sexto), para redução da pena intermediária, ante a presença da atenuante da confissão. IV – DO PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ARTIGO 33, § 4º DA LEI DE TÓXICOS. No caso sob exame, o

Juízo a quo afastou o aludido redutor pelos seguintes fundamentos: "(...) É de ser afastada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, porquanto, apesar de tecnicamente primário, há de ser considerada a quantidade de drogas apreendida – 6.551,79g (seis mil e quinhentos e cinquenta e um gramas e setenta e nove centigramas) de cocaína –, quantidade volumosa para os padrões da pacata cidade de Senhor do Bonfim e dos Estados da Bahia e de Pernambuco, atrelada ao fato de o réu, possivelmente, ter abandonado o posto de 3º Sargento da Polícia do Estado de Pernambuco, após quase 30 anos de serviço prestado e recebendo mais de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) de vencimentos, conforme declarado acima, para se dedicar à comercialização de substâncias entorpecentes, sustentando-se dessa prática, porquanto também declarou que estava há mais de um ano sem receber seus vencimentos. Portanto, não é crível imaginar que esta tenha sido uma ação isolada do réu, tampouco que apenas transportava a substância entorpecente. Bem assim, vislumbra-se que o réu se encontra respondendo a outra ação penal perante a Justiça Militar do Estado de Pernambuco, podendo concluir-se dedica-se às atividades criminosas. (...) No caso dos autos, além de ter restado comprovada a responsabilidade policial militar para se dedicar a tal atividade, conforme disposto acima, a grande quantidade de substância entorpecente apreendida, transportada do Estado de São Paulo com destino ao Estado de Pernambuco, a arma de fogo e as munições apreendidas desnaturam a qualidade de pequena traficante almejada pela defesa do réu." Conforme dicção legal, são requisitos para que o condenado faça jus à referida causa de diminuição: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas, cumulativos entre si, de sorte que a ausência de qualquer um deles inviabiliza a aplicação da benesse. No entanto, denota-se que, na primeira fase da dosimetria, o Magistrado sentenciante já havia valorado negativamente a natureza e a quantidade das substâncias entorpecentes, na forma do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, para elevar a pena-base para 08 (oito) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e 812 (oitocentos e doze) dias-multa. Destarte, utilizar o mesmo parâmetro para fixar a pena-base e afastar o privilégio do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, sem sombra de dúvidas, importa em bis in idem. Demais disso, o Pleno do STF, ao julgar o RE nº 591.054/SC entendeu que ações penais em curso e inquéritos policiais não são fundamentos idôneos para afastar o tráfico privilegiado. No mesmo sentido, é o entendimento da Quinta e da Sexta Turmas do STJ, conforme se depreende dos seguintes acórdãos a seguir: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTO INVÁLIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO ENTRE AS TURMAS. WRITNÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. (...). 2. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que "A causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020). Posicionamento adotado também pela Sexta Turma deste Tribunal Superior. 3. Habeas corpus não conhecido. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo,

redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução. (STJ, HC 664.284/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe: 27/09/2021, grifos aditados). AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33. § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PATAMAR MÁXIMO (2/3). POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NÃO PREPONDERANTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Para aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, o condenado deve preencher, cumulativamente, os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a pena ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. 2. Conforme firmado pela Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.887.511/SP, a utilização supletiva dos vetores natureza e quantidade de droga para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando estiverem conjugados com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa (DJe 01/07/2021). De toda sorte, no caso, essa questão específica está preclusa para o Parquet, que não impugnou o acórdão prolatado no julgamento das apelações. 3. O mais recente posicionamento de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, em regra, inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem fundamentação idônea apta a respaldar a não aplicação do redutor especial de redução de pena relativa ao reconhecimento da figura privilegiada do crime de tráfico de drogas. [...] 8. Agravo regimental desprovido. (STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1936058/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 14/09/2021. (grifos nossos). Gizo ainda que o Superior Tribunal de Justiça firmou a tese no sentido 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” (Tema 1139 – Julgado em 10/08/2022). No caso dos autos, infere-se, ainda, que o réu assumiu que iria transportar drogas interestadualmente, desempenhando a função popularmente conhecida como “mula do tráfico, circunstância que, por si só, de acordo com a jurisprudência do STJ, não pode ser considerada como prova de que o réu efetivamente integre organização criminosa. A propósito, vejamos precedentes deste Órgão Fracionário: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006) E RECEPÇÃO (ART. 180 DO CP). PRELIMINAR DE NULIDADE. ALEGADA PRÁTICA DE TORTURA E ABUSO DE AUTORIDADE POR POLICIAIS. POSSÍVEIS AGRESSÕES POSTERIORES À PRISÃO EM FLAGRANTE DO ACUSADO. AUSÊNCIA DE CONFISSÃO OU AUXÍLIO ÀS INVESTIGAÇÕES A INDICAR PROVA ILÍCITA. FATO INVESTIGADO PELO MP. ARCAVOUÇO PROBATÓRIO QUE SE MANTÉM ÍNTEGRO. PRELIMINAR REJEITADA. ABSOLVIÇÃO DOS CRIMES. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DELITIVAS. INEXISTÊNCIA DE ERRO DE TIPO. RÉU COM CONDIÇÕES DE SABER O QUE TRANSPORTAVA. INVIABILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO PREVISTO NO § 3º DO ART. 180 DO CP. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO CABIMENTO. RÉU QUE EM MOMENTO ALGUM CONFESSOU ESTAR TRAFICANDO. SÚMULA 630 DO STJ. PERTINENTES OS PEDIDOS DE REDUÇÃO DAS PENAS-BASE E DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. PENA SUPERIOR A 08 (OITO) ANOS. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS.

AUSÊNCIA DOS REQUISITOS CONTIDOS NO INCISO I DO ART. 44 DO CP. PLEITO PARA CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INACOLHIMENTO. DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. ADEQUADA FUNDAMENTAÇÃO. GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. NÃO CONHECIMENTO DO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. COMPETÊNCIA DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Demonstradas de forma inequívoca a autoria e materialidade dos crimes de tráfico de drogas e receptação, impossível cogitar-se da absolvição do Acusado, bem como da desclassificação do delito de receptação para a modalidade culposa, prevista no § 3º do art. 180 do Código Penal. 2. O erro sobre elemento do tipo, figura jurídica prevista no art. 20 do CP, apenas ocorre em circunstâncias extraordinárias, quando há prova irrefutável da ausência de consciência da ilicitude da conduta. 3. Analisadas e sopesadas devidamente as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, as penas-base devem ser reduzidas. 