

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501917-20.2018.8.05.0141 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Janilton de Sousa Santos Advogado (s): Josué Alves da Luz Souza (Defensor Público) APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006). DETERMINAÇÃO DO STJ, EM SEDE DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL, DE REALIZAÇÃO DE NOVA DOSIMETRIA PELO JUÍZO DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006, COM BASE EM AÇÕES PENAIS EM CURSO. TEMA 1139 DO STJ. RECORRENTE QUE RESPONDIA A QUATRO AÇÕES PENAIS EM CURSO À ÉPOCA DA PRIMEIRA SENTENÇA. REFORMA EM SEGUNDA INSTÂNCIA, AFASTANDO O TRÁFICO PRIVILEGIADO. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA QUANTO À APLICAÇÃO DO REDUTOR NA FRAÇÃO DE 1/3 (UM TERÇO), PLEITEANDO A FIXAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 (DOIS TERÇOS). NÃO ACOLHIMENTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA DE ALTA NOCIVIDADE À SAÚDE (COCAÍNA). POSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA PARA MODULAR A FRAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006, DESDE QUE NÃO UTILIZADA NA PRIMEIRA FASE, EM ATENÇÃO AO PRINCÍPIO NE BIS IN IDEM. ENTENDIMENTO FIRMADO PELA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM OS PRECEDENTES DO STF. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. DISCRICIONARIEDADE FUNDAMENTADA. RAZOABILIDADE DA FRAÇÃO APLICADA NO CASO CONCRETO. ENTENDIMENTO DA TURMA. PARECER MINISTERIAL PELO CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO APELO. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA. I – Trata-se de Apelação interposta por JANILTON DE SOUZA SANTOS, qualificado nos autos, assistido pela Defensoria Pública do Estado da Bahia, por intermédio do Defensor Josué Alves da Luz Souza, em irresignação à sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jequié/BA, que o condenou às penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, a qual foi substituída por uma restritiva de direitos, e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito previsto no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. II – Consoante se extrai da denúncia, no dia 1º de julho de 2018, por volta de 12h20min, nas proximidades da Rua Euflosino de Almeida, bairro Jequiezinho, município de Jequié, o Acusado foi preso em flagrante ao trazer consigo 28,5g de Cocaína, distribuídas em 52 (cinquenta e duas) “petecas”, além da quantia de R\$ 56,00 (cinquenta e seis) reais. III – A Defesa pugna pela aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em sua fração máxima, alegando, em síntese, que o Juízo não se utilizou de motivação idônea para diminuir a pena somente em 1/3 (um terço), limitando-se a proferir a mesma sentença que havia sido anteriormente proferida, após o Superior Tribunal de Justiça determinar, no bojo do julgamento de Agravo em Recurso Especial, o retorno dos autos, para o refazimento da dosimetria, uma vez que a sentença primeva havia sido reformada na Segunda Instância, deixando-se de aplicar a minorante do tráfico privilegiado, de modo inidôneo, com base na existência de ações penais em curso. IV – Embora reputando como negativa a natureza da droga apreendida (cocaína), de alto potencial nocivo à saúde humana, o Juízo de origem entendeu por bem em fixar a pena-base no mínimo legal e utilizá-la somente para modular a fração do tráfico privilegiado, de modo a não incidir em bis in idem, em consonância com o entendimento pacífico dos Tribunais Superiores. Precedentes. V – Ante as constantes controvérsias acerca do tema, é digno de registro que a possibilidade de utilizar a natureza e a quantidade da droga na terceira fase da dosimetria da pena, para modular o redutor do

