

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0001559-27.2020.8.05.0082 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: WESLEI DE JESUS PEREIRA Advogado (s): MARCOS EDUARDO CARDOSO FERNANDES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): 02 ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRETENSÃO RECURSAL: FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, NA TERCEIRA FASE DO PROCEDIMENTO DOSIMÉTRICO. IMPOSSIBILIDADE. APREENSÃO DE 390 GRAMAS DE “MACONHA”, 192 GRAMAS DE “COCAÍNA” E 170 GRAMAS DE “CRACK”. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES QUE RECOMENDA A EXASPERAÇÃO, NOS TERMOS DO ART. 42 DA LEI 11.343/06. APREENSÃO DE BALANÇA DE PRECISÃO, DOIS RÁDIOS DE COMUNICAÇÃO, PINOS VAZIOS E CADERNETAS COM ANOTAÇÕES DE NOMES E DEPÓSITOS BANCÁRIOS. APETRECHOS E DENÚNCIAS ANTERIORES, DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES NA LOCALIDADE, QUE EVIDENCIAM A DEDICAÇÃO DO RÉU À TRAFICÂNCIA. ACUSADO QUE POSSUI, CONTRA SI, OUTRA AÇÃO PENAL POR HOMICÍDIO QUALIFICADO, COM PRONÚNCIA CONFIRMADA POR ESTE E. EGRÉGIO TJ/BA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA BENESSE. ADEQUAÇÃO NA FUNDAMENTAÇÃO, PELA 2ª INSTÂNCIA, QUE NÃO CONFIGURA REFORMATIO IN PEJUS. MANTIDO O AFASTAMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSA VEDAÇÃO DO ART. 44, I E III, DO CÓDIGO PENAL. PRETENSÃO RECURSAL DE DETRAÇÃO PENAL E FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREENCHIMENTO DO REQUISITO PREVISTO NO ART. 112, V, DA LEI DE EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME, NOS CRIMES EQUIPARADOS AOS HEDIONDOS, QUE SÓ É POSSÍVEL APÓS O CUMPRIMENTO DE 40% DA PENA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEITO SECUNDÁRIO DO ART. 33 DA LEI 11.343/06 QUE ESTABELECE EXPRESSAMENTE A PENA PECUNIÁRIA. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE QUE IMPEDE O AFASTAMENTO DA MULTA. BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA QUE DEVEM SER PLEITEADOS PERANTE O JUIZ DA EXECUÇÃO PENAL, ÓRGÃO JURISDICIONAL COMPETENTE PARA A APRECIACÃO DA MATÉRIA. PRETENSÃO DEFENSIVA DE RECORRER EM LIBERDADE. NÃO ACOLHIMENTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS AUTORIZADORES DA CUSTÓDIA CAUTELAR. FUMUS COMISSI DELICTI E PERICULUM LIBERTATIS EVIDENCIADOS. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA DEMONSTRADA PELA QUANTIDADE E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES APREENHIDOS. APETRECHOS E AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO QUE APONTAM PARA A TRAFICÂNCIA HABITUAL E PARA O RISCO CONCRETO DE REITERAÇÃO DELITIVA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal nº 0001559-27.2020.8.05.0082, em que figura como apelante WESLEI DE JESUS PEREIRA, por intermédio do seu advogado, Marcos Eduardo Cardoso Fernandes, OAB/BA nº 55.203, e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Acordam os Desembargadores componentes da 1ª Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça da Bahia, em CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso, nos termos do voto do relator. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 1 de Junho de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0001559-27.2020.8.05.0082 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: WESLEI DE JESUS PEREIRA Advogado (s): MARCOS EDUARDO CARDOSO FERNANDES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): 02 RELATÓRIO Vistos. Narra a denúncia (ID 30242149) que: “[...] No dia 04 de setembro de 2020, por volta das

17h50min, na residência do denunciado Weslei de Jesus Pereira, localizada na Rua do Estádio, Bairro Pôr do Sol, Município de Itamarí/Ba, os acusados, de forma consciente e voluntária, guardavam drogas prontas para serem comercializadas, bem como se associaram, com o fim de praticarem o tráfico de entorpecentes naquele município. No referido dia, a Guarnição Policial estava realizando serviços de ronda, quando recebeu uma denúncia anônima, através da central, informando que alguns indivíduos estavam praticando o tráfico de drogas no endereço supracitado. Ato contínuo, no intuito de verificar a veracidade das informações prestadas na denúncia, a Guarnição Policial empreendeu diligências até o local. Ao se aproximarem, os policiais avistaram os acusados Jeferson de Jesus Pereira e Weslei de Jesus Pereira do lado de fora da residência, sendo que, naquele exato momento, o acusado Jeferson estava vendendo drogas a um indivíduo não identificado, o qual se evadiu do local, ao perceber a chegada da viatura policial. Segundo se apurou nas investigações, os denunciados Jeferson de Jesus Pereira e Weslei de Jesus Pereira permaneceram no local, sendo abordados e revistados pelos policiais. Na oportunidade, foi encontrado com denunciado Jeferson a quantia de R\$ 60,00 (sessenta reais) e 08 (oito) trouxinhas de droga, tipo maconha. Por outro lado, com o acusado Weslei encontrou-se a quantia de R\$ 120,00 (cento e vinte reais), 06 (seis) pinos droga, tipo cocaína e, 12 (doze) porções de droga, tipo maconha. Depreende-se dos autos que, diante da situação de comercialização de drogas explícita, a Guarnição adentrou na residência, momento em que avistou dentro do imóvel a denunciada SILVANA SILVA NASCIMENTO, que mantinha, dentro de sua bolsa, 40 (quarenta) pedras de droga, tipo crack e a quantia de R\$ 211,40 (duzentos e onze reais e quarenta centavos). Durante a revista no imóvel, foram encontrados: 02 (dois) rádios comunicadores; 01 (uma) balança de precisão; 02 (duas) cadernetas de anotações; 04 (quatro) comprovantes de depósitos bancários, conforme o Auto de Exibição e Apreensão, anexado à fl. 14. Encontraram, ainda, uma quantidade de drogas dentro de uma sapateira. Extraíndo-se das provas testemunhais colhidas no