4. Precedentes do STJ e do STF firmam a possibilidade de concessão do benefício do tráfico privilegiado, a despeito da apreensão de grande quantidade de droga, quando estiver caracterizada a condição de mula do tráfico. 5. Nos termos do art. 33, § 2º, 'a', do CP, deve permanecer o regime fechado para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade. 6. Não preenchidos os requisitos previstos no inciso I do art. 44 do CP, impossível cogitar-se da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 7. Cabe ao Juízo das Execuções Penais a análise da matéria atinente à gratuidade da justiça. (TJ-BA – APL: 05001166220208050250, Relator: NAGILA MARIA SALES BRITO, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 14/09/2021) APELANTE CONDENADO NAS SANÇÕES DO ARTIGO 33, CAPUT, C/C O ARTIGO 40, INCISO V, AMBOS DA LEI 11.343/2006, À PENA DE 07 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, BEM COMO PAGAMENTO DE 700 (SETECENTOS) DIAS-MULTA. FORA NEGADO AO APELANTE O DIREITO DE O MESMO RECORRER EM LIBERDADE. RAZÕES DO RECURSO: ABSOLVIÇÃO DO CRIME QUE FORA IMPUTADO AO APELANTE, EM FACE DA AUSÊNCIA DE PROVAS APTAS À SUA CONDENAÇÃO. INACOLHIMENTO. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS RODOVIÁRIOS FEDERAIS RESPONSÁVEIS PELA PRISÃO EM FLAGRANTE DO APELANTE QUE SE MOSTRARAM HARMÔNICOS E EM CONSONÂNCIA COM AS PROVAS COLHIDAS NO IN FOLIO. VALIDADE DOS MENCIONADOS DEPOIMENTOS. PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL. DESNECESSIDADE, PARA A CONFIGURAÇÃO DA TRAFICÂNCIA, DE PROVA FLAGRANCIAL DA MERCANCIA, BASTANDO QUE O AGENTE SEJA SURPREENDIDO PORTANTO, TRAZENDO CONSIGO, GUARDANDO OU TRANSPORTANDO A SUBSTÂNCIA ILÍCITA, BEM COMO QUE OS ELEMENTOS INDICIÁRIOS E AS CIRCUNSTÂNCIAS DA APREENSÃO EVIDENCIEM A ATIVIDADE DELITUOSA. REFORMA DA SENTENÇA COM A APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI SUPRACITADA, EM SEU PATAMAR MÁXIMO, DEVENDO, AINDA, SER DETERMINADO O REGIME ABERTO PARA CUMPRIMENTO INICIAL DA PENA IMPOSTA, BEM COMO PROCEDIDA À SUBSTITUIÇÃO DA REFERIDA PENA POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. ACOLHIMENTO EM PARTE. DOUTO MAGISTRADO A QUO QUE FIXOU A PENA-BASE DO APELANTE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM VIRTUDE DA EXPRESSIVA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DA SUPRACITADA CAUSA DE DIMINUIÇÃO, NA FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO), POR SE TRATAR DE APELANTE QUE ATUOU NA CONDIÇÃO DE "MULA". PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS CORPORAL E DE MULTA IMPOSTAS AO APELANTE. MANUTENÇÃO DOS DEMAIS TERMOS DA SENTENÇA VERGASTADA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-BA – APL: 00000894120198050099, Relator: JOAO BOSCO DE OLIVEIRA SEIXAS, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 04/07/2020) Assim, merece provimento o pleito

de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, fazendo, pois, jus ao aludido benefício. No mais, tendo em consideração que a natureza e a quantidade de entorpecentes já foram valoradas na primeira fase da dosimetria, repercutindo na elevação da pena basilar, deverá ser esta aplicada no seu patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços). V – DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, V, DA LEI 11343/2006

Verifica-se, também, que foi reconhecida, em desfavor do apelante, a causa de aumento de pena do tráfico interestadual de drogas, prevista no artigo 40, inciso V, da Lei n. 11.343/06, sendo aumentada elevada a reprimenda em 1/4 (um quarto), consoante fundamentação tecida pelo Magistrado a quo, abaixo reproduzida: “(...) Quanto a causa de aumento de pena, disposta no art. 40, inciso V, da Lei nº 11.343/2006, restou comprova que o réu transportava a droga do Estado de São Paulo com destino ao município de Serrita/BA, quando fora preso neste município de Senhor do Bonfim/BA, a cerca de 370 km do seu destino final e após percorrer mais 2.000 km.”

