

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8021416-89.2021.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: FABIO MARCELO MOREIRA DA SILVA Advogado (s): ALANA JESUS SANTOS, VICTOR EMANUEL NUNES PEIXINHO, ANTONIO AUGUSTO GRACA LEAL APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAR A PENA INTERMEDIÁRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231 DO STJ. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006 NO PATAMAR MÁXIMO. INVIABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. IMPOSSIBILIDADE DE MODIFICAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP. IMPERTINENTE A APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. Demonstradas de forma inequívoca a autoria e a materialidade do crime de tráfico de drogas, resta inviável a absolvição ou 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. A natureza e a quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas, supletivamente, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa. Em respeito ao art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o regime de pena estabelecido para o Apelante deve permanecer no semiaberto, considerando o quantum da pena fixada. Diante da regra do § 2º, do art. 387 do CPP é recomendável que a detração seja analisada pelo Juízo da Execução Penal. ACÓRDÃO Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8021416-89.2021.8.05.0080 da Comarca de FEIRA DE SANTANA, sendo Apelante FABIO MARCELO MOREIRA DA SILVA, 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 NEGAR 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 Prejudicado Por Unanimidade Salvador, 10 de Julho de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8021416-89.2021.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: FABIO MARCELO MOREIRA DA SILVA Advogado (s): ALANA JESUS SANTOS, VICTOR EMANUEL NUNES PEIXINHO, ANTONIO AUGUSTO GRACA LEAL APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Acusado FABIO MARCELO MOREIRA DA SILVA, 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 absolvição por insuficiência de

provas do crime do art. 33 da Lei 11.343/06. Subsidiariamente, pugnou pela desclassificação do delito de tráfico de drogas para aquele previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006. Eventualmente, pleiteou o afastamento da sumula 231 do STJ e o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Ao final, requereu: substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, modificação do regime de cumprimento de pena e a detração (ID. 44631826). 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. 44631830). 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 46186923).

Salvador, 29 de junho de 2023  
Desa. Nágila Maria Sales Brito Relatora  
PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma  
Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8021416-89.2021.8.05.0080  
Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma  
APELANTE: FABIO MARCELO MOREIRA DA SILVA Advogado (s): ALANA JESUS SANTOS, VICTOR EMANUEL NUNES PEIXINHO, ANTONIO AUGUSTO GRACA LEAL 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 disponibilizada no DJE em 16.01.2023, tendo o Advogado 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 perpetróu 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. 05 do ID 44627907), Auto de Exibição e Apreensão (fl. 19 do ID 44627907), Laudo de Constatação da Droga (fl. 23 do ID 44627907) e Laudo Definitivo (ID 44631772). A Perícia constatou que os 02 (dois) tabletes de pó branco, pesando 1.988,74g (um quilo, novecentos e oitenta e oito gramas e setenta e quatro centigramas) resultaram Positivo para a presença de Benzoilmetilecgonia (cocaína), substância entorpecente de uso proscrito no Brasil, inserida na Lista F1 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 06 de outubro de 2021, por volta das 19h30min, policiais militares receberam denúncia anônima via telefone celular informando sobre a entrega de cocaína na rodoviária de Feira de Santana/BA a ser distribuída às cidades de Coração de Maria/BA e Conceição do Jacuípe/BA. Assim, os policiais militares empreenderam diligência para apurar a informação, indo à Rua Vasco Filho, próximo ao Colégio Modelo Luís Eduardo Magalhães, onde visualizaram um indivíduo portando um saco plástico preto. Realizada a abordagem, encontraram dentro do saco plástico preto 02 (dois) tabletes análogos à cocaína. 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 Rodrigo de Almeida Moreira e Benilton Leão de Andrade Júnior, 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 recebeu uma denúncia de que haveria uma entrega, uma grande quantidade de droga na rodoviária de Feira de Santana; que inclusive na denúncia dizia o carro que receberia essa droga; que não se lembra o modelo do veículo, mas foi um veículo branco; que montou uma campana com o veículo da mesma cor com o objetivo de não espantar, de não fazer com que o que entregasse percebesse; que o Fábio apareceu ao lado da rodoviária, ali do lado do GBarbosa; que Fábio se aproximou, foi feita a abordagem e foi localizado essa quantidade de droga; que o acusado foi perguntado e falou que ficaria responsável por

