

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8010637-41.2022.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: ANTONIO CORREIA PUGAS JUNIOR Advogado (s): ANTONIO AUGUSTO GRACA LEAL, MARCOS SANTOS SILVA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NÃO ACOLHIMENTO. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DELITIVA. PROVA PERICIAL E CREDIBILIDADE DA INCRIMINAÇÃO DOS POLICIAIS. MAJORAÇÃO DA PENA-BASE PELA NATUREZA E QUANTIDADE DOS ENTORPECENTES. ART. 42 DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE COM RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. RECONHECIMENTO ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PREJUDICADO. PLEITO DE REDUÇÃO DA REPRIMENDA POR APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DE TRÁFICO PRIVILEGIADO EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. RESTITUIÇÃO DE VEÍCULO APREENDIDO. NÃO CABIMENTO. BEM UTILIZADO EM PROVEITO DO CRIME. ART. 63 DA LEI 11.343/06. INVIABILIDADE. DETRAÇÃO. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÕES. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A materialidade delitiva resta comprovada através do auto de prisão em flagrante de Id. 38595574 – Pág. 03, auto de exibição de Id. 38595574 – Pág. 15 do laudo pericial acostado ao Id. 38595574 – Pág. 71, o qual concluiu que “foram visualizados 380 tablets no interior da carroceria do veículo apreendido. A seu turno, a autoria delitiva imputada ao denunciado encontra-se devidamente comprovada nos elementos probatórios produzidos, principalmente, a partir dos depoimentos das testemunhas arroladas. A situação em que se deu a prisão foi flagrancial em razão de abordagem da autoridade policial. 2. Em que pese o entendimento do Magistrado de piso, verifica-se a desproporcionalidade da exasperação realizada, que chega a quase o dobro da pena mínima cominada ao tipo penal em razão de uma única circunstância judicial. Dessa forma, impõe-se a redução da pena-base aplicada. Entendo razoável ao caso concreto a exasperação numa fração de 1/5 (um quinto) sobre a diferença entre a pena máxima e mínima cominada ao tipo, considerando, exatamente, a elevada quantidade de droga apreendida e seu potencial danoso, chegando-se a 07 (sete) anos e 700 (setecentos) dias-multa. 3. Cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las, na primeira fase, para exasperar a pena-base ou, na terceira fase, para graduar o redutor do tráfico privilegiado, mas nunca em ambas as fases, sob pena de bis in idem. (AgRg no HC n. 475.345/ SP, Ministro Felix Fisher, Quinta Turma, DJe 1º/3/2019) Necessário o afastamento da valoração da “quantidade da droga” da terceira fase da dosimetria, a fim de aplicar o “tráfico privilegiado”, uma vez que inexistem outras circunstâncias que indiquem que o recorrente se dedique a atividades criminosas. 4. Desse modo, aplicando-se o percentual redutor de 2/3, a pena definitiva é de 4 (quatro) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa, à razão de 1/30 do valor do salário-mínimo vigente à época dos fatos a ser cumprido em regime semiaberto. 5. Frise-se que a pena privativa de liberdade aplicada ao apelante foi superior a 04 (quatro) anos, impossibilitando-se, assim, a substituição por penas restritivas de direitos, em consonância com o preceito contido no inciso I, do art. 44, do Código Penal. 6. Não tem direito de apelar em liberdade em face de sentença penal condenatória o réu que, preso em flagrante delito, nesta condição permaneceu durante o curso do processo, pois um dos efeitos da sentença condenatória é ser o

réu conservado na prisão, ex vi do art. 393, I, do Código de Processo Penal. 7. Concernente à detração penal, a Lei nº 12.736/12 manteve a função do Juízo da Execução. Imperiosa, para a concessão, a aferição dos elementos objetivos previstos em lei. Em verdade, a modificação do regime de cumprimento da pena por efeito da detração demanda a comprovação de requisitos subjetivos relacionados ao comportamento do Acusado. Isto não pode ser examinado, com precisão, por esta Corte, nesta fase processual. 8. Recurso provido em parte. A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8010637-41.2022.8.05.0080, de Feira de Santana/Ba, em que figura como apelante ANTÔNIO CORREIA PUGAS JÚNIOR, e como apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores componentes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, pelas razões adiante alinhadas. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Provido em parte. Unânime. Salvador, 20 de Abril de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8010637-41.2022.