

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700201-35.2021.8.05.0022 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Rafael da Silva Couto Advogado (s): DIEGO RIBEIRO BATISTA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 33, LEI Nº 11.343/06. APELANTE CONDENADO À PENA TOTAL DE 05 (CINCO) ANOS E 10 (DEZ) MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, ALÉM DO PAGAMENTO DE 580 (QUINHENTOS E OITENTA) DIAS-MULTA. REVISÃO DA DOSIMETRIA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE DA DROGA NA PRIMEIRA FASE E DA NATUREZA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. PRECEDENTES. POSTULAÇÃO DE REDUÇÃO DA PENA EM 1/6, DIANTE DA PRESENÇA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. POSSIBILIDADE. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS EM SEU PATAMAR MÁXIMO. VIABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. POSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL PREENCHIDOS. PARECER DA D. PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Trata-se de Apelação Criminal interposta contra sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Barreiras/BA, que, nos autos de nº 0700201-35.2021.8.05.0022, julgou procedente o pedido constante na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia para condenar o Réu/Apelante nas sanções do art. 33 da Lei 11.343/06. 2. Na oportunidade, o Magistrado sentenciante fixou a pena total em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, condenando o Réu, ainda, ao pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato delitivo, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. 3. Da prefacial, em breve resumo, extrai-se que em 08.03.2021, por volta das 22h horas, na Rua São Luiz, bairro Sandra Regina, Barreiras/BA, uma guarnição da Polícia Militar encontrava-se em ronda de rotina nas proximidades do endereço supracitado, quando avistaram o denunciado conduzindo o veículo VW GOL, de cor vermelha, placa HPW 0160, ocasião em que foi dada voz de parada e, posteriormente, realizada busca no veículo. Exsurge, ainda, que no interior do veículo, mais especificamente no banco traseiro, um dos membros da guarnição localizou uma caixa contendo as porções das drogas abaixo especificadas, as quais foram devidamente apreendidas: a) 8.295,00 g (oito quilos, duzentos e noventa e cinco gramas) de maconha, dividida em 10 (dez) porções grandes, 03 (três) porções médias e 07 (sete) porções menores, conforme Laudo Pericial Definitivo de Constatação n. 2021 11 PC 000681-01 (fls. 26); b) 1.115,56 g (um quilo, cento e quinze gramas e cinquenta e seis centigramas) de cocaína, dividida em 02 (duas) porções, conforme discriminado no Laudo Pericial Definitivo de Constatação n. 2021 11 PC 000681-02 (fls. 27); c) 02 (duas) balanças de precisão. 4. Na primeira fase da dosimetria, após a análise das circunstâncias judiciais, o Juiz singular fixou a pena-base em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 760 (setecentos e sessenta) dias-multa, utilizando como fundamento a quantidade do material entorpecente apreendido. 5. No caso em tela, a variedade e a expressiva quantidade de entorpecentes encontrada pelos agentes policiais são circunstâncias que, certamente, autorizam a exasperação das penas-base, à luz do art. 42, da Lei n.º 11.343/2006, recomendando ao Magistrado o dever de observar parâmetros preponderantes no momento da fixação da pena, a fim de não equiparar condutas que, embora

idênticas na esfera da tipicidade, são mais gravosas do ponto de vista fático. Nessa perspectiva, a natureza e a quantidade da droga estão entre os critérios preponderantes para aferição de maior reprovabilidade da conduta. 6. Nesse diapasão, há que se ressaltar que representam circunstância judicial especial única, não se admitindo sua cisão em moduladores distintos, o que resultaria no incremento da sanção em duplicidade. 7. Entrementes, ao interpretar o aludido dispositivo legal, o Supremo Tribunal Federal, em 03/04/2014, julgou o Recurso Extraordinário com Agravo n.º 666.334 RG/AM, atribuindo-lhe Repercussão Geral, reafirmando a jurisprudência dominante sobre a matéria, no sentido de que a natureza e a quantidade de drogas apreendidas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido bis in idem, cabendo ao Julgador decidir em que momento as utilizará. 8. Nessa inteligência, na primeira fase da dosimetria, mantém-se a valoração da quantidade das drogas apreendidas, fixando-se a pena-base em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa. 9. Na segunda etapa, não concorrem circunstâncias agravantes. Presente a circunstância atenuante da confissão específica, momento em que a pena intermediária resta estabelecida em 05 (cinco) anos 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 555 (quinhentos e cinquenta e cinco) dias-multa. 10. Na terceira etapa, ausente causa de aumento de pena e afastado o bis in idem, aplica-se a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo, de modo que o Réu resta definitivamente condenado à pena de 01 (um) ano e 10 (dez) meses e 06 (seis) dias de reclusão. A fim de guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade, fixo a pena de multa em 185 (cento e oitenta e cinco) dias-multa, calculados à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato. 11. Cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo juízo de execução. 12. Parecer da douta Procuradoria de Justiça, subscrito pelo Dr. Daniel de Souza Oliveira Neto, pelo conhecimento e improvimento do Apelo. 13. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, para afastar o bis in idem, redimensionar a pena-base e aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, no seu grau máximo, estabelecendo a pena definitiva em 01 (um) ano e 10 (dez) meses e 06 (seis) dias de reclusão, em regime inicial aberto, cumulada com o pagamento 185 (cento e oitenta e cinco) dias-multa, no valor mínimo unitário, com a substituição da pena corporal por duas restritivas de direito, a serem determinadas pelo juízo de execução.

ACORDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0700201-35.2021.8.05.0022, provenientes da Comarca de Barreiras/BA, em que figuram, como Apelante, Rafael da Silva Couto e, como Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER E DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, consoante certidão de julgamento, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto desta Relatora. Sala das Sessões, data constante na certidão eletrônica de julgamento. Nartir Dantas Weber Relatora AC04 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 22 de Agosto de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700201-35.2021.8.05.0022 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª

Turma APELANTE: Rafael da Silva Couto Advogado (s): DIEGO RIBEIRO BATISTA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Apelação Criminal interposta contra sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Barreiras/BA, que, nos autos de nº 0700201-35.2021.8.05.0022, julgou procedente o pedido constante na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia para condenar o Réu/Apelante nas sanções do art. 33 da Lei 11.343/06. Na oportunidade, o Magistrado sentenciante fixou a pena total em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, condenando o Réu, ainda, ao pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato delitivo, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. Da prefacial, em breve resumo, extrai-se que no dia 08.03.2021, por volta das 22h, na Rua São Luiz, bairro Sandra Regina, Barreiras/BA, uma guarnição da Polícia Militar encontrava-se em rondas de rotina nas proximidades do endereço supracitado, quando avistaram o denunciado conduzindo o veículo VW GOL, de cor vermelha, placa HPW 0160, ocasião em que foi dada voz de parada e, posteriormente, realizada busca no veículo. Exsurge, ainda, que no interior do veículo, mais especificamente no banco traseiro, um dos membros da guarnição localizou uma caixa contendo as porções das drogas abaixo especificadas, as quais foram devidamente apreendidas: a) 8.295,00g (oito quilos, duzentos e noventa e cinco gramas) de maconha, dividida em 10 (dez) porções grandes, 03 (três) porções médias e 07 (sete) porções menores, conforme Laudo Pericial Definitivo de Constatação n. 2021 11 PC 000681-01 (fls. 26); b) 1.115,56 g (um quilo, cento e quinze gramas e cinquenta e seis centigramas) de cocaína, dividida em 02 (duas) porções, conforme discriminado no Laudo Pericial Definitivo de Constatação n. 2021 11 PC 000681-02 (fls. 27); c) 02 (duas) balanças de precisão. Após instrução criminal e apresentados os memoriais, sobreveio sentença condenatória. Irresignado com a condenação, o acusado interpôs apelo pugnando pela redução da pena-base ao mínimo legal; pela majoração do redutor concernente à atenuante da confissão; pela aplicação do § 4º art. 33 da Lei nº 11.343/06, em suas frações máximas; pela redução da pena de multa imposta; e, por fim, pela substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, pela alteração do regime inicial de cumprimento da pena. O Ministério Público em suas razões requereu a manutenção do decum. Remetidos os autos a esta Superior Instância, foi dado vista à Procuradoria de Justiça que se manifestou através do parecer da lavra do Douto Procurador de Justiça, Dr. Daniel de Souza Oliveira Neto, opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso. Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. Salvador/BA, data registrada no sistema. Nartir Dantas Weber Relatora AC04 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700201-35.2021.8.05.0022 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Rafael da Silva Couto Advogado (s): DIEGO RIBEIRO BATISTA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Trata-se de Apelação Criminal interposta contra sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Barreiras/BA, que, nos autos de nº 0700201-35.2021.8.05.0022, julgou procedente o pedido constante na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia para condenar o Réu/Apelante nas sanções do art. 33 da Lei 11.343/06. Na