art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, desde que não haja sido utilizada tal circunstância na primeira fase, em face do princípio ne bis in idem, trata-se de entendimento firmado pela Terceira Seção da Corte de Cidadania, em abril de 2022, em harmonia com os precedentes do Supremo Tribunal Federal, que desde o ano de 2016, já legitimava essa opção por parte do Juízo sentenciante, com base no princípio da individualização da pena. VI – Destarte, como bem pontuado pela douta Procuradoria de Justiça, “na ausência de vetor legal a nortear o quantum de redução da pena quando da aplicação da minorante em debate, e tendo a Sentenciante valorado a natureza da droga em uma única fase da dosimetria, perfeitamente possível a diminuição da pena em 1/3, tal qual levado a efeito na sentença recorrida”. VII – Sendo assim, e considerando que o Juiz não está adstrito à fração máxima de 2/3 prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em razão da necessária individualização da pena para a devida prevenção e reprovação do delito, compreende-se, nos termos do entendimento desta Turma Julgadora, a razoabilidade da fração aplicada pelo Juízo primeiro de 1/3 (um terço), em razão da quantidade e natureza da droga apreendida (28,5g de cocaína). Não se olvida, outrossim, das circunstâncias que permeiam o caso concreto, notadamente o fato de o Apelante, à época da primeira sentença proferida, responder a quatro ações penais, circunstância esta que de modo algum deve impedir a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, conforme vedado pela tese do Tema 1139 do STJ, em sede de recursos repetitivos, nada impedindo, por outro lado, que seja considerada para fins de modulação de tal redutor. VIII – Mister salientar, por derradeiro, que, em atenção ao quanto consignado pelo STJ no julgamento do Agravo, a pena privativa de liberdade, no montante fixado, foi substituída por uma restritiva de direitos, consistente em “em prestação de serviços à comunidade, junto a uma entidade a ser indicada pelo Juízo da Execução, devendo ser cumprida à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, que será distribuída e fiscalizada, de modo a não prejudicar a jornada de trabalho do condenado”, não se vislumbrando, assim, nenhuma necessidade de reparo no decisum, eis que proporcional e consonante com os parâmetros dosimétricos apontados pela doutrina e jurisprudência. IX – Parecer da Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e desprovimento do Apelo. X – Apelação CONHECIDA e DESPROVIDA. Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal n.º 0501917-20.2018.8.05.0141, em que figuram, como Apelante, JANILTON DE SOUSA SANTOS, e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal Segunda Turma Julgadora do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao Apelo, mantendo-se, in totum, a sentença vergastada, e assim o fazem pelas razões que integram o voto do eminente Desembargador Relator. Sala das Sessões da Primeira Câmara Criminal 2ª Turma do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 05 de setembro de 2023. PRESIDENTE DESEMBARGADOR BALTAZAR MIRANDA SARAIVA RELATOR PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA BMS01 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 5 de Setembro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501917-20.2018.8.05.0141 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Janilton de Sousa Santos Advogado (s): Josué Alves da Luz Souza (Defensor Público) APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Apelação interposta por JANILTON DE SOUSA SANTOS, qualificado nos autos, assistido pela

Defensoria Pública do Estado da Bahia, por intermédio do Defensor Josué Alves da Luz Souza, em irresignação à sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jequié/BA, que o condenou às penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, a qual foi substituída por uma restritiva de direitos, e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito previsto no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. Consoante se extrai da denúncia, no dia 1º de julho de 2018, por volta de 12h20min, nas proximidades da Rua Euflosino de Almeida, bairro Jequiezinho, município de Jequié, o Acusado foi preso em flagrante ao trazer consigo 28,5g de Cocaína, distribuídas