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: ANTONIO CORREIA PUGAS JUNIOR Advogado (s): ANTONIO AUGUSTO GRACA LEAL, MARCOS SANTOS SILVA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Apelação Criminal interposta por Antônio Correia Pugas Júnior, contra a sentença de Id. 38595612, proferida pela MM. Juíza de Direito da Vara de Tóxicos e Acidentes de Veículos da Comarca de Feira de Santana/Ba, que o condenou pela prática do delito previsto no art. 33 c/c art. 40, inciso V, ambos da Lei nº 11.343/2006. Narra a denúncia que no dia 19 de fevereiro de 2022, o apelante foi preso em flagrante delito pelo crime de tráfico de drogas., por volta das 11h, quando a guarnição da Polícia Rodoviária realizava abordagens de rotina na BR 116, Centro, Feira de Santana-BA, ocasião em que deram ordem de parada ao veículo MMC/L200 TRITON SPT GL, placa policial QCF2G94, conduzido por Antônio Correia Pugas Júnior e, após a realização de buscas no veículo, constatou-se que o denunciado transportava aproximadamente 50kg (cinquenta quilos) de cocaína e aproximadamente 490kg (quatrocentos e noventa quilos) de pasta base de cocaína, na caçamba da caminhonete, escondidos debaixo de lonas. Recebida a denúncia, realizou-se a instrução processual, culminando com a condenação do réu a uma pena total de 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão, além do pagamento de 875 (oitocentos e setenta e cinco) dias-multa no valor de um trigésimo do salário-mínimo vigente à data do fato, em regime inicial fechado. Inconformado com a r. sentença, o réu interpôs Apelação arrazoando no Id 38596522, requerendo a reforma da sentença, a fim de que seja absolvido por falta de provas ou, em caso de não acolhimento do pleito absolutório, a reforma da dosimetria quanto à pena-base. Subsidiariamente, o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, fixando, em seguida, o regime inicial aberto e, posteriormente, substituindo a pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, bem como a possibilidade de recorrer em liberdade e a restituição do veículo apreendido. Em suas contrarrazões, o membro do Ministério Público, no Id 38596536, pugnou pelo desprovemento do apelo interposto, mantendo-se, por seus próprios fundamentos, a sentença recorrida. A d. Procuradoria de Justiça, no Parecer contido no ID nº 40435704, pronunciou-se pelo desprovemento do recurso. É o relatório. Salvador, 06 de março de 2023. Des. Carlos Roberto Santos Araújo Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara

Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8010637-41.2022.8.05.0080
Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: ANTONIO CORREIA PUGAS JUNIOR Advogado (s): ANTONIO AUGUSTO GRACA LEAL, MARCOS SANTOS SILVA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Ante o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso ora interposto. O pedido de absolvição apresentado no recurso de apelação interposto pelo réu, data vênua, não merece albergamento. A materialidade delitiva resta comprovada através do auto de prisão em flagrante de Id. 38595574 – Pág. 03, auto de exibição de Id. 38595574 – Pág. 15 do laudo pericial acostado ao Id. 38595574 – Pág. 71, o qual concluiu que “foram visualizados 380 tablets no interior da carroceria do veículo apreendido. Laudo pericial definitivo, confira-se: “LAUDO DE CONSTATAÇÃO 2022 01 PC 001594-01 e o LAUDO DE EXAME PERICIAL N.º 2022 01 PC 001169-02 definitivo de drogas – os quais relatam a presença da substância benzoilmetilecgonina (cocaína) nos materiais analisados” A seu turno, a autoria delitiva imputada ao denunciado encontra-se devidamente comprovada nos elementos probatórios produzidos, principalmente, a partir dos depoimentos das testemunhas arroladas. A situação em que se deu a prisão foi flagrancial em razão de abordagem da autoridade policial. Segundo o depoimento da testemunha o PRF Adriano Araújo dos Santos, ouvida em juízo, o mesmo disse que: “que integrou a equipe da Polícia Rodoviária Federal que promoveu a prisão em flagrante do réu dessa ação; que estava com um colega fiscalizando em frente ao posto da PRF em Feira de Santana e o colega percebeu, quando o veículo passava, que o amortecedor, não sabe o nome, estava um pouco elevado além do normal e isso chamou a atenção, porque normalmente alguém quando quer esconder que está levando alguma carga, alguma coisa, ele suspende para não mostrar que está carregando algo pesado; que normalmente o amortecedor desce e aí eles elevam para tentar disfarçar, então isso chamou a atenção do colega; que foi isso que fez mandarem o veículo parar; que ele parou, obedeceu a ordem, começaram a conversar com ele o de praxe e se ele estava levando alguma carga; que ele falou que estava levando rapadura, que era enfermeiro, estava saindo de Barreiras para fazer consultas junto com um médico em