Nesse cenário, pugna o Recorrente pela redução da fração de aumento para 1/6 (um sexto). Dispõe o artigo 40, inciso V, da Lei n. 11.343/06: “Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: (...) V – caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal;” Registra-se, nesse contexto, que o Superior Tribunal de Justiça sumulou o entendimento de que “Para a incidência da majorante prevista no artigo 40, V, da Lei 11.343/06, é desnecessária a efetiva transposição de fronteiras entre estados da federação, sendo suficiente a demonstração inequívoca da intenção de realizar o tráfico interestadual” (Súmula 587). Com efeito, deve permanecer inalterada a fração de 1/4 (um quarto) para incidência da majorante do tráfico interestadual, eis que, in casu, a remessa de drogas, saída do estado de São Paulo, adentrou o estado da Bahia e muito se aproximou da fronteira com Pernambuco, destino final, sendo interceptada quando já percorrida mais da metade do trajeto. Conquanto o art. 40 da Lei n. 11.343/2006 não estabeleça critérios objetivos para graduação do patamar 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), ao comentar tal dispositivo, Guilherme de Souza Nucci ensina: “(...) Tráfico interestadual de entorpecentes: o comércio ilegal de drogas envolvendo mais de um país, além do Brasil, faz surgir o tráfico internacional de entorpecentes (inciso I deste artigo). Porém, de maneira inédita, inseriu o legislador mais uma casa de aumento, em nosso entendimento, correta. Quando o tráfico atingir mais de uma região do País, promovendo, portanto, uma distribuição espalha e não concentrada da droga, de fato, cuida-se de circunstância mais grave, a merecer maior censura, conseqüentemente, aumento de pena. A gradação – de um sexto a dois terços – deve cingir-se ao grau de interestadualidade do crime: quando maior o número de Estados-membros abrangidos pela atividade do agente, maior deve ser o aumento. Se envolver apenas dois Estados, por exemplo, o aumento de um sexto é suficiente. (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, volume 1, 14ª ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2021, pág. 347). Como sucedâneo, tenho que o Sentenciante justificou, de forma escoreita, a majoração da reprimenda no patamar de 1/4 (um quarto), razão pela qual deve ser mantida a causa de aumento de pena, não carecendo de qualquer reparo. VI – DA DOSIMETRIA DA PENA De acordo com os fundamentos acima alinhados, passo à revisão da dosimetria da pena, tendo em vista a necessidade de readequação do quantum de redução aplicado na pena intermediária, ante o reconhecimento da atenuante prevista no art. 65, III d do Código Penal, para ambos os delitos, bem assim para fazer incidir, na

terceira fase, a causa de diminuição de pena prevista no art. 33 § 4º da Lei 11.343/2006. VI.A. DO DELITO PREVISTO NO ART. 14 DA LEI 10826/2003: Analisadas as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, verifico que foram valorados negativamente apenas a culpabilidade e as circunstâncias do crime, permanecendo neutras as demais. Assim, nada tendo a reparar na primeira fase da dosimetria, mantém-se a pena-base fixada em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 97 (noventa e sete) dias-multa. Na segunda fase, presente a atenuante da confissão (art. 65, III, d do Código Penal), bem assim a agravante dos crimes praticados durante o estado de calamidade pública (art. 61, II, “j” do Código Penal), preponderando aquela sobre esta, reduzo a pena em 1/6 (um sexto), fixando-a em 02 (dois) anos 01 (um) mês e 80 (oitenta) dias-multa, que ora torno definitiva, para o delito de porte de armas, ante a falta de outras causas de aumento ou diminuição da pena. VI.B. DO DELITO PREVISTO NO ART. 33, caput, C/C 40, V, da Lei 11.343/2006: Analisadas as circunstâncias previstas no artigo 59 do Código Penal, verifico que foram valorados negativamente apenas a culpabilidade e as circunstâncias do crime, bem assim a natureza e a quantidade de substância entorpecente apreendida, preponderando sobre aquelas, na forma que o art. 42 da Lei nº 11.343/2006. Assim, nada tendo a reparar na primeira fase da dosimetria, mantém-se a pena-base fixada em 08 (oito) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e 812 (oitocentos e doze) dias-multa. Na segunda fase, presente a atenuante da confissão (art. 65, III, d do Código Penal), bem assim a agravante dos crimes praticados durante o estado de calamidade pública (art. 61, II, “j” do Código Penal), preponderando aquela sobre esta, reduzo a pena em 1/6 (um sexto), fixando-a em 06 (seis) anos 09 (nove) meses e 07 (sete) dias e 676 (seiscentos e setenta e seis) dias-multa. Na terceira etapa, ante o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, e fazendo jus, o Apelante, ao aludido benefício no patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), reduzo a sanção corporal a 02 (dois) anos 03 (três) meses 02 (dois) dias e 225 (duzentos e vinte e cinco) dias-multa. Presente a causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, e mantido o coeficiente de aumento em 1/4 (um quarto), elevo a sanção corporal a 02 (dois) anos, 09 (nove) meses e 25 (vinte e cinco) dias e 281 (duzentos e oitenta e um) dias-multa, que ora torno definitiva, para o delito de tráfico de drogas interestadual, ante a falta de outras causas de aumento ou diminuição da pena. Por conseguinte, ante o concurso material de crimes, na forma do art. 69 do Código Penal, procedo ao somatório das penas, tornando definitiva a sanção corporal em 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, fixando-se a pena pecuniária em 361 (trezentos e sessenta e um) dias-multa. Por conseguinte, estabeleço o regime semiaberto, para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, c/c § 3º do Código Penal. Inviável a substituição da pena corporal por restritivas de direito, tendo em vista o não preenchimento dos requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, notadamente em se considerando o montante da pena aplicada. Por fim, mantenho inalterados os demais termos da sentença objurgada. VII – DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE Insurge-se o Apelante, ainda, contra a manutenção da prisão do Apelante, pelo Juízo sentenciante, assim fundamentada: “...DENEGO ao condenado o direito de recorrer em liberdade, visto persistirem as razões para a manutenção da prisão, uma vez que a liberdade do condenado põe em risco a ordem pública e a aplicação da lei penal, com possibilidade de retorno ao empreendimento

de comercialização de substâncias entorpecentes, sobretudo considerando a quantidade de substância entorpecente, a arma de fogo e munições apreendidas com o réu. Conforme disposto acima, o acusado responde a outra ação penal na Justiça Militar do Estado de Pernambuco por deserção e não possui domicílio no distrito da culpa, de modo que, se solto for, dificilmente será localizado para o cumprimento da pena. Ressalte-se, por fim, que o réu permaneceu preso durante toda a instrução processual, não havendo motivos nem coerência lógica para a sua liberdade após a conclusão do feito nesta instância. Dessa forma, mantenho a prisão preventiva do condenado por considerar subsistentes os requisitos autorizadores da manutenção da segregação cautelar corporal máxima, nos termos do art. 312 do CPP.” Contudo, tal pretensão não merece acolhida. No caso em apreço, observo que o comando sentencial observou o disposto no art. 387 do CPP, ao fundamentar, de forma bem delineada, as razões que o levaram a negar ao recorrente o direito de apelar em liberdade. Gizo, ainda, que o réu permaneceu preso ao longo de toda a instrução criminal, não havendo indício de alteração no contexto fático. Não obstante, em face do julgamento do presente apelo, não se trata mais de debater a existência ou não dos requisitos da prisão preventiva, mas de se dar início à execução provisória da pena imposta. Desse modo, indefere-se ao Apelante o direito de recorrer em liberdade. No entanto, por medidas de ordem prática, urge determinar a expedição de ofício ao Juízo da 1ª Vara Regional de Execução Penal em Meio Fechado e Semiaberto do Recife/PE, nos autos do processo de execução nº 2000145-25.2021.8.05.0146, estimando-se que sejam adotadas as providências necessárias à transferência do Apelante para unidade destinada ao cumprimento de penas em regime semiaberto, salvo se por outra razão não estiver segregado em regime mais gravoso, a fim de aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória. VIII – CONCLUSÃO Pelo quanto expendido, voto no sentido de CONHECER e DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO, apenas para retificar a fração de redução aplicada em face da atenuante da confissão (art. 65, III, d do Código Penal), fixando-a em 1/6 (um sexto), para os 02 (dois) delitos, bem assim para fazer incidir a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, no seu grau máximo e, em face do concurso material de crimes, redimensionar a sanção corporal definitiva para 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 25 (vinte e cinco) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, fixando-se a pena pecuniária em 361 (trezentos e sessenta e um) dias-multa, ao valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, mantendo inalterados os demais termos da sentença recorrida. Por fim, urge determinar a expedição de ofício ao Juízo da 1ª Vara Regional de Execução Penal em Meio Fechado e Semiaberto do Recife, nos autos do processo de execução nº 2000145-25.2021.8.05.0146, estimando-se que sejam adotadas as providências necessárias à transferência do Apelante para unidade destinada ao cumprimento de penas em regime semiaberto, salvo se por outra razão não estiver segregado em regime mais gravoso, a fim de aguardar o trânsito em julgado da sentença condenatória. É como voto. Salvador/BA. (data constante na certidão eletrônica de julgamento) Des. Antonio Cunha Cavalcanti Relator (assinado eletronicamente) AC10