

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0704655-24.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: LUIS HENRIQUE PEREIRA DE JESUS Advogado (s): LUCAS SALES GAVAZA SILVA, MAURICIO LIMA DE OLIVEIRA FILHO, THIAGO FREIRE ARAUJO SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA COMPROVADAS. DECLARAÇÕES DE POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELA PRISÃO EM FLAGRANTE. VALOR DE PROVA. REFORMA DA DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E VARIEDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO ACIMA DO USUAL. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO STJ. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. ACUSADO QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL. CARACTERIZAÇÃO DA DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRECEDENTES DESTA TURMA. REGIME INICIAL PARA O CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Apelante condenado à pena de 6 anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de 600 dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime de tráfico de drogas, após ser flagrado por prepostos da Polícia Militar, em 09/05/2021, trazendo consigo uma mochila que continha 630 pinos de cocaína (1.024,30g); 2 porções de maconha (19,57g); e 1 telefone celular (iphone), na cor rosa, com a tela danificada. 2. A materialidade do crime de tráfico de drogas pode ser depreendida do auto de exibição e apreensão, do laudo de exame de constatação e do laudo definitivo de drogas, acostados, respectivamente, nos documentos de id 24207149, fls. 7 e 10, e id 24207158. Este último, inclusive, atesta que as substâncias apreendidas em poder do acusado são aquelas vulgarmente conhecidas como maconha e cocaína, ambas de uso proscrito no Brasil, nos termos da Portaria 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. 3. Já a autoria atribuída ao Apelante pode ser constatada a partir das declarações prestadas pelos policiais militares responsáveis por sua prisão em flagrante que, em consonância com a jurisprudência de nossas cortes judiciais superiores, merecem a credibilidade e a fé pública inerentes ao depoimento de qualquer funcionário estatal no exercício de suas funções, constituindo, assim, elementos hábeis à expedição de um decreto condenatório, sobretudo quando prestados em juízo, sob o crivo da ampla defesa e do contraditório, e em harmonia com os demais elementos de provas trazidos aos autos. 4. Também não há de se falar em redimensionamento da pena-base aplicada ao Apelante, uma vez que a Magistrada sentenciante mobilizou fundamentação idônea para tanto, evidenciando a quantidade e a variedade das drogas apreendidas. 5. Ademais, é bem verdade que, diante da ausência de previsão normativa, o STJ possui entendimento firme no sentido de que se deve obedecer à fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada circunstância judicial negativa, sempre que ausente razão especial para afastar tal parâmetro prudencial. Assim, no caso dos autos, não há de se falar em irregularidade quando o julgador conclui pela necessidade de exasperação da pena-base em fração superior à usual, qual seja 1/5, por considerar expressiva a quantidade e a variedade das drogas apreendidas. Precedente do STJ. 6. No tocante ao reconhecimento do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, esta Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal do PJBA ainda tem mantido posição no sentido de que processo em trâmite em desfavor do acusado pode, por si só, afastar a aplicação do tráfico privilegiado, por caracterizar sua dedicação à atividade criminosa. Precedentes desta Turma. 7. Negado amparo ao pleito defensivo de incidência do benefício do tráfico

