

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501434-08.2020.8.05.0080 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Gilberto Fiel de Assis Neto Advogado (s): Defensoria Pública do Estado da Bahia APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros Advogado (s): APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DELITIVA PREVISTA NO ART. 33 DA LEI 11.343/06 PARA A INSCULPIDA NO ART. 28 DA MESMA LEI. IMPOSSIBILIDADE. PROVA ROBUSTA DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ATENUANTE DA CONFISSÃO. RECONHECIDA. DOSIMETRIA ESCORREITA. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO. RECURSO CONHECIDO PARCIALMENTE E NA EXTENSÃO IMPROVIDO. 1. Os elementos nos autos mostram-se assaz suficiente para evidenciar a materialidade delitiva e a autoria do acusado, devendo-se, inclusive, extirpar qualquer questionamento quanto à validade dos depoimentos dos policiais que participaram da diligência do flagrante, pois, conforme assentado no Superior Tribunal de Justiça, inexiste óbice à sua valoração como elemento de convicção do julgador, especialmente quando robustamente colhidos na fase inquisitorial e ratificados na instrução. Precedentes. 2. Consequentemente, restada provada a autoria do delito, levando-se em conta que não aflorou da instrução criminal qualquer fato novo que pudesse infirmar o conteúdo da denúncia, tem-se que o aventado pedido de desclassificação do delito previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06 para o tipo penal do artigo 28 da mesma lei, não encontra adinículo de apoio no acervo probatório reunido. 3. Registre-se que não assiste razão à Defesa no que concerne ao pleito de que seja o apelante agraciado com a causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06. Isso porque, conforme registrado na sentença e com base nas informações extraídas às fls. 86/90, verifica-se que o réu responde a outras duas ações penais em comarcas diferentes, nos autos n. 0000256-05.2016.8.05.0183 e 0000531-05.2013.8.05.0200, por suposta prática de tráfico de drogas e homicídio tentado, respectivamente. 4. Ademais, além das supramencionadas ações penais em curso, bem como a natureza e diversidade das drogas apreendidas (cocaína e macinha), insta pontuar que o apelante também foi condenado pelo Juízo Primevo pelo crime de porte ilegal de arma de fogo, demonstrando, assim, sua dedicação à atividade criminosa, o que impossibilita o reconhecimento da causa de diminuição pleiteada. 5. Assim, tal fato, aliado às circunstâncias do caso concreto, revela habitualidade na prática de crimes, de maneira que resta demonstrado, de forma clara, o não preenchimento dos requisitos para a obtenção de tal benefício, impondo-se, dessa forma, o seu afastamento. 6. Sobre o pleito de incidência da atenuante de confissão para redução da pena-base, em que pese a objetiva impugnação lançada no apelo sobre o tema, não subsiste razão para o afastamento do entendimento sumular, tendo em vista que consolidado a partir das objetivas diretrizes do sistema trifásico de fixação da pena, razão pela qual, salvo na presença de causas específicas de aumento ou de diminuição (terceira fase), a reprimenda não pode extrapolar os limites mínimo e máximo fixados pelo legislador. 7. Registre-se, inclusive, que o entendimento não se resume à Súmula 231 da Superior Corte de Justiça, sendo, também, ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, sob a égide ritualística de repercussão geral (tema nº 158). 8. No tocante ao pleito de isenção do pagamento das custas processuais, este não deve ser conhecido. O exame da incidência, ou não, de custas processuais na hipótese vertente e da possível hipossuficiência do