Feira de Santana e que estava levando rapadura; que perguntou a ele o que ele faria com a rapadura e ele falou que venderia também na região; que acharam estranho essa conversa e resolveram verificar a carga; que quando foram olhar, perceberam que estavam empacotados em sacos de nylon muito velho, muito estranho para quem está carregando algum tipo de alimento; que resolveram verificar a carga e viram que, na verdade, o que ele dizia que era rapadura era pasta base de cocaína e pó também; que depois de encontrado esse material entorpecente, ele confessou que não estava vindo de Barreiras, estava vindo de outro lugar; que ele chegou e confessou que tinham pago a ele R\$ 15.000,00 (quinze mil reais) para entregar em Feira de Santana a uma pessoa que ele disse que não sabia quem era; que, se não se engana, tinha um papel dentro do carro de lá da fronteira, não se lembra de qual estado perto da fronteira do Brasil com outro país; que ele fez o transporte interestadual desse material; que se lembra que era um estado lá na fronteira do Brasil; que não se lembra muito o que estava escrito nessa nota de serviço do próprio carro, provavelmente era de alguma loja, mas agora não consegue relembrar o que estava escrito lá, só lembra que é uma nota de um estado próximo a fronteira do Brasil com outro país; que pela quantidade e como o material estava acondicionado na carroceria do veículo, que é aberta e acomodada com a droga em sacos fechados, com nylon, difícil ele não saber que estava transportando aquilo

ali; que ele disse que estava transportando o material; que ele atendeu de forma tranquila aos comandos policiais, toda a abordagem foi tranquila; que não o conhecia antes da abordagem.” No mesmo sentido a testemunha PRF Márcio de Cerqueira Brandão que afirmou: “que integrou a equipe da PRF na data 19/02/2022, por volta das 11h, na BR 116, que realizou a prisão em flagrante do réu dessa ação, sr. Antônio; que foi uma abordagem normal, estavam chegando no posto da PRF e passou esse veículo, uma caminhonete prata com a caçamba muito suspensa; que percebeu que essa caminhonete tinha adulterado o sistema de suspensão dela e isso normalmente chama a atenção dos policiais; que pararam esse veículo, abordaram o condutor e ele falou que estava vindo de Barreiras, de um plantão, porque era enfermeiro; que solicitaram que ele descesse do veículo, pediram documento e foram verificar a caçamba, o que tinha na carga; que mandaram ele colocar o veículo mais próximo do posto, abriram a capota da caçamba, verificaram lá várias caixas, um material pesado em sacos plásticos; que perguntaram a ele o que era aquilo na carga, inicialmente ele falou que era remédio; que aprofundaram a vistoria e verificaram um material, como já conhecem, com um cheiro de pasta base de cocaína; que perguntaram a ele de novo o que era aquilo, ele falou também que era rapadura, que ele trouxe de Barreiras para vender, só que já sabiam que não era; que começaram a abrir várias caixas, tirar tudo de dentro dos sacos e verificaram que se tratava de droga, de pasta base de cocaína, e também cocaína já processada, já pronta; que depois disso ele não tinha mais porque mentir, aí ele confessou que recebeu uma quantia para trazer essa droga de Roraima ou Rondônia para Feira de Santana e ele receberia um valor por isso; que ele falou que entregaria esse material na rodoviária de Feira de Santana, não sabia para quem entregaria, deixaria o carro estacionado lá, iria para o hotel e alguém pegaria esse carro lá com a droga e, se não se engana, ele voltaria de avião ou de ônibus; que não lembra se ele chegou a identificar se já tinha realizado essas viagens para Feira de Santana outras vezes; que não o conhecia e nem tinha realizado abordagem a ele anterior a esse fato; que Antônio atendeu tranquilamente as determinações policiais; que se não se engana ele falou que receberia R\$ 15.000 (quinze mil reais); que acha que ele informou que estava desempregado e foi o motivo de ele ter aceitado essa proposta de transporte de droga; que depois que descobriram que era droga ele não tentou atrapalhar, não teve intercorrência.” A seu turno o apelante ao ser interrogado em juízo narrou: “que foi contratado por um rapaz do interior para buscar a droga apreendida nesta cidade, em troca de R\$1.500,00; que conhece o rapaz, pois ele sempre passava por seu horto; que aceitou a proposta, pois estava com dificuldade financeira e com sua mãe doente; que a pessoa que lhe fez a proposta tem o apelido de “Rubão”; que nunca usou drogas; que veio sozinho até esta cidade, na condução de um carro Celta cedido por Rubão; que ao chegar aqui, recebeu a ligação de um rapaz, ao qual iria entregar o veículo; que se encontraram próximo ao feiraguai; que ficou no local aguardando o rapaz retornar; que após um tempo, ele trouxe o carro de volta; que foi embora no mesmo veículo; que ao sair do feiraguai, viu Jailson passar à pé com uma sacola; que deu-lhe uma carona; que sabia que no veículo continha “coisa errada”; que nunca foi preso ou processado antes; que não conhecia os policiais da sua prisão; que o rapaz para quem passou o carro, escondeu a droga e lhe devolveu o veículo, contudo, não lhe informou onde estava o entorpecente; que não sabia a quantidade da droga que transportava; que aproveitou a viagem para comprar as mudas de planta, asquais pagaria com o dinheiro que iria receber de