em 52 (cinquenta e duas) “petecas”, além da quantia de R\$ 56,00 (cinquenta e seis) reais. Em prestígio aos preceitos da celeridade e da economia processual, e tendo em vista ali se externar, suficientemente, no que relevante, a realidade da marcha processual até então desenvolvida, adota-se os relatórios das sentenças de ID 44688572 e 44688617, a eles acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto. Apreciando as imputações da respectiva denúncia, em 22 de fevereiro de 2019, o Juízo primevo reconheceu a materialidade e a respectiva autoria delitivas, condenando o Recorrente às penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, a qual foi substituída por uma restritiva de direitos, e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo (ID 44688572). Foram interpostos recursos de Apelação pela Defesa e pelo Ministério Público, a primeira pleiteando a absolvição por ausência de provas da autoria, e subsidiariamente, a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em seu patamar máximo, e o segundo pleiteando a majoração da pena-base, considerando a valoração negativa da natureza da droga apreendida (cocaína) e a não aplicação da aludida minorante, considerando que o Sentenciado, à época, respondia a 04 (quatro) ações penais. Após, sobreveio decisão colegiada, em 03 de setembro de 2019, pela Primeira Câmara Criminal, Segunda Turma, desta Corte, cujo Relator era o Des. Lourival de Almeida Trindade, tendo os integrantes da Turma acordado, à unanimidade de votos, em “DAR PROVIMENTO PARCIAL À APELAÇÃO, INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, E NEGAR PROVIMENTO À APELAÇÃO INTERPOSTA POR JANILTON DE SOUSA SANTOS”, de modo a redimensionar a pena do Sentenciado em 06 (seis) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, mantendo-se os 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo (ID 44688603). Em síntese, de tal Acórdão, somente recorreu a Defesa, ante o STJ, tendo sido o Agravo em Recurso Especial conhecido e dado provimento, sob o fundamento de que ações penais em curso não poderiam afastar o tráfico privilegiado, em razão do princípio da presunção de inocência, ao final reconhecendo-se “o direito do recorrente à consideração, na dosimetria da pena, da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, que necessitará ser adequadamente modulada pelo Juízo de primeiro grau, que deverá refazer a dosimetria da pena (...) analisando também, com a devida motivação, a possibilidade de conversão da pena em restritiva de direitos e o regime inicial adequado à nova pena fixada” (ID 22256320). Em 03 de junho de 2022, o Juízo de origem proferiu nova sentença, aplicando o redutor do tráfico privilegiado na fração de 1/3 (um terço), redimensionando a pena do recorrente mais uma vez para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, a qual foi substituída por uma restritiva de direitos, e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário

mínimo (ID 44688615), decisão esta que foi novamente desafiada por Apelação defensiva. Em suas razões (ID 44688635), a Defesa pugna pela aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em sua fração máxima, alegando, em síntese, que o Juízo não se utilizou de motivação idônea para diminuir a pena somente em 1/3 (um terço), limitando-se a proferir a mesma sentença que havia sido anteriormente proferida, após o Superior Tribunal de Justiça determinar, no bojo do julgamento de Agravo em Recurso Especial, o retorno dos autos, para o refazimento da dosimetria, uma vez que a sentença primeva havia sido reformada na Segunda Instância, deixando-se de aplicar a minorante do tráfico privilegiado, de modo inidôneo, com base na existência de ações penais em curso. Em contrarrazões, o Ministério Público requer seja negado provimento ao recurso (ID 44688638). Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do Apelo (ID 48658029). Com este relato, submeto o exame dos autos ao eminente Des. Revisor, nos termos do artigo 166 do RI/TJBA. Salvador, 21 de agosto de 2023.

