

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0302943-58.2013.8.05.0126 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): , , APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Procuradora de Justiça: APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. PENAL E PROCESSO PENAL. RECORRENTE CONDENADO PELO CRIME DO ART. 33 C/C ART. 40, INCISO IV, DA LEI Nº. 11.343/2006 AO CUMPRIMENTO DE UMA PENA DE 07 (SETE) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO, MAIS 750 (SETECENTOS) DIAS-MULTA NA FRAÇÃO DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS, SENDO O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA O SEMIABERTO. PRETENSÃO RECURSAL QUE VISA: 1 – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS, NA FORMA DO ART. 386, INCISO VII DO CPP, APLICANDO-SE O PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. DILIGÊNCIA QUE TERIA SE INICIADO A PARTIR DE DENÚNCIA ANÔNIMA, CULMINANDO NA INVASÃO DOMICILIAR. NÃO PROVIMENTO. A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA REVELOU DE MANEIRA SATISFATÓRIA A PROVA DA AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. IDONEIDADE DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELA PRISÃO EM FLAGRANTE DO APELANTE, TENDO SIDO COLHIDA SOB CRIVO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. POLICIAIS QUE SE DIRIGIRAM AO LOCAL INFORMADO POR DENÚNCIAS ANÔNIMAS, MAS, DEPOIS DE REALIZADA BREVE CAMPANA POLICIAL, IDENTIFICARAM AS DROGAS E APETRECHOS PARA O TRÁFICO PELA JANELA DO QUARTO ONDE OS ITENS SE ENCONTRAVAM, SOMENTE ADENTRANDO A RESIDÊNCIA DO RECORRENTE DEPOIS DE CONSTATADO O FLAGRANTE DELITO. JUSTA CAUSA PENAL DEVIDAMENTE COMPROVADA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. 2 – REDIMENSIONAMENTO DE PENA E APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006, ANTE A DESPROPORCIONALIDADE DA REPRIMENDA FIXADA. PROVIMENTO PARCIAL. PARA FINS DE OBSERVÂNCIA AO CRITÉRIO DA PROPORCIONALIDADE, MERECE READEQUAÇÃO PARA O MÍNIMO LEGAL COMINADO AO TIPO, A PENA BASE FIXADA NA SENTENÇA, TENDO EM VISTA QUE A QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA (69 GRAMAS DE COCAÍNA) NÃO SE REVELA EXPRESSIVA PARA FINS DE RECRUDESCIMENTO DA REPRIMENDA BÁSICA. ADEQUAÇÃO DA SENTENÇA DE PISO AOS CRITÉRIOS EXTRAÍDOS DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 (DOIS TERÇO) PELO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, CONSIDERANDO AS CIRCUNSTÂNCIAS DOS FATOS, BEM COMO A AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA SENTENÇA DO MOTIVO PELO QUAL FOI APLICADA A FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 (UM SEXTO). MANUTENÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/2 PELA MAJORANTE DO USO DE ARMA DE FOGO, DIANTE DA NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. PENA REDIMENSIONADA PARA: 2 (DOIS) ANOS E 6 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL ABERTO, MAIS O PAGAMENTO DE 250 (DUZENTOS E CINQUENTA) DIAS-MULTA NA FRAÇÃO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO CRIME, SENDO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO, A SEREM DEFINIDAS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIAS, NA FORMA DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. 3 – APELAÇÃO CONHECIDA E JULGADA PARCIALMENTE PROVIDA. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação criminal de nº. 0302943-58.2013.8.05.0126, oriundos da 1ª Vara Criminal da Comarca de Itapetinga/BA, tendo como apelante e como apelado Ministério Público do Estado da Bahia. ACORDAM os desembargadores integrantes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em CONHECER DO APELO E JULGAR PARCIALMENTE PROVIDO, para redimensionar a pena de para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão em regime inicial aberto, mais o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa na fração de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do crime, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais, de acordo com o voto da Relatora, nos seguintes termos: Salvador, . PODER

JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 21 de Novembro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0302943-58.2013.8.05.0126 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): , , APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Procuradora de Justiça: RELATÓRIO Trata-se de Apelação Criminal interposta por em face da sentença penal condenatória exarada pelo MM Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Itapetinga/BA, que o condenou à pena de 7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão em regime semiaberto, mais 750 (setecentos e cinquenta) dias— multa na fração de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do crime, pela conduta capitulada no art. 33 c/c art. 40, inciso