Rubão; que tem mãe, pai e um filho de 12 anos; que, inclusive, seu filho não têm conhecimento da sua prisão; que não é desta cidade; que seu horto fica na rodoviária da cidade; que não está tendo visitas no presídio.” Na hipótese, entendo que os depoimentos realizados pelos policiais que encontraram as substâncias ilícitas, servem perfeitamente como prova testemunhal dos crimes, sendo dotados de credibilidade e veracidade. Veja-se que, pela aplicação do princípio da igualdade, haverá, como qualquer outra testemunha, o compromisso de dizer a verdade conforme estipulado no artigo 203 do CPP e, se o policial fizer alguma afirmação falsa, calar ou ocultar a verdade, então o Juiz que estiver tomando o depoimento com força no artigo 211 do CPP determinará a instauração de inquérito para apurar o crime de falso testemunho. Com efeito, não é razoável admitir-se que o Estado possa credenciar pessoas para a função repressiva e, sem elementos cabais de prova, negar-lhes crédito quando de sua estrita atividade. 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 destoa do conjunto probatório. Corroborando tal entendimento, vem assim decidindo o Superior Tribunal de Justiça: “(...) Não há óbice a que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do réu sejam considerados na sentença como elemento de prova amparador da condenação, desde que colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de cognição, tal como na hipótese, em que a expressiva quantidade de droga apreendida – 24 (vinte e quatro) invólucros com crack – revela não ser o entorpecente destinado a consumo próprio. (...)” (STJ: HC 162131/ES, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, DJe 21/06/2010, grifo nosso). Saliente-se que a prova do crime de tráfico de drogas 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. Não é demais lembrar que, nos crimes de tráfico, não há que se esperar a concretização do ato de venda para que o crime se consume, porque estamos à frente de um delito de ação múltipla. A rigor, é desnecessária a visualização da mercancia pelos policiais, basta observar o tipo penal do art. 33 da Lei Federal nº 11.343/06, para verificar que o núcleo do tipo abarca muitas condutas, de modo que a só realização de uma das ações previstas no caput do aludido artigo já seria suficiente para comportar a condenação: “Art. 33. 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.” Verifica-se que os depoimentos das testemunhas arroladas pelo Ministério Público afiguram-se coerentes com os demais elementos probatórios colacionados aos autos, apontando que o ora apelante praticou os delitos previstos no art. 33, caput, da nº Lei 11.343/2006 sendo inviável o pleito de absolvição do ilícito. Assim, meridianamente claro pelo raciocínio lógico aqui desenvolvido, que a absolvição requerida na apelação do recorrente não merece amparo ante os elementos de prova trazidos aos autos. Houve, assim, material probandi apto à condenação do acusado, restando a autoria e a materialidade da prática do crime de tráfico de drogas, não podendo ser acolhido o pleito de absolvição. DOSIMETRIA DA PENA E TRÁFICO PRIVILEGIADO. O Magistrado a quo, na primeira fase da dosimetria, fixou a pena-base em 09 (nove) anos de reclusão e pagamento de 900 (novecentos) dias multas, à base de 1/30

(um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do delito, aplicando corretamente o quanto disposto do art. 42 da Lei 11.343/06 como norma preponderante especial sobre a geral levando em consideração tanto a natureza dos entorpecentes quanto a quantidade dos mesmos. Para melhor análise da dosimetria vale transcrever a sentença neste ponto: “No tocante às circunstâncias judiciais de natureza subjetiva (antecedentes, conduta social, personalidade), não há nos autos elementos que atribuam uma valoração negativa ao agente. No que tange às circunstâncias objetivas (motivos, circunstâncias e consequências do crime), nada há que já não se relacione intimamente à gravidade da conduta apurada. Não se olvida, quanto à culpabilidade, sua valoração