

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000086-71.2023.8.05.0272 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006). MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. ANÁLISE, DE OFÍCIO, DA DOSIMETRIA DA PENA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006 NO PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA JÁ VALORADAS NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. PROCESSOS EM ANDAMENTO. ILEGALIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO. REDIMENSIONAMENTO DAS REPRIMENDAS. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA DE MULTA NOS TERMOS DO ART. 49 DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PENA PECUNIÁRIA PREVISTA NO TIPO PENAL INFRINGIDO. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. NÃO CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE EXECUÇÕES PENAIS. PRETENDIDA RESTITUIÇÃO DE APARELHO CELULAR APREENDIDO. INVIABILIDADE. BEM CUJA PROPRIEDADE E ORIGEM NÃO FORAM COMPROVADAS E UTILIZADO NO EXERCÍCIO DO TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE, E NA EXTENSÃO CONHECIDA, DESPROVIDO. REDIMENSIONAMENTO DAS PENAS PRIVATIVA DE LIBERDADE E PECUNIÁRIA, DE OFÍCIO. 1. A fim de garantir a proporcionalidade e a justa aplicação da reprimenda, é possível o exame da dosimetria, mesmo que não haja insurgência no Recurso interposto. Considerando que a natureza e a quantidade da droga foram utilizadas para aumentar a pena-base, não pode essa mesma circunstância ser empregada na terceira fase da dosimetria, para afastar o tráfico privilegiado ou para modular a fração de redução da pena, em respeito ao princípio do ne bis in idem. A existência de ações penais em curso e registros de atos infracionais, por si só, não constituem fundamento idôneo para afastar a causa de diminuição do tráfico, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, e nem mesmo para dosar o patamar de diminuição, sem outros elementos que, captados na instrução, contraindiquem o benefício. Desse modo, cabível a concessão do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em seu patamar máximo. 2. A quantidade de dias-multa está prevista no tipo penal infringido, e deve seguir o mesmo critério utilizado para a fixação da pena privativa de liberdade, como na hipótese, em respeito ao princípio da proporcionalidade. 3. Cabe ao Juízo das Execuções Penais a análise da matéria atinente à gratuidade da justiça. 4. À luz do art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal e do art. 63, inciso I, da Lei n. 11.343/06, possível a decretação do perdimento de aparelho celular apreendido em decorrência do tráfico ilícito de drogas, sobretudo quando há a comprovação de utilização do bem para o exercício da traficância, nos termos da confissão do Acusado. ACÓRDÃO Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8000086-71.2023.8.05.0272, da Comarca de Valente, sendo Apelante e Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. 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 EM PARTE, E NA EXTENSÃO CONHECIDA, NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Apelação interposto pela Defesa, e, DE OFÍCIO, REDIMENSIONAR AS PENAS APLICADAS, EM VIRTUDE DA INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 NO PATAMAR MÁXIMO, na forma do Relatório e do Voto que integram este julgado. Salvador, . PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 3 de Agosto de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000086-71.2023.8.05.0272 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO O Ministério Público do Estado da Bahia denunciou, como incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 (id 45634538). Narra a inicial acusatória que no dia 11 de janeiro de 2023, por volta das 11h00min, na cidade de São Domingos/BA, o Denunciado estava em um ponto de ônibus, quando foi abordado por policiais militares que faziam ronda no local. Na busca pessoal realizada foram encontrados 100 (cem) papелotes contendo "cocaína" e 38 (trinta e oito) pacotes com "maconha" em posse do Denunciado. Consta do caderno policial, que havia comprado as substâncias ilícitas com a pessoa de "Nego", na localidade da Vila Aparecida, município de Riachão do Jacuípe/BA, e que iria comercializar os produtos na cidade de Queimadas/BA. A denúncia foi recebida em 07/02/2023 (id 45829307). Transcorrida a instrução processual, a Juíza de Direito da Vara Criminal da Comarca de Valente julgou procedente a denúncia e nas sanções do artigo 33, caput, do Código Penal, fixando a reprimenda de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por 02 (duas) penas restritivas de direitos, associada ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos. (id 45831546). Irresignada, recorreu a Defesa, com razões apresentadas no id 45831556, pleiteando a redução da pena de multa imposta para o mínimo de 10 (dez) dias-multa previsto no art. 49 do CP, a gratuidade judiciária, ante a hipossuficiência econômica do Apenado, e, ainda, a restituição do aparelho celular apreendido no momento do flagrante. Em sede de contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo provimento parcial do Recurso interposto pela Defesa, para que seja devolvido o celular ao Acusado (id 45831561). Abriu-se vista à Procuradoria de Justiça que, em parecer da lavra da Procuradora de Justiça, manifestou-se pelo conhecimento e provimento parcial da Apelação manejada pela Defesa, a fim de que seja devolvido ao Apelante o celular apreendido, por inexistirem razões para o seu confisco (id 47036535). É o Relatório. Salvador/BA, 19 de julho de 2023. Desa. Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000086-71.2023.8.05.0272 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO 1. PRESSUPOSTOS RECURSAIS DEVIDAMENTE CONFIGURADOS. CONHECIMENTO DA APELAÇÃO. Do exame dos autos, percebe-se que a Sentença fora disponibilizada no DJE no dia 17/05/2023 (id 45831551), sendo o Acusado intimado do seu teor na ocasião de sua soltura, consoante alvará de soltura expedido em 16/05/2023 (acostado) ao id 45831552, não havendo nos autos certidão da data de intimação. O Recurso de Apelação da Defesa foi interposto no dia 19/05/2023 (id 45831556), com apresentação das razões no id 45634782, resultando assentada a sua tempestividade. Ante o preenchimento dos demais pressupostos recursais exigidos na hipótese vertente, impõe-se o conhecimento do Recurso interposto. 2. DO MÉRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS Demonstração inequívoca da autoria e materialidade delitivas, que resultaram corroboradas por meio da confissão do Apelante em sede policial e em juízo, da prova testemunhal e documentação colacionada ao feito, tratando-se do delito de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, caput, do Código Penal, não tendo a Defesa apresentado oposição nesse aspecto. Insurgiu-se o Apelante contra a pena de multa imposta, requerendo a sua fixação em 10

(dez) dias-multa, postulando, também, a concessão dos benefícios da Justiça Gratuita, ante a sua hipossuficiência econômica, e ainda, a restituição do aparelho celular de sua propriedade, apreendido por ocasião de sua prisão em flagrante. Antes, porém, de passar-se ao enfrentamento de tais pleitos, convém analisar, de ofício, a dosimetria. 2.1. ANÁLISE, DE OFÍCIO, DA DOSIMETRIA DA PENA No tocante à dosimetria da reprimenda, em que pese não tenha havido insurgência da Defesa, torna-se legítima a sua análise, de ofício, com o intuito de aferir a prática de eventual irregularidade no momento de sua fixação pela Magistrada a quo. 1ª Fase: No caso em tela, a Juíza de 1º grau, ao analisar as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CP, c/c o art. 42 da Lei nº 11.343/2006, fixou a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão, ao valorar negativamente as circunstâncias do crime, em razão da quantidade apreendida, considerando-a grande para os padrões regionais, sendo 100 (cem) papелotes contendo "cocaína" e 38 (trinta e oito) pacotes com "maconha" (laudo de exame pericial, id 45831513). 2ª Fase: Ausentes quaisquer das circunstâncias agravantes, a Magistrada sentenciante reconheceu a atenuante da confissão em favor do Apelante, reduzindo a pena em 1/6 (um sexto), para fixá-la em 05 (cinco) anos de reclusão. 3ª Fase: À míngua de causas de aumento, a Julgadora a quo aplicou, em relação ao crime de tráfico de drogas, a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, na fração de 1/2 (metade), com a seguinte fundamentação: "A quantidade apreendida (100 (cem) papелotes contendo "cocaína" e 38 (trinta e oito) pacotes com "maconha") não é tão pequena para os padrões locais e o réu não tem bons antecedentes (ID XXX), autorizando-se a diminuição abaixo do máximo. Deste modo, sem qualquer outro elemento desfavorável, diminuo a pena em 1/2 (metade), nos termos do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, tornando definitiva a pena em 2 anos e 6 meses de reclusão". No tocante à minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, convém ressaltar que o referido dispositivo legal dispõe que, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas, nem integre organização criminosa. É certo que o quantum de diminuição deve ser aplicado de forma razoável e proporcional, levando-se em consideração as características do caso concreto. Um dos fundamentos utilizados para modular a fração de diminuição na terceira fase foi o fato de o Sentenciado responder a outras ações penais. Consoante certidão de antecedentes criminais acostada ao id 45831471 verifica-se que o Apelante responde a duas outras ações penais, sem condenação irreversível. Com relação à referida causa de diminuição de pena, até pouco tempo, 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. Recentemente, no entanto, esse entendimento foi revisado, primeiro pelo Supremo Tribunal Federal e, em seguida, alinhando-se à Suprema Corte, o Superior Tribunal de Justiça adotou a mesma linha de inteligência não mais admitindo o afastamento da figura do tráfico privilegiado com base exclusivamente em ações penais em curso, sob pena de violação ao princípio da não culpabilidade. A seguir, os precedentes das Cortes Superiores: AGRAVO 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. , T2, j. 