apelante, não pode ser analisada por este relator, sob pena de supressão de instância, pois tal matéria é afeta ao Juízo da execução. 9. Diante do quanto esgrimido, em consonância a manifestação da Procuradoria de Justiça, voto no sentido de CONHECER PARCIALMENTE do recurso para, na sua extensão, NEGAR-LHE PROVIMENTO, preservando-se intangível a decisão de 1º grau. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO n.º 0501434-08.2020.8.05.0080, em que figuram, como Apelante, GILBERTO FIEL DE ASSIS NETO e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Senhores Desembargadores componentes da Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em CONHECER PARCIALMENTE E, NA EXTENSÃO, NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO, nos termos do voto do Relator. ABELARDO PAULO DA MATTA NETO PRESIDENTE/RELATOR PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 3 de Maio de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501434-08.2020.8.05.0080 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Gilberto Fiel de Assis Neto Advogado (s): Defensoria Pública do Estado da Bahia APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros Advogado (s): RELATÓRIO GILBERTO FIEL DE ASSIS NETO, por meio da Defensoria Pública, irresignado com a sentença prolatada pelo MM. Juízo da Vara de Tóxicos da Comarca de Feira de Santana – BA, que o condenou à pena definitiva em 7 (sete) anos de reclusão em regime inicial semiaberto e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, à base de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos delituosos, com correção monetária, interpôs o presente recurso de APELAÇÃO objetivando reformar o respeitável decism. Às fls. 103/108 (SAJ), a sentença do juízo a quo. De proêmio, em prestígio aos preceitos da celeridade e da economia processual, e tendo em vista ali se externar suficientemente, no que relevante, a realidade da marcha processual até então desenvolvida, adota-se o relatório da supracitada sentença, a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto. Em sede de razões (fls. 132/145 – SAJ), o Réu pugnou pela desclassificação da conduta para a prevista no art. 28 da Lei 11.343/06, por se tratar de usuário de drogas, bem como pela fixação da pena base no seu grau mínimo e redução da reprimenda imposta, com a aplicação da causa de diminuição inculpada no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, no seu patamar máximo. Além disso, no que tange ao delito previsto no art. 14 da Lei 12.826/03, a Defesa requer a fixação da pena em seu grau mínimo, bem como seja reconhecida a atenuante da confissão espontânea prevista no art. 65, III, d do CP, bem como a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais benéfico, garantindo o direito de recorrer em liberdade. Por fim, pugna seja reconhecida a gratuidade da justiça, nos termos dos arts. 98 e ss do Código de Processo Civil, determinando a isenção de custas. Ministério Público, por sua vez, apresentou contrarrazões pela integral manutenção do decism (fls. 148/158 – SAJ). A Procuradoria de Justiça ofertou parecer pelo conhecimento parcial do recurso e, na sua extensão, pelo improvimento do recurso (ID 24598369 – PJE). Retornando-me os autos à conclusão, neles lancei a presente sinopse, submetendo-a à Eminente Revisão. É o suficiente a relatar. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501434-08.2020.8.05.0080 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª

Turma APELANTE: Gilberto Fiel de Assis Neto Advogado (s): Defensoria Pública do Estado da Bahia APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros Advogado (s): VOTO Ao exame dos autos, deflui-se cuidar-se de Apelação Criminal manifestada contra sentença condenatória proferida por Juiz singular, revelando-se, à luz do art. 593, I, do Código de Processo Penal, patente a adequação da modalidade recursal à hipótese em que utilizada. O recurso foi interposto no prazo legal, com observância das formalidades a ele inerentes, tornando, portanto, imperativo seu conhecimento. Exsurge da peça incoativa que: “1. Consta do Inquérito Policial anexo, proveniente da Delegacia de Tóxicos e Entorpecentes de Feira de Santana, que, no dia 25 de setembro de 2020, em horário não informado, prepostos da Polícia Militar, realizando rondas de rotina no Condomínio Aviário II, neste município, avistaram, entre os blocos 14 e 15, o Denunciado, que empreendeu fuga ao notar a aproximação da viatura. 2. Promovida as diligências necessárias, o Denunciado foi capturado no interior do mercado Dois Irmãos, localizado na Rua A, do bairro Aviário. Realizada revista pessoal, foi encontrado em seu poder 15 (quinze) pinos grandes e 18 (dezoito) pinos médios de cocaína, 27 (vinte e sete) trouxinhas de maconha, conforme laudo de constatação preliminar acostado à folha 17 dos autos, 01 (uma) arma de fogo, calibre .38, municiada com 06 (seis) cartuchos intactos, marca taurus, numeração 1883848. 3. Importante identificar, por oportuno, que o Denunciado possui outras ações penais tombadas sob os números 0000256-05.2016.805.0183 e 0000531-05.2013.805.0200, em trâmite nas comarcas de Olindina e Pojuca/Bahia. 4. Desta forma, encontrando-se o DENUNCIADO GILBERTO FIEL DE ASSIS NETO incurso no art. 33, dacaput, lei 11.343/2006 e art. 14 da lei 10.826/03, requer o Ministério Público que seja a presente peça acusatória registrada e autuada, notificando-se o DENUNCIADO para apresentar defesa em 10 dias e prosseguindo-se, após, na forma dos arts. 55 e ssss. da lei 11.343/2006, e que, ao final, com a comprovação dos fatos, seja ele CONDENADO ao efetivo cumprimento da pena capitulada no dispositivo legal mencionado. (sic)” Após a regular instrução do feito, o Apelante foi condenado à pena definitiva em 7 (sete) anos de reclusão em regime inicial semiaberto e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, à base de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos delituosos, com correção monetária, em regime inicial semiaberto, pela prática delitiva insculpida no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 e art. 14 da Lei n. 10.826/2003. Diante do contexto fático, o apelante interpôs o presente recurso pugnando, inicialmente, pela desclassificação da conduta para a prevista no art. 28 da Lei 11.343/06, e, subsidiariamente, pela fixação da pena base no seu grau mínimo e redução da reprimenda imposta, com a aplicação da causa de diminuição insculpida no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, no seu patamar máximo. Além disso, no que tange ao delito previsto no art. 14 da Lei 12.826/03, a Defesa requer a fixação da pena em seu grau mínimo, sendo reconhecida a atenuante da confissão espontânea prevista no art. 65, III, d do CP, bem como requer a fixação de regime inicial de cumprimento de pena mais benéfico, garantindo o direito de recorrer em liberdade. Por fim, pugna seja reconhecida a gratuidade da justiça, nos termos do arts. 98 e ss do Código de Processo Civil. Sem razão à Defesa.