privilegiado, por via de consequência, não há de se falar em mudança do regime inicial de cumprimento da pena para o mais benéfico, porquanto o quantum fixado impõe o regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do CP. 8. Recurso conhecido e não provido, nos termos do Parecer Ministerial. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de Apelação Criminal nº 0704655-24.2021.8.05.0001, de Salvador – BA, nos quais figuram como Apelante LUÍS HENRIQUE PEREIRA DE JESUS e Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto, pelas razões alinhadas no voto do Relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 29 de Março de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0704655-24.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: LUIS HENRIQUE PEREIRA DE JESUS Advogado (s): LUCAS SALES GAVAZA SILVA, MAURICIO LIMA DE OLIVEIRA FILHO, THIAGO FREIRE ARAUJO SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Cuidam os autos de Apelação Criminal interposta por LUÍS HENRIQUE PEREIRA DE JESUS, contra a sentença de id 24207204, que o condenou à pena de 6 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de 600 (seiscentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico de drogas). Nas razões recursais de id 24207256, a defesa técnica de LUÍS HENRIQUE PEREIRA DE JESUS pugna por sua absolvição, em homenagem ao princípio do in dubio pro reo, uma vez que, “ao apresentarem dissonância sobre a circunstância em que se deu a prisão em flagrante do Apelante, os policiais militares ouvidos em juízo não incorrem apenas em mera discrepância de narrativa, mas contaminam a coesão e integralidade do material probatório, não podendo uma sentença penal condenar o jurisdicionado quando verificada a inconsistência de conteúdo das provas constantes nos autos”. Subsidiariamente, o Apelante requer a reforma da dosimetria da pena que lhe fora aplicada, no sentido de: a) fixação da pena-base no mínimo legal ou, considerada a necessidade de exasperação, que se dê na fração de 1/6; e b) aplicação do benefício estabelecido no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (tráfico privilegiado), com fixação do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda. No documento de id 24207278, tem-se colacionadas as respectivas contrarrazões do MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, pelas quais se defende a satisfatoriedade do conjunto probatório trazido aos autos, bem como a regularidade da pena aplicada. Remetidos os autos a este Tribunal, foram eles distribuídos por prevenção (autos nº 8036656-67.2021.8.05.0000), cabendo-me a relatoria, conforme termo de id 24904070. Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça, por meio do parecer de id 25388553, opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso. Após conclusão para análise, elaborou-se o relatório competente, que restou submetido ao crivo da revisão. Salvador/BA, 10 de março de 2022. Des. Luiz Fernando Lima – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0704655-24.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: LUIS HENRIQUE PEREIRA DE JESUS Advogado (s): LUCAS SALES GAVAZA SILVA, MAURICIO LIMA DE OLIVEIRA FILHO, THIAGO FREIRE ARAUJO SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Conheço do apelo, uma vez atendidos os

requisitos de admissibilidade da espécie. DA CONDUTA IMPUTADA AO RECORRENTE Conforme se depreende da sentença condenatória (id 24207204), no dia 09/05/2021, aproximadamente 12h30min, Policiais Militares flagraram o acusado trazendo consigo substâncias entorpecentes, com a finalidade do comércio ilegal. A situação é narrada nos seguintes termos: [...] no dia, horário e local, acima especificados, Policiais Militares realizavam ronda, quando visualizaram aproximadamente 6 (seis) indivíduos que, ao perceberem que se aproximavam, empreenderam fuga, efetuando disparos de armas de fogo, tendo havido, na ocasião, o devido revide. Depreende-se que os Agentes Públicos lograram êxito em alcançar e abordar um dos indivíduos citados, que foi identificado como sendo o investigado, e, na revista pessoal, foi verificado que trazia consigo uma mochila nas cores preta e cinza, contendo: 630 (seiscentos e trinta) pinos de cocaína; 02 (duas) porções de maconha; 01 (um) telefone celular, marca Iphone, na cor rosa, com a tela danificada (...).” Vale destacar que os pinos de cocaína, somados, atingiam a massa bruta de mais de um quilo (1.024,30g), enquanto que as porções de maconha perfaziam o total de 19,57g (dezenove gramas e cinquenta e sete centigramas). DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DELITIVA A materialidade do crime de tráfico de drogas pode ser depreendida do auto de exibição e apreensão, do laudo de exame de constatação e do laudo definitivo de drogas, acostados, respectivamente, nos documentos de id 24207149, fls. 7 e 10, e id 24207158. Este último, inclusive, atesta que as substâncias apreendidas