fazer a entrega e que alguém teria armado pra ele, que inclusive já tinha acontecido dele ser vítima de uma situação dessa de porque tinha sido preso na fronteira; que ele falou que comprou uma grande quantidade de droga, parece que mais de 20kg e alguém denunciou, quando ele apareceu na fronteira ele foi preso; que a denúncia que recebeu foi nesse teor de que fazia distribuição em Coração de Maria, Conceição do Jacuípe, Berimbau; que parece que a pessoa que receberia a droga é quem distribuiria pra essas cidades; que não sabe se o Fábio chegou de ônibus, se o Fábio pegou a droga com outra pessoa na rodoviária; que parece que o Fábio já trouxe a droga da casa dele; que Fábio estava sozinho no momento da abordagem; que Fábio ficou surpreso e indignado porque achou que alguém tinha arquitetado aquela situação pra ele ser preso, no momento em que foi abordado; que foi denúncia anônima; que a denúncia chegou no whatsapp—denúncia de Coração de Maria; (...) que o carro da mesma cor que utilizou é um carro oficial da PM; que o carro foi um Ford KA; que não conhecia Fábio de uma outra oportunidade; que nunca tinha ouvido falar dele; que Fábio não reagiu à prisão; que Benilton compôs a abordagem; que Benilton não recebeu a denúncia; que somente o depoente recebeu a denúncia; que fazia parte da mesma guarnição de Benilton; [...]” (Testemunha Rodrigo de Almeida Moreira, em juízo, PJE Mídias). “(...) que receberam a informação de que ele (o acusado) estava se deslocando para um município que pertence à companhia do depoente e a partir disso tentaram interceptar a situação e lograram êxito com o apoio da equipe da Rondesp; que tem muito tempo, mas lembra que era um carro que estava para chegar pra deslocar para Coração de Maria com essas drogas; que receberam a informação e tentaram interceptar ainda em Feira de Santana, porque ficou sem saber se ele iria para outro local ou não, pediram o apoio da Rondesp e efetuaram a abordagem; que Fábio não disse para o depoente para onde levaria essa droga, mas soube que seria levado para Coração de Maria; que nunca efetuou nenhum tipo de abordagem a Fábio; que a abordagem foi feita próximo nas imediações da rodoviária; que a droga estava condicionada dentro de uma sacola; que Fábio estava tranquilo; que lembra que o Fábio falava que a droga não era dele mas também não disse de quem era, mas achou a droga com ele; que Fábio apenas não falou o destinatário final ou de quem ele recebeu essa droga. [...]” (Testemunha Benilton Leão de Andrade Júnior, em juízo, PJE Mídias). Ademais, o Apelante confessou a prática delitiva. “[...] que os fatos narrados na denúncia são verdadeiros; que foi abordado pelos policiais ouvidos; que no momento da prisão o interrogado tinha esse saco com essa quantidade de cocaína; que não sabia o peso exato e o tipo, mas sabia que era droga; que trabalha com entrega; que alguma pessoa chegou no telefone dizendo que alguém tinha indicado para fazer essa entrega dessa mercadoria; que na época estava precisando muito do dinheiro e aceitou; que a pessoa mandou se dirigir até o final da Fraga Maia, para frente de um condomínio chamado Plaza Fraga Maia; que, se não se engana, foi uma pessoa e entregou o saco e falou que uma outra pessoa chegaria no telefone e ligaria para entregar na rodoviária; que acertou o valor e se [...]” (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 02 tabletes de cocaína pesando quase 02 kg. Veja-se: Maconha Cocaína Quantidade de Maconha (gramas) Países que adotaram essa quantidade Quantidade de Cocaína (gramas) Países que adotaram essa quantidade 2 El VITÓRIA DA CONQUISTA 0.01 Letônia 3 Bélgica 0.2 Lituânia 5 México, Letônia, Lituânia, Países Baixos 0.5 México, Noruega, Suécia 6