inquérito a existência do delito, bem como indícios suficientes de autoria, o Ministério Público denuncia Jeferson de Jesus Pereira, Weslei de Jesus Pereira e Silvana Silva Nascimento pelos crimes de Tráfico Ilícito de Drogas e Associação ao Tráfico de Drogas, tipificados nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/06. [...]” De mais a mais, adoto como próprio o relatório da sentença de ID nº 30242339, prolatada pelo Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Gandu/BA. Acrescente-se que, finalizada a instrução processual, o Juízo a quo julgou parcialmente procedente a denúncia, para condenar os réus WESLEI DE JESUS PEREIRA e SILVANA SILVA NASCIMENTO como incurso nas sanções previstas no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006; e o acusado JEFERSON DE JESUS PEREIRA como incurso nas penas do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Os três réus foram absolvidos, com fundamento no artigo 386, inciso II, do CPP, do delito previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/06. A pena definitiva do acusado WESLEI DE JESUS PEREIRA foi fixada em 5 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como em 500 (quinhentos) dias-multa, à razão mínima, qual seja, 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos. A reprimenda definitiva da ré SILVANA SILVA NASCIMENTO foi estabelecida em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como em 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, à razão mínima. A SILVANA SILVA NASCIMENTO e WESLEI DE JESUS PEREIRA foi concedida a prisão domiciliar, com monitoramento eletrônico. Já a pena definitiva do acusado JEFERSON DE JESUS PEREIRA foi fixada em 3 (três)

anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial aberto, bem como em 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, à razão mínima, sendo-lhe deferido o direito de recorrer em liberdade. Inconformado com o r. decum, o réu WESLEI DE JESUS PEREIRA interpôs o presente recurso de apelação, com as respectivas razões no ID nº 30906474, nas quais pleiteia a concessão do direito de recorrer em liberdade, a fixação da pena-base no mínimo legal, a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, a detração da penal, a fixação do regime inicial aberto, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a redução da pena de multa. Em contrarrazões (ID 38936316), o Ministério Público pugnou pelo improvimento do apelo. A Procuradoria de Justiça, em parecer acostado ao ID 39567139, opinou pelo provimento parcial do recurso, apenas para que se proceda a detração penal, com o ajuste do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto. É o relatório. Salvador, 22 de maio de 2023. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0001559-27.2020.8.05.0082 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: WESLEI DE JESUS PEREIRA Advogado (s): MARCOS EDUARDO CARDOSO FERNANDES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): 02 VOTO Vistos. Da análise dos fólios, verifico que estão presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do recurso interposto. Dessa forma, passo ao enfrentamento dos pleitos recursais. Inicialmente, em que pese não tenham sido objeto do recurso, não é demais reforçar, no tocante à autoria e à materialidade do crime imputado ao apelado, que resta patente nos autos a existência de lastro probatório apto a robustecer o pedido da acusação, conforme se infere do auto de prisão em flagrante (ID 30242171, fl. 09), dos termos de depoimentos dos dois policiais militares responsáveis pela prisão (ID 30242171, fls. 10 a 13), do auto de exibição e apreensão (ID 30242171, fl. 14), dos laudos de constatação (ID 30242171, fls. 17, 20 e 38-40) e dos termos de interrogatório (ID 30242171, fls. 24-25 e 45-46; ID 30242171, fls. 03-04), bem como através da prova oral produzida em juízo, especialmente a confissão do recorrente Wesley de Jesus Pereira. Considerando que todos os pontos objeto de insurgência recursal dizem respeito à dosimetria da pena, passo à sua reavaliação, não somente nas questões apontadas pelo apelante, mas em sua integralidade, uma vez que se trata de matéria de ordem pública, para que, ao final, seja analisado o pleito de liberdade provisória formulado pela defesa. I. DA DOSIMETRIA DA PENA É sabido que o cálculo da pena privativa de liberdade, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, obedece ao denominado sistema trifásico, que consiste na aplicação prática do princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF/88). Na primeira fase da dosimetria, estabelece-se a pena-base, atendendo-se às circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, bem como, em se tratando do delito de tráfico de entorpecentes, àquelas circunstâncias estabelecidas no art. 42 da Lei nº 11.343/06. Conforme sedimentado pela doutrina e jurisprudência pátria, neste primeiro momento, a autoridade judiciária está atrelada aos limites mínimo e máximo abstratamente estabelecidos no preceito secundário do tipo, de modo que a pena-base somente se afastará do patamar mínimo caso estejam presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis. No caso dos autos, o juízo a quo valorou negativamente a circunstância prevista no art. 42 da Lei 11.343/2006, fixando a pena-base em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, consoante se vê