1. DA COMPROVADA MATERIALIDADE E AUTORIA A materialidade do crime resta certificada no Laudo Pericial Definitivo (fls. 58/59), de onde se extrai que a substância apreendida trata-se de Tetrahydrocannabinol (THC) e Benzoilmetilecgonina (cocaína), as quais são de uso proscrito no Brasil, nos termos da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/

Ministério da Saúde. Além dos entorpecentes, foi apreendida uma arma de fogo tipo revólver marca TAURUS, calibre 38, numeração 188384, municada com 06 (seis) cartuchos, conforme auto de exibição e apreensão à fl. 18 (SAJ), cujo Laudo Pericial atestou sua eficácia para disparo (fls. 91/93 – SAJ). De igual modo, não prosperam dúvidas acerca da autoria delitiva, uma vez que se encontram presentes nos autos elementos suficientes a ensejar a condenação lançada, mormente dos depoimentos harmoniosos prestados pelos policiais militares que efetuaram a prisão em flagrante do Apelante. Com efeito, os Policiais Militares esclareceram que estavam em ronda rotineira na localidade, quando avistaram o denunciado e este, ao visualizar a viatura, empreendeu fuga em direção ao mercado Dois Irmãos, localizado nas imediações, momento em que ao ser alcançado, este dispensou uma arma de fogo e, após busca pessoal, foi encontrado em seu poder uma quantidade de entorpecente que estava no seu bolso. Ressaltaram, ainda, que o réu confessou a prática delitiva, bem como informou que tinha saído da prisão há pouco tempo. Vejamos: “que o depoente comandava a guarnição policial que fazia ronda no condomínio Aviário II, momento em que percebeu que o denunciado empreendeu fuga, homiziando-se dentro do supermercado; que ao alcançar o denunciado, já dentro do supermercado, este se entregou jogando a arma de fogo no chão; que o denunciado informou que estava sozinho; que o denunciado passou a correr após avistar a viatura da polícia; que o supermercado ficava cerca de 200 a 300 do local avistado inicialmente; que o depoente correu atrás do denunciado e foi o primeiro a se aproximar; que o depoente pediu para que o denunciado entregasse a arma, o que o fez; que depois da entrega da arma foi feita a busca pessoal, sendo encontrado no bolso do depoente uma certa quantidade de uma substância em pó e outra de erva, encaminhadas à delegacia; que o material estava fracionado típico para venda; que o denunciado confessou que estava vendendo as drogas e informou que tinha saído há pouco tempo do presídio, bem como disse que não era da cidade e um pessoal conseguiu um apartamento para ele morar de aluguel, motivo pelo qual estava vendendo as drogas para pagar as despesas; que é a primeira vez que realiza abordagem no denunciado; que no dia da prisão foi até a casa do denunciado, mas nada de ilícito foi encontrado; que o depoente viu um indivíduo próximo ao denunciado, mas não sabe dizer se era suspeito ou uma pessoa transitando normalmente pela rua. (depoimento do SD/PM DENILSON DE ALMEIDA SANTANA, em sede judicial, extraído da mídia laçada no portal Lifesize). “que no dia do fato estava em ronda no Condomínio Aviário, momento em que encontrou um indivíduo que, ao avistar a polícia, empreendeu fuga; que ao ser perseguido, foi detido dentro de um supermercado portando uma arma e uma certa quantidade de drogas; que a ronda era realizada por meio de viatura; que o depoente em momento nenhum perdeu a visão do acusado durante a fuga; que os policiais o alcançam no supermercado com os objetos ilícitos; que a arma era do tipo revolver; que o acusado estava sozinho; que o acusado colaborou com a guarnição, não demonstrando resistência; que a guarnição era composta por 04 policiais; que o depoente foi o segundo a alcançar o acusado no supermercado; que os policiais chegaram a ir na casa do acusado, mas não encontraram nada de ilícito; que a droga estava no bolso do acusado; que na casa tinha uma moça, mas que o depoente não sabe dizer o parentesco. (Depoimento do SD/PM Diego Fernandes Santos, em sede judicial, trecho retirado da mídia laçada no portal Lifesize). A testemunha de Defesa, Maria do Socorro Ribeiro da Silva, em Juízo, por meio de gravação audiovisual, informou que é vizinha do acusado e o conhece há 06 meses; que nunca presenciou movimentação estranha de pessoas