em poder do acusado são aquelas vulgarmente conhecidas como maconha e cocaína, ambas de uso proscrito no Brasil, nos termos da Portaria 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. Já a autoria atribuída a LUÍS HENRIQUE PEREIRA DE JESUS pode ser constatada, sobretudo, a partir das declarações prestadas pelos policiais militares responsáveis por sua prisão em flagrante. O SD/PM GEOVANI SANTOS SAMPAIO, consoante gravação disponível na plataforma Lifesize, cujo link para acesso consta na ata de audiência de id 24207182, informou que estava em ronda, com outros parceiros, pela Rua 4 de Dezembro, mais conhecida como “Manguinhos”, identificado como um local de “altíssima periculosidade”, quando se deparou com vários indivíduos que efetuaram disparos de arma de fogo contra a guarnição. Os militares, então, iniciaram uma perseguição ao grupo, conseguindo alcançar o ora acusado. Questionado pela Promotoria se foi realizada busca pessoal, respondeu afirmativamente, informando que com o acusado foram encontradas drogas: “eu me lembro de muita cocaína, pelo menos a gente acha que era, e um pouquinho só de maconha”. Ainda, destacou que a cocaína estava armazenada em “microtubos pequenos, se eu não me engano, tubinhos, eu não sei o nome especificamente [...] se eu não me engano numa mochila, porque quem fez a busca foi outro patrulheiro”, afirmando, de maneira categórica, que a mochila estava em poder do acusado (SD/PM GEOVANI SANTOS SAMPAIO, testemunha da acusação, declarações em juízo, gravação disponível na Plataforma Lifesize). No mesmo sentido, o SD/PM DIOGENES ROCHA BATISTA, também arrolado como testemunha pela acusação e igualmente ouvido em juízo, após reconhecer o acusado como o sujeito que ajudou a prender em flagrante, relata que estava “em ronda num referido bairro, na Rua 4 de Dezembro, quando nos deparamos com alguns indivíduos que, ao perceber nossa presença, atiraram. Aí desembarcamos da viatura, incursionamos, aí conseguimos alcançar esse indivíduo aí em posse de uma mochila [...] Dentro da mochila tinha droga e acho que um celular que estava com ele. Se eu não me engano, foram pinos de cocaína” (gravação disponível na Plataforma Lifesize). Disse, ainda, não recordar a quantidade da droga,

mas que era de grande monta; não lembrar da apreensão de outro tipo de droga, mesmo que em menor proporção, além de informar que o acusado, quando de sua prisão em flagrante, não ofereceu resistência (SD/PM DIOGENES ROCHA BATISTA, testemunha da acusação, declarações em juízo, gravação disponível na Plataforma Lifesize). Por fim, cabe transcrever trechos das declarações prestadas pelo terceiro policial que integrava a guarnição, o SD/PM LUCIANO ADSON GONÇALVES DOS SANTOS, que reforça o quanto já trazido até aqui, senão vejamos: [...] estávamos em ronda na localidade Manguinhos, precisamente na Rua 4 de Dezembro, quando vários indivíduos, ao avistar a guarnição, dispararam contra a guarnição, onde houve o revide à justa agressão. Aí após acessar os disparos, cessar os disparos, conseguimos alcançar indivíduo chamado Luís Henrique, que estava com a mochila nas costas. Na busca, detectamos que havia vários pinos de cocaína e uma pouca porção de maconha na mochila [...] Ele resistiu à prisão, não foi lesionado. (SD/PM LUCIANO ADSON GONÇALVES DOS SANTOS, testemunha da acusação, declarações em juízo, gravação disponível na Plataforma Lifesize). Como se sabe, nossas cortes judiciais superiores têm entendimento pacificado no sentido de que os depoimentos policiais merecem a credibilidade e a fé pública inerentes ao depoimento de qualquer funcionário estatal no exercício de suas funções, constituindo, assim, elementos hábeis à expedição de um decreto condenatório, sobretudo quando prestados em juízo, sob o crivo da ampla defesa e do contraditório, e em harmonia com os demais elementos de provas trazidos aos autos. Sobre a questão: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADO. INADMISSIBILIDADE DE PARADIGMA EM HABEAS CORPUS PARA COMPROVAR DIVERGÊNCIA. PLEITOS DE ABSOLVIÇÃO OU RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. PEDIDOS DE MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PREJUDICADOS. ADEMAIS, FALTA DE PREENCHIMENTO DE REQUISITO OBJETIVO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 6. 