DESEMBARGADOR BALTAZAR MIRANDA SARAIVA RELATOR BMS01 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501917-20.2018.8.05.0141 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Janilton de Sousa Santos Advogado (s): Josué Alves da Luz Souza (Defensor Público) APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso. Conforme relatado, cuida-se de Apelação interposta por JANILTON DE SOUZA SANTOS, qualificado nos autos, assistido pela Defensoria Pública do Estado da Bahia, por intermédio do Defensor Josué Alves da Luz Souza, em irresignação à sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jequié/BA, que o condenou às penas de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, a qual foi substituída por uma restritiva de direitos, e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito previsto no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. Consoante se extrai da denúncia, no dia 1º de julho de 2018, por volta de 12h20min, nas proximidades da Rua Euflosino de Almeida, bairro Jequiezinho, município de Jequié, o Acusado foi preso em flagrante ao trazer consigo 28,5g de Cocaína, distribuídas em 52 (cinquenta e duas) “petecas”, além da quantia de R\$ 56,00 (cinquenta e seis) reais. A Defesa pugna pela aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em sua fração máxima, alegando, em síntese, que o Juízo não se utilizou de motivação idônea para diminuir a pena somente em 1/3 (um terço), limitando-se a proferir a mesma sentença que havia sido anteriormente proferida, após o Superior Tribunal de Justiça determinar, no bojo do julgamento de Agravo em Recurso Especial, o retorno dos autos, para o refazimento da dosimetria, uma vez que a sentença primeva havia sido reformada na Segunda Instância, deixando-se de aplicar a minorante do tráfico privilegiado, de modo inidôneo, com base na existência de ações penais em curso. De saída, faz-se mister consignar que o presente Apelo se refere tão somente à dosimetria da pena aplicada na sentença de ID 44688615, único capítulo do qual foi determinada a reforma do decisum anterior, que já transitou em julgado, inclusive, no que se refere ao não acolhimento do pleito absolutório. Sendo assim, passa-se à análise recursal. Da leitura da sentença de ID 44688615, verifica-se que, em cumprimento ao decisum do Superior Tribunal de Justiça, a Magistrada primeva procedeu à dosimetria da pena do Apelante da seguinte forma: “DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS Com

espeque no art. 42 da Lei nº 11.343/06 e considerado com preponderância sobre o quanto previsto nos arts. 59 e 68 do Código Penal, passo a examinar as circunstâncias judiciais para a fixação da pena-base privativa de liberdade. Culpabilidade – O crime cometido pelo acusado é de grande repercussão em nossa sociedade, diante da reprovabilidade social, uma vez que o tráfico de drogas, sob qualquer forma, não põe em risco somente o usuário que vier a consumi-las, mas a sociedade como um todo que fica a mercê dos desatinos daqueles que estão sob sua influência maléfica. Antecedentes – Não possui antecedentes criminais, a teor do Enunciado 444, da Súmula do STJ. Conduta Social – Não foram ouvidas testemunhas que atestassem que o acusado possui boa conduta social no meio em que convive. Personalidade – Não existem elementos, nos autos, para que se possa responder pela personalidade do acusado. Motivo – O motivo apresentado para a prática criminosa não foi convincente. Circunstâncias – O acusado não cometeu o crime em circunstâncias que demonstrassem periculosidade. Consequências do Crime – O crime de tráfico causa o aumento de dependentes químicos, além de fomentar a prática de outros delitos a exemplo de roubos e furtos para sustento do vício, ou tráfico e porte ilegal de armas para resistência dos próprios traficantes contra ação policial. Do comportamento da vítima – A vítima não teve qualquer conduta a qual pudesse contribuir para a prática do delito. Entende-se como vítima, neste caso, a sociedade como um todo. Natureza da substância ou produto apreendido – A substância apreendida se trata da droga vulgarmente conhecida como cocaína. Dentre as substâncias de uso proscrito, a cocaína é uma das substâncias mais danosas, conhecida pelo elevado potencial vicioso e graves prejuízos causados à saúde física e mental dos usuários. Além disso, é a droga mais difundida atualmente no meio do tráfico, por ter menor custo. Quantidade da substância ou produto apreendido – A quantidade apreendida foi relativamente pequena. DA DOSIMETRIA Do exposto, fixo-lhe pena base em 05 (cinco) anos de reclusão e multa de 500 (quinhentos) dias-multa. DAS CIRCUNSTÂNCIAS LEGAIS No