entrando e saindo na casa do acusado; que o acusado só morava com a esposa; que ninguém tinha medo do acusado, nem comentários de que andava armado ou participava de facção; que o depoente saía pela manhã para trabalhar, por volta das 05:00 horas e retornava no final da tarde; que o acusado e esposa já tinha informado que ele trabalhava com carga e descarga; informa que no dia que o acusado foi preso, ele foi abordado na rua, na localidade Aviário II; que a depoente presenciou os policiais adentrarem na residência do acusado; que tinha pouco tempo que o acusado morava no local; que o acusado morava de aluguel e o apartamento tinha muito tempo fechado; que a proprietária do apartamento chama-se Maria de Lourdes. Em juízo, quando interrogado, o denunciado confessou a autoria do porte ilegal de arma, bem como admitiu tão somente ser mero usuário de drogas, confessando que foi flagrado apenas com 10 g de cocaína, destinada para uso, guardada dentro do seu bolso. Informou que na ocasião da prisão, os policiais encontraram mais drogas no armazém do supermercado, dentro de um saco plástico, porém não pertenciam ao interrogado. Além disso, informou que, no momento da prisão, os policiais cobraram R\$ 5.000,00 (cinco) mil reais para não prenderem o interrogado, o que não foi aceito. Com efeito, os elementos nos autos mostram-se assaz suficiente para evidenciar a materialidade delitiva e a autoria do acusado, devendo-se, inclusive, extirpar qualquer questionamento quanto à validade dos depoimentos dos policiais que participaram da diligência do flagrante, pois, conforme assentado no Superior Tribunal de Justiça, inexistente óbice à sua valoração como elemento de convicção do julgador, especialmente quando robustamente colhidos na fase inquisitorial e ratificados na instrução. Confirmam-se os seguintes precedentes (com destaques acrescidos): "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. PROVA IDÔNEA. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE ABSOLVEU O AGRAVADO. PLEITO PELA CONDENAÇÃO. CASO DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO, E NÃO DE VALORAÇÃO DA PROVA. 1. Segundo entendimento desta Corte, o depoimento dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal (HC n. 236.105/SC, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 12/6/2014). 2. O Tribunal de origem, diante de duas versões, decidiu pela absolvição em razão da máxima in dubio pro reo, já que o acusado, a todo momento, negou a posse da droga. Rever tal entendimento demandaria a incursão no acervo fático-probatório dos autos, o que é incabível em recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ. 3. Valorar juridicamente a prova é aferir se, diante da legislação pertinente, um determinado meio probatório é apto para provar algum fato, ato, negócio ou relação jurídica. 4. No caso concreto, não se debate se determinado tipo de prova pode ser juridicamente utilizado como meio probatório para dar suporte a uma condenação criminal. O que se pretende é que esta Corte verifique se o conteúdo do conjunto probatório autorizaria a condenação do réu. 5. Agravo regimental improvido." (AgRg no REsp 1505023/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2015, DJe 22/09/2015) "HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO-CABIMENTO. RESSALVA DO ENTENDIMENTO PESSOAL DA RELATORA. PROCESSUAL PENAL. ARTS. 157, § 3.º, SEGUNDA PARTE, C.C. O ART. 14, INCISO II, E ART. 157, § 2.º, INCISOS I E II, C.C. OS ARTS. 14, INCISO II E 29, NA FORMA DO ART. 69, TODOS DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS ARROLADAS EM DEFESA PRÉVIA OFERECIDA INTEMPESTIVAMENTE. TESE DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ALEGAÇÃO DE PARCIALIDADE DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO.

