

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 8074357-25.2022.8.05.0001 – Comarca de Salvador/BA Apelante: Marlon Passos de Jesus Advogado: Dr. Deivison Santos de Almeida (OAB/BA n.º 65.513) Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Dra. Verena Lima de Oliveira Leal Origem: 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA Procurador de Justiça: Dr. Adriani Vasconcelos Pazelli Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães ACÓRDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006). ÉDITO CONDENATÓRIO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006 NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 (DOIS TERÇOS). ACOLHIMENTO PARCIAL. AFASTAMENTO DO REDUTOR COM BASE NA EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTO INIDÔNEO, CONFORME RECENTE ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. JULGAMENTO DE PROCESSO AFETADO AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS QUE EVIDENCIEM, DE FORMA SEGURA, A DEDICAÇÃO DO RÉU A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REDUÇÃO DAS REPRIMENDAS EM 1/2 (metade), LEVANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO A QUANTIDADE e NATUREZA mais nociva do ENTORPECENTE APREENDIDO. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE DESLOCADA DA 1ª PARA A 3ª FASE DA DOSIMETRIA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DAS PENAS. PATAMAR DE DIMINUIÇÃO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. reprimendas DEFINITIVAS REDIMENSIONADAS, COM A MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL INICIAL PARA O ABERTO DIANTE DO QUANTUM DE sanção corporal FIXADO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA pena privativa de liberdade POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ALBERGAMENTO. PENA RETIFICADA PARA PATAMAR INFERIOR A 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO. DELITO PRATICADO SEM VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA à PESSOA. CONCEDIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE, TENDO EM VISTA A INCOMPATIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA COM O REGIME MAIS BRANDO. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, a fim de redimensionar as penas definitivas do Apelante para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, modificando o regime prisional inicial para o aberto e substituindo a sanção corporal por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução, servindo o presente acórdão como Alvará de Soltura em favor do recorrente, se por AL não estiver preso. I – Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Marlon Passos de Jesus, representado por advogado constituído, insurgindo-se contra a Sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou às penas de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 560 (quinhentos e sessenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade. II – Extraí-se da exordial acusatória (ID. 43942782, p. 01), em síntese, que “[...] no dia 16 de maio de 2022, por volta das 17h20min, na Rua Santa Teresinha, Daniel Lisboa, Bairro de Brotas, os Policiais Militares em serviço executavam patrulhamento quando avistaram o denunciado andando nervoso e desconfiado, segurando uma sacola plástica, que ao notar a Guarnição Policial se aproximando empreendeu em fuga, no entanto, foi perseguido, alcançado, abordado e durante a revista pessoal, evidenciou-se que o denunciado TRAZIA CONSIGO certa quantidade de pinos plásticos contendo uma substância em pó análoga à cocaína, R\$ 5,75 (cinco reais e setenta e cinco centavos) e uma chave de porta. Sendo, as drogas apreendidas, substância inserta na Portaria 344, de 12 de maio de 1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, e de uso proscrito no país. [...]”. III – Irresignado, o Sentenciado interpôs Recurso de Apelação (ID. 43943439),

pleiteando a Defesa, nas razões recursais (ID. 43943452), a incidência do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 na fração máxima de 2/3 (dois terços), tendo em vista que a quantidade de droga já agravou as reprimendas na primeira fase; bem como a substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos. IV – Saliente-se, inicialmente, que a materialidade e autoria delitivas restaram suficientemente demonstradas pelo conjunto probatório, merecendo destaque o Auto de Exibição e Apreensão (ID. 43942783, pág. 13); os Laudos de Constatação Provisório e Pericial Toxicológico Definitivo (ID. 43942783, pág. 42 e ID. 43942799), nos quais se verifica que os entorpecentes apreendidos se tratavam de 187,35g (cento e oitenta e sete gramas e trinta e cinco centigramas) de benzoilmetilecgonina (cocaína), substância de uso proscrito no Brasil, encontrando-se o material distribuído em 96 (noventa e seis) porções acondicionadas em pinos; além dos depoimentos judiciais das testemunhas arroladas pela acusação, SD/PM Carlos Miguel Araujo Hermano e SD/PM Tais Santos Silva Dueth (ID. 43943419 e PJe Mídias), responsáveis pela prisão em flagrante do Recorrente, corroborando os relatos prestados em sede policial (ID. 43942783, págs. 11 e 17/19). V – O Recurso defensivo cinge-se a questionar as penas impostas pela Juíza