IV da Lei nº. 11.343/2006. Narra a denúncia que na data de 20/08/2013, por volta das 09:30h, policiais militares receberam informações acerca da traficância que estaria ocorrendo na Rua Botafogo, nº 11, Bairro Primavera, Itapetinga/BA, local indicado como sendo a residência do apelante. Ao chegarem ao local, os policiais verificaram que da janela próxima à rua era possível avistar em cima da cama certa quantidade de entorpecentes, uma balança de precisão e um caderno de anotações. Ato contínuo, após observar toda a situação ocorrida, os policiais bateram no portão, informando sua chegada, momento no qual o apelante fugiu para os fundos da casa, sendo perseguido e preso em flagrante delito, portando certa quantidade de entorpecentes, além de arma de fogo e embalagens para o armazenamento de drogas encontradas em uma mochila. Desta forma, o Ministério Público denunciou o recorrente como incurso nas penas do art. 33 da Lei nº. 11.343/2006 em concurso com o crime do art. 16, inciso I da Lei nº. 10.826/2003 (ID 50684777). Deflagrada a ação penal e percorrida a instrução processual sobreveio sentença penal condenatória em relação ao recorrente, nos termos acima referidos, ID 50684767, tendo o magistrado realizado a emendatio libelli quanto a conduta imputada, capitulando os fatos no art. 33, § 4º c/c art. 40, inciso IV, ambos da Lei nº. 11.343/2006. Irresignado com a édito condenatório, , por intermédio de seu advogado constituído, interpôs o presente apelo, pugnando pela reforma da sentença para: 1) absolvê-lo da imputação do tráfico de drogas, aduzindo a insuficiência de provas, na forma do art. 386, inciso VII do CPP e, subsidiariamente, 2) o redimensionamento de pena, a fim de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei nº. 11.343/2006, tendo em vista a desproporcionalidade da sentença (ID 50684774). O Ministério Público do Estado da Bahia, em sede de contrarrazões acostadas ao ID 50684777, requereu a manutenção integral da sentença condenatória, considerando suficientemente demonstrada a comprovação da justa causa penal, não havendo que se falar em absolvição, tampouco da aplicação da redutora de pena. A Procuradoria de Justiça, por meio do opinativo ID 52283992, manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do recurso. Na condição de Relatora os presentes autos vieram conclusos e, após análise processual, elaborei o presente relatório e o submeti à censura do Nobre Desembargador Revisor, que solicitou sua inclusão em pauta de julgamento. É o Relatório. Salvador/BA, de de 2023. Desa. – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0302943-58.2013.8.05.0126 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Advogado (s): , , APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Procuradora de Justiça: VOTO Presentes os

requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do recurso, conheço da Apelação. E, tendo em vista a inexistência de questões preliminares, passa-se ao enfrentamento meritório que almeja a absolvição do recorrente por insuficiência probatória, nos termos do art. 386, inciso VII do CPP e o redimensionamento de pena. 1) Da absolvição por insuficiência de provas: O Ministério Público do Estado da Bahia ofereceu denúncia contra imputando-lhe a prática delitiva inserta no art. 33 da Lei nº. 11.343/2006 c/c art. 16, inciso I da Lei nº. 10.826/2003, em virtude de ter sido encontrado no interior de sua residência cápsulas de cocaína, bem como uma arma de fogo do tipo pistola, marca Taurus, calibre .38, com numeração raspada e com 08 (oito) cartuchos intactos. Segundo consta dos autos, policiais militares receberam denúncias anônimas da prática do tráfico de drogas em uma casa localizada na Rua Botafogo, no bairro Primavera, em Itapetinga-Ba, partindo em diligência ao local indicado. No curso da instrução processual colheu-se o depoimento dos policiais militares responsáveis pela prisão do recorrente, que assim narraram: TEM/PM : “que participou da diligência que ocasionou a prisão do denunciado. Que estava no quartel pela manhã, passando o serviço, quando receberam denúncia anônima através de ligação telefônica pelo número 1385. Que deslocaram para a rua Botafogo, no bairro Primavera, que tinha a informação da casa e características do cidadão. Que fizeram um cerco, com três soldados e o sargento Léo fazendo o cerco externo. Que encostaram na casa; que um deles subiu na janela e verificou que dentro do quarto ou da sala deu pra ver uma balança e certa quantidade de droga. Que nesse ínterim o cidadão chegou, Edicacio, presente na audiência; que avistou os policiais e correu pro fundo da casa; que entraram bruscamente na casa, que correu atrás dele e o encontrou no fundo da casa. Que estava com uma sacola na mão, tentando jogar-la em uma casa vizinha. Que conseguiu render e encontrou na sacola uma pistola mais uma quantidade de recipientes utilizados em laboratório e uma quantidade de cocaína. Que deu voz de prisão a ; que fez busca na casa e encontrou o restante das drogas que estavam em cima da (cama), no quarto. Que a denúncia dava conta de que o crime que estava a ser cometido era tráfico e que trabalhava para . Que assumiu a propriedade da droga quando da prisão em flagrante. Que a sacola foi apreendida das mãos de , que ele não chegou a conseguir arremessar a mesma. Que a arma era uma pistola. Que é bem conhecido. Que ele não reagiu”. SD/PM : “que participou da diligência que ocasionou a prisão do réu. Que ficou na segurança externa. Que depois de algum momento viu o Tenente David e o restante da guarnição chegar com o conduzido e os materiais apreendidos. Que a denúncia era sobre a ocorrência de crime de tráfico de drogas”. A testemunha de defesa narrou perante o juiz da instrução que conhecia o recorrente do bairro e que ele trabalhava com conserto de celular e venda de cesta básica. Informou que nunca soube do envolvimento deste com o tráfico de drogas e que o dono do imóvel, inclusive, morava no apartamento em cima do recorrente. , também na qualidade de testemunha de defesa, relatou que conhece o apelante das compras de cesta básica, que eram entregues via mototáxi. Que Edicacio tem o comportamento bom e não sabe do envolvimento dele com o tráfico de drogas. O recorrente, por fim, negou a imputação, informando que trabalha há nove anos vendendo cestas básicas, e, no dia dos fatos, tinha saído para comprar sabonete e creme dental e, portanto, não se encontrava em casa. Prosseguiu no exercício da autodefesa alegando: “Que o tenente já estava na porta da residência, com um saco na mão e antes de eu chegar, já vieram me enquadrando. Me levaram para dentro de casa e começaram a me

agredir, dizendo que se eu não assumisse a sacola ia mandar me matar, colocando saco na minha cabeça. E, quanto a essa história que ele olhou a droga da janela não é verdade, pois não tinha cama nem nada no quarto da frente, só as coisas do conserto de celular. Que eu nunca tive nenhuma briga com os policiais, mas essa história é mentira. A sacola que estava na minha mão foi a do supermercado. Que foi o tenente que estava com a sacola na mão. Eu fui pego entrando na minha casa. Eles ainda disseram que aqueles celulares eram todos roubados e que eu ia ter que assumir a sacola, pois senão eles iam me matar. Que nada era meu da sacola, a balança nada. Não tinha saquinho, nem balança, nem nada disso na minha casa, tanto que a sacola nem foi aberta, eu nem cheguei a ver o que tinha dentro. Que nem na delegacia. Nada disso é verdade, que não tinha nem cama no quarto da frente. Que só estavam os dois policiais (Davi e outro), que não chamaram nenhuma testemunha para acompanhar. Eles entraram comigo e ainda fecharam a porta. A casa é alugada e o dono mora em cima.” A materialidade dos fatos imputados ao apelante encontra-se devidamente comprova nos autos, tendo o magistrado de primeiro grau apontado na sentença ora recorrida os seguintes elementos de convencimento: Sentença – ID 50684767: “Em relação ao delito de tráfico de drogas, a materialidade restou suficientemente demonstrada pela farta documentação acostada aos autos, destacando-se o Inquérito Policial nº 181/2013 (ID 264156226); Laudo pericial provisório de constatação do entorpecente (ID 264156838); Laudo pericial definitivo de constatação do entorpecente (ID 264158321); Laudo pericial da arma de fogo apreendida (ID 264158328), bem como pelos depoimentos prestados nas fases policial e judicial.” No que diz respeito à autoria delitiva, evidencia-se da prova oral e dos demais documentos acostados ao caderno processual a sua comprovação, uma vez que os prepostos do Estado revelaram que chegaram até a casa do recorrente a partir de uma denúncia anônima do tráfico de drogas e, depois de realizada uma breve campana, identificaram da janela aberta certa quantidade de cocaína em cima de um colchão, razão pela qual procederam ao ingresso domiciliar. Malgrado a defesa argumente a ocorrência de violação de domicílio capaz de ensejar nulidade e, conseqüentemente, a absolvição do apelante, a situação delineada pela prova oral revela que a denúncia anônima conduziu a polícia até a frente da casa e, somente depois de verificar pela janela aberta do imóvel a presença de droga, é que adentraram a casa, recaindo, portanto, na exceção constitucional de ingresso domiciliar decorrente do flagrante delito, na forma do art. 5º, inciso XI da CRFB/88. Neste sentido, o STJ: PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DAS PROVAS. INEXISTÊNCIA. PRISÃO EM FLAGRANTE. CASO CONCRETO. TESE DE VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO NÃO COMPROVADA. JUSTA CAUSA E FUNDADAS RAZÕES. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. AMPLO REVOLVIMENTO FÁTICO PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE ARGUMENTOS NOVOS APTOS A ALTERAR A DECISÃO AGRAVADA. RECURSO DESPROVIDO. I – Desde que presentes fundadas razões aptas a legitimar o ingresso domiciliar, o estado flagrancial do delito de tráfico ilícito de entorpecentes consubstancia uma das exceções à inviolabilidade de domicílio prevista no art. 5º, inciso XI da Constituição Federal, sendo permitida a entrada em domicílio independentemente do horário ou da existência de mandado, segundo entendimento dominante acerca do tema nesta Corte. II – No caso dos autos, o Tribunal de origem fundamentou a legalidade da incursão no domicílio porquanto a paciente era foragida da justiça e foi encontrada no local depois do recebimento de denúncias anônimas de que estaria traficando onde

localizadas as drogas apreendidas. III – A análise do pleito de afastamento de sua condenação por ausência de provas ou a sua desclassificação demandaria necessário exame aprofundado de todo o conjunto fático-probatório dos autos de origem, como forma de desconstituir as conclusões da instância precedente, soberana na análise dos fatos e provas, providência, como amplamente cediço, inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória, consoante entendimento desta Corte. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 788.885/SP, relator Ministro, Quinta Turma, julgado em 19/9/2023, DJe de 25/9/2023.) A apreensão de droga fracionada, bem como de uma balança e uma caderneta de anotações relativas ao comércio de drogas, segundo consta do Auto de Apreensão de ID 50682965, dão conta da prática delitiva inserta no art. 33 da Lei nº. 11.343/2006, revelando-se suficiente para a caracterização do tipo. Ademais, verifica-se que o magistrado reconheceu que arma de fogo apreendida no contexto da diligência, encontrada junto às drogas fracionadas, revelam a causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso IV da Lei nº. 11.343/2006 e não o crime autônomo do art. 16 da Lei nº. 10.826/2003. A negativa do apelante, embora sustentada de maneira firme perante a autoridade judicial, não logrou desconstituir os elementos probatórios da acusação, encontrando-se isolada do conjunto de provas. As testemunhas de defesa cingiram-se em narrar a boa conduta social do réu, bem como a condição de trabalhador no ramo de entrega de cestas básicas e conserto de aparelho celular, nada informando sobre o dia dos fatos, de modo que não foi possível desconstituir as provas da acusação. Imperioso destacar que a magistrada responsável pela instrução processual questionou ao apelante por mais de uma vez se havia um prévio desentendimento entre o réu e os policiais, ao que foi respondido com a negativa. Ausentes, portanto, elementos que indiquem a existência de prévia rixa entre o apelante e os policiais militares responsáveis pela diligência, a palavra dos prepostos do Estado não pode ser desconsiderada da valoração probatória. Ultrapassado o enfrentamento do pleito absolutório requerido com base no art. 386, inciso VII do CPP, o qual fica rechaçado, passa-se à análise do redimensionamento de pena. 2) Do redimensionamento de pena: Aduz a defesa do apelante, genericamente, que a imposição da pena privativa de liberdade, nos moldes aplicados na sentença, revela-se gravoso e desproporcional ao caso concreto, requerendo o redimensionamento de pena a fim de corrigir o quanto apontado. Embora haja pedido de reconhecimento do “tráfico privilegiado” formulado nas razões de apelação, a causa especial de diminuição de pena já foi aplicada pelo magistrado a quo, razão pela qual se encontra prejudicado o pedido. Não obstante, quanto a alegação da necessidade redimensionamento de pena, assiste razão à defesa. Verifica-se do processo dosimétrico de pena consignado na sentença que a quantidade de drogas apreendida foi utilizada para exasperar a pena base. Na terceira etapa do processo dosimétrico, aplicou-se a fração mínima de 1/6 em decorrência do reconhecimento do art. 33, § 4º e, por fim, o aumento de pena em $\frac{1}{2}$, por incidência do art. 40, inciso IV, ambos da Lei nº. 11.343/2006. Eis o teor da sentença: “À luz do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal contida na denúncia para CONDENAR, , nos termos do art. 387 do CPP, com fulcro n art. 383 do CPP, como incurso nas sanções dos arts. 33,” caput” c/c art. 40, inciso IV, ambos da Lei 11343/2006, razão pela qual passo à dosimetria das penas, nos termos dos arts. 59 e 68, ambos do Código Penal, e 42 da Lei 11343/2006. Compulsando as circunstâncias judiciais previstas nos arts. 59 do Código

Penal e 42 da Lei 11343/2006, na primeira fase da dosimetria da pena, a natureza e quantidade do entorpecente apreendido consistem em 69,30g, em seis pipetas de substância popularmente conhecida como “cocaína”, e 0,21g em um saco plástico contendo a mesma substância. Em uma primeira análise apressada, pode parecer pequena a quantidade de entorpecentes, no entanto, a “cocaína” possui altíssimo teor viciante, alto preço no mercado ilícito das drogas e foi embalada em mais de 06 invólucros. Logo, esta circunstância judicial mostra-se exacerbada. A conduta social, comportamento do agente na comunidade onde atua, na família e no trabalho e a personalidade, síntese das qualidades pessoais e sociais do Réu, não serão aferidas, sob o argumento de que não há nos autos dados suficientes para tanto. A culpabilidade, entendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, foi comum aos delitos. Relativamente aos antecedentes, entendidos como aqueles fatos anteriores ao crime ora apurado e inaptos para configurarem reincidência (Súmula 241 do STJ), são inexistentes. Os motivos do crime, entendidos como aqueles anteriores ao crime, que impeliram o agente a praticá-lo e que extrapolam os inerentes ao tipo penal, não ensejam majoração da pena, sob o argumento de que se encontram dentro da normalidade da figura típica. As circunstâncias do crime, entendidas como aquelas de natureza objetiva, referentes ao tempo, lugar e modo como se praticou o delito, foram comuns ao delito. As consequências do crime, as quais devem ser consideradas quando a repercussão do fato fugir da normalidade e dos efeitos ao tipo penal, foram comuns ao delito. O comportamento da vítima em nada contribuiu para a prática do delito. Segundo a jurisprudência, trata-se de circunstância neutra. Assim, ao final da fase inicial da dosimetria da pena, resta a pena base fixada em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa. Na segunda fase da dosimetria da pena, atento à súmula 231 do STJ, não se vislumbra a ocorrência de atenuantes e agravantes. Ressalte-se que nesta etapa secundária da dosimetria da pena, a pena de multa não é influenciada, uma vez que segue ao critério bifásico de aplicação da pena. Assim, ao final da segunda etapa da dosimetria da pena, restam as penas intermediárias fixadas em 05 anos e 10 meses de reclusão e 583 dias-multa. Na terceira etapa da dosimetria da pena, presentes a causa de diminuição de 1/6 do § 4º do art. 33 da Lei 11343/2006, sob o argumento de que o Denunciado, à data do fato, era primário, possuía bons antecedentes, não se dedicava a atividades criminosas e não há indícios de que integra ou integrava organização criminosa, ônus que incumbia à acusação, e presente a causa de aumento de pena de 1/2 prevista no inciso IV do art. 40 da Lei 11.343/2006, sob o argumento de que exerce a atividade da traficância com o uso de arma de fogo, a qual possui numeração raspada, conforme documentação acostada aos autos. Nesse diapasão, diminui-se a pena de 1/6, resultando em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa. Doravante, aumento a pena resultante de $\frac{1}{2}$ para fixá-la em 07 anos e 06 meses de reclusão e 750 dias-multa. Assim, ao final da fase derradeira da dosimetria da pena, fica o Réu, definitivamente, condenado à pena de 07 anos e 06 meses de reclusão e 750 dias-multa. A possibilidade de detração penal será analisada em sede de execução penal (art. 387, § 2º do Código de Processo Penal). Fixo o regime inicial de pena semiaberto, com base no art. 33, § 2º, b do Código Penal. Fixo a pena de multa em 750 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos, tendo em vista a condição financeira do Réu. Ausentes as condições legais do Art. 44 do Código Penal, deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Pelas mesmas razões, deixo de aplicar o “sursis” art. 77 do

Código Penal. Não há fixação de valor mínimo a título de reparação por danos morais, nos termos do art. 387, IV do Código de Processo Penal. Concedo ao Réu o direito de apelar em liberdade.” Malgrado o Código Penal não tenha especificado o quantum de pena para fins de fixação da reprimenda básica na primeira fase da dosimetria, nos termos do art. 59, entende-se que a exasperação em 1/6 por conta da apreensão de 69,30g[1] de cocaína, distribuídos em “dois pacotes pequenos”[2], revela-se desproporcional quando comparado com os parâmetros identificados a partir de julgados do Superior Tribunal de Justiça. A título de exemplo cita-se julgado do STJ em que a mesma fração de 1/6 utilizada pelo magistrado da causa de origem para o aumento da pena base do apelante foi aplicada em um julgamento que tratava da apreensão de mais de quatro quilos de cocaína. Vejamos: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE NA FRAÇÃO DE AUMENTO OPERADA. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. FRAÇÃO DE AUMENTO APLICADA DENTRO DOS PARÂMETROS LEGAIS. REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO INVIÁVEL NA VIA ELEITA. PRECEDENTES. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA E CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PRECEDENTES. SANÇÕES INALTERADAS. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade. 2. Ademais, em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre in casu, o juízo, ao fixar a pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006. 3. Por oportuno, cabe observar que, nos termos do art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. 4. A pena-base foi exasperada em 1/6, devido à natureza e expressiva quantidade de entorpecente apreendido – 4.750,7 gramas de cocaína (e-STJ, fl. 38) –; nesse contexto, não verifico nenhuma ilegalidade a ser sanada, porquanto é consabido que, nos termos da jurisprudência desta Corte de Justiça, a quantidade e natureza das drogas constituem fundamentos idôneos para exasperar a pena-base. Precedentes. 5. Na terceira fase da dosimetria, em virtude da prática de tráfico interestadual de drogas, uma vez que a paciente receberia drogas no terminal rodoviário do Jabaquara, SP, e a transportaria para outro Estado (e-STJ, fl. 38), as sanções foram exasperadas em 1/6, nos exatos termos preconizados pelo art. 40, V, da LAD, que prevê um incremento de 1/6 a 2/3 se caracterizado o tráfico entre Estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal. 6. A incidência da minorante do tráfico privilegiado foi denegada porque as instâncias de origem reconheceram expressamente que a paciente se dedicava à atividade criminosa, haja vista não apenas a expressiva quantidade e natureza do entorpecente apreendido – 4.750, 7 gramas de cocaína (e-STJ, fl. 38) –, mas principalmente devido às circunstâncias que culminaram em sua prisão em flagrante – após denúncias anônimas noticiando à polícia que uma mulher receberia drogas no terminal rodoviário do Jabaquara, SP, e as

transportaria para outro Estado, razão pela qual os policiais realizaram uma campanha e conseguiram apreender a paciente com os entorpecentes, havendo ela lhes informado que havia recebido as drogas de e que as levaria para Guarapari, ES, onde receberia, por essa tarefa, R\$ 1.000,00 – (e-STJ, fl. 38); tudo isso a denotar que ela não se tratava de traficante eventual, mormente considerando-se que tamanha quantidade e expressivo valor monetário desse tipo de droga, não seria confiada a pessoa inexperiente na atividade. 7. Desconstituir tal assertiva, como pretendido, demandaria, necessariamente, a imersão vertical na moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes. 8. Quanto ao regime prisional, apesar de o montante da sanção – 6 anos, 9 meses e 20 de reclusão –, admitir, em tese, a fixação do regime inicial semiaberto, a existência de circunstância judicial desfavorável, a qual embasou a exasperação da basilar em 1/6, justifica a fixação do regime prisional mais gravoso, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Precedentes. 9. Agravo regimental não provido. (AgRg no HC n. 855.837/SP, relator Ministro, Quinta Turma, julgado em 17/10/2023, DJe de 30/10/2023.) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. FIXAÇÃO NO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE NÃO RELEVANTE DE ENTORPECENTES. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA MINORANTE TENDO POR BASE A NATUREZA E A QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, ISOLADAMENTE CONSIDERADAS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS A INDICAR EVENTUAL DEDICAÇÃO DO IMPUTADO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS OU SER ELE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. 1. A quantidade não expressiva de droga apreendida, como na espécie (887g de maconha e 50g de cocaína), aliada à inexistência de circunstâncias adicionais desfavoráveis, não aconselha o incremento da pena-base, que deve ser fixada, na hipótese, no mínimo legal. 2. Conforme precedentes desta Corte Superior, a natureza e a quantidade da droga apreendida constituem variáveis que podem validamente ser consideradas para embasar conclusão de efetiva dedicação às atividades criminosas ou, até mesmo, de ser o imputado integrante de organização criminosa, contanto que outros elementos de prova constantes dos autos evidenciem tais condições, em conjunto com as mencionadas vetoriais. 3. Isoladamente consideradas, a natureza e a quantidade do entorpecente apreendido, por si sós, não são suficientes para embasar conclusão acerca da presença das referidas condições obstativas e, assim, afastar o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado. 4. Tratando-se de ré primária e não tendo sido indicado nenhum elemento adicional que demonstre cabalmente a inserção da paciente em grupo criminoso de maior risco social, a atuação armada, o envolvimento de menores ou apreensão de apetrecho/instrumento de refino da droga, a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 é medida que se impõe. 5. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 704.273/SP, relator Ministro (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 1/4/2022.) AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO (182 G DE COCAÍNA E 73 G DE MACONHA) REGIME PRISIONAL. PRIMARIEDADE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. PENA-BASE ESTIPULADA NO MÍNIMO LEGAL. PENA DEFINITIVA DISPOSTA EM 2 ANOS E 6 MESES DE RECLUSÃO. QUANTIDADE DE ENTORPECENTE APREENDIDA NÃO EXCESSIVA A PONTO DE, ISOLADAMENTE CONSIDERADA, EXASPERAR O CÁRCERE DO AGRAVADO. SÚMULAS 718 E 719/STF. SÚMULA 440/STJ. MANUTENÇÃO DO REGIME ABERTO QUE SE IMPÕE. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 2º, C, DO CP. 1. A questão veiculada no recurso especial, no que se refere ao presente agravo, diz respeito à verificação da ofensa ao

art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal, notadamente porque desconsiderada a individualização da pena ao ser fixado regime mais gravoso a condenado primário e sem circunstâncias judiciais negativadas. 2. Levando em consideração que todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis ao recorrente (fl. 208), sendo fixada no mínimo a pena-base do crime imputado em 5 anos de reclusão, mais pagamento de 500 dias-multa, verifica-se a necessidade de abrandamento do regime prisional. [...] Não há fundamento para dar lastro à imposição de regime prisional mais severo do que permitido pelo quantum da pena, ex vi da Súmula 440/STJ. 3. Em que pese a quantidade de entorpecente apreendida não ser ínfima (182 g de cocaína e 73 g de maconha), tem-se que, do mesmo modo, não pode ser considerada excessiva a ponto de, isoladamente considerada, ser fator de exasperação do regime prisional, notadamente ante a primariedade do agravado. 4. No que se refere ao pleito remanescente, verifica-se, ainda, a necessidade de se abrandar o regime prisional. Destaca-se, a princípio, que todas as circunstâncias judiciais foram consideradas favoráveis ao recorrente, sendo fixada no mínimo a pena-base do crime de tráfico de drogas por ele perpetrado (5 anos de reclusão, mais pagamento de 500 dias-multa – fls. 189 e 247). Sendo assim, não há fundamento para dar lastro à imposição de regime prisional mais severo do que permitido pelo quantum da pena, ex vi da Súmula 440/STJ (AgRg no AREsp n. 1.597.163/MG, Ministro , Sexta Turma, DJe 15/3/2021). 5. Relativamente ao regime prisional inicial, como é cediço, em se tratando de tráfico de entorpecentes, desde o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do HC n. 111.840/ES, inexiste a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, determinando-se, também nesses casos, a observância do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, c/c. o art. 59, do Código Penal. Além disso, fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito. Súmulas 440/STJ, 718/STF e 719/STF. [...] Em se tratando de réu tecnicamente primário, condenado a pena superior a 4 e que não excede 8 anos de reclusão, com as circunstâncias judiciais presentemente todas favoráveis, com relevo para a quantidade não expressiva da droga apreendida, o agravante faz jus ao regime inicial semiaberto, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º, b, e 3º, do Código Penal (AgRg no HC n. 651.523/SP, Ministro , Quinta Turma, DJe 19/4/2021). 5. Fixada a pena-base no mínimo legal (5 anos art. 33 da Lei n. 11.343/2006) e não ostentando o agravado antecedentes criminais, é descabida a fixação de regime mais gravoso sem a existência de fundamentação idônea. 6. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.933.574/SP, relator Ministro , Sexta Turma, julgado em 19/10/2021, DJe de 22/10/2021.) Deste modo, a fim de alinhar o caso concreto ao entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, fica estabelecida a pena base no mínimo legal de 5 (cinco) anos e 500 (quinhentos) dias-multa. Na segunda etapa inexistem atenuantes e agravantes de pena. Quanto ao reconhecimento do “tráfico privilegiado”, percebe-se que o magistrado aplicou a fração mínima de 1/6, sem tecer, no entanto, fundamentação do porquê o estabelecimento da causa especial de diminuição de pena se deu no patamar mínimo de 1/6. Deste modo, em observância ao quanto disposto no art. 93, inciso IX da Constituição Federal, aplica-se a fração de 2/3 (dois terços) para a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei de Drogas. Sequencialmente, no que diz respeito à causa de aumento de pena pelo emprego de arma de fogo, na forma do art. 40, inciso IV da mesma

legislação especial citada, observa-se que o magistrado sentenciante aplicou em $\frac{1}{2}$ a fração, ao argumento da numeração “raspada” da pistola, quantum que será mantido, tendo em vista a idoneidade do fundamento. Nestes termos, tomando como ponto de partida a pena base aplicada em 5 (cinco) anos de reclusão, reduzindo em $\frac{2}{3}$ (dois terços) em virtude da causa especial de redução de pena e aumento em $\frac{1}{2}$ pelo emprego de arma de fogo de numeração suprimida, fica a pena definitiva redimensionada para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão em regime inicial aberto, mais o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias—multa na fração de $\frac{1}{30}$ (um trigésimo) do salário—mínimo vigente ao tempo do crime. Cuidando-se de quantum que autoriza a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, consoante previsão do art. 44 do Código Penal e com base no entendimento do Supremo Tribunal Federal[3] que declarou incidentalmente a inconstitucionalidade da vedação constante no art. 44 da Lei de Drogas, última parte, que vedava a substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, fica substituída a pena corporal por duas penas restritivas de direitos a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução Penal. Neste sentido, cita-se julgado do Superior Tribunal de Justiça sobre a viabilidade da substituição de pena: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. ARMA APREENHIDA NO CONTEXTO DO TRÁFICO. ABSORÇÃO. CRIME MEIO. INCIDÊNCIA DO ART. 40, IV, DA LEI 11.343/06. NEGATIVA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PROCESSOS EM ANDAMENTO. ILEGALIDADE. 1. “É firme o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a absorção do crime de porte ou posse ilegal de arma pelo delito de tráfico de drogas, em detrimento do concurso material, deve ocorrer quando o uso da arma está ligado diretamente ao comércio ilícito de entorpecentes, ou seja, para assegurar o sucesso da mercancia ilícita. Nesse caso, trata-se de crime meio para se atingir o crime fim que é o tráfico de drogas, exige-se o nexó finalístico entre as condutas de portar ou possuir arma de fogo e aquelas relativas ao tráfico (HC n. 181.400/RJ, Rel. Ministro , Quinta Turma, julgado em 17/4/2012, DJe 29/6/2012). 2. Se a abordagem do réu, a quem era atribuída a distribuição de drogas em conhecido ponto de tráfico, se deu “utilizando, para tanto, um veículo Fiat Linea Prata”, onde foi encontrado, “sobre o banco do motorista, um revólver cromado, municiado com 05 cartuchos, além de parte das drogas descritas no auto de apreensão, que estavam em um dos bolsos do casaco do réu”, enquadra-se tal conduta na norma contida no art. 40, IV, da Lei 11.434/06, segundo a qual, a pena relativa ao delito do art. 33 é aumentada de $\frac{1}{6}$ a $\frac{2}{3}$ se a infração tiver sido praticado com violência, grave ameaça, emprego de arma de fogo, ou qualquer processo de intimidação difusa ou coletiva, e não como delito autônomo. 3. A existência de ações penais em curso e de registros de atos infracionais, por si só, não constituem fundamento idôneo para afastar a causa de diminuição do tráfico, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. 4. Considerando-se o quantum de pena aplicado e a não relevante quantidade de entorpecentes (43,4 gramas de cocaína), fixa-se o regime inicial aberto, devendo a pena privativa de liberdade ser substituída por penas restritivas de direitos, nos termos dos arts. 33 e 44 do Código Penal. 5. Agravo Regimental provido. Paciente incurso no art. 33, caput e § 4º, c/c o art. 40, VI, da Lei 11.343/06. Condenação (re) fixada em 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 250 dias—multa. Substituição da pena de reclusão por penas restritivas de direitos, a ser fixadas pelo Juízo da Execução. (AgRg no HC n. 591.478/RS, relator Ministro (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 26/10/2021, DJe de 28/10/2021.) Ex

positis, acolhe esta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o voto pelo qual CONHECE DA APELAÇÃO E JULGA PARCIALMENTE PROVIDA, redimensionando a pena de para 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão em regime inicial aberto, mais o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa na fração de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do crime, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais. Salvador/BA, de de 2023. Desa. – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora [1] ID 50684767 – sentença. [2] ID 50682953 – denúncia. [3] <https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=4117059>