11/11/2020 e p. 03/12/2020). (Grifos acrescidos). AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REFORMA DO ACÓRDÃO. ACOLHIMENTO DO PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/06. AÇÕES PENAIAS EM CURSO. FUNDAMENTO INIDÔNEO ADOTADO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS PARA AFASTAR A REDUTORA DE PENA. CRIMES DO ART. 28 DA LEI ANTIDROGAS E DO ART. 14 DA LEI N. 10.826/03 PRATICADOS PELO PRIMEIRO PACIENTE. UMA MUNIÇÃO DE ARMA DE FOGO APREENDIDA. DESVINCULAÇÃO DA CONDUTA DO CONTEXTO DE TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA NO CASO CONCRETO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi negada pelas instâncias ordinárias em razão unicamente da existência de ações penais em curso, o que não é mais admitido pela jurisprudência desta Corte. 2. Entendimento do Supremo Tribunal Federal de "que 'A 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' (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro , Segunda Turma, julgado em 11/11/2020). Posicionamento adotado também pela Sexta Turma deste Tribunal Superior" (HC 664.284/ES, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, DJe 27/9/2021). (...) (AgRg no AgRg no HC 667.899/RS, Rel. Min. , T5, j. 08/03/2022 e p. 14/03/2022)(Grifos acrescidos). RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAIAS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais. 2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso. 3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza. 4. Por expressa previsão

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

circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice. 11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma "análise de contexto" para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, não há que se recorrer a inquéritos e ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e ações penais em curso na tentativa de demonstrar a dedicação criminosa, é porque os demais elementos de prova são insuficientes, sendo necessário formular a ilação de que o Acusado "não é tão inocente assim", o que não se admite em nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a ilicitude do fundamento, que decorre do raciocínio presuntivo contra o Réu que ele encerra, não se altera em face de outros elementos dos autos. 12. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06". A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017). 13. Recurso especial provido. (REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra , Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022.)(Grifos acrescidos). Na hipótese vertente, visando embasar a negativa do benefício em questão, além dos processos penais em curso, a Magistrada sentenciante fez referência ainda à "quantidade, afirmando que esta não é tão pequena para os padrões locais". Consabido que o mesmo elemento – quantidade de drogas – não pode ser utilizado em mais de uma fase da dosimetria. Ou seja, se tal critério foi levado em consideração para aumentar a pena-base, impossível a sua utilização para, na terceira fase, afastar a minorante ou servir como modulação da diminuição. Veja-se o entendimento da 3ª Seção Criminal do STJ nesse sentido: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.434/06 APLICADA NO PATAMAR DE 2/3. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA UTILIZADA NA PENA-BASE. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O acórdão atacado está em dissonância com a jurisprudência desta Corte, pois considerando que o Tribunal a quo, utilizou a quantidade de drogas como circunstância negativa na primeira fase da dosimetria, bem como modulou o redutor da pena previsto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas em 1/6 de redução da pena, é de se reconhecer o indevido bis in idem. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 762.061/RS, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 18/5/2023.) (grifos acrescidos) Trata-se do Tema 712 de Repercussão Geral, cuja tese firmada fora a seguinte: "As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena." Sendo o Apelante primário, e não existindo outros elementos aptos a caracterizar a sua dedicação a atividades criminosas – apesar da existência de ações penais em andamento –, mostrando-se atendidos os requisitos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, deve ser aplicada a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.3473/2006, em sua fração máxima de 2/3 (dois terços), resultando na pena definitiva de 01 (um) anos, 08 (oito) meses e 10 (dez) dias de reclusão, associada à pena pecuniária de 180 (cento e

