

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8020497-03.2021.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: rodrigo de almeida moreira Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO. FIXAÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. INVIABILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. PERTINENTE. EXISTÊNCIA SOMENTE DE PROCESSOS EM ADAMENTOS PARA DEMONSTRAR A DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. INVIABILIDADE. DECRETO PRISIONAL DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA. Demonstradas de forma inequívoca a autoria e a materialidade do crime de tráfico de drogas, resta inviável a desclassificação. É consolidado o entendimento deste Tribunal no sentido de que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 do STJ. De acordo com o entendimento do Supremo Tribunal Federal, seguido pelo STJ, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 não pode ter sua aplicação afastada somente com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento. A prisão cautelar deve ser mantida para conveniência da instrução criminal e para garantia da ordem pública, diante da reiteração criminosa. ACÓRDÃO Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8020497-03.2021.8.05.0080 da Comarca de FEIRA DE SANTANA, sendo Apelante RODRIGO DE ALMEIDA MOREIRA, e Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER E DAR PARCIAL PROVIMENTO, na forma do Relatório e do Voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Salvador, . PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 3 de Agosto de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8020497-03.2021.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: rodrigo de almeida moreira Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Acusado RODRIGO DE ALMEIDA MOREIRA, tendo em vista sua irresignação com o conteúdo da sentença condenatória, proferida pela MM. Juíza de Direito da Vara dos feitos relativos tóxicos e acidentes de veículos da comarca de Feira de Santana, que julgou procedente a denúncia ofertada pelo Ministério Público, para o fim de condená-lo ao cumprimento das sanções do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, fixando a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, associada à prestação pecuniária de 500 (quinhentos) dias-multa. Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação. Em suas razões, requereu a desclassificação do art. 33 da Lei 11.343/06 para o art. 28 da mesma lei por insuficiência de provas. Eventualmente, pleiteou o afastamento da súmula 231 do STJ e o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Ao final, requereu a modificação do regime de cumprimento de pena e o direito de recorrer em liberdade (ID. 46152662). Em contrarrazões, o Parquet aduziu que o acervo probatório coligido nos autos

é seguro ao apontar a prática do crime de tráfico de drogas. Ao final, requereu a manutenção in totum da decisão condenatória (ID. 46152664). Abriu-se vista à Procuradoria de Justiça que opinou pelo conhecimento e parcial provimento do recurso de apelação para reconhecer a causa de diminuição prevista no art. 33, 4º, da Lei 11.343/06 (ID 47015527). Salvador/BA, 18 de julho de 2023. Desa. Nágila Maria Sales Brito Relator

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8020497-03.2021.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: rodrigo de almeida moreira Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO 1. PRESSUPOSTOS RECURSAIS DEVIDAMENTE CONFIGURADOS. CONHECIMENTO DA APELAÇÃO. Primeiramente, cabe examinar a presença dos pressupostos recursais. Do exame dos autos, percebe-se que a sentença condenatória foi prolatada em 15.06.2022, sendo o Réu intimado da sentença condenatória em 08.08.2022. Considerando que o acusado informou que não possuía advogado, os autos foram encaminhados à Defensoria Pública em 22.08.2022, tendo esta interposto recurso no mesmo dia. Levando-se em conta o prazo previsto pelo artigo 593 do Código de Processo Penal resulta evidente a tempestividade da apelação, a qual veio a cumprir os requisitos necessários para a sua regular tramitação, ensejando o correspondente conhecimento. 2. DO MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. PROVA TESTEMUNHAL E DEMAIS PROVAS CARREADAS AOS AUTOS. Nos termos do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, comete o crime de tráfico de drogas quem: importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Logo, para que a conduta do Réu seja considerada tráfico de drogas, basta que se encaixe em um dos 18 verbos mencionados no caput do art. 33 da retrocitada Lei, e que a finalidade seja o consumo de drogas por terceiros. Vale dizer, é irrelevante que o agente seja surpreendido comercializando efetivamente a droga. Desse modo, para a configuração do delito de tráfico de drogas, não é necessário que o agente seja detido no exato momento em que esteja praticando atos de mercancia. Basta que haja nos autos provas robustas e outros elementos que denotem a finalidade de uso das drogas por terceiros. Com efeito, a prova da mercancia não necessita ser direta, mas deve ser firmada quando os indícios e presunções, analisados sem preconceito, formam um todo harmônico e demonstram a distribuição comercial do entorpecente. O Superior Tribunal de Justiça não deixa margem de dúvida a respeito do tema: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DO ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INCABÍVEL NA ESTREITA DO WRIT. MERCANCIA. PRESCINDIBILIDADE. TIPO MISTO ALTERNATIVO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O habeas corpus não é a via adequada para apreciar o pedido de desclassificação do delito, tendo em vista que, para se desconstituir a conclusão obtida pelas instâncias locais sobre a condenação do paciente pelo crime de tráfico de drogas, mostra-se necessário o reexame aprofundado dos fatos e das provas constantes dos autos, procedimento vedado pelos estreitos limites do remédio heróico, caracterizado pelo rito célere e por não admitir dilação probatória. 2. O crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo, restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo

33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento. 3. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no HC: 618667 SP 2020/0268356–5, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 24/11/2020, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/11/2020) A douta autoridade sentenciante reconheceu, acertadamente, que o Acusado perpetrou o delito sub judice, incidindo no tipo penal que lhe foi imputado, tráfico de drogas, razão pela qual deve arcar com as consequências do seu comportamento ilícito. Compulsando detidamente os fólios, constata-se que a autoria e a materialidade do crime revelam-se incontestes, devendo ser afastada a irresignação da Defesa, uma vez que o decisio obliterado encontra respaldo no arcabouço probatório colacionado. A materialidade do delito está comprovada nos autos digitais por meio do Auto de Prisão em Flagrante (fl. 02 do ID 46152537), Auto de Exibição e Apreensão (fl. 09 do ID 46152537), Laudo de Constatação da Droga (fl. 12 do ID 46152624) e Laudo Definitivo (ID 46152624). A Perícia constatou que as 65 (sessenta e cinco) porções pesando 82,90g (oitenta e dois gramas e noventa centigramas) resultaram Positivo para Cannabis sativa, substância entorpecente de uso proscrito no Brasil, inserida na Lista F2 da Portaria 344/98 do Ministério da Saúde. No que toca à autoria atribuída ao Acusado, as provas contidas nos autos demonstram, efetivamente, que ele, de fato, praticava o delito de tráfico de drogas. Verificou-se que, no dia 01 de outubro de 2021, policiais realizaram uma revista de rotina nas trinta e sete celas do pavilhão 11 do Presídio Regional de Feira de Santana e, por volta das 10h, durante a revista na cela 13, onde ficam custodiados 08 (oito) detentos, foram encontradas 65 (sessenta e cinco) buchas de maconha dentro de uma espécie de ralo, conhecido como “boi”. Com efeito, a tese de fragilidade probatória do crime de tráfico destoa por completo do material probatório carreado aos autos. A prova testemunhal produzida apresenta-se como importante elemento de convicção. Nesse sentido, os policiais penais Carlos Eduardo Moitinho Lisboa e Samuel Amorim Machado, responsáveis pela diligência que culminou na prisão em flagrante do Recorrente relataram o modus operandi da prisão, tendo ratificado em juízo o depoimento prestado em sede Policial, narrando em síntese que encontraram uma quantidade de droga, tornando inequívoca a prática delitiva pelo sentenciado Veja-se: “[...] que trabalha no presídio de Feira de Santana há 03 anos e 03 meses; que o ambiente do banho de sol é grande e ficam muitos internos; que, com certeza, tem como ter privacidade para usar maconha na cela, mas com o cheiro os outros internos perceberiam; que participou diretamente do momento da apreensão da droga na cela do Rodrigo, junto com o policial penal Fabrício; que foi uma revista de rotina; que fizeram a revista na cela do interno e quando chegaram encontraram a droga; que a droga estava no “boi”; que “boi” que eles falam é o vaso; que a droga estava bem escondida; que se um dos internos fosse usar o vaso, não dava para ver; que quando vão fazer a vistoria, eles escondem e por saberem mais ou menos onde eles escondem, por outros eventos que já tiveram no presídio, fazem a vistoria e encontram; que não fica visível, tem que procurar para achar, não fica visível nem para eles (os agentes), nem para os outros internos; que no momento da apreensão não chegou a conversar com Rodrigo ou com os demais internos da cela; que eles perguntam de quem é a droga; que o depoente não foi quem conversou, foi o colega Fabrício que conversou; que encontram a droga e a pergunta que foi feita foi qual o interno que está com a droga e aí foi onde o interno assumiu a droga; que não o viu assumindo; que provavelmente ele teria assumido só para Fabrício, e depoente só fez acompanhar ele até a delegacia; que não sabe se Rodrigo