de primeiro grau, não tendo sido manifestada qualquer insurgência quanto à condenação. Nesse viés, para a devida apreciação do pedido formulado pela Defesa quanto à incidência do redutor do tráfico privilegiado na fração de 2/3 (dois terços), passa-se à análise da dosimetria das penas efetuada pela Magistrada singular. VI – Na primeira fase, a Juíza a quo fixou as penas-base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 560 (quinhentos e sessenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, diante da valoração negativa tão somente de circunstância preponderante relativa à quantidade da droga apreendida, fundamentação que se afigura idônea, pois foram apreendidos 187,35g (cento e oitenta e sete gramas e trinta e cinco centigramas) de cocaína, fracionados em 96 (noventa e seis) pinos, a evidenciar a maior gravidade da conduta do que a ínsita ao tipo penal, cabendo pontuar, ainda, o alto poder viciante da cocaína quando colocada em circulação, por se tratar de substância mais nociva à saúde humana. VII – Todavia, considerando a atual compreensão adotada pelos Tribunais Superiores no que se refere à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a quantidade e natureza do entorpecente apreendido será sopesada apenas na terceira fase da dosimetria, em observância à regra non bis in idem, bem como ao princípio da individualização das penas, que deve nortear o magistrado na aplicação das reprimendas. Sobre o tema: "A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712)" (REsp n. 1.887.511/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1/7/2021). VIII – Logo, deslocada a circunstância preponderante para ser observada na última etapa, mister redimensionar as penas-base ao mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, as quais ficam mantidas como provisórias na segunda etapa, tendo em vista a ausência de agravantes ou atenuantes. IX – Avançando à terceira fase, a Magistrada de origem afastou a aplicação do redutor referente ao tráfico privilegiado, expondo a

seguinte motivação: “[há] registro de antecedentes criminais do denunciado, pois responde a outro processo por tráfico de drogas, neste Juízo, não fazendo jus à causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas”. Como cediço, a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. No que concerne à aplicação da aludida minorante, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 10/08/2022, alinhando-se ao entendimento mais recente sufragado no Supremo Tribunal Federal, fixou tese em recursos repetitivos, no sentido de que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006 (REsp 1.977.027 e REsp 1.977.180). X – Nesse contexto, embora conste dos autos que o Recorrente responde a outra ação penal por tráfico de drogas (8047981-02.2022.8.05.0001 – ID. 43942788) e se observe de consulta ao sistema PJe 1º Grau a existência também da ação penal nº 8130326-25.2022.8.05.0001 pelo mesmo crime, em consonância com o recente entendimento jurisprudencial firmado nos Tribunais Superiores, à míngua de elementos probatórios que indiquem, de forma segura, a dedicação do Apelante a atividades criminosas, tratando-se de Réu primário, sem registro de maus antecedentes, forçoso reconhecer que razão assiste à Defesa no tocante à possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006. XI – Registre-se, por oportuno, que a Terceira Seção do STJ, “na apreciação do HC 725.534/SP, revisou as diretrizes estabelecidas no EREsp n. 1.887.511/SP e firmou o entendimento de que é possível a utilização do critério da natureza e quantidade da droga apreendida tanto para a fixação da pena-base, quanto para a modulação da minorante do tráfico privilegiado – nesse último caso, ainda que sejam os únicos elementos aferidos” [e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena] (EDcl nos EDcl no HC n. 723.643/RJ, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 11/11/2022.). XII – Quanto à modulação da fração de redução, inviável acolher o pleito defensivo para aplicação no patamar máximo de 2/3 (dois terços), uma vez que a quantidade e a natureza da droga apreendida (cocaína em forma de pó), conforme já ponderado em linhas pretéritas, demonstram maior gravidade da conduta e justificam a não incidência do redutor em seu grau máximo. Isso porque não é possível desconsiderar o fato de que as drogas ilícitas possuem distintas potencialidades e graus de pureza. Assim, o patamar de redução da pena deverá guardar correlação com o maior ou menor perigo de dano à saúde pública, perigo que se materializa na potencialidade real da substância que seria disseminada. XIII – Desse modo, considerando a apreensão de 187,35g (cento e oitenta e sete gramas e trinta e cinco centigramas) de cocaína, fracionados em 96 (noventa e seis) porções acondicionadas em pinos, bem assim que tal circunstância preponderante foi deslocada da 1ª para a 3ª fase da dosimetria, reputa-se razoável e proporcional ao caso em testilha a incidência do redutor na fração de 1/2 (metade), a título de reprovação e prevenção do delito praticado. XIV – Cumpre salientar não haver nenhuma reformatio in pejus, seja direta ou indireta, na operação de deslocamento de circunstância preponderante da primeira para a terceira fase do cálculo dosimétrico, visando proceder à escoreita individualização das penas, até porque, consoante uníssono posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, “[pode] a Corte estadual, sem piorar a situação do recorrente, em recurso