INEXISTÊNCIA. NECESSIDADE DE REEXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. ORDEM DE HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDA. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e ambas as Turmas desta Corte, após evolução jurisprudencial, passaram a não mais admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso ordinário, nas hipóteses em que esse último é cabível, em razão da competência do Pretório Excelso e deste Superior Tribunal tratar-se de matéria de direito estrito, prevista taxativamente na Constituição da República. (...) 5. Os depoimentos dos agentes policiais merecem credibilidade como elemento de convicção, máxime quando corroborados com outras provas produzidas nos autos, constituindo-se, assim, elemento apto a respaldar a condenação. 6. A desconstituição dos éditos condenatórios respaldados pelos depoimentos produzidos na fase judicial, implica reexame do conjunto fático-probatório, providência incompatível com a via estreita do writ. 7. Ordem de habeas corpus não conhecida." (HC 254.373/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 06/02/2014, DJe 26/02/2014). Certo é que, no caso em epígrafe, a força do conjunto probatório carreado não se resume apenas nos testemunhos dos policiais, mas, em especial, na quantidade e na forma de acondicionamento das drogas apreendidas (fl. 21 – SAJ), ou seja: 27 (vinte e sete) “buchas” de maconha, com massa bruta de 53 g e 33 (trinta e três) microtubos de cocaína, com massa total de 44,8 g, além da apreensão de arma de fogo municada. Registre-se, ademais, a confissão do crime de tráfico em sede policial, cujo interrogatório deu-se na presença de advogado (fls. 11/12). Não se pode olvidar, por sua vez, a desnecessidade, para a caracterização do tráfico ilícito de entorpecentes, que o agente seja flagrado no exato momento da mercancia, uma vez se tratar de crime de condutas múltiplas. Sobre o assunto, bastante elucidativo o seguinte julgado: “AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE ABSOLVIÇÃO. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. MATÉRIA QUE JÁ FOI OBJETO DE DISCUSSÃO NESTA CORTE EM HC ANTERIOR. PRISÃO PREVENTIVA. INDEVIDA INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. 1. As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do acusado pelo crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Por essas razões, mostra-se inviável a absolvição do agravante, sobretudo em se considerando que, no processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir o mérito da pretensão punitiva, para condenar ou absolver, desde que o faça fundamentadamente, tal como ocorreu no caso. 2. Para a configuração do delito de tráfico de drogas, não é necessária prova da mercancia, tampouco que o agente seja surpreendido no ato da venda do entorpecente – até porque o próprio tipo penal aduz “ainda que gratuitamente” –, bastando, portanto, que as circunstâncias em que se desenvolveu a ação criminosa denotem a traficância. 3. Para entender-se pela absolvição do réu, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência, conforme cediço, incabível em recurso especial, a teor do que estabelecido na Súmula n. 7 do STJ. 4. A pretendida incidência da minorante descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas já foi objeto de discussão nesta Corte Superior de Justiça, por ocasião da impetração do HC n. 621.535, já julgado. 5. Configura indevida inovação recursal a apresentação de tese jurídica somente por ocasião do agravo regimental. 6. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido.