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. [...] 12. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL nº 1.924.181 – SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 27/10/2021). AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (34,5 G DE CRACK E 43,3 DE MACONHA). VIOLAÇÃO DOS ARTS. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006; E 386, VII, DO CPP. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DO RESTABELECIMENTO DA CONDENAÇÃO. TRIBUNAL DE ORIGEM QUE ABSOLVEU O AGRAVANTE COM SUPORTE NA NÃO COMPROVAÇÃO DO COMÉRCIO DAS DROGAS. PRESCINDIBILIDADE. VALIDADE DO DEPOIMENTOS DE POLICIAIS EM CONTRADITÓRIO. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 7/STJ. MANUTENÇÃO DA PREVALÊNCIA, NO PONTO, DO VOTO VENCIDO DA APELAÇÃO CRIMINAL. PLEITOS SUBSIDIÁRIOS. PARCIAL PROCEDÊNCIA. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INOVAÇÃO RECURSAL. MATÉRIA NÃO DEBATIDA PELA CORTE DE ORIGEM E NÃO SUSCITADA EM SEDE DE CONTRARRAZÕES DE RECURSO ESPECIAL. REDUÇÃO DA PENABASE E REFORMA DA PENA PECUNIÁRIA. NECESSIDADE DE ANÁLISE DAS REFERIDAS TESES DEFENSIVAS CONTIDAS NA APELAÇÃO. RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM. [...] 3. Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, 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, cabendo a defesa demonstrar sua imprestabilidade. [...] 7. Agravo regimental parcialmente provido para, reconsiderando, em parte, a decisão agravada, alterar o seu dispositivo para os seguintes termos: Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4º, II e III, do RISTJ, dou parcial provimento ao recurso especial para, afastando a absolvição decretada pela Corte de origem, determinar o retorno dos autos para a análise das demais teses defensivas contidas no recurso de apelação de fls. 287/307. (AgRg no RECURSO ESPECIAL nº 1.863.836 – RS, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 14/10/2020). Acrescente-se que as inconsistências observadas nos depoimentos dos agentes estatais, evidenciadas nas razões recursais, não são suficientes para mitigar a sua credibilidade. A falta de memória ou pequenas contradições quanto a aspectos secundários devem ser consideradas indiferentes, não obstando a certeza da autoria delitiva, principalmente quando se leva em conta o volume de demandas a que os policiais militares são instados a atuar. No caso dos autos, os aspectos principais da dinâmica delitiva são trazidos de forma harmoniosa pelos três policiais militares arrolados como testemunhas pela acusação. Como bem acentuou a Magistrada sentenciante, “todos mencionaram que a mochila estava com o acusado (não perto ou ao lado, mas sim em sua direta posse) e que nesta as drogas foram encontradas”. Ademais, é “irrelevante os policiais lembrarem o número exato de pessoas presentes na rua durante o acontecimento, pois esta informação em nada altera o tipo penal pelo qual o réu está a responder ou cria para este alguma atenuante.” Assim, sendo o crime de tráfico de drogas classificado pela doutrina como delito de ação múltipla ou de conteúdo típico alternativo, isto é, com previsão de inúmeras condutas delitivas, de modo que a incidência em qualquer uma delas se mostra suficiente à sua caracterização, tendo sido as drogas encontradas na mochila que o acusado carregava, nítido está que ele incidiu na conduta de “trazer consigo”. Logo, sua condenação pelo crime previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 é medida que se impõe, não merecendo amparo o pleito defensivo de absolvição em homenagem ao princípio do in dubio pro reo. DA REFORMA DA DOSIMETRIA Passo a analisar o pleito subsidiário de reforma da dosimetria. Quanto ao ponto, cumpre lembrar que o julgador deve, ao realizar a individualização da pena, avaliar com acuidade os elementos relacionados ao fato, visando aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda necessária à reprovação do crime praticado. E, ao considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve declinar motivadamente suas razões, sob pena de ferir o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal. Na hipótese, vê-se que o Juízo sentenciante, em atenção ao disposto no art. 59 do CP e no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, exasperou a pena-base imposta ao Apelante em 1 (um) ano, fixando-a em 6 (seis) anos de detenção, por considerar que lhe são desfavoráveis as circunstâncias do crime. Para tanto, lançou a seguinte fundamentação: [...] Quanto às circunstâncias, tem-se que estava com o réu 630 (seiscentos e trinta) pinos de cocaína, massa bruta de 1.024,30g (um mil e vinte e quatro gramas e trinta centigramas) e 02 (duas) porções de maconha, massa bruta de 19,57g (dezenove gramas e cinquenta e sete centigramas). Destarte, dada a variedade e quantidade de pinos para venda, merece o inculcado maior reprimenda como aumento da pena base. Assim,

diferentemente do que sustenta a defesa técnica, a Magistrada sentenciante mobilizou fundamentação idônea para exasperar a pena-base no que diz respeito às circunstâncias do crime, ao evidenciar a quantidade e variedade das drogas apreendidas, estando seu entendimento, inclusive, respaldado pela jurisprudência do STJ, senão vejamos: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE CONSTATADO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE. QUANTIDADE, VARIEDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. TEMA NÃO DEBATIDO NA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. AGRAVO NÃO PROVIDO. [...] 2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado. [...] 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no HABEAS CORPUS nº 651.929 – SP, Relator Ministro Ribeiro Dantas, QUINTA TURMA, julgado em 13/04/2021, DJe 16/04/2021). Na mesma direção: AgRg no HABEAS CORPUS nº 650.783 – SP, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, QUINTA TURMA, julgado em 16/03/2021, DJe 19/03/2021; HABEAS CORPUS nº 539.623 – SP, Relator Ministro Joel Ilan Paciornik, QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 28/11/2019; e AgRg no HABEAS CORPUS nº 664.997 – MS, Relator Ministro Olindo Menezes, SEXTA TURMA, julgado em 09/11/2021, DJe 16/11/2021. Vale destacar que o legislador deixou de fixar um limite para o aumento da pena-base. Ao fazer isso, atribuiu ao julgador a discricionariedade para definir o quantum com base na valoração de cada circunstância judicial prevista no art. 59 do Código Penal, atentando-se aos princípios da individualização da pena, da proporcionalidade e da razoabilidade. Cabe ao julgador analisar o contexto fático trazido aos autos, as características subjetivas do agente, bem como os aspectos do crime para assim fixar a pena em patamar justo. É bem verdade que, diante desta ausência de previsão normativa, o STJ possui entendimento firme no sentido de que se deve obedecer à fração de 1/6 sobre o mínimo legal, para cada circunstância judicial negativa, sempre que ausente razão especial para afastar tal parâmetro prudencial. Todavia, no caso dos autos, não há de se falar em irregularidade quando o julgador conclui pela necessidade de exasperação da pena-base em fração superior à usual, isto é, 1/5, por considerar expressiva a quantidade e a variedade das drogas apreendidas. Nesse sentido já decidiu o STJ: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. QUANTIDADE EXPRESSIVA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. NOCIVIDADE DA DROGA. HABITUALIDADE. RÉU REINCENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. INOVAÇÃO RECURSAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO. [...] 3. Com base no princípio do livre convencimento motivado, ainda que valorado um único vetor, considerada sua preponderância, o julgador poderá concluir pela necessidade de exasperação da pena-base em fração superior a 1/6 se considerar expressiva a quantidade da droga, sua diversidade e/ou natureza (art. 42 da Lei n. 11.343/2006). [...] 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HABEAS CORPUS nº 679.221 – SP, Relator Ministro João Otávio Noronha, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 14/12/2021). Portanto, também não merece prosperar o pleito de reforma da pena-base, de modo a alcançar seu patamar mínimo legal, como pretende a defesa. Por fim, insurge-se o Apelante