exclusivo da defesa, de fundamentação livre e efeito devolutivo amplo, observados os limites horizontais do tema suscitado, manifestar sua própria e cuidadosa fundamentação sobre as matérias debatidas na origem. É permitido ao Tribunal de Justiça, se provocado a apreciar o cálculo da reprimenda, examinar as circunstâncias judiciais e rever os pormenores da individualização da sanção deliberados na sentença, mantendo ou diminuindo a sanção imposta na instância de origem” (AgRg no HC n. 801.066/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 18/5/2023). XV – Nesta senda, ausentes causas de aumento e aplicado o redutor de 1/2 (metade), restam as reprimendas definitivas redimensionadas para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias–multa, no valor unitário mínimo. Em consequência, afigura-se viável a readequação do regime prisional inicial para o aberto (art. 33, § 2º, c, do Código Penal), sendo cabível, ainda, diante do quantum de pena e da ausência de violência ou grave ameaça à pessoa na prática delitiva, a substituição da sanção corporal, requerida pela Defesa, por duas restritivas de direitos (nos termos do art. 44, do CP), a serem fixadas pelo Juízo da Execução. XVI – Finalmente, tendo em vista a modificação do regime prisional inicial para o mais brando, bem como a incompatibilidade deste com a prisão preventiva (STJ, HC n. 467.949/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 11/2/2020, DJe de 20/2/2020), mister conceder ao Recorrente o direito de recorrer em liberdade. XVII – Parecer da Procuradoria de Justiça, pelo conhecimento e provimento do Apelo, para que seja reconhecida a minorante do tráfico privilegiado. XVIII – APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, a fim de redimensionar as penas definitivas do Apelante para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias–multa, no valor unitário mínimo, modificando o regime prisional inicial para o aberto e substituindo a sanção corporal por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução, servindo o presente acórdão como Alvará de Soltura em favor do Recorrente, se por AL não estiver preso. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 8074357-25.2022.8.05.0001, provenientes da Comarca de Salvador/BA, em que figuram, como Apelante, Marlon Passos de Jesus, e, como Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Colenda Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em conhecer e DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, a fim de redimensionar as penas definitivas do Apelante para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias–multa, no valor unitário mínimo, modificando o regime prisional inicial para o aberto e substituindo a sanção corporal por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução, servindo o presente acórdão como Alvará de Soltura em favor do Recorrente, se por AL não estiver preso, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto da Desembargadora Relatora. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 8 de Agosto de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 8074357-25.2022.8.05.0001 – Comarca de Salvador/BA Apelante: Marlon Passos de Jesus Advogado: Dr. Deivison Santos de Almeida (OAB/BA n.º 65.513) Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Dra. Verena Lima de Oliveira Leal Origem: 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA Procurador de Justiça: Dr. Adriani Vasconcelos Pazelli Relatora: Desa. Rita de Cássia

Machado Magalhães RELATÓRIO Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Marlon Passos de Jesus, representado por advogado constituído, insurgindo-se contra a Sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou às penas de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 560 (quinhentos e sessenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade. Em observância aos princípios da celeridade, da efetividade e da economia processual, e, considerando ali se consignar, no que relevante, a realidade processual até então desenvolvida, adota-se, como próprio, o relatório da Sentença (ID. 43943430), a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto. Irresignado, o Sentenciado interpôs Recurso de Apelação (ID. 43943439), pleiteando a Defesa, nas razões recursais (ID. 43943452), a incidência do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 na fração máxima de 2/3 (dois terços), tendo em vista que a quantidade de droga já agravou as reprimendas na primeira fase; bem como a substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos. Nas contrarrazões, pugna o Parquet pela manutenção do decisio recorrido (ID. 43943455). Parecer da douta Procuradoria de Justiça, pelo conhecimento e provimento do Apelo, para que seja reconhecida a minorante do tráfico privilegiado (ID. 44514642). Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor.