a seguir: “[...] Na primeira fase da dosimetria, as circunstâncias judiciais são graves. A natureza e a quantidade da substância apreendida denotam elevada gravidade da conduta perpetrada pelo agente. Conforme laudo de exame toxicológico, foram apreendidas “82 TROUXINHAS DE UMA ERVA PARECIDO MACONHA (APESO APROX. 390g), 78 PINOS DE UMA SUBSTANCIA PARECIDO COCAÍNA (PESO APROX. 192g), 284 PEDRINHAS DE UMA SUBSTÂNCIA PARECIDO CRACK (PESO APROX. 170g)”. Nessa esteira, cabível a elevação da pena nesta fase, com fundamento no artigo 42 da Lei nº 11.343. A culpabilidade, compreendida como o grau de reprovabilidade da conduta, é normal à espécie. O réu não possui antecedentes criminais. A folha de antecedentes criminais é documento suficiente a comprovar os maus antecedentes e a reincidência (Súmula 636/STJ). Os elementos colacionados aos autos não se mostram suficientes para valoração da personalidade e da conduta social do agente. Conforme já decidiu o Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos recursos repetitivo (Tema 1077), as “condenações criminais transitadas em julgado, não consideradas para caracterizar a reincidência, somente podem ser valoradas, na primeira fase da dosimetria, a título de antecedentes criminais, não se admitindo sua utilização para desabonar a personalidade ou a conduta social do agente” (STJ. Plenário.REsp 1794854-DF, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 23/06/2021 (Recurso Repetitivo – Tema 1077). Portanto, são neutras as referidas circunstâncias. Os motivos, as circunstâncias e as consequências são os esperados para o delito em comento. Fixo a pena-base em 05 anos e 10 meses de reclusão e 550 dias-multa. [...]” (sentença, ID 30242339) Neste ponto, insurge-se a defesa, pleiteando a fixação da pena-base em seu mínimo legal. Em que pese o esforço argumentativo, não há reparos a serem feitos ao procedimento dosimétrico operado na primeira fase, tendo o juízo a quo utilizado critério amplamente reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência, qual seja, a fração de 1/6 sobre a pena mínima. Ademais, analisando os autos, verifica-se que a quantidade, natureza e variedade das substâncias apreendidas deve, de fato, ser valorada negativamente, nos termos do art. 42 da Lei 33.343/2006. Isso porque consta no auto de ID 30242171, à fl. 14, que foram apreendidas 82 (oitenta e duas) trouxinhas de “maconha”, com aproximadamente 390 (trezentas e noventa) gramas; 78 (setenta e oito) pinos de “cocaína”, com aproximadamente 192 (cento e noventa e duas) gramas; e 284 (duzentas e oitenta e quatro) pedras de “crack”, com aproximadamente 170 (cento e setenta) gramas. Trata-se de expressiva e variada quantidade de substâncias entorpecentes, tendo as duas turmas do Superior Tribunal de Justiça consolidado entendimento no sentido de que a exasperação da pena-base é recomendada nestes casos: “PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DESPROPORCIONAL DA PENA-BASE NÃO VERIFICADA. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 1.1. A Corte estadual manteve a aplicação da fração de 1/2 sobre o mínimo legal (2 anos e 6 meses) em exasperação da pena-base dada a quantidade da droga, mais de 11kg de cocaína. Consoante precedentes, não há desproporcionalidade. 2. Agravo regimental desprovido”. (STJ – AgRg no AREsp: 2096022 SP 2022/0089872-7, Data de Julgamento: 14/06/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/06/2022) “PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. EXASPERAÇÃO DE PENA. INEXISTÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE. 1. Em relação aos delitos de tráfico

de drogas, dispõe o art. 42 da Lei n. 11.343/2006 que "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". Nesse sentido, quanto mais nociva a substância ou quanto maior a quantidade de droga apreendida, maior será o juízo de reprovabilidade sobre a conduta delituosa. 2. Não há desproporcionalidade na exasperação da pena-base na fração de 1/6, em virtude da apreensão de razoável quantidade de crack, além de algumas porções de cocaína e maconha, quantidade essa que, na hipótese, não pode ser considerada irrelevante ou pequena o suficiente a ponto de manter a neutralidade da aludida vetorial na primeira etapa do cálculo. 3. Agravo regimental desprovido". (STJ – AgRg no HC: 706132 SC 2021/0363470–7, Relator: Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, Data de Julgamento: 15/02/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/02/2022) Ante o exposto, mantém a pena-base no patamar fixado pelo magistrado de origem. Na segunda fase da dosimetria, o juízo primevo reconheceu a incidência da atenuante da confissão (art. 65, inciso III, d do CP), reduzindo a pena para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Vejamos: "[...] Na segunda fase da dosimetria, segundo a Súmula 231-STJ, "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal". Assim, considerando que o réu confessou, faz jus à atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea d, do Código Penal. Fixo a pena intermediária em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa. O réu foi preso na data de 04 de setembro de 2020, permanecendo segregado até a presente data, de modo que faz jus à detração da pena, conforme dispõe o artigo 45 do Código Penal, devendo para tanto ser considerado o período de 01 ano, 03 meses e 10 dias (467 dias). Com isso, estabeleço o cumprimento inicial da pena no regime aberto, fulcro no artigo 33, § 2º, alínea c, do Código Penal. Não cabem a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos, na forma do artigo 44, § 2, do Código Penal, nem a suspensão condicional da pena, força no artigo 77 do Código Penal. [...]" (sentença, ID 30242339) Inexistindo controvérsia quanto ao reconhecimento da atenuante da confissão, em favor do apelante, a dosimetria da pena, até então, não reclama qualquer ajuste. Na terceira e última fase da dosimetria, o juízo a quo afastou a hipótese de tráfico privilegiado, bem como indicou a inexistência de causas de aumento de pena, mantendo a pena definitiva no mesmo patamar da pena intermediária, nos seguintes