(AgRg nos EDcl no AREsp 1917794/MS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 14/12/2021). (Grifos aditados).” Consequentemente, restada provada a autoria do delito, levando-se em conta que não aflorou da instrução criminal qualquer fato novo que pudesse infirmar o conteúdo da denúncia, tem-se que o aventado pedido de desclassificação do delito previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/06 para o tipo penal do artigo 28 da mesma lei, não encontra adminículo de apoio no acervo probatório reunido. Sem maiores digressões, infere-se que a pretensão acusatória demonstra-se devidamente robustecida pelo arsenal probatório erigido aos autos, de forma que o pleito de desclasificação suscitado pela Defesa carece de alicerce sólido. 2. DA DOSIMETRIA DA PENA Por outro giro, embora o réu tenha pugnado pela aplicação do benefício previsto no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, insta consignar que não há qualquer mácula a ser sanada na dosimetria da pena. Com efeito, o magistrado primevo estabeleceu, acertadamente, a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 05 (cinco) anos de reclusão, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, a qual se tornou definitiva, considerando a ausência de qualquer fator modificativo, seja na primeira ou na segunda fase da dosimetria. Registre-se que não assiste razão à Defesa no que concerne ao pleito de que seja o apelante agraciado com a causade diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06. Isso porque, conforme registrado na sentença e com base nas informações extraídas às fls. 86/90, verifica-se que o apelante responde a outras duas ações penais em diferentes comarcas, nos autos n. 0000256-05.2016.8.05.0183 e n. 0000531-05.2013.8.05.0200, por suposta prática de tráfico de drogas e homicídio tentado, respectivamente. Ademais, além das supramencionadas ações penais em curso, a natureza e diverdade das drogas apreendidas, insta pontuar que o apelante também foi condenado pelo Juízo Primevo, in casu, pelo crime de porte ilegal de arma de fogo, demonstrando, assim, sua dedicação à atividade criminosa, o que impossibilita o reconhecimento da pleiteada causa de diminuição. Nesse sentido, é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. DUAS AÇÕES PENAS EM CURSO. NÃO ATENDIMENTO DAS DIRETRIZES EXIGIDAS PARA O RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. PRECEDENTES. MANTIDO O REGIME INICIAL SEMIABERTO E A NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. O fato de o paciente possuir duas ações penais em curso – Processo n. 0001456-02.2015.8.24.0006, por homicídio qualificado, e Processo n. 0000753-42.2013.8.24.0006, por tráfico de drogas –, embora não possam ser utilizadas a título de maus antecedentes, denotam sua dedicação à atividade criminosa, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, que ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP (DJe 1º/2/2017), de relatoria do Ministro FELIX FISCHER, firmou o entendimento de que é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para a formação da convicção de que o Réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/2006, exatamente como ocorrido na espécie. Precedentes. – Inalterado o montante das sanções, ficou mantido o regime inicial semiaberto e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, por expressa determinação legal, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 44, I, ambos do Código Penal. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no HC 665.192/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2021, DJe 10/08/2021)” (grifamos) Assim, tal fato, aliado às circunstâncias do caso concreto, revela habitualidade na prática de crimes, de maneira que resta demonstrado, de forma clara, o não preenchimento dos requisitos para a obtenção de tal benefício, impondo-se, dessa forma, o seu afastamento. 3. DA FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL E DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA QUANTO AO DELITO DO ART. 14, DA LEI N. 10.826/03. Com efeito, conforme extrai-se do édito condenatório, em relação ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, o magistrado a quo fixou a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Na segunda fase, o Julgador sentenciante reconheceu a incidência da atenuante da confissão espontânea em favor do Réu (CP, art. 65, III, d), porém, deixou de valorá-la em observância ao quanto preceituado na Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça: "Presente a atenuante capitulada no art. 65, inciso III, d do CPP, dada a confissão espontânea do acusado. Todavia, diante da impossibilidade de reduzir a pena aquém do mínimo legal nesta fase de dosimetria da pena, deixo de aplicá-la." In casu, em que pese a objetiva impugnação lançada no apelo sobre o tema, não subsiste razão para o afastamento do entendimento sumular, tendo em vista que consolidado a partir das objetivas diretrizes do sistema trifásico de fixação da pena, pelo qual, salvo na presença de causas específicas de aumento ou de diminuição (terceira fase), a reprimenda não pode extrapolar os limites mínimo e máximo fixados pelo legislador. Desse modo, admitir que a pena intermediária possa ser estabelecida aquém do mínimo legal, pela incidência de atenuante, conduz à igual permissão a que, caso presentes todas as vetoriais do art. 59 do Código Penal em desfavor do réu, com a basilar fixada no máximo legal, uma agravante (CP, art. 61) a conduza para além desse limite, o que não encontra sequer discussão acerca de sua inadmissibilidade. Registre-se, inclusive, que o entendimento não se resume à Súmula 231 da Superior Corte de Justiça, sendo, também, ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive sob a égide ritualística de repercussão geral (tema nº 158): “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.” (STF – RE 597270 QO-RG, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 26/03/2009, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO 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). Na mesma linha intelectual, os seguintes precedentes desta Egrégia Turma Criminal: APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MENORIDADE E CONFISSÃO. RECONHECIMENTO SEM REDIMENSIONAMENTO DA PENA, NOS MOLDES DA SÚMULA 231, DO STJ. MANUTENÇÃO. PRECEDENTES RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1 . Conforme disposto na Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo

estabelecido em lei. 2 . No caso em apreço o eminente julgador agiu acertadamente ao reconhecer a incidência da atenuante da menoridade relativa e da confissão espontânea, porém deixou de valorá-las por conta da Súmula 231 do STJ, em virtude de ter aplicado a pena base no mínimo legal, não havendo quaisquer correções a serem feitas neste aspecto. Precedentes. 3 . Pronunciamento da Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e improvimento do apelo. 4 . RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJ-BA – APL: 05002289020198050080, Relator: ABELARDO PAULO DA MATTA NETO, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 04/12/2020) "APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. (ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI Nº 10.826/03). PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA PARA PATAMAR ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL PELO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, COM AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. INACOLHIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA QUE NÃO MERECE REPARO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 59 E 68, DO CÓDIGO PENAL E DA SÚMULA 231 DO STJ. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO". (TJ-BA – APL: 04022466620128050001, Relator: Rita de Cassia Machado Magalhães Filgueiras Nunes, Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Data de Publicação: 01/12/2016)"APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL – REDUÇÃO DA PENA – INVIABILIDADE – MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DO SEU CUMPRIMENTO – NÃO CABIMENTO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE – DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – NÃO VERIFICAÇÃO – AUMENTO DO VALOR DOS HONORÁRIOS DO DEFENSOR DATIVO – CABIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 01 – Trata-se de apelação criminal interposta contra a Sentença lavrada às fls. 79/82, que condenou o Recorrente a 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, por reconhecida violação da norma proibitiva contida no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal. 02 – O pedido de redimensionamento da pena imposta ao Apelante não merece provimento. 03 – A pena base foi fixada no mínimo previsto para o tipo penal violado (04 anos de reclusão), motivo pelo qual não comporta redução. 04 – Também não prospera o pedido de incidência das atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, tendo em vista que a pena base foi fixada no mínimo previsto para o tipo penal violado. Segundo pacífico entendimento jurisprudencial, cristalizado na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. (...) (TJ-BA – APL: 00005032420168050041, Relator: Nilson Soares Castelo Branco, Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Data de Publicação: 02/02/2017)

[Destaques da Transcrição] Portanto, estando a sentença em compasso com o entendimento sedimentado na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, não há como se acolher a pretensão recursal para se reduzir, na fase intermediária da dosimetria, o apenamento para aquém do mínimo legal. A pena definitiva alcançada na origem, em verdade, firmou-se em extremos parâmetros benéficos ao Réu, não comportando sequer revisão ex officio, até porque fixada, como alhures esclarecido, no mínimo legal previsto no tipo. Da mesma forma, do quantum fixado e em consonância os ditames do art. 33, § 2º, b, CP, também não há motivos para modificar o regime semiaberto para o aberto, conforme requerido pela Defesa. 4. DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE Por derradeiro, cumpre esclarecer que no édito condenatório, entendeu o juiz a quo, escorreitamente, pela necessidade de manter a medida cautelar máxima vergastada e, por consequência, negar ao apelante, preso provisoriamente durante todo o processo, o direito de recorrer em liberdade, invocando a necessidade da preservação da ordem

pública (CPP, art. 312), lastreando a formação do seu convencimento no risco concreto de reiteração delitiva, compatibilizando, para tanto, sua custódia cautelar com o regime imposto na sentença. Logo, a manutenção da custódia cautelar do recorrente é medida que se impõe, notadamente em razão do seu extenso histórico criminal, evidenciado a sua habitualidade delitiva e manifesta periculosidade.