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 8074357-25.2022.8.05.0001 – Comarca de Salvador/BA Apelante: Marlon Passos de Jesus Advogado: Dr. Deivison Santos de Almeida (OAB/BA n.º 65.513) Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Dra. Verena Lima de Oliveira Leal Origem: 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA Procurador de Justiça: Dr. Adriani Vasconcelos Pazelli Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães VOTO Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por Marlon Passos de Jesus, representado por advogado constituído, insurgindo-se contra a Sentença proferida pela MM. Juíza de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou às penas de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 560 (quinhentos e sessenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade. Extrai-se da exordial acusatória (ID. 43942782, p. 01), em síntese, que “[...] no dia 16 de maio de 2022, por volta das 17h20min, na Rua Santa Teresinha, Daniel Lisboa, Bairro de Brotas, os Policiais Militares em serviço executavam patrulhamento quando avistaram o denunciado andando nervoso e desconfiado, segurando uma sacola plástica, que ao notar a Guarnição Policial se aproximando empreendeu em fuga, no entanto, foi perseguido, alcançado, abordado e durante a revista pessoal, evidenciou-se que o denunciado TRAZIA CONSIGO certa quantidade de pinos plásticos contendo uma substância em pó análoga à cocaína, R\$ 5,75 (cinco reais e setenta e cinco centavos) e uma chave de porta. Sendo, as drogas apreendidas, substância inserta na Portaria 344, de 12 de maio de 1998, da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, e de uso proscrito no país. [...]”. Irresignado, o Sentenciado interpôs Recurso de Apelação (ID. 43943439), pleiteando a Defesa, nas razões recursais (ID. 43943452), a incidência do redutor previsto no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 na fração máxima de 2/3 (dois terços), tendo em vista que a quantidade de droga já agravou as reprimendas na primeira fase; bem como a

substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, conhece-se do Apelo. Saliente-se, inicialmente, que a materialidade e autoria delitivas restaram suficientemente demonstradas pelo conjunto probatório, merecendo destaque o Auto de Exibição e Apreensão (ID. 43942783, pág. 13); os Laudos de Constatação Provisório e Pericial Toxicológico Definitivo (ID. 43942783, pág. 42 e ID. 43942799), nos quais se verifica que os entorpecentes apreendidos se tratavam de 187,35g (cento e oitenta e sete gramas e trinta e cinco centigramas) de benzoilmetilecgonina (cocaína), substância de uso proscrito no Brasil, encontrando-se o material distribuído em 96 (noventa e seis) porções acondicionadas em pinos; além dos depoimentos judiciais das testemunhas arroladas pela acusação, SD/PM Carlos Miguel Araujo Hermano e SD/PM Tais Santos Silva Dueth (ID. 43943419 e PJe Mídias), responsáveis pela prisão em flagrante do Recorrente, corroborando os relatos prestados em sede policial (ID. 43942783, págs. 11 e 17/19). O Recurso defensivo cinge-se a questionar as penas impostas pela Juíza de primeiro grau, não tendo sido manifestada qualquer insurgência quanto à condenação. Nesse viés, para a devida apreciação do pedido formulado pela Defesa quanto à incidência do redutor do tráfico privilegiado na fração de 2/3 (dois terços), passa-se à análise da dosimetria das penas efetuada pela Magistrada singular. Cita-se o pertinente trecho da sentença: [...] Há registro de antecedentes criminais do denunciado, pois responde a outro processo por tráfico de drogas, neste Juízo, não fazendo jus à causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas. Assim sendo, julgo procedente a denúncia para condenar o Réu MARLON PASSOS DE JESUS nas sanções do do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. Para aplicação da pena, de acordo com as regras do art. 59 do Código Penal, c/c art. 42 da Lei 11.343/06, em cotejo com os subsídios existentes nos autos, percebe-se que a culpabilidade é normal à espécie delitiva. A vida pregressa do Acusado não o recomenda, pois respondeu a outro processo por tráfico de drogas, neste Juízo, de forma que não faz jus ao benefício previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de drogas. Não há elementos, nos autos, para que se possa aferir sua personalidade. Considerável foi a quantidade de droga apreendida. As consequências do crime são danosas, mas comuns ao tipo penal imputado. Por tais motivos, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, a qual torno definitiva, à falta de atenuantes ou agravantes e causas de aumento ou diminuição a ser cumprida, inicialmente, em regime semi aberto. A pena de multa, levando-se em consideração as mesmas circunstâncias acima descritas, é fixada em 560 dias multas, tornando-a definitiva, cada uma no valor de 1/30 do salário mínimo vigente, em face da condição econômica do réu. [...] (grifos no original) Na primeira fase, a Juíza a quo fixou as