

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501153-19.2016.8.05.0201 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: JHEMERSON DE SANTANA SANTOS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE REDIMENSIONAMENTO DA PENA BASE. REVISÃO DA VALORAÇÃO ATRIBUÍDA ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59. APLICAÇÃO DO § 4º, ART. 33, DA LEI N. 11.343/06. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Na análise da dosimetria da pena valorada pelo Magistrado a quo, este ponderou, negativamente, no que tange às circunstâncias delineadas no art. 59 do Código Penal as relativas aos motivos do crime, circunstâncias e consequências do crime, e a quantidade de droga apreendida. 2. Inicialmente, insta consignar que os fundamentos expostos na Sentença para valorar negativamente a circunstância judicial relacionada aos motivos do crime são inidôneos, vez que, não ficou demonstrado o porquê de a sua conduta ser merecedora de maior reprovação, isto é, não está evidenciado o motivo pelo qual a conduta perpetrada apresentaria um plus hábil a permitir elevação da pena-base. 3. O mesmo ocorre no que tange às circunstâncias e circunstâncias do crime. Do que se apresentou acerca das referidas circunstâncias judiciais, não se extrai da sentença, conforme adrede transcrito, embasamento válido para a exasperação da basilar, haja vista que ali se ponderou, exclusivamente, a vetorial da própria natureza e nocividade abstrata do crime, o que não se mostra idôneo para essa finalidade. 4. Sem maiores digressões, conforme vislumbra-se da decisão atacada, o magistrado primevo, para justificar a exasperação da pena-base, fundamentou-se na quantidade e variedade de drogas apreendidas, cujo fundamento também foi utilizado para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena estabelecida no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Desse modo, acabou por incorrer o Magistrado na prática do bis in idem, pois, não poderia utilizar do mesmo critério para negar o benefício do tráfico privilegiado e, simultaneamente, utilizá-lo como critério para desvalorar na condição de circunstância judicial, quando da fixação da pena-base, quando da análise do art. 59 do CP e art. 42 da Lei n.º 11.343/06. 5. Nota-se, assim, que se faz necessário o redimensionamento da pena a partir da primeira fase de fixação, impondo-se a aplicação da pena-base em seu patamar mínimo, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, afastando-se as circunstâncias judiciais negativamente valoradas. 6. Na segunda fase, apesar das circunstâncias atenuantes estabelecidas no art. 65, I e III, alínea 'd' do Código Penal, deixo de aplicá-las, tendo em vista o comando consignado na Súmula 231 do STJ, o qual determina que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Na terceira fase, considerada a incidência da causa de redução de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, reduziu-se a pena aplicada no patamar de 1/2, alcançando o patamar de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, devendo ser cumprida no regime inicial fechado, à vista dos ditames do art. 33, § 2º, c, CP. 7. Constatando o atendimento dos requisitos exigidos pelo art. 44, § 2º, do Código Penal promove-se a SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE, que deverá ser especificada pelo Juízo da Execução Penal, o qual também deverá analisar possível detração da pena. PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. ACORDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0501153-19.2016.8.05.0201, em que

figura, como Apelante, JHEMERSON DE SANTANA SANTOS e, como Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia, ACORDAM os Desembargadores componentes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO À APELAÇÃO, nos termos do voto condutor, adiante registrado. Sala das Sessões, de de 2022. DES. 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 provido em parte Por Unanimidade Salvador, 7 de Fevereiro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501153-19.2016.8.05.0201 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: JHEMERSON DE SANTANA SANTOS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO JHEMERSON DE SANTANA SANTOS interpôs recurso de apelação contra a sentença penal condenatória prolatada pelo Juízo da 1ª. Vara Criminal da Comarca de Porto Seguro-BA, que o condenou pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, à pena privativa de liberdade de 03 (três) anos 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente aberto, bem como ao pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato. De logo, há de ser encampado o relatório albergado na sentença de Id. 29629293, com esboço, no princípio da economia processual. Em sede de razões, acostadas ao Id. 29629305, requer a Defesa o redimensionamento da pena-base aplicada, bem como a aplicação da circunstância de redução de pena em seu patamar máximo (art. 33, § 4º /CP) e, por fim, o reconhecimento da detração penal. Em contrarrazões, Id. 29629310, o Ministério Público requereu o conhecimento da apelação e, no mérito, pelo improvimento. Ademais, a Douta Procuradoria de Justiça, Id. 33983421, manifestou-se pelo conhecimento e provimento parcial do apelo. Encaminhe-se o presente relatório, a ser submetido à apreciação da Eminentíssima Desembargadora Revisora, com as homenagens de estilo. É o relatório. 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. 0501153-19.2016.8.05.0201 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: JHEMERSON DE SANTANA SANTOS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA 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. No cerne do inconformismo recursal, constata-se não se ter estabelecido qualquer controvérsia acerca da materialidade e da autoria delitiva. A tese trazida com o apelo se identifica com a alegação de erro na dosimetria penal, ao argumento de que deve ser feito o redimensionamento da pena base. 1. DA DOSIMETRIA DA PENA No cotejo dos autos, nota-se que a pena-base fora aplicada em 06 (seis) anos e 500 (quinhentos) dias-multa, em análise das circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do Código Penal, nesses termos: “(...) Em atenção ao disposto no art. 42, da Lei nº 11.343/2006 e art. 59 e seguintes do Código Penal, especialmente o art. 68 do aludido diploma legal, que elegeu o Sistema Trifásico de Nelson Hungria para a quantificação das sanções aplicáveis aos condenados, passo à fixação da