termos: "[...] Na terceira fase da dosimetria, não há causas de aumento ou de diminuição a serem consideradas. Fixo a pena definitiva em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa. Com relação ao valor do dia-multa, tratando-se de pessoa de cuja condição financeira não foi demonstrada, mantenho o quantum no patamar mínimo de um trigésimo do salário-mínimo vigente à época dos fatos, com fundamento no artigo 43 da Lei nº 11.343/06. [...]" (sentença, ID 30242339) Neste ponto, o recorrente sustenta a necessidade de aplicação da causa minorante afastada pelo magistrado de origem. Isso porque, segundo a defesa, o réu é primário, possuidor de bons antecedentes, não integra organização criminosa e não se dedica a atividades ilícitas, preenchendo as condições para a aplicação do instituto. Entendo, contudo, que os fundamentos invocados pelo apelante não são o suficiente para fazer incidir em seu favor a causa especial de redução da pena do tráfico privilegiado. Com efeito, a referida causa redutora foi criada com a finalidade de dar tratamento diferenciado ao traficante ocasional, ou seja, aquele que não faz do tráfico, ou da criminalidade em geral, o seu meio de vida, por merecer menor

reprovabilidade, e, consequentemente, dar a ele um tratamento mais benéfico do que ao traficante habitual. Para que seja reconhecida, o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, determina explicitamente que o acusado deve ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa, requisitos estes que a jurisprudência pátria entende que devem ser cumulativos. Vejamos: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. INCIDÊNCIA DO BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. REGIME MAIS GRAVOSO. ELEVADA QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. [...] 4. Agravo regimental não provido.” (AgRg no REsp 1976893/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2022, DJe 14/03/2022) Na hipótese dos autos, foram apreendidas, além das substâncias ilícitas já mencionadas, apetrechos para a prática de tráfico de entorpecentes: um saco plástico com diversos pinos vazios; dois cadernos de anotações; uma balança de precisão; dois rádios de comunicação; e R\$ 391,40 em espécie (ID 30242171, fl. 14). Ademais, além de quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos, que apontam para a traficância, um usuário estava realizando uma compra quando a guarnição policial se aproximou, empreendendo fuga em seguida. O policial militar JICER ALVES BISPO, ouvido em juízo, confirmou inteiramente tais fatos, acrescentando que, além da denúncia anônima que levou a guarnição à residência dos acusados, havia algumas denúncias anteriores da ocorrência de tráfico no local: “[...] que trabalha na cidade de Itamarí e estava de plantão no dia e patrulhavam pela localidade próximo ao estádio no bairro Porto do Sol; que já tinha tido algumas denúncias antes e naquele momento chegou uma denúncia via telefone dizendo que pessoas traficavam próximos aquela residência; que não lembra o número da casa ou o nome da rua; que se recorda que era um largo em frente ao estádio de futebol; que tinha um cidadão que com a aproximação da viatura evadiu do local trazendo uma grande suspeita; que quando chegaram na abordagem na residência tinha um que estava do lado da janela que não correu e permaneceu e o outro do lado; que acharam dinheiro; que não se recorda quanto foi; que os dois estavam com drogas; que no interior da residência tinha uma senhora que tentou se esconder; que foi quando procederam com a abordagem; que se lembra que no quarto havia uma sapateira aonde acharam balança de precisão, drogas, rádio receptor que transmite mensagens; que apresentaram o que acharam; que deu-se a entender que eles estavam comprando ou foi entregar; que acredita que não foi levar porque no interior da casa tinham mais drogas; que os foram apresentados na delegacia foram os que foram envolvidos; que se estava registrado na delegacia o indivíduo Jeferson é porque foi ele; que com a mulher foram encontradas drogas; que na bolsa dela tinha um véu que o povo cristão utiliza; que na sapateira tinham drogas; que diversas partes da casa tinham drogas; que tinham drogas embaixo do colchão; que tinham drogas diferentes como crack e cocaína; que foi falado que naquele imóvel os acusados estavam residindo; que Silvana mencionou que tinha vindo de uma cidade chamada Ibirapitanga e estava se relacionando com um dos indivíduos acusados e estavam residindo no local [...]” (depoimento

judicial do CB/PM JICER ALVES BISPO, mídia audiovisual, PJE Mídias) Por sua vez, o policial militar RUAN MARCOS PEREIRA SANTOS, em seu depoimento judicial, acrescentou que, ao adentrar na residência, verificou-se que havia entorpecentes sendo embalados para comercialização, além de terem sido encontradas cadernetas com anotações de nomes de pessoas e depósitos bancários: “[...] Que em relação aos acusados já tinham denúncias relacionadas a movimentações estranhas na região aonde os acusados residiam; que naquele dia, por volta das 17h/17h30 estavam em ronda naquela localidade e quando chegaram avistaram dois indivíduos na porta; que quando um os indivíduos percebeu a presença das autoridades evadiu-se do local; que os dois irmãos que estavam a porta foram abordados, primeiro um e depois o outro; que no primeiro encontraram uma quantidade de drogas já empacotada e valor em dinheiro; que ao abordar o outro que estava escorado na porta encontraram também material ilícito e dinheiro; que quando estavam na porta da residência perceberam que haviam mais pessoas dentro da casa, mas, não sabiam que se tratava de mulher ou homem; que era uma mulher que estava na casa, de nome Silvana; que Silvana já