

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0509687-28.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. APELANTE: Isaias Rodrigues Advogado (s): ANDRESA BARBARA SANTOS SILVA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006). RECORRENTE CONDENADO À PENA DE 05 (CINCO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, ALÉM DO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, À RAZÃO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO. PRELIMINAR DE CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. ACOLHIMENTO. 1. A decisão de negar ao Réu o direito de recorrer em liberdade se baseou no fato de ele possuir, à época da prolação da sentença- 25.05.2021-, condenação por delito de roubo em grau de recurso. Conforme testifica o acórdão exarado nos autos de n. 0502757-91.2018.8.05.0250, o Recorrente fora absolvido da imputação que lhe fora imposta, de modo que a fundamentação utilizada na decisão combatida não pode mais servir de supedâneo para mantê-lo segregado. RETIFICAÇÃO DA DOSIMETRIA. VIABILIDADE PARCIAL. 2. A quantidade do entorpecente apreendido (49 pinos de cocaína) revela que o crime extrapolou a censurabilidade própria do delito, devendo, pois, ser mantida a análise desfavorável das " circunstâncias do crime", por isso se mostra justa e proporcional a fixação da sanção basilar em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses. Ausentes circunstâncias atenuantes e agravantes. O Inculpado tem direito ao benefício do tráfico privilegiado, não só porque a sentença hostilizada, para negar o aludido redutor, se baseou em uma suposta condenação do Réu, que, em grau de recurso, fora absolvido, mas, sobretudo, pelo recentíssimo entendimento do STJ que, na ocasião do julgamento dos REsp ns. 1.977.027/PR e 1.977.180/PR, realizado em 10.08.2022, sob o rito dos recursos especiais repetitivos, passou a adotar a tese 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", tornando-se, a partir de então, o Tema de n. 1139. Atento à uniformização jurisprudencial das Cortes Superiores, ressalto a natureza do entorpecente apreendido, visto o elevado poder nocivo da cocaína, sendo digno de maior censura, o que desautoriza a adoção do redutor em grau máximo, reputando-se, sobremaneira, justo que o Réu seja apenado com maior rigor, daí aplicar-se a fração de 1/5 (um quinto), passando a reprimenda definitiva do Apelante a ser de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão. Em atenção ao quanto contido no artigo 387, § 2º, com redação dada pela Lei n. 12.736/2012, passo à análise, de ofício, da detração, posto que, in casu, o montante da pena já cumprida conduz à progressão do regime. Utilizando-se, como parâmetro para a detração, o dia da prisão- 14.08.2020- e a data em que o Apelante fora intimado da decisão condenatória- 07.06.2021 (ID n. 168412331), tem-se que o tempo de encarceramento do Apelante se aproxima de 10 (dez) meses. Logo, para a execução da reprimenda, considerando que deve ser descontado o montante de pena já cumprida (dez meses), conclui-se que este período é suficiente para a progressão de regime, o que significa dizer que o Recorrente deve iniciar o cumprimento da sua pena definitiva de 03 (três) anos e 11 (onze) meses de reclusão no regime aberto, ex vi do art. 33, § 2º, " c", do Código Penal. Nos termos do art. 44, I, do CP, substituo a sanção corporal por penas restritivas de direitos (prestação de serviço à comunidade e interdição temporária de direitos), a teor dos arts. 46 e 47 do Código Penal, cabendo ao Juízo da Execução promover a forma do cumprimento de