pena: 1ª fase – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (artigo 59, do Código Penal)– Conforme o conceito trazido por Guilherme de Souza Nucci, as circunstâncias judiciais: “São as circunstâncias que envolvem o crime, nos aspectos objetivo e subjetivo, extraídas da livre apreciação do juiz, desde que respeitadas os parâmetros fixados pelo legislador no artigo 59 do Código Penal, constituindo efeito residual das circunstancias legais” (Código Penal Comentado, 14ª. Ed, Rio de Janeiro:Forense, 2014, p. 415).

CULPABILIDADE O réu, na oportunidade, tinha capacidade para querer, compreender e entender as circunstâncias do fato e a sua ilicitude. A culpabilidade está presente, não havendo qualquer causa que exclua os elementos que a integram. Ademais, agiu com culpabilidade normal a espécie, nada tendo a valorar.

ANTECEDENTES CRIMINAIS O réu não ostenta maus antecedentes.

CONDUTA SOCIAL Poucos elementos se coletaram nos autos a respeito da conduta social do agente.

PERSONALIDADE DO AGENTE Poucos elementos se coletaram nos autos a respeito da personalidade do agente.

MOTIVOS DO CRIME O tráfico de drogas traz para os agentes a possibilidade de lucro fácil.

CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME As circunstâncias são reprováveis.

CONSEQUÊNCIAS EXTRA PENAS DO CRIME As vítimas Estado e a sociedade em nada contribuíram para a atuação do acusado, uma vez que se busca, constantemente, reprimir o tráfico de drogas.

QUANTIDADE DA DROGA 85 (oitenta e cinco) papelotes de cocaína, 47 (quarenta e sete) porções de maconha e 48 (quarenta e oito) porções de crack.

Pena-base – Pela quantidade e variedade das substâncias apreendidas, fixo a pena-base do acusado acima do mínimo legal, ou seja, em 06 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos dias-multa), valorando cada dia-multa em 1/30 do salário mínimo, em face da situação econômica do réu ser desconhecida, neste instante (art. 60, Código Penal).

2ª fase – CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES (CP, 61 e 65): Verifico as circunstâncias atenuantes previstas no artigo 65, I e III, alínea d, razão pela qual reduzo à pena na fração de 1/6 perfazendo 05 (cinco) ano de reclusão. Não verifico agravantes.

3ª fase CAUSAS DE DIMINUIÇÃO E CAUSAS DE AUMENTO DA PENA: Quanto a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, insta consignar que tal minorante visa conferir uma proporcionalidade à repressão penal do pequeno traficante, assim concebido o agente que, *ipsis litteris*, "seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". Destarte, em que pese a reprovabilidade da conduta perpetrada pelo acusado, é mister reconhecer que o mesmo ostenta os requisitos elencados no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Dessa forma, pela quantidade e variedade de drogas, diminuo à pena privativa de liberdade em 1/3 (um terço), perfazendo em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão. Não verifico causas de aumento de pena.