negativa, dada a quantidade e natureza da droga apreendida – mais de 560kg de cocaína, substância altamente nociva à sociedade e ao usuário, dado o alto teor de toxicidade e rápida dependência provocada – circunstância que prepondera sobre o art. 59 do CPP, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006, e justifica a exasperação da pena-base. Diante do disposto no art. 42 da Lei 11.343/06 e diante dos parâmetros do art. 59 do Código Penal, fixo a pena-base em 09 (nove) anos de reclusão, além de 900 (novecentos) dias-multa. Não há circunstâncias agravantes. Presente a atenuante da confissão, o que justifica a atenuação da pena em 1/6 (um sexto). Presente a causa de aumento prevista no art. 40, inciso V, da Lei de Drogas, razão pela qual majoro a pena em 1/6 (um sexto). Por outro lado, conforme já exposto em linhas pretéritas, não incide a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06. Assim, torno definitiva a pena em 08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão, além de 875 (oitocentos e setenta e cinco) dias-multa, à base de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, com a devida correção monetária, diante da presumida situação financeira do denunciado. A pena deverá ser cumprida em regime inicial fechado, em estabelecimento penal próprio (art. 33, § 2º, do CP), não tendo o tempo de prisão provisória cumprido o condão de alterá-lo para fins do art. 387, § 2º do CPP, posto não atendido o interstício mínimo para a progressão. Incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos em face do total de pena imposto.” Verifica-se que, na primeira fase, valorou-se negativamente apenas a culpabilidade do réu dada a quantidade e natureza da droga apreendida, fixando a pena-base em 09 (nove) anos de reclusão, além de 900 (novecentos) dias-multa. Em que pese o entendimento do Magistrado de piso, verifica-se a desproporcionalidade da exasperação realizada, que chega a quase o dobro da pena mínima cominada ao tipo penal em razão de uma única circunstância judicial. Dessa forma, impõe-se a redução da pena-base aplicada. Entendo razoável ao caso concreto a exasperação numa fração de 1/5 (um quinto) sobre a diferença entre a pena máxima e mínima cominada ao tipo, considerando, exatamente, a elevada quantidade de droga apreendida e seu potencial danoso, chegando-se a 07 (sete) anos e 700 (setecentos) dias-multa. Na segunda fase, considerando a atenuante da confissão, aplica-se o redutor de 1/6 (um sexto), chegando à pena de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses. Considerando a incidência da causa de aumento prevista no art. 40, inciso V, da Lei de Drogas, a pena deve ser majorada em 1/6 (um sexto), retornando, assim ao patamar de 07 (sete) anos e 700 (setecentos) dias-multa. Na terceira fase, o Magistrado deixou de reconhecer a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, também em razão da expressiva quantidade de droga apreendida. Cumpre registrar que para a concessão da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, é necessário que o réu cumpra os requisitos ali elencados de forma

cumulativa e simultânea. Em assim sendo, o réu deve ser primário, apresentar bons antecedentes, não se dedicar a atividades delitivas ou integrar organização criminosa. Isso porque o benefício ou privilégio em análise é direcionado para quem adere ao tráfico de drogas esporadicamente e não ao traficante contumaz, que exerce, com habitualidade, a atividade ilícita. No caso dos autos, não há elementos que permitam concluir que o réu se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não sendo o mesmo portador de Maus Antecedentes. In casu, o Magistrado exasperou a pena-base em razão da elevada quantidade de drogas apreendidas, valendo-se deste mesmo argumento para deixar de aplicar a causa de diminuição relativa ao "tráfico privilegiado", o que não é admitido. Cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las, na primeira fase, para exasperar a pena-base ou, na terceira fase, para graduar o redutor do tráfico privilegiado, mas nunca em ambas as fases, sob pena de bis in idem (AgRg no HC n. 475.345/SP, Ministro Felix Fisher, Quinta Turma, DJe 1º/3/2019). Desse modo, reputo necessário o afastamento da valoração da "quantidade da droga" da terceira fase da dosimetria, a fim de aplicar o "tráfico privilegiado", uma vez que inexistem outras circunstâncias que indiquem que o recorrente se dedique a atividades criminosas. Ressalte-se que a utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fase da dosimetria não é admitida seja para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena. Nesse sentido é a consolidada jurisprudência dos Tribunais Superiores Superior Tribunal de Justiça. Vejamos: AGRADO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. TERCEIRA FASE. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. MINORANTE AFASTADA EM RAZÃO DA QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. MINORANTE. INCIDÊNCIA. 1. A minorante foi negada pelas instâncias ordinárias apenas em razão da quantidade do material entorpecente apreendido, tendo o acórdão impugnado entendido, de modo intuitivo, que, em razão da quantidade, o réu estaria se dedicando a atividades criminosas. Ora, a conclusão de que haveria dedicação a atividades criminosas ou integração em organização criminosa deve ser lastreada em elementos concretos e não em meras suposições. 2. Seguindo farta orientação do Supremo Tribunal Federal, recentemente, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça reafirmou o entendimento de que o tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual e, ainda, de que a utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712) – (REsp n. 1.887.511/SP, Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, DJe 1º/7/2021) – (AgRg no HC n. 716.039/SP, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe de 20/6/2022). 3. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no HC: 708920 SP 2021/0379750-0, Data de Julgamento: 02/08/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/08/2022) AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. MINUTA DE AGRADO QUE NÃO INFIRMA ESPECIFICAMENTE TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO

AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENHIDAS. PARÂMETRO UTILIZADO TANTO PARA EXASPERAR A PENA-BASE QUANTO PARA MODULAR A FRAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. BIS IN IDEM. PRECEDENTES. CONCEDIDO HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO. 1. Nas razões do agravo em recurso especial, não foram rebatidos, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, relativos à incidência das Súmulas n. 182/STJ e 518/STJ, à não comprovação do suposto dissenso jurisprudencial e à impossibilidade de alegação de dissídio interpretativo a partir de acórdãos oriundos de mandado de segurança, habeas corpus e recurso ordinário. 2. A decisão de inadmissibilidade do recurso especial não é formada por capítulos autônomos, mas por um único dispositivo, de modo que se o Agravante deixa de impugnar adequadamente qualquer um dos fundamentos de inadmissão, torna-se inviável o conhecimento do agravo em recurso especial em sua integralidade. 3. Verificada a existência de ilegalidade evidente, apta a ser corrigida por meio da concessão de habeas corpus, de ofício. 4. In casu, a quantidade de drogas foi valorada para exasperar a pena-base e, também, para modular a fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, o que esbarra na vedação ao bis in idem, consagrada na jurisprudência desta Corte Superior. 5. Agravo regimental desprovido. Concedido habeas corpus, de ofício. (STJ – AgRg no AREsp: 2183558 SP 2022/0243812–3, Data de Julgamento: 18/10/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/10/2022) No mesmo sentido já se manifestou esta Corte de Justiça: EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. POSSE DE ENTORPECENTES. APREENSÃO DE 250G DE COCAÍNA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA, PUGNANDO PELA ABSOLVIÇÃO. SUBSIDIARIAMENTE, A REDUÇÃO DA REPRIMENDA IMPOSTA COM APLICAÇÃO DO REDUTOR REFERENTE AO "TRÁFICO PRIVILEGIADO" EM SEU PATAMAR MÁXIMO. AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE CONSTATADAS. DEPOIMENTO DAS TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. PRISÃO EM FLAGRANTE DO APELANTE, DE POSSE DOS ESTUPEFACIENTES. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE USO. ARTIGO 28, DA LAD. INVIABILIDADE. BIS IN IDEM QUANDO DA REALIZAÇÃO DA DOSIMETRIA. PRECEDENTES DA CORTE SUPERIOR. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA NO SEU PATAMAR MÁXIMO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. PENA REDIMENSIONADA. (...) VIII – Constitui indevido bis in idem a valoração negativa de idênticos fundamentos na primeira etapa da dosimetria da pena, para elevar a pena-base, e na terceira, para negar ou mesmo modular a fração da minorante do tráfico privilegiado, conforme precedentes da Corte Superior. IX– Recurso parcialmente provido. Pena redimensionada. (TJ-BA – APL: 07000606220218050039, Relator: PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 31/08/2021) Desse modo, aplicando-se o percentual redutor de 2/3, a pena definitiva é de 4 (quatro) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa, à razão de 1/30 do valor do salário-mínimo vigente à época dos fatos. O regime inicial de cumprimento da pena deve ser adequado para o semiaberto, em observância ao art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal. DO PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PARA A PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. Considerando que a pena privativa de liberdade aplicada foi superior a 04 (quatro) anos, torna-se inviável a substituição por restritivas de direitos, em consonância com o preceito contido no inciso I, do art. 44, do Código Penal. Segundo o artigo 44 do Código Penal, a pena deve ser substituída quando: 1) não houve violência ou ameaça no cometimento do crime, a pena aplicada não for maior do que 4