caso vertente, não incidem circunstâncias agravantes ou atenuantes, permanecendo a pena no patamar anteriormente fixado. DAS CAUSAS DE AUMENTO E DE DIMINUIÇÃO Deve ser reconhecida, tendo em vista que as condições objetivas e subjetivas permitem, a aplicação do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/200. Trata-se de acusado sem maus antecedentes, primário, não há provas de que integre organização criminosa, nem de que se dedique a atividades criminosas. Assim reduzo a pena em 1/3 (um terço), ficando calculada em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses, mais multa de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa. Da pena definitiva: Dessa forma, torno definitiva a pena em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, mais multa de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa. Valor do dia multa (art. 49, § 1º, CP): estabeleço cada dia multa em 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade (art. 33, CP): A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida em regime ABERTO. Fixado o regime aberto, descabida a aplicação do art. 387, § 2º do CPP. Prazo para recolhimento da multa (art. 50, CP): A multa deverá ser paga no prazo de 10 (dez) dias, a contar do trânsito em julgado da presente sentença; Pagamento das custas: Isento o acusado do pagamento das custas processuais, em razão de sua miserabilidade jurídica. Da substituição da pena por restritiva de direito: O sentenciado faz jus à substituição da pena prevista no artigo 44 do Código Penal, uma vez que aplicada pena privativa de liberdade não superior a 04 (quatro) anos e lhe são, na sua maioria, favoráveis as

circunstâncias do art. 59 do Código Penal. Veja-se neste sentido o julgamento do HC 97256/RS, que declarou inconstitucional a expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343, e a Resolução nº 05, de 2012, do Senado Federal, a qual determina a suspensão da execução de tal vedação, nos termos do art. 52, X, CP. Dessa forma, deverá a pena privativa de liberdade cominada ao réu ser substituída pela pena restritiva de direitos, consistente em prestação de serviços à comunidade, junto a uma entidade a ser indicada pelo Juízo da Execução, devendo ser cumprida à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, que será distribuída e fiscalizada, de modo a não prejudicar a jornada de trabalho do condenado, devendo a entidade beneficiada encaminhar, mensalmente, ao Juízo da Execução, Relatório Circunstanciado acerca da atuação do condenado". (ID 44688615). (Grifos nossos). O que resta evidente é que, embora reputando como negativa a natureza da droga apreendida (cocaína), de alto potencial nocivo à saúde humana, o Juízo de origem entendeu por bem em fixar a pena-base no mínimo legal e utilizá-la somente para modular a fração do tráfico privilegiado, de modo a não incidir em bis in idem, em consonância com o entendimento pacífico dos Tribunais Superiores. Confira-se: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE. VALORAÇÃO ALTERNATIVA NA PENA BASE OU NA TERCEIRA FASE. INTERESTADUALIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 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 organizações criminosas. 2. A Terceira Seção, nos autos do HC n. 725.534/SP, de minha relatoria, julgado em 27/4/2022, DJe de 1/6/2022, reafirmou seu posicionamento anterior, conforme estabelecido no ARE 666.334/AM, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena. 3. No caso, as instâncias ordinárias, ao verificarem o preenchimento dos requisitos do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, consideraram validamente a expressiva quantidade do entorpecente (129 kg de maconha) para modular a fração de incidência da minorante [...] 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 797.671/RS, Relator: Min. Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 14/8/2023, DJe de 16/8/2023). (Grifos nossos). Ante as constantes controvérsias acerca do tema, é digno de registro que a possibilidade de utilizar a natureza e a quantidade da droga na terceira fase da dosimetria da pena, para modular o redutor do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, desde que não haja sido utilizada tal circunstância na primeira fase, em face do princípio ne bis in idem, trata-se de entendimento firmado pela Terceira Seção da Corte de Cidadania, em abril de 2022, em harmonia com os precedentes do Supremo Tribunal Federal, que desde o ano de 2016, já legitimava essa opção por parte do Juízo sentenciante, com base no princípio da individualização da pena. Veja-se: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ARTIGOS 33, § 4º, E 40, V, DA LEI Nº 11.343/2006. [...] NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA UTILIZADAS NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. REFORMA DA REPRIMENDA PELA CORTE SUPERIOR. PERDA DE OBJETO DA IMPETRAÇÃO. AFASTAMENTO DO BIS IN IDEM [...] INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO

REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 2. É cediço na Corte que configura bis in idem considerar, na terceira etapa do cálculo da pena do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, a natureza e a quantidade da substância ou do produto apreendido, quando essas circunstâncias já tiverem sido apontadas na fixação da pena-base, ou seja, na primeira etapa da dosimetria, para graduação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, bem como que não há impedimento a que essas circunstâncias recaiam, alternadamente, na primeira ou na terceira fase da dosimetria, a critério do magistrado, em observância ao princípio da individualização da pena. (...) 7. Agravo regimental desprovido.” (STF, HC 129555 AGP, Primeira Turma, Relator: Min. LUIZ FUX, Publicação: 27/10/2016) Nesse sentido, explicita o seguinte aresto do Superior Tribunal de Justiça: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DO FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO [...] A Terceira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1º/7/2021), definiu que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Posteriormente, o referido colegiado aperfeiçoou o entendimento anteriormente exarado por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.887.511/SP, passando a adotar o posicionamento segundo o qual a quantidade e a natureza da droga apreendida podem servir de fundamento para a majoração da pena-base ou para a modulação da fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenham sido utilizadas na primeira fase da dosimetria. 4. Na hipótese vertente, trata-se de réu primário, possuidor de bons antecedentes, que não se dedica a atividades delitivas e não pertence a organização criminosa, segundo se depreende do acórdão recorrido, sem olvidar que a quantidade de droga apreendida foi utilizada para majorar a pena-base. 5. Agravo regimental não conhecido. Ordem concedida de ofício. (STJ, AgRg no AREsp n. 2.160.501/SP, Sexta Turma, Relator: Min. ANTONIO SALDANHA PALHEIRO, julgado em 15/8/2023, DJe de 21/8/2023). (Grifos nossos). Destarte, como bem pontuado pela douta Procuradoria de Justiça, “na ausência de vetor legal a nortear o quantum de redução da pena quando da aplicação da minorante em debate, e tendo a Sentenciante valorado a natureza da droga em uma única fase da dosimetria, perfeitamente possível a diminuição da pena em 1/3, tal qual levado a efeito na sentença recorrida” (ID 48658029). Sendo assim, e considerando que o Juiz não está adstrito à fração máxima de 2/3 prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em razão da necessária individualização da pena para a devida prevenção e reprovação do delito, compreende-se, nos termos do entendimento desta Turma Julgadora, a razoabilidade da fração aplicada pelo Juízo primevo de 1/3 (um terço), em razão da quantidade e natureza da droga apreendida (28,5g de cocaína). Não se olvida, outrossim, das circunstâncias que permeiam o caso concreto, notadamente o fato de o Apelante, à época da primeira sentença proferida, responder a quatro ações penais, circunstância esta que de modo algum deve impedir a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, conforme vedado pela tese do Tema 1139 do STJ, em sede de recursos repetitivos, nada impedindo, por outro lado, que seja considerada para fins de modulação de tal redutor. Mister salientar, por derradeiro, que, em atenção ao quanto consignado pelo STJ

no julgamento do Agravo, a pena privativa de liberdade, no montante fixado, foi substituída por uma restritiva de direitos, consistente em “em prestação de serviços à comunidade, junto a uma entidade a ser indicada pelo Juízo da Execução, devendo ser cumprida à razão de uma hora de tarefa por dia de condenação, que será distribuída e fiscalizada, de modo a não prejudicar a jornada de trabalho do condenado”, não se vislumbrando, assim, nenhuma necessidade de reparo no decisum, eis que proporcional e consonante com os parâmetros dosimétricos apontados pela doutrina e jurisprudência. Do exposto, VOTO no sentido de CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao Apelo, mantendo-se, in totum, a sentença vergastada. É como voto. Sala das Sessões da Primeira Câmara Criminal 2ª Turma do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 05 de setembro de 2023. DESEMBARGADOR BALTAZAR MIRANDA SARAIVA RELATOR BMS01