4ª fase PENA DEFINITIVA: Aplico, pois, concreta e definitivamente, para JHEMERSON DE SANTANASANTOS, com relação ao crime tipificado artigo 33 da Lei 11.343/2006, a pena de reclusão de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, fixando cada dia multa em 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo vigente. ” (Id. 29629293) Na análise da dosimetria da pena valorada pelo Magistrado a quo, este ponderou, negativamente, no que tange às circunstâncias delineadas no art. 59 do Código Penal as relativas aos motivos do crime, circunstâncias e consequências do crime, e a quantidade de droga apreendida. É cediço que a pena-base deve ser fixada concreta e fundamentadamente – art. 93, IX, Constituição Federal – de acordo com as circunstâncias judiciais estatuídas no art. 59 do Código Penal, conforme seja necessária e suficiente para reprovação e prevenção

do delito, porém, in casu, entendo que a pena-base não se apresenta idoneamente fundamentada. Inicialmente, insta consignar que os fundamentos expostos na Sentença para valorar negativamente a circunstância judicial relacionada aos motivos do crime são inidôneos, vez que, não ficou demonstrado o porquê de a sua conduta ser merecedora de maior reprovação, isto é, não está evidenciado o motivo pelo qual a conduta perpetrada apresentaria um plus hábil a permitir elevação da pena-base. O fundamento utilizado pelo Magistrado de 1º grau, qual seja: "O tráfico de drogas traz para os agentes a possibilidade de lucro fácil", não é suficiente para justificar a elevação da pena base, vez que não foi fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficientes as referências a conceitos vagos e genéricos, de forma que não poderia ser utilizada para valorar negativamente tal circunstância. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CULPABILIDADE, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS. ARGUMENTOS INERENTES AO TIPO. REDUTORA DA PENA. ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06. FIXAÇÃO EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. APLICAÇÃO DE 2/3. REDIMENSIONAMENTO DA PENA PARA PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRIMÁRIO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CABIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. A jurisprudência pátria, em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX, da Constituição Federal, é firme no sentido de que a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficientes as referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal. 3. A culpabilidade foi considerada elevada pelo fato de o acusado ter consciência da ilicitude de sua conduta. Ocorre que "a consciência da ilicitude do fato não justifica a exasperação da pena-base, porque é elemento que diz respeito à culpabilidade em sentido estrito, assim definida como elemento integrante da estrutura do crime em sua concepção tripartida, e não à culpabilidade em sentido lato, a qual se refere a maior ou menor reprovabilidade do agente pela conduta delituosa praticada" (HC 287.449/MG, Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 5/3/2015, DJe 12/3/2015). 4. Quanto aos motivos e às consequências, estes foram valorados em elementos inerentes ao tipo penal – lucro fácil e efeitos produzidos pela ação criminosa, o maior ou menor vulto do dano ou perigo de dano e o sentimento de insegurança trazido pela ação criminosa – configurando, assim, fundamentação genérica e inidônea para exasperação da pena-base, de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior. [...] 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente e fixar o regime aberto, substituída a pena corporal por duas medidas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais. (STJ – HC: 382187 ES 2016/0325649-1, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 21/03/2017, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/03/2017) O mesmo ocorre no que tange às circunstâncias e consequências do crime. Do que se apresentou acerca das referidas circunstâncias

judiciais, não se extrai da sentença, conforme adrede transcrito, embasamento válido para a exasperação da basilar, haja vista que ali se ponderou, exclusivamente, a vetorial da própria natureza e nocividade abstrata do crime, o que não se mostra idôneo para essa finalidade. De fato, a gravidade delitiva em abstrato já é abarcada pela própria tipificação penal da conduta, servindo a que o legislador fixe o intervalo entre as reprimendas passíveis de aplicação. A elevação do patamar da pena basilar para além de seu mínimo legal exige a apresentação de justificativa em elementos que prospectem, em concreto, a gravidade da conduta também para além daquela ínsita ao próprio núcleo normativo. Nesse sentido (com destaques da transcrição): “HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL SEM FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. REDUÇÃO AO PATAMAR MÍNIMO. REGIME INICIAL FECHADO IMPOSTO COM BASE NA HEDIONDEZ DO CRIME. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º DO ART. 2º DA LEI N. 8.072/1990, COM A REDAÇÃO DADA PELA LEI N. 11.464/2007. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. SÚMULA N. 440 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E N. 718 E 719 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PACIENTE PRIMÁRIO, DE BONS ANTECEDENTES E CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS BENÉFICAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, DE OFÍCIO. 2. No tocante à fixação da pena-base, verifico a ausência de fundamentação idônea apta a ensejar sua elevação. O Magistrado sentenciante, ao analisar as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, utilizou-se de elementares do tipo, gravidade abstrata do delito e fundamentos genéricos para desaboná-las, justificando, assim, a elevação da reprimenda na primeira fase. Trata-se de agente primário, surpreendido na posse de pequena quantidade de droga, não exsurgindo dos autos qualquer fato que imprima valoração negativa das circunstâncias judiciais prevista no art. 59 do CP. Assim, impõe-se a redução da pena base ao patamar mínimo legal Dosimetria refeita. 3. É firme neste Tribunal Superior a orientação de que é necessária a apresentação de motivação concreta para a fixação de regime mais gravoso, fundada nas circunstâncias judiciais do art. 59 do CP. Súmula n. 440 desta Corte e as de n. 718 e 719 do Supremo Tribunal Federal. Ademais, o óbice à fixação de regime diverso do fechado, apontado pelo Tribunal a quo em relação aos crimes hediondos e equiparados, foi superado pelo Supremo Tribunal Federal, que declarou a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990, com a redação dada pela Lei n. 11.464/2007 Reconhecidas as circunstâncias judiciais favoráveis e a primariedade do réu, a quem foi imposta reprimenda definitiva inferior a 4 anos de reclusão, cabível a imposição do regime aberto para iniciar o cumprimento da sanção corporal, à luz do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP. 4. O paciente preenche os requisitos previstos no art. 44 do CP para a substituição da reprimenda privativa de liberdade por restritivas de direito, na medida em que é primário, de bons antecedentes, e as circunstâncias judiciais o favorecem. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 166 dias-multa, e substituir a reprimenda privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem especificadas pelo Magistrado de primeiro grau”. (STJ – HC 365.531/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 25/10/2016, DJe 07/11/2016) “PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL, ORDINÁRIO OU DE REVISÃO CRIMINAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE. FUNDAMENTAÇÃO PER