anos, ou para crimes culposos independente da pena; 2) o réu não for reincidente em crime doloso; e 3) o réu não tiver maus antecedentes. In casu, incabível a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, vez que a pena aplicada de 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão ultrapassa o limite máximo de 04 (quatro) anos previsto no art. 44, I, do Código Penal. DA PRETENSÃO DE RECORRER EM LIBERDADE Quanto ao pleito de recorrer em liberdade, não tem direito de apelar em liberdade em face de sentença penal condenatória o réu que, preso em flagrante delito, nesta condição permaneceu durante o curso do processo, pois um dos efeitos da sentença condenatória é ser o réu conservado na prisão, ex vi do art. 393, I, do Código de Processo Penal. Nesse sentido: "À luz da nova ordem constitucional, que consagra no capítulo das garantias individuais o princípio da presunção de inocência (CF, art. 5º, LVII), a faculdade de recorrer em liberdade objetivando a reforma de sentença penal condenatória é a regra, somente impondo-se o recolhimento provisório do réu à prisão nas hipóteses em que enseja a prisão preventiva, na forma inscrita no art. 312, do CPP. Na hipótese em que o réu permaneceu preso preventivamente durante todo o curso do processo como garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, não é cabível o benefício de apelar em liberdade." (S.T.J. 6ª T. – HC n. 7.744/SP – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 16/11/98, pág. 121). No mesmo sentido: S.T.J. 6ª T. – HC n. 7.783/SP – Rel. Min. Vicente Leal – DJU 16/11/98, pág. 122. "RHC. TÓXICOS. APELAÇÃO EM LIBERDADE. RÉU PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO. EFEITO DA CONDENAÇÃO. CONSIDERAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 18, INC. III, DA LEI Nº 6.863/76 AO INVÉS DO DELITO AUTÔNOMO DA ASSOCIAÇÃO. INOCORRÊNCIA DE CERCEAMENTO DE DEFESA. EXECUÇÃO. LEI Nº 9.455/97. APLICAÇÃO EXCLUSIVA À PRÁTICA DE TORTURA. RECURSO DESPROVIDO. I. Mantém-se a negativa ao direito de apelar em liberdade a réu que permaneceu preso durante toda a instrução do processo, em razão de flagrante em delito de tóxicos, pois a manutenção na prisão constitui-se em efeito da respectiva condenação. II. Não se reconhece o apontado cerceamento de defesa na decisão que não vislumbra a ocorrência do delito autônomo da associação tipificado no art. 14 da Lei nº 6.863/76, mas, sim, a causa de aumento prevista no art. 18, inc. III, da mesma Lei. III. A Lei nº 9.455/97 refere-se exclusivamente à prática de tortura, não ensejando analogia e extensão aos demais delitos previstos na Lei dos Crimes Hediondos. IV. Recurso desprovido." (STJ – 5ª Turma – Maioria – ROHC nº 8581 de São Paulo – Rel. Min. Gilson Dipp – j. em 15.06.99) DO PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DO BEM UTILIZADO PARA O TRANSPORTE DA DROGA. Por fim, por força do art. 63, da Lei 11.373/06, o pedido de restituição do veículo usado no transporte da droga apreendida não pode ser acolhido. Dispõe o art. 63 da Lei de drogas: "Art. 63. Ao proferir a sentença, o juiz decidirá sobre: I – o perdimento do produto, bem, direito ou valor apreendido ou objeto de medidas assecuratórias; II – o levantamento dos valores depositados em conta remunerada e a liberação dos bens utilizados nos termos do art. 62. § 1º Os bens, direitos ou valores apreendidos em decorrência dos crimes tipificados nesta Lei ou objeto de medidas assecuratórias, após decretado seu perdimento em favor da União, serão revertidos diretamente ao Funad." Sobre a matéria, o Supremo Tribunal Federal no tema 647 de repercussão geral tratou da Possibilidade da decretação de perdimento de bem apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, quando não comprovada sua utilização habitual ou sua adulteração para o cometimento do crime. Após o julgamento do Leading Case RE 638491 foi firmada a seguinte tese: "É

possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal.” Confirma-se a ementa abaixo: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PENAL. PROCESSUAL PENAL. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. TEMA 647 DO PLENÁRIO VIRTUAL. TRÁFICO DE DROGAS. VEÍCULO APREENDIDO COM O SUJEITO ATIVO DO CRIME. DECRETAÇÃO DE PERDIMENTO DO BEM. CONTROVÉRSIA SOBRE A EXIGÊNCIA DE HABITUALIDADE DO USO DO BEM NA PRÁTICA CRIMINOSA OU ADULTERAÇÃO PARA DIFICULTAR A DESCOBERTA DO LOCAL DE ACONDICIONAMENTO. DESNECESSIDADE. INTERPRETAÇÃO DO ART. 243, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. O confisco de bens pelo Estado encerra uma restrição ao direito fundamental de propriedade, insculpido na própria Constituição Federal que o garante (art. 5º, caput, e XXII). 2. O confisco de bens utilizados para fins de tráfico de drogas, à semelhança das demais restrições aos direitos fundamentais expressamente previstas na Constituição Federal, deve conformar-se com a literalidade do texto constitucional, vedada a adstrição de seu alcance por requisitos outros que não os estabelecidos no artigo 243, parágrafo único, da Constituição. 3. O confisco no direito comparado é instituto de grande aplicabilidade nos delitos de repercussão econômica, sob o viés de que “ o crime não deve compensar”, perspectiva adotada não só pelo constituinte brasileiro, mas também pela República Federativa do Brasil que internalizou diversos diplomas internacionais que visam reprimir severamente o tráfico de drogas. 4. O tráfico de drogas é reprimido pelo Estado brasileiro, através de modelo jurídico-político, em consonância com os diplomas internacionais firmados. 5. Os preceitos constitucionais sobre o tráfico de drogas e o respectivo confisco de bens constituem parte dos mandados de criminalização previstos pelo Poder Constituinte originário a exigir uma atuação enérgica do Estado sobre o tema, sob pena de o ordenamento jurídico brasileiro incorrer em proteção deficiente dos direitos fundamentais. Precedente: HC 104410, Relator (a): Min. Gilmar Mendes, Segunda Turma, julgado em 06/03/2012, DJ 26-03-2012. 6. O confisco previsto no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal deve ser interpretado à luz dos princípios da unidade e da supremacia da Constituição, atentando à linguagem natural prevista no seu texto. Precedente: RE 543974, Relator (a): Min. Eros Grau, Tribunal Pleno, julgado em 26/03/2009, DJ 28-05-2009. 7. O Supremo Tribunal Federal sedimentou que: AGRAVO DE INSTRUMENTO – EFICÁCIA SUSPENSIVA ATIVA – TRÁFICO DE DROGAS – APREENSÃO E CONFISCO DE BEM UTILIZADO – ARTIGO 243, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Impõe-se o empréstimo de eficácia suspensiva ativa a agravo, suspendendo-se acórdão impugnado mediante extraordinário a que visa imprimir trânsito, quando o pronunciamento judicial revele distinção, não contemplada na Constituição Federal, consubstanciada na exigência de utilização constante e habitual de bem em tráfico de droga, para chegar-se à apreensão e confisco – artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal. (AC 82-MC, Rel. Min. Marco Aurélio, julgamento em 3-2-2004, Primeira Turma, DJ de 28-5-2004). 8. A habitualidade do uso do bem na prática criminosa ou sua adulteração para dificultar a descoberta do local de acondicionamento, in casu, da droga, não é pressuposto para o confisco de bens, nos termos do art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal. 9. Tese: É possível o confisco de todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do

tráfico de drogas, sem a necessidade de se perquirir a habitualidade, reiteração do uso do bem para tal finalidade, a sua modificação para dificultar a descoberta do local do acondicionamento da droga ou qualquer outro requisito além daqueles previstos expressamente no artigo 243, parágrafo único, da Constituição Federal. 10. Recurso Extraordinário a que se dá provimento. (RECURSO EXTRAORDINÁRIO 638.491 PARANÁ, RELATOR: MIN. LUIZ FUX, julgado em 16/9/2017.) Conforme se pode verificar no Id 38595574, pág. 29, as fotos do veículo demonstram que o mesmo estava abarrotado com as drogas. DA DETRAÇÃO PENAL Concernente à detração penal, a Lei nº 12.736/12 manteve a função do Juízo da Execução. Imperiosa, para a concessão, a aferição dos elementos objetivos previstos em lei. Em verdade, a modificação do regime de cumprimento da pena por efeito da detração demanda a comprovação de requisitos subjetivos relacionados ao comportamento do Acusado. Isto não pode ser examinado, com precisão, por esta Corte, nesta fase processual. Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto, para reformar sentença fixando definitivamente a pena em 4 (quatro) anos, 1 (um) mês e 10 (dez) dias de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa, à razão de 1/30 do valor do salário-mínimo vigente à época dos fatos, em regime inicial semiaberto. Salvador, de de 2023. DES. CARLOS ROBERTO SANTOS ARAÚJO RELATOR