oportunidade, o Magistrado sentenciante fixou a pena total em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, condenando o Réu, ainda, ao pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato delitivo, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. Da prefacial, em breve resumo, extrai-se que em 08.03.2021, por volta das 22h, na Rua São Luiz, bairro Sandra Regina, Barreiras/BA, uma guarnição da Polícia Militar encontrava-se em ronda de rotina nas proximidades do endereço supracitado, quando avistaram o denunciado conduzindo o veículo VW GOL, de cor vermelha, placa HPW 0160, ocasião em que foi dada voz de parada e, posteriormente, realizada busca no veículo. Exsurge, ainda, que no interior do veículo, mais especificamente no banco traseiro, um dos membros da guarnição localizou uma caixa contendo as porções das drogas abaixo especificadas, as quais foram devidamente apreendidas: a) 8.295,00 g (oito quilos, duzentos e noventa e cinco gramas) de maconha, dividida em 10 (dez) porções grandes, 03 (três) porções médias e 07 (sete) porções menores, conforme Laudo Pericial Definitivo de Constatação n. 2021 11 PC 000681-01 (fls. 26); b) 1.115,56 g (um quilo, cento e quinze gramas e cinquenta e seis centigramas) de cocaína, dividida em 02 (duas) porções, conforme discriminado no Laudo Pericial Definitivo de Constatação n. 2021 11 PC 000681-02 (fls. 27); c) 02 (duas) balanças de precisão. Após instrução criminal e apresentados os memoriais, sobreveio sentença condenatória. Irresignado com a condenação, o acusado interpôs apelo pugnando pela redução da pena-base ao mínimo legal; pela majoração do redutor concernente à atenuante da confissão; pela aplicação do art. 33 da Lei nº 11.343/06, em suas frações máximas; pela redução da pena de multa imposta; e, por fim, pela substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, pela alteração do regime inicial de cumprimento da pena. O Ministério Público em suas razões requereu a manutenção do decisum. Remetidos os autos a esta Superior Instância, foi dado vista à Procuradoria de Justiça que se manifestou através do parecer da lavra do Douto Procurador de Justiça, Dr. Daniel de Souza Oliveira Neto, opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso. Presentes os pressupostos recursais, conheço do recurso interposto. Destaco, a priori, que a materialidade e autoria delitivas evidenciadas em especial pelo inquérito policial de fls. 05/118, dos autos originários, daí por que o recurso interposto não questiona o mérito da condenação, limitando-se à revisão da dosimetria das penas aplicadas. Assim, não vislumbrando nos autos qualquer nulidade ou irregularidade que deva ser declarada de ofício, passo ao exame da dosimetria das penas, em cujo âmbito se inserem os demais pleitos recursais.

1. DA DOSIMETRIA DA PENA O crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/06) é apenado com reclusão de 05 (quinze) a 15 (dez) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Na primeira fase da dosimetria, a pena-base foi majorada acima do mínimo legal e fixada em 07 anos e 06 meses de reclusão e 760 dias-multa, em razão da grande quantidade de entorpecente encontrado, qual seja, 8.295,00 g (oito quilos, duzentos e noventa e cinco gramas) de maconha e 1.115,56 g (um quilo, cento e quinze gramas e cinquenta e seis) de cocaína. A individualização da pena é atividade discricionária do julgador, submetida, portanto, aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo revisão apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros da legislação de regência e o princípio da proporcionalidade.

Nesse diapasão, cumpre destacar a lição do ilustre doutrinador Guilherme de Souza Nucci: “Mensurar a pena-base, de maneira particularizada a cada acusado, de modo a individualizá-lo, conforme o que fez e de acordo com seus atributos próprios, é a meta fundamental do magistrado, na sentença condenatória. São necessários critérios para a eleição do quantum inicial (pena-base), que deve variar entre o mínimo e o máximo cominados, em abstrato, pelo legislador, constantes dos tipos penais incriminadores. Tal mecanismo deve erguer-se em bases sólidas e lógicas, buscando harmonia ao sistema, mas sem implicar em singelos cálculos matemáticos. Não se trata de soma de pontos ou frações como se cada elemento fosse rígido e inflexível. (Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.) Neste ponto, é necessário esclarecer que a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não induz a uma operação aritmética em que se atribuiria pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas por meio de cálculo matemático levando-se em conta as penas mínima e máxima cominadas abstratamente ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada. Ademais, o que se impõe ao magistrado é apontar, motivadamente, os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado, exatamente como procedido na espécie. Da doutrina, nesse sentido, pode-se citar: Nesta etapa, incumbe ao juiz valorar todas as circunstâncias e causas que envolvem o fato criminoso e que norteiam a pessoa do acusado, tornando-o um ser único no decorrer do processo de aplicação da sanção penal. Individualizar a pena é fazê-la específica do fato-crime e do homem-autor, sempre em busca dos fins retributivo e preventivo da sanção penal. [...] A fixação da pena não pode resultar de uma simples operação matemática, pois estamos diante de algo que não se relaciona com a ciência exata. Sem dúvida, depois da vida, estamos avaliando o maior de todos os bens, qual seja, a liberdade, e, para tanto, precisamos fazer aflorar todo o senso de justiça para dosar a pena necessária e suficiente à reprovação de determinada conduta (princípio da proporcionalidade). (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória. 13. ed. rev. e atual. Editora JusPodivm, 2019, p. 108-109) Demais disso, o art. 42, da Lei 11.343/06, dispõe que “O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. Assim, é certo que a natureza e quantidade de droga apreendida, podem (e devem) ser tomadas como parâmetros para definir o “quantum” da pena-base, nos termos do art. 42, da Lei 11343/06. Nesse sentido, inclusive, tem se posicionado a Corte Superior: “(...) 2. De acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado. (...) ( HC 437.745/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/09/2019, DJe 12/09/2019). Nessa intelecção: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA RAZOÁVEL QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA ESPECIALMENTE DELETÉRIA DAS DROGAS APREENDIDAS. CRITÉRIO IDÔNEO PARA A EXASPERAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do