contra o afastamento do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico privilegiado), justificado, no primeiro grau, pelo fato de responder a outra ação penal pelo crime de porte ilegal de arma de fogo (autos nº 0558989-31.2017.8.05.0001), bem como pela quantidade da droga com ele apreendida. Neste ponto, vale frisar que o STF, quando do julgamento do Recurso Extraordinário nº 666.334 – AM, submetido ao regime de repercussão geral, fixou o entendimento de que a natureza e a quantidade das drogas apreendidas não podem ser utilizadas em duas fases da dosimetria da pena. Assim, partindo desta premissa, a Terceira Seção do STJ, no julgamento do Recurso Especial nº 1.887.511 – SP, padronizou entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria, com fins de modulação da pena-base. Conforme sustentou, não haveria margem, na redação do art. 42 da Lei de Drogas, para utilização de pretensa discricionariedade judicial que possibilitasse a transferência da análise dos vetores natureza e quantidade de drogas apreendidas para etapas posteriores, uma vez que tidas como circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual. Desse modo, os referidos vetores apenas podem ser utilizados na terceira fase da dosimetria para afastar a incidência da causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, em caráter supletivo, quando conjugados com outras circunstâncias do caso concreto que, somadas, sejam aptas a caracterizar a dedicação do agente a atividades criminosas ou sua vinculação à organização criminosa. A sentença combatida, de fato, não indica tais circunstâncias outras que permitiriam a utilização, em caráter supletivo, da variedade e quantidade de drogas apreendidas para afastar o benefício do tráfico privilegiado. Outro argumento que traz é a existência de ação penal diversa tramitando em desfavor do acusado. Ocorre que, recentemente, a Quinta Turma do STJ, alinhando-se ao posicionamento advindo do STF e na busca de estabelecer uma pacificação naquela própria corte, passou a também considerar 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. 5ª, inciso LIV, da Constituição Federal” (AgRg no HABEAS CORPUS nº 721.508 – RS, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, QUINTA TURMA, julgado em 22/02/2022, DJe 25/02/2022). Não obstante, individualmente, partilhar deste entendimento, a Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal deste Tribunal estadual ainda tem mantido posição diversa, sustentando que processo em trâmite em desfavor do acusado pode, por si só, afastar a aplicação do tráfico privilegiado, por caracterizar sua dedicação à atividade criminosa. A título ilustrativo, colaciono acórdão de lavra da Des. Aracy Lima Borges, ementado nos seguintes termos: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, DA LEI 11.343/2006). RECURSO DA DEFESA. RÉU CONDENADO À PENA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA INICIALMENTE NO REGIME SEMIABERTO, E AO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, NO VALOR UNITÁRIO MÍNIMO. [...] APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33, DA LEI ANTIDROGAS. IMPOSSIBILIDADE. INDICAÇÃO DE DEDICAÇÃO DO RECORRENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. Ficou demonstrada a intimidade mais aguda do Apelante com a prática de atividades ilícitas, não só pelas drogas apreendidas em seu poder, mas também pela existência de 04 (quatro) ações penais em trâmite. Assim, resta configurado o óbice ao reconhecimento do privilégio contido no § 4º, do art. 33, da Lei de Tóxicos, o qual tem o condão de agraciar o

traficante primário, de bons antecedentes, que não possui a personalidade voltada para o crime, o que não é o caso do Apelante. Precedente deste Egrégio Tribunal de Justiça. [...] APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. (Apelação Criminal nº 0502822-77.2019.8.05.0080, Relatora Desa. Aracy Lima Borges, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA, DJe 07/12/2021). Assim, para manter harmonia com o posicionamento esposado por esta Turma, igualmente deve ser negado amparo ao pleito defensivo de incidência do benefício do tráfico privilegiado e, por via de consequência, da mudança de regime inicial de cumprimento da pena para o mais benéfico, porquanto o quantum fixado impõe o regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do CP. CONCLUSÃO Firme em tais considerações, voto no sentido de CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao recurso interposto, nos termos do Parecer Ministerial, mantendo-se a sentença combatida em todos os seus termos. Salvador/BA, 29 de março de 2022. Des. Luiz Fernando Lima – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator A05-EC