oitenta) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos. DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA E DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS: Fica mantido o regime prisional aberto, bem como a substituição da pena privativa de liberdade imposta ao Apelante por duas restritivas de direitos estabelecidas na Sentença (limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade). 2.2. DO PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA DE MULTA Sabe-se que a pena de multa é prevista no preceito secundário do tipo penal sub judice, sendo, portanto, inviável a isenção do seu pagamento, ou fixação a menor, ante a ausência de previsão legal que autorize, sob pena de afronta ao princípio da legalidade, somente competindo ao Juízo de Execuções Penais, em cunho excepcional, seu eventual afastamento. A situação econômica do Réu não possui influência na fixação do número de dias-multa, mas apenas na definição do valor unitário de cada dia-multa, o qual já se encontra fixado no patamar mínimo legal de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos. A pena de multa é punição cumulativa com a pena privativa de liberdade, imposta obrigatoriamente por expressa disposição legal, neste caso, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, podendo variar de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, devendo, sempre, guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade fixada. Ao analisar a dosimetria adotada na sentença condenatória, verifica-se que a Magistrada, observando a proporcionalidade e a razoabilidade com a pena privativa de liberdade, fixada em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, fixou a pena pecuniária em 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa. Desse modo, inexiste a possibilidade de a pena pecuniária ser fixada em 10 (dez) dias-multa, tendo em vista que o crime de tráfico de drogas está previsto em legislação especial, devendo ser imposta a pena de multa prevista para o tipo penal. Entretanto, em razão da pena privativa de liberdade ora redimensionada, fica a pena de multa fixada em 180 (cento e oitenta) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos. 2.3. DO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA Quanto ao pedido de concessão dos benefícios da Justiça Gratuita, este não deve ser conhecido, uma vez que a matéria atinente à isenção de custas e gratuidade da justiça, disposta na Lei nº 1.060/50 e nos artigos 804 do Código de Processo Penal e 98 e seguintes do Código de Processo Civil, é da competência do Juiz da Vara das Execuções Penais. Veja-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. ADEQUAÇÃO AO PATAMAR DE 1/6. TESE TRAZIDA SOMENTE NO AGRAVO REGIMENTAL. INOVAÇÃO RECURSAL. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. ADEQUAÇÃO À SITUAÇÃO ECONÔMICA DO RÉU. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. CONCESSÃO. MOMENTO ADEQUADO. FASE DE EXECUÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Tendo o tribunal a quo, à luz dos elementos probatórios constantes dos autos, concluído que, a despeito de o agravante ser assistido pela Defensoria Pública, nada obsta que arque com a pena de prestação pecuniária a ele atribuída, desconstituir tal premissa demandaria em incursão no acervo fático-probatório carreado aos autos, o que é vedado na via especial, ut Súmula 7/STJ. 2. O momento de verificação de miserabilidade do condenado, para fins de suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais, é na fase de execução, visto que é possível que ocorra alteração na situação econômica do réu entre a data da condenação e a da execução do decreto condenatório. 3. Agravo regimental a que se nega

provimento. (AgRg no REsp 1857040/RS, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 18/05/2020). (Grifos acrescidos). Dessa forma, a análise da hipossuficiência do Apelante deverá ser feita pelo Juiz da Execução Penal e não por esta Relatora, sob pena de configurar-se supressão de instância, razão por que não conheço do pedido. 2.4. DA RESTITUIÇÃO DO APARELHO DE CELULAR APREENDIDO O Apelante requereu também a posse de seu aparelho celular apreendido, por discordar da decisão de doação à instituição APAE, considerando “um ato totalmente absurdo, pois não foi periciado, não era utilizado para comercializar as drogas, além de ter a vida íntima do apelante exposta nas mãos de pessoas que cuidam de especiais”. O Código de Processo Penal prevê no art. 120 que a restituição de bens apreendidos poderá ser ordenada pela autoridade policial ou pelo Juiz “mediante termo nos autos, desde que não exista dúvida quanto ao direito do reclamante”. Por outro lado, há que se atender ao disposto no artigo 118 do CPP, que dispõe: Art. 118. Antes de transitar em julgado a sentença final, as coisas apreendidas não poderão ser restituídas enquanto interessarem ao processo. Ensina o renomado jurista , in Código de Processo Penal Interpretado, 9ª ed., Atlas, 2002, p. 405, acerca da apreensão e restituição de bens, in verbis: “[...] com a apreensão se procura, inclusive, permitir ao juiz que conheça todos os elementos materiais para a elucidação do crime, razão por que devem acompanhar os autos do inquérito (art. 11) e, enquanto interessarem ao processo, permanecer em juízo. Ao juiz cabe dizer se elas interessam ou não ao processo. Após o trânsito em julgado da sentença devem ser devolvidas ao interessado, se não forem objeto de confisco, por não serem mais úteis ao processo. Refere-se a lei à ‘sentença final’, que abrange não só a de mérito mas também decisões interlocutórias, com