jugador, 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. A natureza e a quantidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes. 3. Hipótese em que o paciente foi apreendido com razoável volume de drogas variadas e de natureza especialmente deletéria – 20,7 g de pasta base de cocaína, 2,8g de pasta base de cocaína, 4g de cocaína e 8,3g de maconha –, revelando-se justificada a exasperação da pena-base. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no HC: 708885 MS 2021/0379566-5, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 15/02/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/02/2022). grifos acrescentados No caso em tela, a variedade e a expressiva quantidade de entorpecentes encontrada pelos agentes policiais são circunstâncias que, certamente, autorizam a exasperação das penas-base, à luz do art. 42, da Lei n.º 11.343/2006, recomendando ao Magistrado o dever de observar parâmetros preponderantes no momento da fixação da pena, a fim de não equiparar condutas que, embora idênticas na esfera da tipicidade, são mais gravosas do ponto de vista fático. Nessa perspectiva, a natureza e a quantidade da droga estão entre os critérios preponderantes para aferição de maior reprovabilidade da conduta, sobretudo porque, " como se trata de crime contra a saúde pública, quanto mais nociva é a substância ou quanto maior a quantidade da droga apreendida, maior será o juízo de censura a recair sobre a conduta delituosa "(DE LIMA, Renato Brasileiro. Legislação criminal especial comentada. 7. ed. Salvador: Juspodivm, 2019), autorizando a fixação da pena-base acima do piso legal. Nesse diapasão, há que se ressaltar que representam circunstância judicial especial única, não se admitindo sua cisão em moduladores distintos, o que resultaria no incremento da sanção em duplicidade. Entrementes, ao interpretar o aludido dispositivo legal, o Supremo Tribunal Federal, em 03/04/2014, julgou o Recurso Extraordinário com Agravo n.º 666.334 RG/AM, atribuindo-lhe Repercussão Geral, reafirmando a jurisprudência dominante sobre a matéria, no sentido de que a natureza e a quantidade de drogas apreendidas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido bis in idem, cabendo ao Julgador decidir em que momento as utilizará. Cita-se: Recurso extraordinário com agravo. Repercussão Geral. 2. Tráfico de Drogas. 3. Valoração da natureza e da quantidade da droga apreendida em apenas uma das fases do cálculo da pena. Vedação ao bis in idem. Precedentes. 4. Agravo conhecido e recurso extraordinário provido para determinar ao Juízo da 3ª VECUTE da Comarca de Manaus/AM que proceda a nova dosimetria da pena. 5. Reafirmação de jurisprudência. (STF, ARE 666334 RG, Relator: Min. GILMAR MENDES, julgado em 03/04/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-084 DIVULG 05-05-2014 PUBLIC 06-05-2014). Nessa linha de raciocínio, trago à colação jurisprudência sobre o tema em questão: Ementa: Direito penal. Agravo regimental em habeas corpus. Tráfico de drogas. Inadequação da via eleita. Dosimetria da pena. Pena-base. Quantidade e natureza das drogas apreendidas. Redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Dedicção a atividades criminosas. Fatos e provas. Bis in idem. Inexistência. Regime inicial de cumprimento de pena. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF). [...] 6. Esta Corte, no julgamento dos HCs 112.776 e 109.193, Rel. Min. Teori Zavascki, por maioria de votos, entendeu que configura ilegítimo bis in

idem considerar a natureza e a quantidade da substância ou do produto ilícito para fixar a pena-base (primeira etapa) e, simultaneamente, para a escolha da fração de redução a ser imposta na terceira etapa da dosimetria ( § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006). Todavia, nada impede que essa circunstância seja considerada para incidir, alternativamente, na primeira etapa (pena-base) ou na terceira (fração de redução). 7. A 'imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea' (Súmula 719/STF). Contudo, no caso, o regime fechado foi fixado com apoio em dados empíricos idôneos, extraídos da prova judicialmente colhida, especialmente tendo em vista a quantidade da droga apreendida (3,085 kg de crack). Precedente. 8. Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, HC 211155 AgR, Relator: ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 04/04/2022, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-074 DIVULG 19-04-2022 PUBLIC 20-04-2022). Para além disso, o Supremo Tribunal Federal também já decidiu ser inadmissível considerar separadamente, em fases distintas da dosimetria da pena, a natureza e a quantidade da droga, por constituírem circunstância judicial única. Confira-se: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. PRESENTE SITUAÇÃO APTA A EXCEPCIONAR ESSE ENTENDIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VETOR ÚNICO. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE DA DROGA NA PRIMEIRA FASE E DA NATUREZA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. 1. Inadmissível o emprego do habeas corpus como sucedâneo de recurso ou revisão criminal, ressalvado, nesta última hipótese, serem os fatos incontroversos e presente situação excepcional de flagrante ilegalidade ou teratologia que autorize a concessão da ordem de ofício ( HC 139.741/DF, Rel. Min. Dias Toffoli, Segunda Turma, DJe 12.4.2019, v.g.). 2. A natureza e a quantidade da droga devem ser analisadas conjuntamente, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006. 3. Inadmissível considerar separadamente, em fases distintas da dosimetria da pena, a natureza e a quantidade, por constituírem circunstância judicial única, portanto, incindível, pois somente quando avaliadas em conjunto – natureza e quantidade – será possível exercer juízo valorativo adequado e atingir os fins almejados pelo legislador. 4. Detectada a ocorrência de bis in idem por terem as instâncias anteriores valorado negativamente a quantidade da droga na primeira fase e a sua natureza na terceira fase da dosimetria. 5. A jurisprudência dominante desta Suprema Corte é no sentido de que as circunstâncias da natureza e da quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria da pena. Precedentes. 6. Agravo regimental conhecido e não provido. (STF, RHC 169343 AgR, Relatora: Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 08/06/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 25-06-2021 PUBLIC 28-06-2021). [...] em regra, a quantidade e a natureza da droga apreendida são elementos que, conjugados, poderão ser utilizados como fundamento para dosar a pena na primeira ou na terceira fase (nesta hipótese, para definir a fração de redução do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas). Essa conclusão pode ser inferida não apenas da interpretação literal do art. 42 da Lei de Drogas ('o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente'), mas, principalmente, da necessária interrelação entre tais circunstâncias judiciais. Em que pese se tratar de circunstâncias fáticas diversas, a priori, não há como avaliar a potencial lesividade da conduta sem associar a natureza e a