Belize 0.75 Itália 8 Peru 1 Colômbia, Equador, República Checa, Belize 10 Equador, Paraguai, Dinamarca 1.5 Grécia, Finlândia 15 Finlândia, República Checa 2 Paraguai, Peru, Portugal, Hungria, Venezuela, El VITÓRIA DA CONQUISTA 20 Colômbia, Venezuela, Grécia 2.8 Jamaica 25 Portugal 7.5 Espanha 30 Canadá, Chipre 10 Chipre Ex positis, os pleitos de absolvição e desclassificação para o art. 28 da Lei 11.343/06 devem ser rechaçados, razão pela qual deverá 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 confissão espontânea prevista no art. 65, inciso III, alínea d, 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 do Acusado e, também, por este responder a outro processo por crime análogo. 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 intelecção 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). Assim, deve ser afastada a presunção de culpabilidade pela existência do processo em andamento. No entanto, a dedicação à atividade criminosa pelo Acusado mostra-se evidenciada, não só em razão da grande quantidade de COCAÍNA apreendida – quase 02 kg –, mas, sobretudo, pelas circunstâncias da prisão e da confissão do Apelante ao afirmar que que trabalha com entrega e sabia que transportava droga naquele momento. Vaja-se, o que ele declarou em juízo: “(...) que os fatos narrados na denúncia são verdadeiros; que foi abordado pelos policiais ouvidos; que no momento da prisão o interrogado tinha esse saco com essa quantidade de cocaína; que não sabia o peso exato e o tipo, mas sabia que era droga; que trabalha com entrega; que o mesmo confessar (...)” Nesse sentido, o STJ tem entendido que a quantidade de droga apreendida, somada a outras circunstâncias podem afastar a minorante, ainda que tenha sido utilizada como fato motivador para a exacerbação da pena-base, inexistindo bis in idem: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS. CONCLUSÃO QUANTO À DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA OU PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com

o?consequente reconhecimento?do tráfico privilegiado, exige?que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa 2. A tese firmada no REsp n. 1.887.511/SP foi flexibilizada para admitir a modulação da fração de redução do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na terceira fase da dosimetria, com base na quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido consideradas na fixação da pena-base (HC n. 725.534/SP, Terceira Seção do STJ). 3. A natureza e a quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas, supletivamente, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa 4. Consideram-se como outros elementos para afastar a minorante o modus operandi, a apreensão de apetrechos relacionados à traficância, por exemplo, balança de precisão, embalagens, armas e munições, especialmente quando o tráfico foi praticado no contexto de delito de armas, ou quando ficar evidenciado, de modo fundamentado, o envolvimento do agente com organização criminosa. 8. Agravo regimental desprovido.(STJ – AgRg no HC: 720589 SP 2022/0024593-1, Data de Julgamento: 21/06/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/06/2022) (grifos nossos) Desse modo, verifica-se que na Sentença recorrida houve fundamentação concreta quanto ao afastamento do tráfico privilegiado, consubstanciada não só pela expressiva quantidade de cocaína apreendida, mas também pelas demais circunstâncias em que ocorreu a apreensão do entorpecente e da confissão do Sentenciado, ficando evidenciado que ele, efetivamente, dedicava-se a atividades criminosas, fazendo disso seu meio de vida. Logo, impossível a aplicação da causa de diminuição em questão. 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 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. DA DETRAÇÃO. A Lei nº 12.736/2012 promoveu modificações na fixação do regime prisional na sentença condenatória, acrescentando o § 2º ao art. 387 do Código de Processo Penal, que assim dispõe: § 2º O tempo de prisão provisória, de prisão administrativa ou de internação, no Brasil ou no estrangeiro, será computado para fins de determinação do regime inicial de pena privativa de liberdade. Ve-se que a Lei nº 12.736/2012, ao atribuir ao juiz da fase de conhecimento a possibilidade de que ele reconheça o cômputo do tempo de prisão provisória para estabelecer o regime prisional inicial, não revogou a competência prevista no art. 66 da Lei de Execucoes Penais de o Juiz da execução realizar a detração penal. Consabido que ao aplicar o § 2º do art. 387 do CPP, não se pode falar em progressão de regime, como pretende o Apelante, tendo em vista que antes do trânsito em julgado na Sentença penal condenatória, não há pena, mas, sim, prisão cautelar. Somente a partir do início da execução penal é que se poderá, para a modificação do regime de cumprimento de pena, ser feita a aferição dos elementos objetivos previstos em lei e dos requisitos subjetivos relacionados ao agir do acusado, o que não pode ser examinado com o devido apreço por esta Corte nesta fase processual. Ademais, não se observa nestes autos uma informação precisa acerca do tempo de segregação cautelar a que esteve