força de definitiva, como a impronúncia, e a decisão que extingue a punibilidade. O Estado é responsável por elas (art. 37, § 6º, da CF)”. Com efeito, a finalidade da apreensão deve ser bem definida, ou seja, o objeto deve ser relevante ou imprescindível para a elucidação, prova ou mesmo defesa do réu. Assim, a apreensão de objetos e instrumentos durante o Inquérito Policial que tenham relação com o fato, em tese, criminoso, tem por objetivo permitir ao Juiz conhecer os elementos materiais para esclarecimento do ilícito investigado. Verifica-se na Sentença que a Magistrada determinou que o celular apreendido no momento da prisão em flagrante do Acusado fosse doado à instituição APAE da cidade de Valente. Com relação ao tema de perdimento de bens, a Lei de Drogas, em seu art. 63, dispõe, verbis: 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 Da mesma forma, dispõe o art. 91, II, do Código Penal que a perda dos instrumentos e produtos do crime, em favor da União, é efeito automático da condenação, sendo dispensável sua expressa declaração na sentença condenatória. Extrai-se que a Defesa não cuidou de juntar aos autos documentos que comprovem a propriedade do celular apreendido, e nem mesmo a sua origem, não trazendo aos autos qualquer recibo de compra ou nota fiscal do bem. Ademais, não se pode olvidar que o telefone celular fora apreendido em um contexto de tráfico de drogas, o que leva a crer que ele que era utilizado para o exercício da referida atividade. A esse respeito, o Apelante, em seu interrogatório, em juízo, afirmou que teria adquirido a droga nas mãos de um rapaz e que no celular tinha as conversas com esse rapaz, mas que não sabia onde ele morava, restando comprovado que o referido celular era, de fato, utilizado para o tráfico. Neste sentido, dispõe o art. 62 da Lei nº 11.343/06: "Art. 62. Os veículos, embarcações,



aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, os maquinários, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes definidos nesta Lei, após a sua regular apreensão, ficarão sob a custódia da autoridade de polícia judiciária, excetuadas as armas, que serão recolhidas na forma de legislação específica."(g.n.) Destaca-se, ainda, o posicionamento do Supremo Tribunal Federal:"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"(Tema 647, Leading Case RE 638491/PR, julgado em 17/05/2017, Relator Min. ). Veja-se os seguintes precedentes do STJ: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – ANPP. ART. 28-A DO CPP. INAPLICABILIDADE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. FRAÇÃO DE 1/4. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 41 DA LEI 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. SÚMULA 7/STJ. PERDIMENTO DE BENS. POSSIBILIDADE. ART. 243, PARÁGRAFO ÚNICO DA CRFB, ART. 91, II, DO CÓDIGO PENAL E ART. 63 DA LEI N. 11.343/2006. ALTERAÇÃO DO JULGADO. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Consoante o disposto no § 1º do art. 28-A do Código de Processo Penal, para a aplicação do Acordo de Não Persecução Penal, na aferição da pena mínima cominada ao crime serão consideradas as causas de aumento e diminuição, as quais, de acordo com o entendimento pacificado nesta Corte Superior, devem estar descritas na denúncia, não sendo possível considerar a pena mínima apurada após a aplicação da causa de diminuição, reconhecida somente por ocasião da prolação da sentença condenatória. 2. De acordo com o § 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. Na espécie, o redutor foi aplicado na fração de 1/4 tendo em vista que a ré, ao fazer o transporte internacional da droga – 810 g (oitocentos e dez gramas) de cocaína –, tinha ciência de que estava a serviço do crime organizado, não se verificando, portanto, a suscitada ilegalidade. 3. No tocante à alegada ofensa ao art. 41 da Lei de Drogas, para se chegar à conclusão contrária àquela contida no acórdão recorrido, verificando que a ré efetivamente prestou informações relevantes para identificar o seu aliciador, seria necessário o reexame do arcabouço fático-probatório dos autos, o que não é possível nesta via especial, nos termos da Súmula 7/STJ. 4. A expropriação de bens em favor da União pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes tem previsão na própria Constituição da República (art. 243, parágrafo único) e decorre de sentença penal condenatória, conforme regulamentado, primeiramente e de forma geral, no art. 91, II, do Código Penal e, posteriormente, de forma específica, no art. 63 da Lei n. 11.343/2006. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 2.059.445/SP, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022.) (grifos acrescidos) AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL – ANPP. SENTENÇA CONFIRMADA EM SEDE DE APELAÇÃO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECONHECIMENTO. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DE PROVAS. SÚM. 7/STJ. PERDIMENTOS DE BENS – CELULARES E CHIPS ANTIGOS, ALÉM DE VALORES ÍNFIMOS. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. O acordo de não persecução penal, consoante dispõe o art.