ambas. Seguindo os idênticos fundamentos utilizados para a fixação da condenação corporal, estabeleço a sanção pecuniária em 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do evento delituoso. PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. É de notório conhecimento que compete ao Juízo da Execução Penal analisar as condições financeiras do Sentenciado no momento da execução da pena, oportunidade em que deferirá, ou não, a isenção do pagamento das despesas processuais. Precedentes do STJ. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO. ACORDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0509687-28.2020.8.05.0001, em que figuram, como Apelante, ISAIAS RODRIGUES, e, Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, CONHECER, em parte, do Recurso de Apelação e, na extensão, DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, conforme os termos do voto do Relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte 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. 0509687-28.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. APELANTE: Isaias Rodrigues Advogado (s): ANDRESA BARBARA SANTOS SILVA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Apelo interposto por ISAIAS RODRIGUES, em face da sentença prolatada pelo MM. Juízo de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador-BA (ID n. 168412325- PJE de 1º Grau), que o condenou à pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 (tráfico de drogas). Emerge da peça incoativa que: " [...] No dia 14 de agosto de 2020, por volta das 13:30h, no final de linha do Alto do Coqueirinho, nesta Capital, o denunciado trazia consigo, para fins de tráfico, 45,36g (quarenta e cinco gramas e trinta e seis centigramas) de cocaína, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Consta, ainda, que, no dia dos fatos, policiais militares realizavam ronda de rotina na localidade indicada quando avistaram o denunciado, que, ao perceber a presença da viatura, assumiu uma atitude suspeita, demonstrando nervosismo e tentando evadir-se do local, sendo, contudo, detido pelos prepostos do Estado. Procedida a busca pessoal, foram encontrados com ele 49 (quarenta e nove) pinos plásticos contendo cocaína, totalizando a quantidade acima mencionada, além de um aparelho celular da marca Lenovo, tudo conforme Auto de Exibição e Apreensão e Laudo de Constatação da droga [...] " - ID n. 168412211. Diante de tal cenário, o Recorrente fora denunciado pela prática do crime inserto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. Prisão preventiva decretada na data de 14.08.2020. Laudo pericial toxicológico- ID n. 168412232. Ultimada a audiência instrutória e apresentadas as alegações finais, na forma de memoriais, pelas partes, sobreveio a sentença que, julgando procedente a vestibular acusatória, condenou o Recorrente ao crime e à reprimenda acima expostos. Irresignado com o desfecho processual, o Sentenciado, ISAIAS RODRIGUES, interpôs a presente Apelação, pretendendo, por meio das razões- ID n. 168412334-, preliminarmente, o direito de recorrer em liberdade e, por consectário, a revogação da sua prisão preventiva. No mérito, busca o redimensionamento da sanção basilar; a aplicação do tráfico privilegiado

na fração máxima; a fixação do regime de cumprimento da sanção corporal para o aberto; a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos; a isenção ou redução da pena de multa e a gratuidade da justiça. A Promotoria de Justiça, refutando as argumentações do Apelante, pugnou pelo improvimento do Apelo- ID n. 168412345. Subindo os folios a esta instância, opinou a Douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e não provimento do Inconformismo - ID n. 24541185. Examinados os autos e lançado este Relatório, submeto-os à apreciação do eminente Desembargador Revisor. Eis o relatório. Salvador-BA, data registrada no Sistema. Des. Jefferson Alves de Assis - 2ª Câmara Crime- 1ª Turma. Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0509687-28.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. APELANTE: Isaias Rodrigues Advogado (s): ANDRESA BARBARA SANTOS SILVA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO

Exsurge dos autos a tempestividade da Apelação, bem como o atendimento aos demais requisitos de admissibilidade necessários ao seu conhecimento. 1. PRELIMINAR DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. Preliminarmente, vindica o Apelante o direito de recorrer em liberdade, posto que, sob sua ótica, além de não se fazerem presentes os requisitos legais para a manutenção do ergástulo cautelar, a decisão primeva é desprovida de motivação idônea. Ora, não se pode olvidar que a segregação preventiva deve ser considerada exceção, haja vista que, por meio desta medida, priva-se o acusado de seu jus libertatis antes do pronunciamento condenatório definitivo. Logo, tal procedimento só se impõe se expressamente restar justificada a sua real indispensabilidade. No caso sub oculi, a Magistrada primeva fundamentou a negativa da referida concessão nos seguintes termos: “ [...] O réu encontra-se preso desde 14 de agosto de 2020, ocasião em que foi efetivada a sua prisão preventiva. Além disso, foi condenado à pena privativa de liberdade não substituída, a ser cumprida em regime inicial semiaberto. O réu possui ainda condenação criminal, conforme já pontuado. Tal circunstância evidencia, pois, tratar-se de pessoa dedicada à prática de condutas criminosas, o que justifica a manutenção de sua segregação cautelar, para evitar a reiteração criminosa, nos termos do artigo 282, I, do CPP [...]”- ID n. 168412325 do PJE de 1º Grau. Como se vê, a decisão de negar ao Réu o direito de recorrer em liberdade se baseou no fato de ele possuir, à época da prolação da sentença- 25.05.2021-, condenação por delito de roubo em grau de recurso. Porém, compulsando-se o sítio eletrônico do PJE de 2º Grau, constata-se que o Recorrente fora absolvido da imputação que lhe fora imposta no processo referência para a negativa de liberdade, conforme testifica o acórdão exarado nos autos de n. 0502757-91.2018.8.05.0250- pela Desa. Soraya Moradilo Pinto, na dada de 08.10.2020- vide ID n. 289941218 constante do refeito feito em sede do PJE de 2º Grau. Desse modo, a fundamentação utilizada na decisão combatida não pode mais servir de supedâneo para manter o Réu segregado, tendo em vista a sua absolvição no supramencionado processo. Com base em tais aportes, concedo ao Recorrente o direito de recorrer em liberdade, até porque antecipo meu entendimento no sentido de que, também, lhe será assegurada a minorante inserta no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, e, uma vez procedida a detração penal, implicará alteração do regime prisional. Destarte, acolhe-se a preliminar suscitada. 2. DO MÉRITO. 2.1- PLEITO DE REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE AO PATAMAR MÍNIMO LEGAL. Malgrado não seja objeto da insurgência recursal, verifica-se, no caso em liça, que a materialidade e a autoria delitivas restaram devidamente comprovadas, através dos

elementos de prova que se mostraram correlatos e categóricos quanto à prática do ilícito penal. Pois bem, se insurge o Recorrente contra a exasperação da sanção basilar, alegando que todas as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis. De antemão, saliente-se que a dosimetria da pena é o procedimento em que o Magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao montante ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador. O procedimento de dosagem da sanção corporal é questão afeta ao livre convencimento do juiz, devendo, no entanto, ser resguardada a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da reprimenda. Sabe-se, contudo, que a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, mas um exercício de discricionariedade vinculada, que impõe ao Magistrado apontar, motivadamente, os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no citado artigo, e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do crime praticado. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, deve-se considerar, para a fixação da pena-base e o reconhecimento do tráfico privilegiado, as condições insertas no art. 42 desta legislação, in verbis: Art. 42. O Juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente". Nessa diretiva é o posicionamento do STJ: HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECISÃO MOTIVADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, sobretudo em razão da grande quantidade e da natureza da droga apreendida – mais de 21 Kg de " cocaína " –, bem como pelas circunstâncias da prática do delito, de modo a demonstrar que o Paciente era " integrante ativo de organização criminosa com grande potencial lesivo ". 2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos. 3. Não se trata de violação ao princípio do non bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos. 4. No caso, não se aplica a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais para obtenção da benesse. Precedentes. 5. Não é possível afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias no sentido de que o ora Paciente integraria organização criminosa, pois, para tanto, seria necessário proceder a um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se afigura cabível na via estreita do writ. Precedentes. 6. Ordem denegada (STJ – HC: 165800 RS 2010/0047664-3, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 01/03/2012, T5 – QUINTA

TURMA, Data de Publicação: DJe 15/03/2012)– grifos nossos. Na casuística em tela, verifica-se que, na 1ª fase dosimétrica, a pena-base restou fixada em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, porque o vetor judicial concernente “ as circunstâncias do crime” fora negativamente avaliado, sob o fundamento de que “ o réu estava em posse de considerável quantidade de droga, razão pela qual deve a sua pena ser aumentada na fração de 1/6 (um sexto) ”. De fato, a quantidade do entorpecente apreendido (49 pinos de cocaína) revela que o crime extrapolou a censurabilidade própria do delito, devendo, pois, ser mantida a análise desfavorável da referida vetorial. Quanto ao critério numérico de acréscimo que fora dado à pena-base, impõe-se reconhecer que não comporta reparos, pois, além de a determinação do quantum ser relegada à discricionariedade do juízo sentenciante, o incremento não ultrapassou os limites da razoabilidade e proporcionalidade. Portanto, não merece albergamento o pedido de reforma da sanção basilar.