foi pego com algo ilícito antes; que não sabe de cabeça quantos internos tinha nessa cela, mas geralmente tem seis na cela; que no momento da apreensão os internos não estavam na cela; que eles retiram os internos; que geralmente eles colocam a droga em um saco plástico e escondem; que nesse caso específico estava dentro do saco, com todas as trouxinhas dentro; que na delegacia ele confessou que a que ele trafica lá dentro, porque não tem essa informação; que fazem várias apreensões durante o mês e não está se lembrando especificamente desse caso, mas toda vez que apreendem uma droga, perguntam a todos os internos de quem é a droga e sempre tem aquele interno que confessa que a droga é dele; que lembram que fizeram a apreensão, mas não lembra a conversa que tiveram com o interno no dia [...]” (Testemunha Policial Penal Carlos Eduardo Moitinho Lisboa, em juízo, PJE Mídias). “[...] que trabalha no presídio de Feira de Santana há 10 anos; que o Conjunto Penal de Feira de Santana é muito grande e tem um déficit de servidores, mas a rotina do presídio não mudou; que pegam o plantão às 08h da manhã, assumem o pavilhão que a coordenação de vigilância os encaminham, fazem a contagem dos internos e às 08:30 abrem para o sol; que os internos ficam no banho de sol e ficam dois policiais responsáveis por custodiar esse pavilhão durante esse período, que vai das 08:30 até 16:30; que de 08:30 até 16:30 é o banho de sol para os internos desse pavilhão; que depois tem o fechamento do pavilhão, eles ficam nas celas trancados e ficam só na rotina de fazer a ronda depois do fechamento do presídio; que a área do banho de sol é do tamanho de uma quadra de futebol, mas ficam em média de 150/200 presos, dependendo do pavilhão; que só teria como um preso ficar fumando maconha constantemente se fosse dentro da cela dele; que não sabe informar do cheiro característico; que o banho de sol é aberto para todos; que na realidade está sendo chamado porque foi junto com outro colega quem encontrou esse pacote no momento da revista; que a cela estava vazia, adentraram, fizeram a busca e encontraram esse pacote dentro do ralo, chamado de “boi”; que estava muito difícil de encontrar esse pacote; que o material estava acondicionado dentro do saco plástico, enrolado com plástico filme, dentro do buraco; que não sabe dizer especificamente quantos internos ficavam nessa cela, que a média é sete, oito, dez internos, depende e não se recorda quantos tinham; que foi uma revista determinada pela direção da unidade e foi feita em todas as celas daquele pavilhão, não foi específica dessa cela; que quando encontraram a droga não foram questionar aos internos de quem seria; que apenas perceberam, pegaram e entregaram à coordenação de segurança da unidade; que em nenhum momento o depoente chegou a conversar com sr. Rodrigo a respeito; que entregaram a droga encontrada para o coordenador de segurança do presídio; que o que sabe é que é comum encontrar drogas dentro do presídio, mas quanto ao tráfico de drogas, desconhece; que as apreensões dependem de a direção da unidade determinar a revista; que fazem a busca quando há determinação da unidade para fazer em determinada cela ou em determinado pavilhão; que sempre que fazem buscas encontram materiais assim; que não sabe dizer se seria possível o réu ter guardado toda essa droga só para consumo pessoal; que não sabe informar se o réu Rodrigo teve outras ocorrências a esse respeito de posse de drogas, tanto para consumo ou para tráfico dentro do presídio [...]” (Testemunha Policial Penal Samuel Amorim Machado, em juízo, PJE Mídias). Ademais, o Apelante confessou que a droga apreendida lhe pertencia, porém sustentou que era para uso. “[...] que houve revista na cela em que era ocupante, cela 13, pavilhão 11, em Feira de Santana; que uma vez no ano eles fazem revistas atrás de aparelhos e nesse dia houve a revista na cela