28-A do Código de Processo Penal, introduzido pela Lei n. 13.964/2019, é cabível, dentre outros requisitos, quando o investigado confessa formal e circunstancialmente a prática de infração penal sem violência ou grave ameaça, cuja pena mínima cominada seja inferior a 4 (quatro) anos. 2. No caso em apreço, é inaplicável o aludido instituto despenalizador porque a denúncia imputou ao ora Paciente o crime do art. 33 c/c 40, I, da Lei n. 11.343/2006, o que deixa evidente o desatendimento do requisito objetivo da lei, notadamente em razão da superveniência de sentença condenatória que julgou procedente a acusação, afastando a incidência da pretendida minorante do § 4º do mesmo artigo. 3. O § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 permite que as penas do crime de tráfico de drogas sejam 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. 4. Entendendo as instâncias ordinárias, soberanas na análise das circunstâncias fáticas da causa, que o recorrente, se dedica a atividades criminosas, concluir de forma diversa implica em exame aprofundado do material fático-probatório, inviável em recurso especial, a teor da Súm. 7/STJ. 5. O acórdão recorrido consignou que os instrumentos foram usados para a prática criminosa, já que toda a ação delitiva indica que a comunicação do réu com outros membros do tráfico se dava por meio dos referidos aparelhos de comunicação. Ademais, não houve até o presente momento demonstração clara a respeito da sua aquisição lícita. Concluir de forma diversa, esbarra, mais uma vez, na Súm. 7/STJ. 6. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp n. 2.004.661/SP, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 10/10/2022.) (grifos acrescidos) A esse respeito, veja-se o seguinte precedente do TJSC: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DA DEFESA. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. LASTRO PROBATÓRIO ROBUSTO. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS, ALIADOS ÀS CONVERSAS EXTRAÍDAS DE APARELHO CELULAR QUE LEGITIMAM A CONDENAÇÃO. VERSÃO DEFENSIVA DESTOANTE DO ACERVO AMEALHADO. ABSOLVIÇÃO INVIÁVEL. PEDIDO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL INICIAL. RÉU REINCENTE. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME MENOS GRAVOSO. MANUTENÇÃO DO REGIME FECHADO. POR FIM, PRETENDIDA A RESTITUIÇÃO DO APARELHO CELULAR APREENDIDO. INVIABILIDADE. BEM UTILIZADO NO EXERCÍCIO DO TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Mostra-se necessária a condenação do réu quando os elementos contidos nos autos formam um conjunto sólido, dando segurança ao juízo para a condenação pela prática do delito de tráfico de drogas. 2. Quando da fixação do regime inicial de cumprimento da pena, devem ser levadas em consideração não apenas a quantidade de pena imposta, mas também as particularidades objetivas e subjetivas da espécie, com destaque para a reincidência penal e as circunstâncias judiciais (art. 33, § 2º e § 3º, do Código Penal). Nesse contexto, a reincidência do acusado, a denotar especial contumácia criminosa e recomendar punição mais severa, obstam o abrandamento do regime prisional. 3. À luz do art. 243, parágrafo único, da Constituição Federal e do art. 63, inciso I, da Lei n. 11.343/06, possível a decretação do perdimento de aparelho celular apreendido em decorrência do tráfico ilícito de drogas. (TJ-SC – APR: 50119261620208240011, Relator: , Data de Julgamento: 29/06/2023, Primeira Câmara Criminal) (grifos acrescidos) Desse modo, não deve ser acolhido o pleito da Defesa para restituição do aparelho celular apreendido, ficando mantida a deliberação da Magistrada a

quo para sua doação à entidade APAE da Comarca de Valente. CONCLUSÃO Ante o exposto, CONHEÇO EM PARTE, e na extensão conhecida, NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso de Apelação interposto pela Defesa, e, DE OFÍCIO, elevo a fração de diminuição de pena referente ao benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 para o máximo de 2/3 (dois terços), e redimensiono a pena privativa de liberdade para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, substituída por duas restritivas de direitos, na forma já estabelecida, associada à pena pecuniária de 180 (cento e oitenta) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, sendo mantidos os demais termos da Sentença recorrida. Salvador/BA, 19 de julho de 2023. Desa. Relatora