RELACIONEM. POSSIBILIDADE. AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE. CONDENAÇÃO. PERDA DO OBJETO. DOSIMETRIA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. EXASPERAÇÃO. POSSIBILIDADE. MOTIVOS DO CRIME. VALORAÇÃO NEGATIVA COM BASE EM FATORES INERENTES AO DELITO PRATICADO. INADMISSIBILIDADE. GRAVIDADE ABSTRATA. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 4. Prescreve o art. 42 da Lei n. 11.343/06, que a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as circunstâncias judiciais estabelecidas no art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal. 5. A jurisprudência pátria, em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX da Constituição Federal, é firme no sentido de que a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal. Assim, os motivos do crime não devem ser considerados de forma desfavorável para a elevação da pena-base. 6. Habeas corpus não conhecido, mas ordem concedida de ofício para reduzir as penas a 6 anos e 5 meses de reclusão, além de 641 dias-multa, em regime inicial fechado.” (STJ – HC 275.255/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 03/05/2016, DJe 13/06/2016) Afasta-se, portanto, a negativa valoração das circunstâncias e consequências do crime. Sem maiores digressões, conforme vislumbra-se da decisão atacada, o magistrado primevo, para justificar a exasperação da pena-base, fundamentou-se na quantidade e variedade de drogas apreendidas, cujo fundamento também foi utilizado para negar a aplicação da causa especial de diminuição de pena estabelecida no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. Desse modo, acabou por incorrer o Magistrado na prática do bis in idem, pois, não poderia utilizar do mesmo critério para negar o benefício do tráfico privilegiado e, simultaneamente, utilizá-lo como critério para desvalorar na condição de circunstância judicial, quando da fixação da pena-base, quando da análise do art. 59 do CP e art. 42 da Lei n.º 11.343/06. Nota-se, assim, que se faz necessário o redimensionamento da pena a partir da primeira fase de fixação, impondo-se a aplicação da pena-base em seu patamar mínimo, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, afastando-se as circunstâncias judiciais negativamente valoradas. Por sua vez, apesar das circunstâncias atenuantes estabelecidas no art. 65, I e III, alínea 'd' do Código Penal, deixo de aplicá-las, tendo em vista o comando consignado na Súmula 231 do STJ, o qual determina que “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Na terceira fase de aplicação da pena, o Juízo primevo reconheceu ao Recorrente a prática do tráfico sob a forma privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06), fazendo incidir à reprimenda intermediária a fração redutora em seu mínimo (1/3), em razão da quantidade e variedade de drogas apreendidas. Porém, como bem asseverou a Procuradoria de Justiça em seu Pronunciamento, “considerando que foram apreendidas três espécies distintas de substâncias entorpecentes (cocaína, “crack” e maconha), sendo duas delas consideradas de alta nocividade, é de se relegar a vetorial “natureza/diversidade da droga” à condição de fator impeditivo à concessão da fração máxima de redução referente ao “tráfico privilegiado”. Em compensação, entende esta Procuradoria de Justiça Criminal ser devida a aplicação da fração intermediária de 1/2 (metade)”. (Id. 33983421) De fato, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem admitido que, em situações análogas à delineada nos autos, considerando a natureza, diversidade e quantidade de droga apreendida, seja utilizada como fração redutora o quantum correspondente a 1/2 (um