13; que estavam custodiados na cela 13 oito pessoas com ele; que todos foram retirados da cela para que essa revista fosse feita; que não sabe o que foi encontrado na cela esse dia; que se recorda que foi conduzido para a delegacia após essa revista; que só ele foi conduzido; que o Coordenador lhe perguntou a respeito desse material e o depoente falou que estava andando no pátio e arremessaram tipo da rua para o pavilhão, aí bateu no telhado e caiu no pátio no banho de sol, então foi e pegou; que o material estava guardado no ralo do "boi"; que foi o depoente quem colocou esse material lá; que não dá para ninguém ver; que na hora que foi tomar banho foi e guardou; que guardou esse material que encontrou no pátio dentro do "boi", no compartimento na cela e que os outros não viram; que o material estava enrolado em uma fita crepe, tipo um bolo e quando desenrolou tinham muitas buchas naquelas trouxinhas; que já tinha fumado umas e quando pensa que não eles falaram que tinham 65 na hora que chegou na delegacia; que já tinha oito dias que tinha encontrado esse material; que não vendeu o material para os outros custodiados da cela, mas às vezes quando estavam no banho de sol fumava com alguns internos que eram usuários também; que o que achou só fumava no pátio quando o pátio estava aberto, aí eles fumavam também, o depoente cedia para eles o cigarro; que admitiu para o Coordenador que a droga era sua, ele veio perguntando e falou que se não assumisse jogaria para todo mundo; que como os outros meninos não tinham nada a ver com isso, o depoente foi e explicou a ocasião a ele, o que tinha acontecido; que é usuário de maconha [...]" (Interrogatório, em juízo, acesso no PJE Mídias). Importa consignar que o conjunto probatório coligido contribui para formular Juízo de convicção suficiente para embasar o decreto condenatório prolatado, em especial os depoimentos prestados pelas testemunhas, que são relevantes e harmônicos, encontrando consonância com todas as demais provas produzidas ao longo da instrução processual, corroborando os argumentos acerca da prática do delito de tráfico de drogas. Saliente-se que, embora os depoimentos tenham sido prestados por policiais, estes, como qualquer outra testemunha, assumem o compromisso de dizer a verdade (artigo 203 do CPP). Segundo a Jurisprudência, é válido o testemunho prestado por agente policial, não contraditado nem desqualificado, na medida em que provém de agente público no exercício de suas funções e não destoia do conjunto probatório. Corroborando tal entendimento, segue a orientação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. No que tange ao pleito de absolvição ou desclassificação da conduta para o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, o acórdão combatido, ao manter a condenação pelo tráfico de drogas, consignou que o conjunto probatório aponta para a prática do crime, não somente em razão da substância apreendida (75 g de cocaína), mas também diante da prova testemunhal. 2. Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela absolvição ou desclassificação do crime de tráfico de drogas para o do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 3. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese. Precedentes. 4. Agravo regimental

não provido. (AgRg no AREsp 1840915/SE, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 21/05/2021). (Grifo nosso). De maneira mais objetiva, o convencimento pela autoria do crime de tráfico pode ser facilmente alcançado quando são levados em consideração os seguintes fatores: a circunstância em que se deu a prisão em flagrante, a quantidade de droga apreendida e a natureza da droga. Ademais, não basta a alegação de ser o Apelante mero usuário, o que é perfeitamente compatível com o crime de tráfico do art. 33 da Lei nº 11.343/06, devendo ser inequivocamente demonstrado que a substância era unicamente para uso próprio, para que seja desclassificada a infração. Veja-se a jurisprudência: EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – DESTINAÇÃO MERCANTIL DEMONSTRADA – DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA DO ART. 28 DA LEI DE TÓXICOS – IMPOSSIBILIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA. Não tendo a defesa comprovado a destinação exclusiva da droga para o consumo próprio, ônus que lhe incumbe (art. 156 do CPP), e demonstrada a contento pela acusação a finalidade mercantil da substância, incabível a desclassificação para o delito do art. 28 da Lei nº 11.343/06. (TJ-MG – APR: 10118200002699001 Canápolis, Relator: Alberto Deodato Neto, Data de Julgamento: 02/03/2021, Câmaras Criminais / 1ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 10/03/2021) Verifica-se da prova carreada aos autos que não logrou êxito o Apelante em comprovar suas alegações nem em desconstituir as provas existentes em seu desfavor, ônus exclusivo da Defesa, nos termos do art. 156 do CPP. Por fim, a título de exemplo, a Secretaria Nacional de Políticas sobre Drogas (SENAD) fez um estudo com o escopo de precisar qual o critério objetivo de alguns países para apontar quando a quantidade de droga encontrada com o agente já é considerada tráfico e, na hipótese dos fólios, esse limite já foi atingido, pois foram apreendidos 65 (sessenta e cinco) porções pesando 82,90g (oitenta e dois gramas e noventa centigramas). Veja-se: Maconha