2.2– PEDIDO DE APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NA FRAÇÃO MÁXIMA. Sustenta o Apelante fazer jus à aplicação do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, em seu redutor máximo, porquanto configurada violação ao princípio non bis in idem, eis que a Togada Singular se utilizou do mesmo argumento para majorar a sanção basilar e negar a incidência do tráfico privilegiado. Antes de se aprofundar nessa questão, urge destacar que, na hipótese vertente, inexistem circunstâncias agravantes e/ou atenuantes, bem como causas de aumento de pena, daí se poder avançar no procedimento dosimétrico, analisando o desiderato defensivo acima citado. Como já dito anteriormente, resta indene de dúvida de que o Inculpado tem direito à benesse pretendida, não só porque a sentença hostilizada, para negar o aludido redutor, se baseou em uma suposta condenação do Réu, que, em grau de recurso, fora absolvido, mas, sobretudo, pelo recentíssimo entendimento do STJ que, na ocasião do julgamento dos REsp ns. 1.977.027/PR e 1.977.180/PR, realizado em 10.08.2022, sob o rito dos recursos especiais repetitivos, passou a adotar a tese 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”, tornando-se, a partir de então, o Tema de n. 1139. A propósito, faz-se oportuna a transcrição do referido julgado:

RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais. 2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso. 3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de

inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza. 4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena. 5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles. 6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante. 7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis. 8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto. 9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para fins penalógicos. 10. Não se deve confundir a vedação à proteção insuficiente com uma complacência diante da atuação insuficiente dos órgãos de persecução penal. É certo que não podem ser criados obstáculos injustificáveis à atuação do Estado na defesa dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada, todavia isso não legitima a dispensa do cumprimento dos ônus processuais pelos órgãos de persecução penal, não autoriza a atuação fora da legalidade e não ampara a vulneração de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir

provas concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice. 11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma "análise de contexto" para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, não há que se recorrer a inquéritos e ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e ações penais em curso na tentativa de demonstrar a dedicação criminosa, é porque os demais elementos de prova são insuficientes, sendo necessário formular a ilação de que o Acusado "não é tão inocente assim", o que não se admite em nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a ilicitude do fundamento, que decorre do raciocínio presuntivo contra o Réu que ele encerra, não se altera em face de outros elementos dos autos. 12. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "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". A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no E RESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017). [...] (REsp 1977027 PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022). Embora não constitua uma regra intransponível, dito posicionamento vem sendo adotado pelos Tribunais Pátrios, inclusive neste egrégio Sodalício, razão pela qual, repita-se, merece acolhimento o pleito do Acusado no sentido de fazer jus à citada minorante, contudo, em patamar diverso do almejado. Nessa toada, atento à uniformização jurisprudencial das Cortes Superiores, ressalto a natureza do entorpecente apreendido, visto o elevado poder nocivo da cocaína, a qual se encontrava fracionada em uma demasiada quantidade de porções individuais, fator que vulnera a saúde pública, bem jurídico tutelado pela norma em esboço e, portanto, digno de maior censura, o que desautoriza a adoção do redutor em grau máximo. É cediço que o benefício em questão se destina à figura do traficante eventual ou de pequena monta, situação diversa da realidade retratada nos autos, porém não se pode deixar de reconhecê-lo, tão somente, por causa da motivação utilizada pelo Juízo a quo para negar a sua admissão, mas, à luz das peculiaridades do caso em apreço, reputa-se, sobremaneira, justo que o Réu seja apenado com maior rigor, daí se mostra justa e adequada a fração de 1/5 (um quinto). Posto isso, uma vez reconhecida a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas e, em vista da incidência do redutor de 1/5 (um quinto), resta fixada, para o Recorrente, a reprimenda definitiva de 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão.