quantidade da droga apreendida. Efetivamente, a nocividade da conduta poderá ser aferida pela quantidade e natureza da droga, vetores, a meu ver, indissociáveis nessa avaliação ( HC 156.794/SC, Rel. Min. Edson Fachin, decisão monocrática, DJe 18.12.2018). DECISÃO 1. Murilo Alexandre Silva interpôs recurso ordinário em habeas corpus contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que está assim ementado: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. POSSIBILIDADE. PREPONDERÂNCIA DO ARTIGO 42 DA LEI 11.343/2006 SOBRE O ARTIGO 59 DO CÓDIGO PENAL – CP. AUMENTO PROPORCIONAL E JUSTIFICADO. FRAÇÃO DE REDUÇÃO PELO PRIVILÉGIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI ANTIDROGAS. PATAMAR DE 1/3 ESTABELECIDO. REVISÃO DO QUANTUM DE DIMINUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE DAS DROGAS. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A natureza da droga apreendida justifica o aumento da pena base, em observância ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, o qual prevê a preponderância de tal circunstância em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal – CP, não se constatando ilegalidade na dosimetria da pena básica do crime, tendo em vista a apreensão de cerca de 55 g de entorpecente (cocaína) e mais 474 g de maconha. 2. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte, firme no sentido de que na escolha do quantum de redução da pena (art. 33, § 4º), o juiz deve levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida, a teor do art. 42 da Lei Antidrogas. No caso, não há ilegalidade na fixação da fração de 1/3 em razão da quantidade das drogas. 3."O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o ARE 666.334/AM, sob o regime da repercussão geral, firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico de drogas devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido bis in idem, cabendo ao magistrado decidir em que momento as utilizará"( HC 351.325/RS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 21/8/2018, DJe 29/8/2018). (...) Ve-se desse conjunto de vetores que cada qual se apresenta de modo autônomo, sendo incindível, por isso mesmo, para os fins e efeitos a que se refere a norma legal mencionada, o fator "natureza e quantidade da substância ou do produto", a significar que tais elementos (natureza e quantidade), por revelarem-se indecomponíveis, não deverão receber abordagem individualizada, sob pena de ofensa à vedação fundada no postulado "non bis in idem". Na realidade, não cabe utilizar, separadamente, nas fases distintas em que se divide o procedimento de dosimetria penal, a natureza da droga na definição da pena-base, para, em momento posterior, considerar-se, de modo isolado, a quantidade dessa mesma droga apreendida. Disso resulta, portanto, que a natureza e a quantidade da droga apreendida, por constituírem vetor indissociável, devem ser consideradas globalmente, "in solidum", seja na primeira etapa, seja no terceiro momento, do método trifásico em que se desenvolve a operação de dosimetria da pena. [...] Mostra-se importante destacar, por oportuno, que esse entendimento tem sido acolhido no âmbito desta Corte, como resulta claro de diversas decisões proferidas na linha do precedente plenário que venho de referir ( HC 119.976/SP, Rel. Min. LUIZ FUX – HC 120.222/PR, Rel. Min. GILMAR MENDES – HC 120.604/PR, Rel. Min. LUIZ FUX – RHC 117.161/MG, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – RHC 118.647/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO, v.g.). Cabe enfatizar, por relevante, que essa orientação jurisprudencial tem destacado que a quantidade e a natureza do entorpecente encontrado em poder do agente constituem, na operação de dosimetria da pena, circunstância única, conforme se observa do seguinte