Países	Quantidade de Cocaína (gramas)
Letônia	0.01
Bélgica	0.2
Lituânia	5
México	0.75
Noruega	0.5
Suécia	0.75
Belize	0.75
Itália	8
Peru	1
Colômbia	1
Equador	1
República Checa	1
Belize	10
Equador	10
Paraguai	1.5
Dinamarca	1.5
Grécia	1.5
Finlândia	15
Finlândia	15
República Checa	2
Paraguai	2
Peru	2
Portugal	2
Hungria	2
Venezuela	2
El VITÓRIA DA CONQUISTA	20
Colômbia	2.8
Venezuela	2.8
Grécia	2.8
Jamaica	25
Portugal	7.5
Espanha	30
Canadá	30
Chipre	10
Chipre	10

Ex positis, o pleito de desclassificação para o art. 28 da Lei 11.343/06 deve ser rechaçado, devendo ser mantida a decisão recorrida quanto à autoria e materialidade delitivas. 3. DA DOSIMETRIA DA SÚMULA 231 DO STJ Na segunda fase da dosimetria, a Juíza sentenciante reconheceu a atenuante da menoridade prevista no art. 65, inciso I, do CP, reduzindo a pena-base até o mínimo legal, em obediência à Súmula 231 do STJ que assim reza: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal". Com efeito, o entendimento deste Tribunal é no sentido de que a pena-base e intermediária não podem ser fixadas em quantidade inferior ao mínimo legal previsto para o tipo penal, o que afrontaria o disposto no art. 59, II do CP, devendo ser respeitado o princípio da legalidade. Por fim, a matéria em debate já foi apreciada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 597270/RS, com efeitos decorrentes da aplicação do regime de repercussão geral na questão de ordem, assegurando às instâncias do Poder Judiciário aplicá-la em processos similares, cuja exegese não abala o teor dos arts. 65 e 68, caput, ambos do CP, tampouco o princípio da individualização da pena. Observe-se: "AÇÃO

PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC.

Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."(RE 597270 RG-Q0, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 26/03/2009, DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02257 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 445-458)". (grifo nosso). Dessa forma, descabido o pleito defensivo, verifica-se ter a Magistrada de primeiro grau decidido a questão acertadamente. DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. A Defesa pugnou pela aplicação do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, in verbis: Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. A primariedade do réu, bem como a não dedicação às atividades criminosas e a não participação em organização criminosa são requisitos essenciais e cumulativos para a concessão do citado benefício. In casu, na terceira fase da dosimetria, a Juíza a quo deixou de aplicar a causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, em razão da dedicação habitual ao tráfico, por responder o acusado a outros 02 processos criminais. Com relação à referida causa de diminuição de pena, até pouco tempo atrás, os Tribunais Superiores admitiam a utilização de ações penais em curso para caracterizar a dedicação à atividade criminosa e, portanto, rechaçar o benefício do tráfico privilegiado. No entanto, esse entendimento foi revisado, primeiro pelo Supremo Tribunal Federal e, em seguida, alinhando-se à Suprema Corte, o Superior Tribunal de Justiça adotou a mesma linha de inteligência não mais admitindo o afastamento da figura do tráfico privilegiado com base exclusivamente em ações penais em curso, sob pena de violação ao princípio da não culpabilidade. A seguir, os precedentes das Cortes Superiores: GRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIMINAL. INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE. RE 591.054-RG/SC. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. Precedente. II – A aplicação da 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. III– Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – RE 1.283.996 AgR/DF, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, T2, j. 11/11/2020 e p. 03/12/2020). (Grifos acrescidos). 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 1.852.098/AM, S3, j. 27/10/2021 e p. 03/11/2021); (Grifamos). Neste caso, percebe-se que, além dos processos penais em curso, não há outros elementos concretos a indicar a dedicação à atividade criminosa do Acusado, tampouco a sua participação em organização criminosa, razão por que deve ser aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Reconhecida a incidência da mencionada causa de diminuição de pena, esta deve ser aplicada em $\frac{1}{4}$ (um quarto) diante das 65 (sessenta e cinco) porções apreendidas. DA NOVA DOSIMETRIA Na primeira fase da dosimetria, a Magistrada a quo, após apreciar de modo cuidadoso as circunstâncias judiciais do artigo 59, fixou a pena-base no mínimo legal, diante da ausência de vetores judiciais desfavoráveis. Na segunda fase da dosimetria, a Juíza sentenciante reconheceu a atenuante da menoridade prevista no art. 65, inciso I, do CP, mas deixou de valorá-la, em obediência à Súmula 231 do STJ. Na terceira fase da dosimetria, a sentenciante verificou, corretamente, a presença da causa de aumento prevista no art. 40, inciso III, da Lei 11.343/2006, uma vez que a infração foi cometida nas dependências de um estabelecimento prisional, aumentando a pena em 1/6 (um sexto). Nesta fase, foi conhecida a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, reduzindo a pena em $\frac{1}{4}$ (um quarto), reformando a pena definitiva para 04 (quatro) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias. No tocante à pena pecuniária, a quantidade de dias-multa deve seguir o mesmo critério utilizado para a fixação da pena privativa de liberdade, em respeito ao princípio da proporcionalidade e, deve ser fixada em 440 (quatrocentos e quarenta) dias-multa. 4. DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA Em respeito ao art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o regime de pena estabelecido para o Apelante deve permanecer no semiaberto, tendo em vista ser o regime mais adequado para o caso concreto, considerando o quantum da pena fixada. 5. DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. Não preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, deixo de conceder a substituição da pena privativa de liberdade imposta ao Apelante por restritivas de direitos. 6. DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. A Defesa requereu a concessão do direito de recorrer em liberdade, alegando ausência de fundamentação. In casu, nota-se que a decisão de primeiro grau fundamentou de forma convincente, a necessidade da custódia cautelar do Acusado para a garantia da ordem pública, tendo o MM. Magistrado a quo analisado o fato concreto, verificando a necessidade da segregação cautelar para garantia da ordem pública. “No caso dos autos, permanecem hígidos os fundamentos apontados no decreto prisional, inexistindo elementos aptos a alterar o panorama nele exposto, consoante inteligência do art. 316, primeira parte, do CPP. Com efeito, há risco de reiteração delitiva, na medida em que o acusado responde a três ações penais por crimes cometidos com violência ou grave ameaça – dois roubos majorados e homicídio – um deles, inclusive, com condenação em 1ª