meio). Confira-se: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE APREENDIDO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Deve ser mantida a decisão agravada, pois a pena-base foi fixada no mínimo legal para evitar que a quantidade da droga fosse sopesada na primeira e terceira fases da dosimetria, sob pena de bis in idem, optando-se por valorar a referida circunstância apenas na última etapa da dosagem da pena. Assim, a quantidade da droga apreendida – aproximadamente 297g (duzentos e noventa e sete gramas) de cocaína –, embora não possa isoladamente afastar a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente modular seu quantum em 1/2. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 1.964.894/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 15/2/2022, DJe de 18/2/2022.) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4.º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE DE MODULAÇÃO DO BENEFÍCIO. INCIDÊNCIA DA BENESSE NA FRAÇÃO DE 1/2 (METADE). AGRAVO DESPROVIDO. 1. Ainda que se trate de habeas corpus substitutivo de recurso especial, é possível a concessão da ordem quando presente situação de manifesta ilegalidade, como verificado no caso em apreço. 2. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, a quantidade e a natureza das drogas apreendidas não são circunstâncias que permitem, por si sós, afastar a aplicação do redutor especial, embora possam ser utilizadas para justificar a modulação do quantum de diminuição da minorante, nos termos do julgamento proferido pela Quinta Turma no AgRg no HC 685.184/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, DJe 04/10/2021. 3. A possibilidade de modulação da fração foi ratificada pela Terceira Seção, por ocasião do julgamento do HC n. 725.534/SP, da relatoria do Ministro RIBEIRO DANTAS, na sessão de 27/04/2022, encontrando-se o acórdão pendente de publicação. 4. Hipótese em que a redução da pena foi estabelecida em 1/2 (um meio), levando-se em conta a quantidade e natureza da droga apreendida, cabendo observar que as penas-bases não foram majoradas na primeira fase sob o mesmo fundamento, de modo que não há falar em bis in idem. 5. Agravo desprovido. (AgRg no HC n. 738.778/GO, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 17/5/2022, DJe de 23/5/2022.) Assim sendo, faço incidir à reprimenda intermediária a fração redutora no patamar de  $\frac{1}{2}$  (um meio), trazendo a pena definitiva para de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Ademais, em observância ao princípio da proporcionalidade, esta deve guardar simetria com a reprimenda corporal e ser dosada fase por fase, motivo pelo qual há de ser estabilizada no patamar de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data do delito. Acerca do tema, imperioso trazer à baila os ensinamentos de Ricardo Augusto Schmitt: “Com isso, podemos concluir, por exemplo, que uma vez fixada a pena-base privativa de liberdade no mínimo legal previsto em abstrato ao tipo, a quantidade de dias-multa deverá ser igualmente fixado no mínimo legal, uma vez que para fixação de ambas as penas-base foram levadas em consideração as mesmas circunstâncias previstas no artigo 59, do Código Penal” (IN SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA – ASPECTOS PRÁTICOS E TEÓRICOS À ELABORAÇÃO”, 4ª EDIÇÃO, P. 201). Assim sendo, torno definitiva a pena privativa de liberdade em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime

inicial aberto para o cumprimento da pena, nos moldes do art. 33, § 2º, c, do Código Penal e ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente na data do delito. Constatando o atendimento dos requisitos exigidos pelo art. 44, § 2º, do Código Penal promovo a SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE, que deverá ser especificada pelo Juízo da Execução Penal, o qual também deverá analisar possível detração da pena. DISPOSITIVO Ante as considerações suso espreiadas, voto no sentido de conhecer e, no mérito, julgar PALCIAMENTE PROCEDENTE O APELO INTERPOSTO, redimensionando a pena fixada para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente na data do delito, devendo ser cumprida no regime aberto, à vista dos ditames do art. 33, § 2º, c, CP. Por fim, constatando o atendimento dos requisitos exigidos pelo art. 44, § 2º, do Código Penal promovo a SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE PELA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE, que deverá ser especificada pelo Juízo da Execução Penal, o qual também deverá analisar possível detração da pena. É o voto. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relator