fragmento constante da ementa do julgamento acima mencionado ( HC 112.776/MS), realizado pelo Plenário desta Corte: [...] Cumpre ressaltar, por isso mesmo, que entendimento diverso – no sentido de considerar, separadamente, a quantidade e a natureza da droga em momentos distintos da fixação da pena – frustraria o alcance desse precedente firmado por esta Suprema Corte. A rigor, vetores que deveriam ser considerados de maneira global acabam, em razão de seu desmembramento, sendo levados em conta em fases distintas, rompendo determinação legal estabelecida no art. 42 da Lei nº 11.343/2006. Desse modo, o magistrado sentenciante deve considerar, simultaneamente, na mesma fase, tanto a natureza quanto a quantidade da droga, porque, na perspectiva do estatuto de regência aplicável à matéria, esses elementos formam uma unidade que não pode ser dissolvida, sob pena de ocorrência de indevido “bis in idem”. (grifei) Cito, ainda, em caso fronteiro, o seguinte precedente deste Supremo Tribunal Federal: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. [...] DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. VETOR ÚNICO. VALORAÇÃO NEGATIVA DA QUANTIDADE DA DROGA NA PRIMEIRA FASE E DA NATUREZA NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. [...] 2. A natureza e a quantidade da droga devem ser analisadas conjuntamente, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006. 3. Inadmissível considerar separadamente, em fases distintas da dosimetria da pena, a natureza e a quantidade, por constituírem circunstância judicial única, portanto, incidível, pois somente quando avaliadas em conjunto – natureza e quantidade – será possível exercer juízo valorativo adequado e atingir os fins almejados pelo legislador. 4. Detectada a ocorrência de bis in idem por terem as instâncias anteriores valorado negativamente a quantidade da droga na primeira fase e a sua natureza na terceira fase da dosimetria. 5. A jurisprudência dominante desta Suprema Corte é no sentido de que as circunstâncias da natureza e da quantidade de droga apreendida com o acusado de tráfico devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria da pena. Precedentes. 6. Agravo regimental conhecido e não provido. ( RHC 169.343 AgR, ministra Rosa Weber) Destaque-se, que deste entendimento também não divergiu o Ministério Público Federal, que assim opinou (com meus grifos): 17. Conforme orientação dessa Suprema Corte (HC's 112.776/MS e 109.193MG – STF), não é possível a utilização do mesmo critério – natureza e/ou quantidade das drogas apreendidas – para majorar a pena-base e definir a incidência ou o patamar da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, sendo esse justamente o caso dos autos. Louvou-se a Corte Estadual, tanto na primeira como na terceira fase da dosimetria (respectivamente, para justificar o incremento da pena-base em 1/3 e a aplicação da minorante no grau mínimo), apenas na quantidade de droga apreendida, configurando, assim, nítido bis in idem. 3. Em face do exposto, dou parcial provimento ao recurso ordinário em habeas corpus, para determinar ao magistrado de primeiro grau que realize nova dosimetria da pena, deixando de considerar, simultaneamente, a natureza e a quantidade de drogas na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena, ocasião em que deverá reavaliar a escolha do regime de cumprimento da pena e a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 4. Intime-se. Publique-se. Comunique-se. Brasília, 4 de maio de 2022. Ministro NUNES MARQUES Relator (STF – RHC: 198978 SC 0151507-53.2020.3.00.0000, Relator: NUNES MARQUES, Data de Julgamento: 04/05/2022, Data de Publicação: 16/05/2022) grifos nossos Assim, " entendimento diverso – no sentido de considerar, separadamente, a quantidade e a natureza da droga em momentos distintos da

fixação da pena – frustraria o alcance desse precedente firmado por esta Suprema Corte [ HC 112.776/MS]. A rigor, vetores que deveriam ser considerados de maneira global acabam, em razão de seu desmembramento, sendo levados em conta em fases distintas, rompendo determinação legal estabelecida no art. 42 da Lei nº 11.343/2006" (HC 141.350, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, DJe 14.2.18). Destaco que o raciocínio ora explanado guarda sintonia com o entendimento adotado, também, pelo STJ, conforme se observa dos arestos abaixo colacionados: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. INVIABILIDADE. CONDENAÇÃO FUNDAMENTADA IDONEAMENTE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ANTERIORES. ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO CONFIGURAÇÃO. SÚMULA N. 444 DO STJ. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. MINORANTE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO RECONHECIMENTO. HABITUALIDADE CRIMINOSA. REGIME INICIAL. SEMIABERTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PERDIMENTO DE BENS. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO. (...) 3. Não obstante a natureza do entorpecente apreendido seja adotada de alto poder viciante, se a quantidade apreendida foi inexpressiva, no caso ora analisado – 2,56 g de crack –, mostra-se manifestamente desproporcional sopesar tais circunstâncias para justificar a exasperação da pena-base. Do contrário, qualquer agente que fosse apreendido com cocaína, ainda que com uma porção com peso de 1 g, deveria ter a sua pena-base estabelecida acima do mínimo legal – a pretexto de correta aplicação do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 –, o que, evidentemente, não se coaduna com os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade' (...) (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 1605930/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 13/05/2020) (g.n.). AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS (41.200 G DE MACONHA). CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. NÃO RECONHECIMENTO, PELO TRIBUNAL DE ORIGEM, COM SUPORTE NA QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. IMPOSSIBILIDADE DE, ISOLADAMENTE CONSIDERADAS, A QUANTIDADE E A NATUREZA DA DROGA TEREM O CONDÃO DE AFASTAR A MINORANTE. MANUTENÇÃO DO RESTABELECIMENTO, NO PONTO, DA SENTENÇA CONDENATÓRIA QUE SE IMPÕE. 1. O Tribunal de origem dispôs que: Com efeito, do contexto fático probatório narrado nestes autos, é de se concluir que se exige elevado grau de confiança para o transporte de mais 41.200 g (quarenta e um quilos e duzentos gramas) de maconha, o que endossa a sua integração à organização criminosa. 2. Verifica-se que a Corte de origem fundamentou o não reconhecimento da causa especial de diminuição da pena com suporte, exclusivo, na quantidade de droga apreendida. 3. O obstáculo ao reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, relativo à quantidade e natureza da droga apreendida, isoladamente considerada, está em dissonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. 4. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que, 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 ( AgRg no REsp n. 1.687.969/SP, Ministro NEFI CORDEIRO, Sexta Turma, DJe 26/3/2018) ? ( AgRg no AREsp n. 1.480.074/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 1º/7/2019). 5. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no REsp: 1963358 MS 2021/0312802-8, Data de Julgamento: 17/05/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/05/2022).