penas-base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além do pagamento de 560 (quinhentos e sessenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, diante da valoração negativa tão somente de circunstância preponderante relativa à quantidade da droga apreendida, fundamentação que se afigura idônea, pois foram apreendidos 187,35g (cento e oitenta e sete gramas e trinta e cinco centigramas) de cocaína, fracionados em 96 (noventa e seis) pinos, a evidenciar a maior gravidade da conduta do que a ínsita ao tipo penal, cabendo pontuar, ainda, o alto poder viciante da cocaína quando colocada em circulação, por se tratar de substância mais nociva à saúde humana. Todavia, considerando a atual compreensão adotada pelos Tribunais Superiores no que se refere à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a

quantidade e natureza do entorpecente apreendido será sopesada apenas na terceira fase da dosimetria, em observância à regra non bis in idem, bem como ao princípio da individualização das penas, que deve nortear o magistrado na aplicação das reprimendas. Sobre o tema: "A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712)" (REsp n. 1.887.511/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1/7/2021). Logo, deslocada a circunstância preponderante para ser observada na última etapa, mister redimensionar as penas-base ao mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, as quais ficam mantidas como provisórias na segunda etapa, tendo em vista a ausência de agravantes ou atenuantes. Avançando à terceira fase, a Magistrada de origem afastou a aplicação do redutor referente ao tráfico privilegiado, expondo a seguinte motivação: "[há] registro de antecedentes criminais do denunciado, pois responde a outro processo por tráfico de drogas, neste Juízo, não fazendo jus à causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas". Como cediço, a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. No que concerne à aplicação da aludida minorante, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 10/08/2022, alinhando-se ao entendimento mais recente sufragado no Supremo Tribunal Federal, fixou tese em recursos repetitivos, no sentido de que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006 (REsp 1.977.027 e REsp 1.977.180). Confirma-se: Proclamação Final de Julgamento no RECURSO ESPECIAL nº 1.977.027/PR, do Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra Laurita Vaz (data do julgamento: 10/08/2022): A Terceira Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções, nos termos desta decisão, e fixou a seguinte tese: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06", nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora (STJ, processo afetado ao rito dos recursos repetitivos). AGRADO 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. AGRADO 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 1283996 AgR, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020, publicado em 03/12/2020). Ainda acerca do tema, veja-se o seguinte julgado: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INQUÉRIOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. UTILIZAÇÃO PARA MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA E DA SEGUNDA TURMAS DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, no exercício de discricionariedade vinculada, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao quantum ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador. 2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão pelo STJ somente em situações excepcionais de notória ilegalidade ou de abuso de poder que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação probatória. 3. Os requisitos específicos para reconhecimento do tráfico privilegiado estão expressamente previstos no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a saber, que o beneficiário seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. 4. Inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar ou modular a fração de diminuição de pena do tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral). 5. Configura constrangimento ilegal a presunção de que o agente se dedica a atividades criminosas pela simples existência de inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação criminal definitiva; da mesma maneira, configura constrangimento ilegal a modulação da fração de redução de pena do tráfico privilegiado com considerações exclusivamente acerca desses fundamentos. 6. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC 694.827/RS, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe 24/02/2022). (grifos acrescidos). Nesse contexto, embora conste dos autos que o Recorrente responde a outra ação penal por tráfico de drogas (8047981-02.2022.8.05.0001 – ID. 43942788) e se observe de consulta ao sistema PJe 1º Grau a existência também da ação penal nº 8130326-25.2022.8.05.0001 pelo mesmo crime, em consonância com o recente entendimento jurisprudencial firmado nos Tribunais Superiores, à míngua de elementos probatórios que indiquem, de forma segura, a dedicação do Apelante a atividades criminosas, tratando-se de Réu primário, sem registro de maus antecedentes, forçoso reconhecer que razão assiste à Defesa no tocante à possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. Registre-se, por oportuno, que a Terceira Seção do STJ, “na apreciação do HC 725.534/SP, revisou as diretrizes estabelecidas no EREsp n. 1.887.511/SP e firmou o entendimento de que é possível a utilização do critério da natureza e quantidade da droga apreendida tanto para a fixação da pena-base, quanto para a modulação da minorante do tráfico privilegiado – nesse último caso, ainda que sejam os únicos elementos aferidos” [e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena] (EDcl nos EDcl no HC n. 723.643/RJ, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 11/11/2022.). Quanto à modulação da fração de redução, inviável acolher o pleito defensivo para aplicação no patamar máximo de 2/3 (dois terços), uma vez que a quantidade e a natureza da droga apreendida (cocaína em forma de

pó), conforme já ponderado em linhas pretéritas, demonstram maior gravidade da conduta e justificam a não incidência do redutor em seu grau máximo. Isso porque não é possível desconsiderar o fato de que as drogas ilícitas possuem distintas potencialidades e graus de pureza. Assim, o patamar de redução da pena deverá guardar correlação com o maior ou menor perigo de dano à saúde pública, perigo que se materializa na potencialidade real da substância que seria disseminada. Desse modo, considerando a apreensão de 187,35g (cento e oitenta e sete gramas e trinta e cinco centigramas) de cocaína, fracionados em 96 (noventa e seis) porções acondicionadas em pinos, bem assim que tal circunstância preponderante foi deslocada da 1ª para a 3ª fase da dosimetria, reputa-se razoável e proporcional ao caso em testilha a incidência do redutor na fração de 1/2 (metade), a título de reprovação e prevenção do delito praticado. Nessa linha intelectual: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PEDIDO DE DESTAQUE PARA JULGAMENTO EM AMBIENTE PRESENCIAL. INEXISTÊNCIA DE COMPLEXIDADE A RECOMENDAR A RETIRADA DO PLENÁRIO VIRTUAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO EM SEU GRAU INTERMEDIÁRIO (1/4). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. NÃO RECOMENDAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. [...] II – A jurisprudência desta Suprema Corte é firme no sentido de que “[o] magistrado não está obrigado a aplicar a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo quando presentes os requisitos para a concessão de tal benefício, tendo plena autonomia para aplicar a redução no quantum reputado adequado de acordo com as peculiaridades do caso concreto” (HC 99.440/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma). III – Sendo apontados elementos concretos para a escolha da fração de redução na última etapa da dosimetria, o que não se confunde com ausência de fundamentação, como no caso, não há falar em desproporcionalidade da pena. É certo, ainda, que a lesividade concreta da droga apreendida constitui motivo suficiente para que a redutora seja aplicada em patamar inferior ao grau máximo.. [...] VI – No caso, houve a valoração negativa da natureza dos entorpecentes na primeira fase da dosimetria, porém a pena deixou de ser exasperada para não incorrer em bis in idem quando da aplicação da causa especial de redução na terceira etapa de fixação da pena. Tal circunstância, porém, é suficiente e adequada para impedir a referida substituição. VII – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, HC 211266 AgR, Relator (a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 09/03/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 14-03-2022 PUBLIC 15-03-2022) (grifos acrescidos) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. PLEITO DE AUMENTO DA FRAÇÃO. POSSIBILIDADE. REGIME ABERTO. INVIABILIDADE. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO, CONTUDO, PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A SUBSTITUIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. 2. A quantidade, a natureza e a variedade das drogas constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em patamar inferior ao máximo legal, mas, no presente caso, a