instância (Ações Penais n. 0502165-38.2019.8.05.0080, 0501525-98.2020.8.05.0080, 0000191-96.2018.8.05.0067 e Execução n. 2000011-36.2020.8.05.0080). Vale ressaltar que o acusado foi preso em flagrante quando em cumprimento de pena, de onde se denota que, inobstante acautelado, ainda encontra estímulos para delinquir, o que reforça a necessidade de assegurar a ordem pública, posto evidenciada a sua periculosidade social. Assim, sendo insuficientes a aplicação de medidas cautelares diversas da prisão, deixo de conceder ao réu o direito de apelar em liberdade.” Ademais, verifica-se que a custódia cautelar do acusado é necessária para resguardar a ordem pública, ante a necessidade do restabelecimento da tranquilidade social e da credibilidade das instituições estatais, especialmente diante da reiteração criminosa. Por fim, cumpre afirmar que as condições pessoais favoráveis do Acusado, ainda que tivessem sido demonstradas, não autorizariam, de per si, a concessão da ordem, se existem outras circunstâncias que recomendam a custódia cautelar. Esta é a orientação jurisprudencial do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, a exemplo dos seguintes precedentes: “(...) III – A presença de circunstâncias pessoais favoráveis, tais como ocupação lícita e residência fixa, não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, como na hipótese. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão. (...)” (STJ – AgRg no HC: 618139 MG 2020/0265298-2, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Julgamento: 17/11/2020, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 07/12/2020). Sendo assim, não havendo mudança fática hábil a ensejar a revogação da prisão preventiva, deve o Recorrente permanecer preso. Afasto, pois, o pleito da Defesa de concessão ao Apelante do direito de recorrer em liberdade. CONCLUSÃO Ante o exposto, CONHEÇO o Recurso de Apelação interposto pela Defesa e DOU-LHE PROVIMENTO PARCIAL para aplicar a causa de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, na fração de 1/4 (um quarto), redimensionando a pena final para 04 (quatro) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias, em regime semiaberto, associada ao pagamento de 440 (quatrocentos e quarenta) dias-multa, mantendo-se, in totum, os demais termos da sentença. Salvador/BA, 18 de julho de 2023. Desa. Nágila Maria Sales Brito Relatora