tinha sido presa a algum tempo atrás na cidade de Itamarí; que Silvana não quis se retirar de imediato e depois de muito pedir ela saiu para fora; que como não podiam abordá-la pediram que ficassem do lado de fora ela e os dois indivíduos acusados; que adentrou na casa com permissão e quando adentraram o imóvel logo de início encontraram mais drogas; que havia uma balança de precisão e mais drogas que estavam sendo empacotadas para comercialização; que retiraram a droga que estava na mesa e colocaram para fora e perguntaram aos acusados se tinham documentos deles na casa e onde poderiam encontrar; que quando foram procurar os documentos e abriram a sapateira tinham mais drogas; que retiraram toda a droga e levaram para a viatura; que procederam com a condução dos acusados para delegacia de Valença; que não se recorda quem estava interagindo com o fugitivo quando a polícia chegou; que quando estava na delegacia deu para identificar quem seria no momento pois estava com o documento em mãos; que atualmente não saberia dizer quem era quem; que nas cadernetas tinham algumas anotações e também depósitos bancários; que nos depósitos bancários tinham o nome de pessoas; que entregaram tudo na delegacia e não se recorda o que tinha anotado; que no local já haviam denúncias de comercialização de drogas mas que não tinham a certeza; que Silvana estava dentro da casa com o outro material; que quando chegaram Silvana estava com uma mochila e disse que era dela; que tinham entorpecentes na mochila; que a mochila estava dentro da casa ao lado dela; que quando indagaram onde estavam os documentos da acusada ela respondeu que estava dentro da mochila; que não se recorda se tinham outras pessoas na casa; que estavam só os três dentro da casa; que a acusada Silvana falou que era namorada de um dos dois irmãos; que Silvana disse que estava de passagem pela cidade e que já tinha sido presa anteriormente naquela cidade [...]” (depoimento judicial do SD/PM RUAN MARCOS PEREIRA SANTOS, mídia audiovisual, PJE Mídias) De fato, o próprio apelante confessou, em seu interrogatório judicial, que entorpecentes e apetrechos foram por ele guardados na residência, apesar de ter sustentado que pertenciam a um terceiro, de quem teria recebido R\$ 500,00 (quinhentos reais) para a manutenção em depósito: “[...] Que naquele dia tinham cinco dias que Silvana tinha chegado; que Jeferson tinha ido o visitar; que a viatura chegou e os abordou mandando sair de dentro da casa; que colocaram todos na viatura; que entraram na casa sem pedir a permissão e acharam uma quantidade de drogas; que perguntaram de quem era a droga e ele assumiu que tinha recebido a quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais) para guardar

a droga; que Jeferson e Silvana não sabiam da droga; que recebeu 500,00 (quinhentos reais) para guardar e um indivíduo iria pegar sexta ou sábado pela manhã; que na sexta-feira a polícia os pegou; que Jeferson tinha acabado de chegar na casa; que a balança de precisão e as drogas estavam guardadas dentro do quarto na sapateira; que não se recorda a quantidade de drogas que tinha; que não sabia que drogas eram porque o indivíduo já o entregou dentro da sacola e só fez guardar dentro da sapateira; que não vendeu a droga para ninguém apenas guardou; que os cadernos de anotações estavam dentro da sacola que o indivíduo entregou a ele e não sabe informar o conteúdo do caderno; que tinha quatro ou cinco meses que estava em um relacionamento com Silvana e tinham cinco dias que ela tinha acabado de chegar; que o indivíduo que deu as drogas para ele guardar se chama Matheus dos Santos; que não foram encontradas drogas na posse dele ou de Jeferson; que estava na janela quando a viatura chegou e mandou eles saírem com a mão na cabeça; que os colocaram na viatura e entraram dentro de casa; que quando saíram da casa estavam com a droga; que Silvana não sabia da existência da droga; que Jeferson não sabia da existência da droga [...]” (interrogatório judicial de WESLEI DE JESUS PEREIRA, mídia audiovisual, PJE Mídias) Assim, analisando todo o arcabouço probatório, notadamente a prova oral produzida em juízo e as apreensões de três tipos diferentes de substâncias ilícitas e diversos instrumentos para a prática criminosa, conclui-se que o apelante se dedica profissionalmente ao tráfico de entorpecentes, o que afasta um dos requisitos para a concessão do benefício pleiteado. Ademais, apesar de ser primário, o apelante foi pronunciado pela prática do crime de homicídio qualificado nos autos de nº 8000030-94.2021.8.05.0082 (ID 160140809), ainda pendente de julgamento pelo Tribunal do Júri, mas com decisão de pronúncia já confirmada por este E. Tribunal de Justiça (acórdão de ID 385716584). Consigne-se que, de fato, o entendimento mais atual do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que a existência de ações penais não transitadas em julgado, por si só, não possui o condão de afastar a incidência da causa redutora. Nesse sentido: “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. AUSÊNCIA DE EXPRESSIVIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. INDEFERIMENTO COM BASE EM MOTIVAÇÃO INVÁLIDA. REGIME INICIAL ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. CABIMENTO. AGRAVO DESPROVIDO. [...] 2. No que se refere ao redutor do tráfico privilegiado, a Suprema Corte, em recentes julgados, consignou que, na ausência das demais situações impeditivas da causa de diminuição da pena, tão somente a existência de ações penais, sem trânsito em julgado, não pode justificar o afastamento da minorante. [...] 4. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no HC 615.283/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 16/11/2021, DJe 25/11/2021) “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. TRÁFICO PRIVILEGIADO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA QUE NÃO PODE SER AFASTADA APENAS COM BASE NO FATO DO SENTENCIADO POSSUIR AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. No acórdão paradigma, consignou-se que ações penais em andamento justificam, de forma idônea, o afastamento do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. 2. No acórdão embargado, por seu turno, adotou-se posicionamento contrário, em razão de precedentes de ambas as Turmas do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF considerarem inidôneo o afastamento da referida causa de diminuição de