de Justiça: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA DEMONSTRADAS PELO ACERVO PROBATÓRIO. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE PARA O MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL CULPABILIDADE. VALORAÇÃO NEGATIVA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NATUREZA DA DROGA EMPREGADA PARA EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE E QUANTIDADE UTILIZADA PARA MODULAR A FRAÇÃO DE REDUÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 À RAZÃO DE 1/5 (UM QUINTO). BIS IN IDEM. CONFIGURADO. REDIMENSIONAMENTO DO GRAU DE DIMINUIÇÃO DE PENA PARA O MÁXIMO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O ABERTO. IMPOSSIBILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIÁVEL. INTELIGÊNCIA DO ART. 44 DO CP. MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR, COMPATÍVEL COM O REGIME SEMIABERTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. DE OFÍCIO, REDUÇÃO DA SANÇÃO PECUNIÁRIA DO DELITO DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. A exacerbação das penas-bases dos crimes atribuídos ao agente em decorrência da valoração negativa da culpabilidade não configura bis in idem, haja vista a necessidade de maior reprovabilidade das condutas em face na natureza da droga, no tocante ao delito de tráfico de entorpecentes, e da diversidade e quantidade das munições apreendidas, no que se refere ao delito de posse de arma de fogo de uso restrito. Configura bis in idem, quando as circunstâncias natureza e quantidade da droga são utilizadas para exasperar a pena base e para estipular a fração de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 à razão de 1/5 (um quinto). Quando o réu não reincidente for condenado à pena corporal de 06 (seis) anos e 04 (quatro) meses de reclusão poderá, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal, desde o princípio, cumpri-la em regime semiaberto. Inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos quando não preenchidos os requisitos insertos no art. 44 do Código Penal. Quando a prisão preventiva for mantida na sentença para o fim de acautelar a ordem pública, com alicerce em fundamentação concreta, notadamente em função da gravidade real do delito e da existência de reiteração delitiva, além de ficar constatado que o agente respondeu a todo o processo encarcerado, nada justifica que, sem fato novo e após o édito condenatório, seja revogada. A quantidade de dias-multa deve ser dosada a partir dos mesmos critérios valorados para a fixação da pena privativa de liberdade (sistema trifásico), o que resulta na necessidade das penas serem coerentes e proporcionais entre si. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0514498-27.2016.8.05.0080, Relator (a): INEZ MARIA BRITO SANTOS MIRANDA, Publicado em: 09/09/2021) Desse modo, afasto a cisão entre natureza e quantidade, e, em consequência, devendo a pena-base ser exasperada do mínimo legal em 1/6 (um sexto), restando fixada em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa. Na segunda etapa, não concorrem circunstâncias agravantes. Presente a atenuante de confissão específica, tendo o magistrado reduzido a pena em 06 meses. Com efeito, o Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando ao prudente arbítrio do juiz. No entanto, a doutrina tem recomendado a utilização do percentual de 1/6 para cada agravante ou atenuante, por corresponder ao menor montante fixado para as causas de aumento e diminuição da pena. A propósito: PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE DROGAS. VÍNCULO ESTÁVEL E PERMANENTE CONSTATADO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA

FÁTICOPROBATÓRIA. EXASPERAÇÃO DAS PENAS-BASES. VARIEDADE DOS ENTORPECENTES. QUANTUM DESPROPORCIONAL. READEQUAÇÃO. ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA. FRAÇÃO INFERIOR A 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. READEQUAÇÃO. REGIME MAIS GRAVOSO (FECHADO). CONCURSO MATERIAL. REPRIMENDA SUPERIOR A 8 ANOS. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL VERIFICADO EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício. 2. A pretensão de absolvição pelo delito de associação para o tráfico, sob a alegação de que o paciente não estava associado de forma estável e permanente na prática reiterada do comércio ilícito de entorpecentes, demanda, in casu, necessariamente, o revolvimento do conteúdo fático probatório dos autos, providência inviável em sede de habeas corpus. Precedentes. 3. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena. 4. Hipótese em que, embora tenha sido apresentado fundamento válido para o agravamento das penas básicas (a variedade dos entorpecentes), mostra-se desproporcional o aumento operado em 1 ano e 6 meses, quando favoráveis as demais circunstâncias judiciais, sendo, portanto, suficiente a exacerbação em 6 meses de reclusão, para cada delito (art. 33 e 35 da Lei de Drogas), nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 5. Consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça a aplicação de fração superior a 1/6, pelo reconhecimento das agravantes e das atenuantes genéricas, exige motivação concreta e idônea. In casu, na falta de indicação de motivação válida para a fixação do patamar em 1/13, impõe-se a readequação da pena, na segunda fase. 6. Aplicada a regra do concurso material e somadas as reprimendas impostas para os delitos de tráfico de drogas e de associação para o tráfico, revela-se correto o regime fechado para o cumprimento inicial da pena superior a 8 (oito) anos de reclusão, nos termos dos arts. 33, § 2º, a, do Código Penal. 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir as penas-bases dos delitos dos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, bem como para alterar o índice de aplicação da atenuante de minoridade relativa para 1/6, ficando a pena em 9 anos e 4 meses de reclusão e pagamento de 1.399 dias-multa, mantido o modo prisional fechado. (STJ – HC 501.160/RJ, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 18/06/2019, DJe 25/06/2019) – Destaquei. Nesse contexto, fixo a pena intermediária em 05 (cinco) anos 06 (seis) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 555 dias-multa. Na terceira fase, ausentes as causas de aumento de pena. Nesta última fase da aplicação da reprimenda, insurge-se o Recorrente contra a decisão do Sentenciante que, não reconheceu a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em seu patamar máximo. Como cediço, a incidência do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006 requer o preenchimento dos requisitos legais: a) que o agente seja primário; b) tenha bons antecedentes; c) não se dedique a atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa. Na hipótese, o Magistrado reconheceu a causa de

diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, referente ao chamado tráfico privilegiado, contudo aplicando-a no patamar mínimo diante da natureza das drogas. Observa-se, portanto, que, a natureza e a quantidade das drogas apreendidas, foram utilizadas na primeira e na terceira fases da dosimetria, respectivamente. Não andou bem o magistrado a quo neste ponto, consoante alhures já mencionado. Assim, não vislumbrando outras circunstâncias para justificar a aplicação da minorante na fração de 1/6, conforme utilizado pelo douto Juízo primevo, aplico a fração em seu patamar máximo, ou seja, 2/3 (dois terços). Estabeleço, portanto, a reprimenda definitiva em 01 (um) ano e 10 (dez) meses e 06 (seis) dias de reclusão. A fim de guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade, fixo a pena de multa em 185 (cento e oitenta e cinco) dias-multa, calculados à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato. Por conseguinte, estabeleço o regime aberto, para cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, substituindo a pena corporal por duas restritivas de direito, a serem determinadas pelo juízo de execução, uma vez que preenchidos os requisitos legais previstos no art. 44 do CP. Sobre o tema, confira-se o seguinte precedente deste Tribunal: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE AUTORIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO CONDENATÓRIA RESPALDADA NO ACERVO PROBATÓRIO. DESCLASSIFICAÇÃO. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, ART. 33 DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. DE OFÍCIO, ALTERADO O VALOR DO DIA-MULTA. Provada a autoria delitiva pela convergência do inquérito policial com as provas produzidas em juízo, impõe-se a condenação. Preenchidos os requisitos do § 4º, art. 33, da Lei 11343/2006, aplica-se a causa de especial em seu grau máximo. A fixação do valor do dia-multa obedece ao previsto no art. 49, § 1º, do CP, a fim de que seja considerado o salário mínimo vigente à data do crime. (TJ-BA – APL: 05699612620188050001, Relator: INEZ MARIA BRITO SANTOS MIRANDA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 04/03/2022)

2. CONCLUSÃO Ante o exposto, conheço e dou provimento parcial ao recurso, para afastar o bis in idem, redimensionar a pena-base e aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, no seu grau máximo, estabelecendo a pena definitiva em 01 (um) ano e 10 (dez) meses e 06 (seis) dias de reclusão, em regime inicial aberto, cumulada com o pagamento 185 (cento e oitenta e cinco) dias-multa, no valor mínimo unitário, com a substituição da pena corporal por duas restritivas de direito, a serem determinadas pelo juízo de execução. É como voto. Sala de Sessões, data constante na certidão eletrônica de julgamento. Nartir Dantas Weber Relatora AC04