quantidade (60g de cocaína) não justifica a escolha da fração mínima, sendo mais adequada o patamar de 1/2. [...] 4. No caso, não há se falar em ilegalidade da fixação do regime inicial semiaberto. Não obstante a pena seja inferior a 4 anos de reclusão e a primariedade do paciente, as circunstâncias judiciais não lhe eram todas favoráveis, tanto que a pena-base foi fixada acima do mínimo legal. Assim, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, o regime inicial intermediário se mostra mais adequado. 5. Quanto à substituição, verifica-se que as circunstâncias do caso concreto não recomendam, tendo em vista a quantidade e natureza da droga. 6. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no HC n. 750.296/RS, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022.) (grifos acrescidos) Cumpre salientar não haver nenhuma reformatio in pejus, seja direta ou indireta, na operação de deslocamento de circunstância preponderante da primeira para a terceira fase do cálculo dosimétrico, visando proceder à escoreta individualização das penas, até porque, consoante uníssono posicionamento do Superior Tribunal de Justiça, “[pode] a Corte estadual, sem piorar a situação do recorrente, em recurso exclusivo da defesa, de fundamentação livre e efeito devolutivo amplo, observados os limites horizontais do tema suscitado, manifestar sua própria e cuidadosa fundamentação sobre as matérias debatidas na origem. É permitido ao Tribunal de Justiça, se provocado a apreciar o cálculo da reprimenda, examinar as circunstâncias judiciais e rever os pormenores da individualização da sanção deliberados na sentença, mantendo ou diminuindo a sanção imposta na instância de origem” (AgRg no HC n. 801.066/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 18/5/2023). A respeito: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. FURTO MAJORADO PELO REPOUSO NOTURNO E QUALIFICADO PELO ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO MEDIANTE ESCALADA E CONCURSO DE AGENTES. SENTENÇA CONDENATÓRIA. APELAÇÃO DEFENSIVA. MIGRAÇÃO DE QUALIFICADORA PARA A PRIMEIRA FASE. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE OU TERATOLOGIA. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O princípio da vedação da reformatio in pejus, presente no art. 617 do Código de Processo Penal, consiste na impossibilidade de a situação do réu ser modificada para pior em decorrência da interposição/oposição de recurso exclusivo da defesa ou da apresentação, também por ela, de meios autônomos de impugnação. Além de consectário do princípio da ampla defesa, corolário do devido processo legal, o dito brocardo é decorrência lógica do sistema acusatório. 2. Na apreciação de recurso de apelação exclusivo da defesa, a Corte estadual não está impedida de manter a sentença recorrida com base em fundamentação distinta da utilizada em primeira instância, desde que respeitados a imputação apresentada pelo titular da ação penal, a extensão cognitiva da sentença combatida e os limites de pena impostos na origem. 3. Pode a Corte estadual, sem piorar a situação do recorrente, em recurso exclusivo da defesa, de fundamentação livre e efeito devolutivo amplo, observados os limites horizontais do tema suscitado, manifestar sua própria e cuidadosa fundamentação sobre as matérias debatidas na origem. É permitido ao Tribunal de Justiça, se provocado a apreciar o cálculo da reprimenda, examinar as circunstâncias judiciais e rever os pormenores da individualização da sanção deliberados na sentença, mantendo ou diminuindo a sanção imposta na instância de origem. 4. Da análise do acórdão recorrido verifica-se que o colegiado local promoveu uma readequação na dosimetria da pena do agravante para excluir o aumento oriundo do reconhecimento da majorante relativa ao repouso noturno da terceira etapa de aplicação da pena promovendo a migração da referida causa de aumento,

ex officio, para a primeira fase, ficando a pena final em patamar inferior ao estabelecido anteriormente, inexistindo teratologia ou ilegalidade a ser reparada. 5. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC n. 801.066/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 18/5/2023.) (grifos acrescidos) Nesta senda, ausentes causas de aumento e aplicado o redutor de 1/2 (metade), restam as reprimendas definitivas redimensionadas para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo. Em consequência, afigura-se viável a readequação do regime prisional inicial para o aberto (art. 33, § 2º, c, do Código Penal), sendo cabível, ainda, diante do quantum de pena e da ausência de violência ou grave ameaça à pessoa na prática delitiva, a substituição da sanção corporal, requerida pela Defesa, por duas restritivas de direitos (nos termos do art. 44, do CP), a serem fixadas pelo Juízo da Execução. Finalmente, tendo em vista a modificação do regime prisional inicial para o mais brando, bem como a incompatibilidade deste com a prisão preventiva (STJ, HC n. 467.949/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 11/2/2020, DJe de 20/2/2020), mister conceder ao Recorrente o direito de recorrer em liberdade. Pelo quanto expendido, voto no sentido de conhecer e DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, a fim de redimensionar as penas definitivas do Apelante para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, modificando o regime prisional inicial para o aberto e substituindo a sanção corporal por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução, servindo o presente acórdão como Alvará de Soltura em favor do Recorrente, se por AL não estiver preso. Sala das Sessões, ____ de _____ de 2023. Presidente Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães Relatora Procurador (a) de Justiça