pena com base apenas em ações penais em andamento, em atenção ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. 3. Consoante precedentes, verifica-se nesta Corte a adesão ao posicionamento advindo do STF, ou seja, a existência de ações penais em andamento não justifica a conclusão de que o sentenciado se dedica às atividades criminosas para fins de obstar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. 4. Agravo Regimental desprovido.” (AgRg nos EAREsp 1852098/AM, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/10/2021, DJe 03/11/2021) Observe-se, contudo, que a vedação contida no entendimento da Corte Superior diz respeito à análise isolada da existência de ações penais ainda em curso como um fator negativo, de modo que não seria o suficiente para se concluir que o indivíduo se dedica a atividades criminosas, especialmente porque tal fato demonstraria a primariedade e bons antecedentes, em atenção ao princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Entretanto, importa consignar que estão presentes, como já explicitado, outros elementos aptos a demonstrar que o recorrente se dedica à traficância, de modo a evidenciar a total inexistência do alegado direito de ter reconhecida, em seu favor, a causa minorante sob análise. Em casos semelhantes, foi exatamente este o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INAPLICABILIDADE. AGRAVANTE QUE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO DESPROVIDO. [...] II – Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. III – Na hipótese, a eg. Corte a quo fundamentou o afastamento do tráfico privilegiado, por concluir, após acurada análise do conjunto fático-probatório constante dos autos da ação penal originária, que o paciente se dedicava às atividades criminosas (traficância), em razão não somente da quantidade e variedade das drogas apreendidas mas também das circunstâncias em que se deu a prisão, bem como por constatarem que não se tratava de traficante ocasional, ressaltando que 'a prova é robusta, destacando-se o relato do usuário de entorpecentes Valdecir André Nepomuceno, que confirmou a compra de drogas na casa de Luiz Jardel por mais de uma vez, cujo local de compra foi indicação de outro usuário'. Todos esses elementos são aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Precedentes. [...] Agravo regimental desprovido”. (STJ – AgRg no HC: 748571 SC 2022/0178848-7, Data de Julgamento: 13/12/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/12/2022) “HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. TESE DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. FUNDADAS SUSPEITAS IN CASU. ENTRADA NO DOMICÍLIO FRANQUEADA PELO PACIENTE. AMPLO REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO PARA AFASTAR AS CONCLUSÕES DA ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. ANTECEDENTES. CONDENAÇÃO PRETÉRITA DEFINITIVA. FUNDAMENTAÇÃO ADEQUADA. PRIVILÉGIO. REDUTORA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. MAUS ANTECEDENTES DO PACIENTE. REGIME PRISIONAL INICIAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DAS PENAS. IMPOSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira

fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712) [...] A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa. Habeas corpus não conhecido.” (HC 713.775/SP, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2022, DJe 15/03/2022) “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006, NA FRAÇÃO MÁXIMA. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] Com efeito, a quantidade e natureza do material tóxico somente poderão justificar o afastamento do benefício de forma supletiva, e quando o contexto em que se deu a sua apreensão evidenciar a dedicação à atividade criminosa. [...] 4. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AREsp 1955819/MG, Rel. Ministro ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 15/02/2022, DJe 18/02/2022) Registre-se, porque oportuno, que as constatações aqui consignadas não importam em qualquer ilegalidade, posto que, diante do amplo efeito devolutivo do recurso de apelação, e desde que a reprimenda não seja agravada, o juízo ad quem poderá modificar a fundamentação empregada na sentença, ainda que se tratando de recurso exclusivo da defesa, sem que se configure reformatio in pejus. É o entendimento do STJ: “PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. APELAÇÃO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SUPLEMENTAÇÃO DE FUNDAMENTOS PELO TRIBUNAL. QUALIFICADORAS SOBEJANTES. DESLOCAMENTO. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO QUANTUM DA PENA DEFINITIVA. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVA DA. I – O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que, o efeito devolutivo da apelação permite ao julgador de substituir a fundamentação empregada pelo magistrado sentenciante e assim manter a quantidade de pena imposta, sem que isso configure violação ao princípio da ne reformatio in pejus (artigo 617 do CPP), desde que isso não implique em aumento da pena fixada pelo juízo sentenciante. [...] Agravo regimental desprovido.” (AgRg no AREsp 1918068/MG, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 04/11/2021) “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 155, § 4º, IV, DO CÓDIGO PENAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. APELAÇÃO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SUPLEMENTAÇÃO DE FUNDAMENTOS PELO TRIBUNAL. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. [...] 2. A jurisprudência desta Corte admite a suplementação de fundamentação pelo Tribunal que revisa a dosimetria da pena, sempre que não haja agravamento da pena do réu, em razão do efeito devolutivo amplo de recurso de apelação, não se configurando, nesses casos, a reformatio in pejus. 3. Agravo regimental improvido.” (AgRg no AREsp 1802200/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 24/05/2021) É também o entendimento constante no Informativo nº 774 do STF: “Não caracteriza reformatio in pejus a decisão de tribunal de justiça que, ao julgar recurso de apelação exclusivo da defesa, mantém a reprimenda aplicada pelo magistrado de primeiro grau, porém, com fundamentos diversos daqueles adotados na sentença”. Desse modo, entendo que a pretensão

defensiva carece de respaldo fático e jurídico, devendo ser mantido o afastamento da causa especial de redução da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Consequentemente, a reprimenda final deve permanecer inalterada, mantendo-se no patamar de 5 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos. No que concerne ao regime inicial de cumprimento de pena, requer a defesa o cômputo da detração da pena, com a fixação do regime aberto. Ocorre que o apelante, condenado a uma pena de cinco anos de reclusão, ficou preso preventivamente por 01 (um) ano, 03 (três) meses e 10 (dez) dias (467 dias), como consignou o juízo a quo na sentença (ID 30242339). Houve, portanto, o cumprimento de apenas 25,94% da pena, não se restando atendido o critério de 40% previsto no art. 112, V, da Lei de Execução Penal, alterado pela Lei nº 13.964/2019 (Pacote Anticrime), aplicável ao caso em análise por ser o tráfico de entorpecentes equiparado aos crimes hediondos. Acerca do tema, o julgado abaixo: “RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. EXECUÇÃO PENAL. PROGRESSÃO DE REGIME. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 13.964/2019 (PACOTE ANTICRIME). DIFERENCIAÇÃO ENTRE REINCIDÊNCIA GENÉRICA E ESPECÍFICA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO DOS LAPROS RELATIVOS AOS REINCIDENTES GENÉRICOS. LACUNA LEGAL. INTEGRAÇÃO DA NORMA. APLICAÇÃO DOS PATAMARES PREVISTOS PARA OS APENADOS PRIMÁRIOS. RETROATIVIDADE DA LEI PENAL MAIS BENÉFICA. PATAMAR HODIERNO INFERIOR À FRAÇÃO ANTERIORMENTE EXIGIDA AOS REINCIDENTES GENÉRICOS. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. A Lei n. 13.964/2019, intitulada Pacote Anticrime, promoveu profundas alterações no marco normativo referente aos lapsos exigidos para o alcance da progressão a regime menos gravoso, tendo sido expressamente revogadas as disposições do art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990 e estabelecidos patamares calcados não apenas na natureza do delito, mas também no caráter da reincidência, seja ela genérica ou específica. 2. Evidenciada a ausência de previsão dos parâmetros relativos aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado, mas reincidentes genéricos, impõe-se ao Juízo da execução penal a integração da norma sob análise, de modo que, dado o óbice à analogia in malam partem, é imperiosa a aplicação aos reincidentes genéricos dos lapsos de progressão referentes aos sentenciados primários. 3. Ainda que provavelmente não tenha sido essa a intenção do legislador, é irrefutável que de lege lata, a incidência retroativa do art. 112, V, da Lei n. 7.210/1984, quanto à hipótese da lacuna legal relativa aos apenados condenados por crime hediondo ou equiparado e reincidentes genéricos, instituiu conjuntura mais favorável que o anterior lapso de 3/5, a permitir, então, a retroatividade da lei penal mais benigna. 4. Dadas as ponderações acima, a hipótese em análise trata da incidência de lei penal mais benéfica ao apenado, condenado por tráfico de drogas, porém reincidente genérico, de forma que é mister o reconhecimento de sua retroatividade, dado que o percentual por ela estabelecido – qual seja, de cumprimento de 40% das reprimendas impostas –, é inferior à fração de 3/5, anteriormente exigida para a progressão de condenados por crimes hediondos, fossem reincidentes genéricos ou específicos. 5. Recurso especial representativo da controvérsia não provido, assentando-se a seguinte tese: É reconhecida a retroatividade do patamar estabelecido no art. 112, V, da Lei n. 13.964/2019, àqueles apenados que, embora tenham cometido crime hediondo ou equiparado sem resultado morte, não sejam reincidentes em delito de natureza semelhante”. (STJ – REsp: 1918338 MT 2021/0024308-2, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 26/05/2021, S3 – TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe

31/05/2021) Assim, mantém o regime inicial semiaberto, nos estritos termos do art. 44, § 2º, b, do Código Penal, e considerando a valoração negativa de uma circunstância judicial, conforme art. 33, § 3º, do CP, devendo o cálculo de eventual progressão de regime, em virtude da detração penal, ser efetuado pelo Juízo da Execução. Incabível, conseqüentemente, por vedação expressa do art. 44, I, do Código Penal, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, como pleiteia a defesa. Ademais, ainda que o patamar da pena definitiva assim autorizasse, não seria recomendável a substituição, dadas as circunstâncias do delito acima delineadas, como explicita o art. 44, III, do CP. Assim, mantém-se a sentença vergastada, em sua integralidade. II. DO AFASTAMENTO DA PENA DE MULTA. IMPOSSIBILIDADE. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. Requereu o apelante o afastamento da penalidade de multa, por ser pessoa de poucos recursos financeiros. É cediço que o modelo de Estado adotado pelo Brasil, qual seja, o Estado Democrático de Direito, tem, como uma das suas características, a estreita relação guardada com o princípio da Legalidade, de sorte que se submete à lei (art. 5, II, da CF/88) e tem o povo como fonte de poder (art. 1º, § 1º, da CF/88). No tocante ao Direito Penal Brasileiro, tal princípio encontra-se implícito no conceito da tipicidade, na medida em que, logo no art. 1º, do mesmo códex há a previsão de que "não há crime sem lei anterior que o defina e não há pena sem prévia cominação legal". Dessa forma, o princípio da Legalidade, ou melhor, da Reserva Legal, institui que o Estado não deverá punir determinada conduta sem que exista tipificação anterior à data do fato, bem como que a punição, seguindo os mesmos moldes, deverá ser aplicada nos limites estabelecidos na lei. Na hipótese dos autos, denota-se que o pleito do apelante vai de encontro com o princípio da Reserva Legal, na medida em que requer, de forma latente, o descumprimento da lei por este E. TJ/BA. Ora, nos termos do preceito secundário do tipo previsto no art. 33 da Lei 11.343/2006 (crime de tráfico de entorpecentes), além da pena corpórea ali estabelecida, há, ainda, a cominação da pena de multa. Ademais, registre-se que não há previsão legal para a isenção ou afastamento da sanção pecuniária pelo juízo que compete fixar a pena, de modo que, ao prevê-la dentre as punições a serem aplicadas ao delinquente, o legislador assim o quis que ocorresse, sendo, conseqüentemente, vedada a sua relativização pelo julgador, sob pena de atentar ao princípio da Legalidade, razão pela qual a insurgência do apelante não se subsiste. Em abono ao posicionamento aqui adotado, é a Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: "PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO CONSUMADO. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. INVERSÃO DA POSSE DO BEM. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA-BASE PROPORCIONAL. REGIME PRISIONAL. RÉU REINCIDENTE. MODO FECHADO. FIXAÇÃO DA PENA DE MULTA. ISENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. [...] 8. Quanto ao pleito de dispensa da pena pecuniária, "não seria viável a isenção da pena de multa imposta ao acusado sob o argumento de que não teria condições econômico-financeiras de efetuar o seu pagamento, uma vez que esta Corte firmou o entendimento de que tal pleito carece de autorização legal, motivo pelo qual não pode ser acolhido pelo julgador" (HC 297.447/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 13/11/2014). Noutro passo, as condições financeiras do agente foram levadas em consideração quando da fixação do valor dos dias-multa, que foi estabelecido no mínimo legal de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Ante o exposto, razão não assiste o apelante quanto ao afastamento da sanção pecuniária, devendo eventual pedido de

concessão dos efeitos da justiça gratuita ser formulado perante o Juiz das Execuções Penais, órgão jurisdicional competente para a apreciação de tal pleito. III. DA IMPOSSIBILIDADE DE RECORRER EM LIBERDADE Sustenta o recorrente que o juízo a quo não fundamentou, na sentença condenatória, a manutenção da prisão preventiva, pleiteando a imediata expedição de alvará de soltura. Não assiste razão à defesa. Registre-se, inicialmente, que o magistrado de origem, apesar de ter negado ao réu o direito de recorrer em liberdade, concedeu o benefício da prisão domiciliar, mediante monitoração eletrônica, consignando que houve, anteriormente, o descumprimento das medidas cautelares impostas ao acusado (sentença, ID 30242339). No caso sub judice, estão presentes os requisitos e pressupostos da custódia preventiva, estando provada, à exaustão, pela sentença e por esse acórdão condenatório, a materialidade e a autoria delitivas, com o consequente atendimento da exigência do *fumus commissi delicti*. Por sua vez, o *periculum libertatis*, residente na garantia da ordem pública, ficou evidenciado pelo *modus operandi* da prática do crime, consubstanciado na quantidade e variedade de substâncias apreendidas, além das circunstâncias do delito, que apontam para uma traficância habitual. Ademais, a periculosidade do acusado ficou evidenciada pelo risco concreto de reiteração delitiva, já que o apelante, como já visto, responde à ação penal de nº 8000030-94.2021.8.05.0082, por um crime grave (homicídio qualificado), tendo a pronúncia já sido confirmada por acórdão deste E. Tribunal de Justiça. Não se pode olvidar que o tráfico de entorpecentes consiste em negócio altamente rentável para os envolvidos, razão pela qual concreta é a possibilidade de reiteração delitiva por parte do apelante, caso seja colocado em liberdade, configurando inegável risco à garantia da ordem pública. Além disso, é cediço que crimes dessa natureza geram grande intranquilidade no seio social, pois toda a violência urbana, seja relacionada a crimes contra o patrimônio ou contra a vida, acaba por orbitar o tráfico de entorpecentes. De fato, a hipótese sequer recomendaria a prisão domiciliar, especialmente quando se considera que o réu descumpriu as medidas cautelares fixadas pelo juízo de origem. Ante o exposto, indefiro o pleito defensivo de recorrer em liberdade. IV. CONCLUSÃO Ante o exposto, voto pelo CONHECIMENTO do apelo e, no mérito, pelo seu IMPROVIMENTO. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR