

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300242-09.2013.8.05.0229 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Propicio Rodrigues da Silva Neto Advogado (s): FABRICIO BARBOZA DOS SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO RECONHECIMENTO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDA ALIADA A OUTROS ELEMENTOS QUE DENOTAM DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. A QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA NÃO PODE SER UTILIZADA PARA AGRAVAR A REPRIMENDA EM FASES DISTINTAS DA DOSIMETRIA SOB PENA DE BIS IN IDEM. CONSIDERADA NEGATIVAMENTE NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA, IMPOSITIVA A DESCONSIDERAÇÃO NA PRIMEIRA FASE, DEVENDO A PENA RETORNAR AO PATAMAR MÍNIMO FIXADO EM ABSTRATO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las, na primeira fase, para exasperar a pena-base ou, na terceira fase, para graduar o redutor do tráfico privilegiado, mas nunca em ambas as fases, sob pena de bis in idem (AgRg no HC n. 475.345/SP , Ministro Felix Fisher, Quinta Turma, DJe 1º/3/2019). 2. Deve ser afastada a incidência do “tráfico privilegiado” considerando que, aliado à elevada quantidade de droga apreendida, há outros elementos que, em conjunto, são aptos para afastar a minorante, como o modus operandi, a apreensão de apetrecho relacionado à traficância, a exemplo da balança de precisão e do caderno de anotações da atividade, assim como a forma como o entorpecente fora encontrado, em 56 (cinquenta e seis) sacos plásticos destinadas à venda, atividade esta confessada pelo apelante em seus depoimentos extrajudicial e em juízo. 5. Uma vez considerada negativamente a quantidade de drogas apreendidas na terceira fase da dosimetria, impositiva a desconsideração na primeira fase, sob pena de bis in idem, devendo a pena retornar ao patamar mínimo fixado em abstrato. 6. Recurso parcialmente provido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 300242-09.2013.8.05.0229 em que figura como apelante PROPICIO RODRIGUES DA SILVA NETO, e, como apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores componentes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER E JULGAR PARCIALMENTE PROVIDO o recurso interposto, pelas razões adiante alinhadas. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 10 de Abril de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300242-09.2013.8.05.0229 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Propicio Rodrigues da Silva Neto Advogado (s): FABRICIO BARBOZA DOS SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO O ilustre Representante do Ministério Público ofereceu a denúncia de Id 167140696 contra PROPICIO RODRIGUES DA SILVA NETO pela prática do crime tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Transcorrida a instrução, o d. Juiz julgou procedente a denúncia para condenar o réu como incurso no art. 33 caput, da Lei nº 11.343/06 a uma pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, e 1000 (hum mil) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do maior salário-mínimo vigente à época do cometimento do crime. Inconformada, a Defesa apelou. Nas razões de Id 39550898 requerendo: “a reforma da sentença no tocante à dosimetria aplicada, para que seja redimensionada a pena, reduzindo-se a pena-base para a incidência

da causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em seu grau máximo e para que a quantidade de droga incida em apenas uma das fases da dosimetria.” Em contrarrazões (Id 39550900), o Ministério Público rebateu os argumentos defensivos, pugnando pelo improvimento da apelação mantendo-se a condenação objurgada pelas razões e nos termos fixados na sentença. A d. Procuradoria de justiça, no parecer de id 39682673, opinou pelo conhecimento e improvimento do recurso de apelação. Eis o relatório. 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 Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300242-09.2013.8.05.0229 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Propicio Rodrigues da Silva Neto Advogado (s): FABRICIO BARBOZA DOS SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Presentes o pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, recebo o recurso em seu efeito devolutivo. Segundo a denúncia, no dia 30 de abril de 2013, por volta das 09h30min, Policiais Civis apreenderam em poder do Apelante Propício Rodrigues da Silva Neto, em sua residência, localizada no Loteamento Maria Amélia, Caminho 04, casa 12, bairro São Benedito, nesta cidade, 51,50Kg (cinquenta e um quilos e meio) da substância entorpecente conhecida como “maconha” (cannabis sativa), acondicionadas em 56 (cinquenta e seis) sacos plásticos de cor amarela, que o Apelante guardava com a finalidade de venda. Consta da denúncia que também foi apreendido em poder o Apelante uma balança marca “MimoStyle”, que era usada para pesar a droga. Instruída a ação, restou comprovada a autoria e materialidade do delito, ante os depoimentos colhidos, bem como a confissão do apelante e laudos acostados, sobrevivendo sentença condenatória condenado-o nas iras do artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, à pena definitiva de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida no regime inicial fechado, e 1000 (hum mil) dias-multa, no valor unitário de um trigésimo do salário-mínimo vigente à época dos fatos, negado o direito de recorrer em liberdade. Requer o apelante a redução da pena-base, assim como a incidência da causa de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, em seu grau máximo, e que a quantidade de droga apreendida seja considerada em apenas uma das fases da dosimetria. Para melhor análise da dosimetria vale transcrever a sentença neste ponto: “Primeira fase da aplicação da pena – art. 68 do CP A culpabilidade é normal. Não possui antecedentes criminais (sentença penal condenatória transitada em julgado). A sua conduta social foi abonada pela testemunha de defesa. A personalidade não foi auferida nos autos. Os motivos do delito são os normais à espécie, ou seja, lucro fácil. Consequências do crime são normais. As circunstâncias do crime são desfavoráveis levando-se em consideração a enorme quantidade da droga que o acusado traficava, 51,50 quilos de maconha. Assim, diante das circunstâncias judiciais acima expostas, fixo a pena base, um pouco acima do mínimo legal, ou seja, 09 (nove) anos de reclusão e 1200 (mil e duzentos) dias-multa, por ser esta a punição necessária, suficiente e recomendável para a reprovação da conduta criminosa que motivou o ajuizamento desta ação. (...) Segunda fase da aplicação da pena Ausentes as circunstâncias agravantes. Presente uma circunstância atenuante, por ter o réu confessado espontaneamente a prática do delito. Pelo que reduzo a pena aplicada em um sexto, observando-se o disposto no art. 65, incisos III, alínea d, do Código Penal. Totalizando em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 1000 (mil) dias-multa, (art. 49 e ss. do CP). Terceira fase da aplicação da pena A redução prevista no § 4º, do art. 33, da Lei