submetido o Apelante. Sobre a detração penal, esclarece a doutrina: (...) a depender do caso concreto, é possível que o juiz do processo de conhecimento abstenha-se de fazê-lo, hipótese em que esta análise deverá ser feita, ulteriormente, pelo juiz da execução, nos termos do art. 66, II, c da LEP, que não foi revogada expressa ou tacitamente pela Lei n. 12.736/12. (Lima, Renato Brasileiro de. Código de Processo Penal comentado. Salvador: Editora Juspodivm, pag. 1066. 2016). A esse respeito, o Tribunal de Justiça do estado da Bahia decidiu: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECORRENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO DELITO TIPIFICADO NO ART. 155, § 4º, I, C/C O ART. 14, II, AMBOS DO CP (TENTATIVA DE FURTO POR ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO), À PENA DE 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, BEM COMO AO PAGAMENTO DE 01 (UM) DIA-MULTA, NO VALOR UNITÁRIO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR FORÇA DO RECONHECIMENTO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. IMPOSSIBILIDADE. (...) PEDIDO DE DETRAÇÃO PENAL E ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. INADMISSIBILIDADE. 5. O § 2º do art. 387 do CPP não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado. 6. Então, no tocante ao regime inicial de cumprimento de pena, a decisão guerreada foi bastante clara ao definir o semiaberto, em razão da reincidência do Réu. 7. Por tais motivos, em face da regra do § 2º, do art. 387 do CPP, com redação da Lei nº 12.736/2012, torna-se recomendável que a detração seja analisada pelo Juízo da Execução Penal. Excertos jurisprudenciais do STJ. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0500755-38.2019.8.05.0146, Relator (a): JEFFERSON ALVES DE ASSIS, Publicado em: 07/05/2020) Não é outro o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PLEITO DE DETRAÇÃO PENAL. ART. 387, § 2º, DO CPP. PENA-BASE ESTABELECIDACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REGIME INICIAL SEMIABERTO FIXADO EM RAZÃO DA VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. POSSIBILIDADE. IRRELEVÂNCIA DO DESCONTO DO PERÍODO DE PRISÃO CAUTELAR. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Quanto ao pleito de detração penal, de fato, com o advento da Lei n. 12.736/2012, o Juiz processante, ao proferir sentença condenatória, deverá retrair o período de custódia cautelar para fins de fixação do regime prisional. Forçoso reconhecer que o § 2º do art. 387 do Código de Processo Penal não versa sobre progressão de regime prisional, instituto próprio da execução penal, mas, sim, acerca da possibilidade de se estabelecer regime inicial menos severo, descontando-se da pena aplicada o tempo de prisão cautelar do acusado. Ainda, tem-se que as alterações trazidas pelo diploma legal supramencionado não afastaram a competência concorrente do Juízo das Execuções para a detração, nos termos do art. 66 da Lei n. 7.210/1984, sempre que o Magistrado sentenciante não houver adotado tal providência. 2. Na hipótese dos autos, contudo, quando da prolação do acórdão ora impugnado, mostrava-se irrelevante a detração penal, nos termos do art. 387, § 2º, do CPP, considerando que o meio prisional mais grave foi estabelecido em virtude da valoração negativa de circunstância judicial. Repita-se: a existência de moduladora desfavorável autoriza afixação do regime mais grave que o indicado pela quantidade de pena estabelecida no decreto condenatório, como se deu no caso. Logo, indiferente seria eventual detração penal. 3. Agravo regimental não provido (STJ – AgRg no HC: 561176 SP 2020/0033105-6, Relator: Ministro RIBEIRO DANTAS, Data de Julgamento: 03/03/2020, T5 – QUINTA TURMA, Data de

Publicação: DJe 10/03/2020)– grifos aditados. Por tais motivos, como o § 2º, do art. 387 do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.736/2012 não versa sobre eventual progressão de regime a que faria jus o Acusado, torna-se recomendável que a detração seja analisada pelo Juízo da Execução Penal. Dessa forma, tendo em vista o seu grau mais elevado de consolidação das informações, determino ao Juízo da Execução que, de imediato, afira a eventual detração penal do Acusado, modificando, se for o caso, o regime inicial de cumprimento da pena, em prestígio aos princípios da celeridade e segurança jurídicas. CONCLUSÃO Ante o exposto, CONHEÇO o Recurso de Apelação interposto pela Defesa e NEGO-LHE PROVIMENTO. Salvador/BA, 29 de junho de 2023. Desa. Nágila Maria Sales Brito Relatora