2.3- PEDIDO DE ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL FIXADO NA SENTENÇA PARA O ABERTO. No que tange à modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda para o aberto, melhor sorte socorre ao Sentenciado. Isto porque, em atenção ao quanto contido no artigo 387, § 2º, com redação dada pela Lei n. 12.736/2012, passo à análise, de ofício, da detração, posto que, in casu, o montante da pena já cumprida conduz à progressão do regime. É de se observar que o Réu fora preso em 14.08.2020, permanecendo, nessa condição, pelo menos até a data da prolação da sentença, isto é, em

25.05.2021. Então, utilizando-se, como parâmetro para a detração, o dia da prisão- 14.08.2020 e a data em que o Apelante fora intimado da decisão condenatória- 07.06.2021 (ID n. 168412331), tem-se que o tempo de encarceramento do Apelante se aproxima de 10 (dez) meses. Logo, para a execução da reprimenda, considerando que deve ser descontado o montante de pena já cumprida (dez meses), conclui-se que este período é suficiente para a progressão de regime, o que significa dizer que o Recorrente deve iniciar o cumprimento da sua pena definitiva de 03 (três) anos e 11 (onze) meses de reclusão no regime aberto, ex vi do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

2.4- PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. Pleiteia, ainda, o Insurgente pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Estabelece o art. 44, I, do Código Penal que: "As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998): I- aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)". Forçoso reconhecer que o Apelante tem direito à pretendida substituição, nos termos do dispositivo legal acima. Isso posto, substituo a sanção corporal por penas restritivas de direitos (prestação de serviço à comunidade e interdição temporária de direitos), a teor dos arts. 46 e 47 do Código Penal, cabendo ao Juízo da Execução promover a forma do cumprimento de ambas.

2.5- PLEITO DE ISENÇÃO OU REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. O Recorrente postula a dispensa ou redução da pena de multa que lhe fora imposta, alegando não dispor de condições financeiras para arcar com tal munus. Sabe-se que o Julgador deve graduar a sanção pecuniária utilizando-se dos mesmos critérios de que se valeu para a imposição da pena privativa de liberdade, resguardando, assim, o princípio da proporcionalidade. Em relação a pretendida isenção, necessário destacar que a multa no crime de tráfico de drogas é principal, parte integrante do tipo penal, razão pela qual decorre da condenação, sendo, portanto, inviável o acolhimento do pleito. Aliás, a multa, uma vez cominada no tipo penal como sanção, não pode ser afastada da condenação, pois se encontra prevista no preceito secundário do crime descrito no art. 157 do Código Penal. Seguindo essa trilha, a jurisprudência pátria é remansosa: APELAÇÃO CRIMINAL – POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – CONDENAÇÃO – IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA – REDUÇÃO DA PENA EM VIRTUDE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – IMPOSSIBILIDADE – SANÇÃO ESTABELECIDA NO MÍNIMO LEGAL – ENUNCIADO SUMULAR N. 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS – AFASTAMENTO DA REPRIMENDA DE MULTA – INVIABILIDADE – PENA CUMULATIVA QUE DECORRE DE IMPOSIÇÃO LEGAL – REDUÇÃO DA SANÇÃO PECUNIÁRIA – IMPROCEDÊNCIA – QUANTIDADE DE DIAS-MULTA E VALOR UNITÁRIO FIXADOS NO MÍNIMO LEGAL – RECURSO DESPROVIDO. A fixação da pena-base no mínimo legal impede que, na segunda fase da dosimetria, a reprimenda sofra qualquer abrandamento, porquanto a incidência de atenuante não tem o condão de reduzir a sanção a patamar inferior ao cominado no preceito secundário do tipo penal. Inteligência do enunciado sumular n. 231 do Superior Tribunal de Justiça, reiteradamente chancelado pelo Supremo Tribunal Federal, de modo a afastar a alegação de infringência aos princípios da legalidade e da individualização das penas. É impositiva, e não discricionária, a aplicação da pena de multa quando esta é prevista de forma cumulada, e não alternativa, à pena privativa de liberdade. Se a quantidade de dias-multa