11343/2006 visa diferenciar o traficante organizado (que obtém consideráveis lucros com a atividade e nela está definitivamente integrado) do "mula" ou "aviãozinho" (aqueles sujeitos utilizados como mão-de-obra barata do tráfico). Para que seja beneficiado com a causa obrigatória de redução, o agente precisa atender cumulativamente os quatro requisitos legais, a saber: não ser reincidente, não ostentar maus antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa. O desatendimento a qualquer dos requisitos conduzirá, em regra, à denegação do benefício legal. In casu, o acusado é primário e não ostenta maus antecedentes. Apesar da primariedade do acusado, o réu não comprovou que exerce atividade lícita. Aliado a isso, devemos ponderar a grande quantidade (cinquenta quilos da droga conhecida como maconha) e a alta nocividade da maconha que o acusado guardava em sua casa. Tais fatos demonstram sua indiferença em relação às consequências dos seus atos, principalmente no tocante à saúde pública, das pessoas, crianças e adolescentes, que vem tendo acesso a essas substâncias. Muitas pessoas são desprovidas de conhecimento sobre seus efeitos nocivos e não possuem recursos para a realização de um tratamento de desintoxicação. A sociedade é severamente penalizada por esse tipo de conduta. Outrossim, os fatos de o acusado responder a outras ações penais, inclusive por tráfico de drogas (certidão de antecedentes anexa), a enorme quantidade, 51,50 quilos, de droga conhecida vulgarmente como maconha apreendida (cinquenta quilos de maconha) e a balança de precisão, demonstram que o réu pretendia disseminá-las na Cidade de Santo Antonio de Jesus e se dedica a atividade criminosa. Essas circunstâncias evidenciam que não se trata de um traficante eventual. Isto posto, JULGO PROCEDENTE a acusação contida na denúncia para CONDENAR PROPÍCIO RODRIGUES DA SILVA NETO, qualificado nos autos, como incurso nas sanções do artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, pelo que aplico a pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 1000 (mil) dias-multa, cuja unidade fixo-a no mínimo legal de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato descrito na denúncia. " Como se vê, o juiz valorou negativamente as circunstâncias do delito em razão da quantidade de droga apreendida. Na segunda fase, reconheceu a atenuante da confissão, reduzindo a pena em 1/6, e, na terceira fase, negou a incidência do tráfico privilegiado também em razão da elevada quantidade de droga apreendida assim como o fato de o acusado responder a outras ações penais, inclusive por tráfico de drogas e em decorrência da apreensão de uma balança de precisão. DO TRÁFICO PRIVILEGIADO Para a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 é necessário que o réu cumpra os requisitos ali elencados de forma cumulativa e simultânea. Em assim sendo, o réu deve ser primário, apresentar bons antecedentes, não se dedicar a atividades delitivas ou integrar organização criminosa. Isso porque o benefício, ou privilégio em análise, é direcionado para quem adere ao tráfico de drogas esporadicamente, muitas vezes para sustentar seu próprio vício, e não ao traficante contumaz, que exerce, com habitualidade, a atividade ilícita. Consoante jurisprudência firmada pelo STJ: "A natureza e a quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas, supletivamente, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa. " (STJ – AgRg no HC: 720589 SP 2022/0024593-1, Data de Julgamento: 21/06/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe

24/06/2022). In casu, embora o réu responda a outras ações penais, inclusive por tráfico de drogas, tal fato não pode ser considerado para efeito de negativa do "tráfico privilegiado" em razão do princípio da presunção de inocência, conforme posicionamento firmado pelas cortes superiores. Apesar disso, entendo que deve ser afastada a incidência referida causa de diminuição de pena considerando que, aliado à elevada quantidade de droga apreendida, há outros elementos que, em conjunto, são aptos para afastar a minorante, como o modus operandi, a apreensão de apetrecho relacionado à traficância, a exemplo da balança de precisão e do caderno de anotações da atividade, assim como a forma como o entorpecente fora encontrado, em 56 (cinquenta e seis) sacos plásticos destinadas à venda, atividade esta confessada pelo apelante em seus depoimentos extrajudicial e em juízo. Verifica-se que o Magistrado exasperou a pena-base em razão da elevada quantidade de drogas apreendidas, valendo-se deste mesmo argumento para deixar de aplicar a causa de diminuição relativa ao "tráfico privilegiado", o que não é admitido. É pacífico na jurisprudência que a quantidade e qualidade de drogas não pode servir de motivação para agravar a pena em fases distintas da dosimetria, o que implicaria em dupla penalização pelo mesmo fato. Cabe às instâncias ordinárias, ao promover a dosimetria, considerar a quantidade e a natureza da droga no momento que melhor lhe aprouver, podendo valorá-las, na primeira fase, para exasperar a pena-base ou, na terceira fase, para graduar o redutor do tráfico privilegiado, mas nunca em ambas as fases, sob pena de bis in idem (AgRg no HC n. 475.345/SP, Ministro Felix Fisher, Quinta Turma, DJe 1º/3/2019). Sobre o tema, já se posicionou esta e. Corte de Justiça: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, LEI 11.343/06). DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 42 DA LEI DE DROGAS E 59 DO CÓDIGO PENAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES (APROXIMADAMENTE 25 KG DE MACONHA). EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE EM PATAMAR SUPERIOR A 1/6 DA PENA MÍNIMA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES STJ. PENA INTERMÉDIA NÃO ALTERADA. TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE DIMINUIÇÃO PELO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ACOLHIMENTO. AFASTAMENTO DE BIS IN IDEM. MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DE OFÍCIO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO (...) 4. Na espécie, o incremento de 2 (dois) anos à pena-base foi motivado pela expressiva quantidade de drogas apreendidas consistente em 29 (vinte e nove) tabletes de maconha, pesando um total de 24.970gr (vinte e quatro mil novecentos e setenta gramas) 00, fundamentação que se revela concreta, suficiente e idônea para justificar a exasperação no patamar aplicado, que não se mostra desproporcional. 5. Pena intermediária não alterada. 6. Aplicação do redutor do Tráfico Privilegiado no patamar máximo. Acolhimento. Considerando que a quantidade de drogas foi utilizada, na primeira fase, para exasperação da pena basilar, enquanto circunstância preponderante, não pode ser utilizada como balizador da causa especial de redução da pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, sob pena de bis in idem. (...) (TJ-BA – APL: 05007785120208050274, Relator: ICARO ALMEIDA MATOS, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 06/10/2021) Desse modo, reputo necessário o afastamento da valoração da "quantidade da droga" da primeira fase da dosimetria, sendo a pena fixada no mínimo legal. Na segunda fase, verifico a existência da atenuante da confissão. Entretanto, não obstante a existência de posições isoladas em sentido contrário, a repisada jurisprudência dos Tribunais Superiores, ratificada em sede de

repercussão geral (RE 597270, QORG/RS, Repercussão Geral na Questão de Ordem no Recurso Extraordinário, Min. César Peluso, DJe-104 Divulg 04-06-2009, Public 05-06-2009), é no sentido de que o reconhecimento de circunstância atenuante não autoriza a redução da pena-base aquém do mínimo legal, conforme dispõe a Súmula nº 231 do STJ. Não existindo causa de aumento ou diminuição a serem consideradas, deve a pena final ser fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Como consectário lógico, fica modificado o regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, a, do Código Penal. Com relação à possibilidade de substituição da pena privativa por restritiva de direitos prevista no art. 44 do CP, tem-se que ao apelante foi imposta pena superior a quatro anos de reclusão, o que impossibilita a concessão desta benesse. Nego o direito de recorrer em liberdade já que a Magistrada a quo indeferiu a aludida postulação tendo em vista que os fundamentos da prisão cautelar ainda persistem, notadamente pela gravidade do crime evidenciada pela forma de agir do réu, que guardava grande quantidade de droga em sua residência, 51,50 quilos de maconha, e uma balança de precisão. Diante do exposto, conheço do recurso interposto para dar-lhe PROVIMENTO PARCIAL, fixando a pena em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, a ser cumprida em regime semiaberto. Salvador, \_\_\_\_ de \_\_\_\_ de 2023. DES. CARLOS ROBERTO SANTOS ARAÚJO RELATOR