5. DO PEDIDO ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS

No tocante ao pleito de isenção do pagamento das custas processuais, este não deve ser conhecido. O Código de Processo Civil, que deve ser aplicado subsidiariamente ao Código de Processo Penal, elenca em seu art. 98, especificamente nos §§ 2º e 3º, quanto ao tema em comento o que se segue: Art. 98. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei. (...) § 2º A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios decorrentes de sua sucumbência. § 3º Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. Constata-se, de logo, que o art. 804 do Código de Processo Penal c/c o art. 98, §§ 2º e 3º do Código de Processo Civil dispõem que deve a sentença condenar nas custas processuais o apelante, ainda que este seja assistido pela Defensoria Pública ou beneficiário da justiça gratuita, podendo, contudo, ficar suspensa a exigência do pagamento, pelo prazo de 5 (cinco) anos, após a avaliação das condições econômico-financeiras do sentenciado, pelo juízo da execução, e findo o referido prazo, ficará prescrita a obrigação. No caso em tela, o apelante é assistido pela Defensoria Pública do Estado da Bahia, ou seja, goza da benesse da assistência judiciária gratuita, pois demonstrado o estado de hipossuficiência. Não obstante, conforme já decidido na Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, deste E. Tribunal, da qual este Signatário faz parte, “o deferimento do pedido de assistência judiciária gratuita, todavia, não possui o condão de afastar, de plano, a obrigação de arcar com as custas processuais decorrentes da sucumbência, pois tais encargos são efeitos próprios da sentença penal condenatória. A Lei nº 13.105/2015, em seu art. 98, prevê que a obrigação de arcar com o pagamento das custas processuais subsiste, mesmo diante do deferimento dos benefícios da gratuidade”. (Apelação Criminal nº 0351793-33.2013.8.05.0001, Relatora Rita de Cássia Machado M. F. Nunes, julgado em 08/11/2016). Portanto, a eventual impossibilidade de pagamento, pelo invocado estado de pobreza, deve ser alegada no juízo da execução, não competindo a análise ao juízo do conhecimento, até porque as condições financeiras do réu poderão ser alteradas até o momento da efetiva execução. Contudo, resta claro que o exame da incidência, ou não, de custas processuais na hipótese vertente e da possível hipossuficiência do apelante, não pode ser analisada por este relator, sob pena de supressão de instância, pois tal matéria é afeta ao Juízo da execução, conforme orientação predominante no Superior Tribunal de Justiça. Vejamos: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS OU DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. EXECUÇÃO

PROVISÓRIA. FALTA DE INTERESSE RECURSAL. USO DO HABEAS CORPUS COMO SUCEDÂNEO DE RECURSO. INVIABILIDADE. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. No que tange ao pleito de 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 das substâncias apreendidas (36 invólucros de cocaína e 11 de maconha, embaladas individualmente), mas também diante da prova testemunhal e circunstâncias da apreensão, tendo sido o agravante surpreendido em movimentação típica de tráfico de entorpecentes, conforme relato dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante e a confissão do próprio réu. 2. Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela desclassificação do crime de tráfico de drogas para o do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é vedado pela Súmula 7 do 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. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas. 5. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores tem decidido que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julga do em 23/5/2017, DJe 30/5/2017). 6. Os fundamentos utilizados pela Corte de origem para não aplicar a referida minorante ao caso concreto estão em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, na medida em que dizem respeito à dedicação do recorrente à atividade criminosa – tráfico de drogas – uma vez que, conforme depoimento do policial responsável pela prisão em flagrante, que inclusive mora próximo ao local e já conhecia os réus, ele e o comparsa já praticavam o tráfico de entorpecentes há tempos, não se tratando, portanto, de traficantes eventuais. 7. Desse modo, para modificar o entendimento adotado nas instâncias inferiores de que a prática do tráfico de drogas e a dedicação em atividade criminosa estão configuradas e aplicar a minorante prevista na Lei de Drogas, seria necessário reexaminar o conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível, a teor da Súmula 7 do STJ. Precedentes. 8. Caso em que o Tribunal de origem não determinou a execução antecipada da pena, limitando-se a decisão agravada a determinar o retorno dos autos à Corte local, para o exame do período em que o agravante esteve preso provisoriamente, o que afasta qualquer interesse recursal no ponto. Ademais, a prisão preventiva do agravante foi revogada no julgamento do RHC 112.307/SP (com trânsito em julgado aos 16/9/2019). De todo modo, descabe pedido de habeas corpus de ofício como meio de burlar a não admissão do recurso especial. Precedentes. 9. De acordo com a jurisprudência desta Corte, o momento de se aferir a situação do condenado

para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução e, por tal razão, "nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais" (AgRg no AREsp n. 394.701/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI, SEXTA TURMA, DJe 4/9/2014).

10. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 1880906/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 29/03/2022, DJe 01/04/2022) Portanto, não conheço do pleito de isenção do pagamento das custas processuais, por entender que a matéria em tela compete ao Juízo da Execução.

6. CONCLUSÃO Diante do quanto esgrimido, em consonância a manifestação da Procuradoria de Justiça, voto no sentido de CONHECER PARCIALMENTE do recurso, na sua extensão, NEGAR-LHE PROVIMENTO, preservando-se intangível a decisão de 1º grau. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relator