e o seu valor unitário foram fixados no mínimo legal, a precariedade das condições financeiras do acusado não autoriza nenhuma redução (TJ/MT, N.U 0008926-14.2019.8.11.0004, CÂMARAS ISOLADAS CRIMINAIS, PEDRO SAKAMOTO, Segunda Câmara Criminal, Julgado em 11/08/2021, Publicado no DJE 18/08/2021)– grifos aditados. Entretanto, seguindo os idênticos fundamentos utilizados para a fixação da condenação corporal, estabeleço a sanção pecuniária em 333 (trezentos e trinta e três) dias–multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do evento delituoso. 2.6– PLEITO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA. Por fim, não há como conhecer do pedido de gratuidade da justiça, pois é de notório conhecimento que compete ao Juízo da Execução Penal analisar as condições financeiras do Sentenciado no momento da execução da pena, oportunidade em que deferirá, ou não, a isenção do pagamento das despesas processuais. Feita tal premissa, afigura-se impossível, nesta instância recursal, sem dados concretos, analisar a situação do Réu, sendo função do Juízo da Execução suspender a cobrança das custas processuais, na hipótese de se conceder a benesse da gratuidade. Corroborando o posicionamento ora esposado, gize-se o acórdão transposto: AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ACÓRDÃO A QUO QUE NEGOU A INCIDÊNCIA DO REDUTOR, POR ENTENDER QUE O ACUSADO SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVER TAL ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DOS FATOS. SÚMULA 7/STJ. DENÚNCIAS ANÔNIMAS. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS INFORMANDO QUE O RÉU EXERCE A ATIVIDADE DE TRAFICANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO. “(...)”. 3. Cabe ao Juiz da execução aferir acerca da assistência judiciária gratuita. Precedentes. 4. Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp n. 1.368.267/MG, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19/3/2019, DJe de 2/4/2019)–grifos da Relatoria. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSO PENAL. ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS. INVIABILIDADE. ART. 804 DO CPP. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. ART. 12 DA LEI 1.060/1950. REVOGAÇÃO PELO ART. 175, I, DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. EXAME QUE DEVE SER FEITO PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORIENTAÇÃO PACÍFICA DO STJ. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. Não havendo manifestação do Tribunal de origem acerca da alegada revogação do art. 12 da Lei nº 1.060/50 pelo art. 175, I, do CTN, mostra-se incabível a apreciação do pedido por esta Corte, em virtude da ausência do requisito indispensável do prequestionamento. 2. Nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, ainda que a parte seja beneficiária da justiça gratuita, o art. 804 do CPP determina a condenação do vencido em custas, devendo ficar suspensa a exigibilidade do pagamento, pelo prazo de 5 (cinco) anos, após o qual ficará prescrita a obrigação, a teor do art. 12 da Lei n.º 1.060/1950. 3. A suspensão de que se trata apenas pode ser concedida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, haja vista ser na fase da execução o momento adequado para aferir a real situação financeira do condenado, diante da possibilidade de alteração após a condenação. 4. Agravo regimental a que se nega provimento.”. (AgRg no AREsp 254.330/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe: 25/03/2013)– grifos da Relatoria. Ante o exposto, por todas as razões de fato e de direito explanadas, CONHEÇO, EM PARTE, DO RECURSO INTERPOSTO E, NA EXTENSÃO, DOU–LHE PARCIAL PROVIMENTO PARA ALTERAR O QUANTUM DA PENA IMPOSTA, BEM COMO, DE OFÍCIO, PROCEDO A DETRAÇÃO PENAL, MODIFICANDO O REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO, SUBSTITUINDO A SANÇÃO CORPORAL POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E, POR CONSEQUÊNCIA,

CONCEDER AO RÉU O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. Outrossim, determino que a Secretaria da 2ª Câmara Criminal oficie ao Juízo de piso, para que adote às providências necessárias ao cumprimento imediato deste decisum. É como voto. Salvador-BA, data registrada no Sistema. PRESIDENTE DES. JEFFERSON ALVES DE ASSIS RELATOR PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA (assinado eletronicamente)