

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0503358-88.2019.8.05.0274 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: GILDO MENDES DA COSTA NETO e outros Advogado (s): GABRIELA SOARES CRUZES AGUIAR, MARCELO ROCHA FERREIRA, EDER RIBAS FERRAZ DE MELO APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): ACORDÃO EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSOS DE APELAÇÃO INTERPOSTOS PELA DEFESA. PEDIDO ABSOLUTÓRIO FORMULADO POR AMBOS OS APELANTES EM RELAÇÃO AOS CRIMES PREVISTOS NO ESTATUTO DO DESARMAMENTO. REJEIÇÃO. JUSTA CAUSA COMPROVADA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 8 DO TJ/BA, QUE PACIFICOU O ENTENDIMENTO ACERCA DA PRESCINDIBILIDADE DE LAUDO PERICIAL DA LESIVIDADE DE ARMA DE FOGO PARA LASTREAR A CONDENAÇÃO. DELITOS DE PERIGO ABSTRATO. PLEITO FORMULADO POR DIEGO SOARES COSTA PARA RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA EM RELAÇÃO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO JÁ ACOLHIDA NA SENTENÇA. PLEITO FORMULADO POR DIEGO SOARES COSTA PARA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO ATINENTE AO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REJEIÇÃO. QUANTIDADE EXPRESSIVA DE DROGAS APREENDIDAS. PEDIDO FORMULADO POR AMBOS APELANTES PARA SUBSTITUIR A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. SUBSTITUIÇÃO FEITA NA SENTENÇA EM RELAÇÃO A GILDO MENDES DA COSTA NETO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS ELENCADOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL, EM RELAÇÃO A DIEGO SOARES COSTA. RECURSOS DE APELAÇÃO CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS, NA ESTEIRA DO PARECER MINISTERIAL. Tratam-se de Recursos de Apelação interpostos por Gildo Mendes da Costa Neto e Diego Soares Costa, contra sentença de fls. 407/417, proferida pelo MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Vitória da Conquista/BA, que condenou o primeiro pela prática do delito tipificado no art. 12 da Lei nº 10.826/03 (posse irregular de arma de fogo de uso permitido), aplicando-lhe a pena de 01 (um) ano de detenção, em regime aberto, além de 10 (dez) dias-multa; bem como condenou o segundo pela prática dos delitos tipificados no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 (tráfico de drogas) e art. 14 da Lei nº 10.826/03 (porte ilegal de arma de fogo de uso permitido). Inconformada com o édito condenatório, às fls. 433/448, a defesa de GILDO MENDES DA COSTA NETO pleiteia a absolvição deste do crime de posse irregular de arma de fogo, sustentando a insuficiência probatória, notadamente pela ausência de laudo pericial que ateste a potencialidade lesiva do artefato. Subsidiariamente, requer a substituição da pena corporal pela restritiva de direitos. A seu turno, às fls. 449/465, a defesa de DIEGO SOARES COSTA requereu a absolvição deste em relação ao delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, também alegando a insuficiência probatória em virtude da ausência de laudo pericial que ateste a potencialidade lesiva do artefato. Ainda, postula o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea em relação ao crime de tráfico de drogas; a aplicação da causa de diminuição atinente ao tráfico privilegiado e, por fim, a substituição da pena corporal pela restritiva de direito. Inicialmente, as defesas pleiteiam a absolvição em relação aos crimes previstos no Estatuto do Desarmamento. No entanto, a aludida pretensão não prospera. Com efeito, a justa causa delitiva está devidamente comprovada, no tocante aos dois Apelantes, por meio das provas orais colhidas tanto na fase investigativa quanto judicial, bem como pelo laudo pericial das armas acostados às fls. 137/146. Nesse sentido, não se pode olvidar que os policiais foram categóricos ao informar que, durante investigações instauradas após receberem informações de que o Apelante Diego Soares Costa traficava drogas, se dirigiram à residência deste e logram êxito em encontrar, além das drogas, 01 (uma) pistola 765 no interior de sua caminhonete, bem como

01 (um) revólver calibre 22 e 01 (um) revólver calibre 38 dentro da casa. Os policiais informaram, ainda, que durante a diligência, encontraram também 01 (um) revólver calibre 38 em um cofre, cuja chave foi fornecida pelo Apelante Gildo Mendes da Costa Neto (irmão de Diego), o qual confessou que possuía os artefatos e munições ali guardados. Como se observa, as condutas dos Apelantes realmente se enquadram nos tipos penais em que foram condenados, sendo oportuno salientar que tais delitos são de perigo abstrato e, desse modo, se consomem com o simples fato do agente estar na posse ou portar o armamento. Nesse viés, a ausência de laudo pericial para atestar a lesividade da arma de fogo, por si só, não impede a condenação, notadamente quando a materialidade e autoria delitiva podem ser comprovadas por outros meios de prova. Esse é o entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça e desta Corte Estadual, consoante se observa da Súmula 8 TJ/BA, que assim dispõe: “é irrelevante a falta ou nulidade de laudo pericial para a comprovação do potencial lesivo da arma ou munição necessários à configuração dos crimes de perigo abstrato previstos no Estatuto do desarmamento, tendo em vista o fato de a periculosidade ser ínsita à própria tipificação penal, em benefício da proteção da segurança coletiva”. Logo, estando a justa causa delitiva robustamente comprovada nos autos, não há como isentar os Apelantes da responsabilidade criminal. No que tange a pretensão formulada pelo Apelante Diego Soares Costa, com relação ao reconhecimento da confissão espontânea em relação ao crime de tráfico de drogas, cumpre pontuar que a simples leitura da sentença evidencia que tal providência foi adotada pelo Juízo de piso, de modo que não há objeto a ser perseguido pela defesa neste tocante. A seu turno, cumpre afastar o pedido formulado por Diego Soares Costa de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da lei nº 11.343/06, porquanto a quantidade de drogas apreendidas (592,62g de cocaína e mais de 1kg de maconha), além da balança de precisão denotam que o referido Apelante dedica-se à atividade criminosa com habitualidade, o que afasta realmente a possibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado. Por derradeiro, impende salientar que há nítida falta de interesse recursal de Gildo Mendes da Costa Neto em relação ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, eis que tal providência já foi adotada em seu favor, na sentença, pelo Juízo a quo. Em contrapartida, em relação a Diego Soares Costa não é possível acolher a pretensão e, assim, realizar a aludida substituição por restritiva de direitos, porquanto à pena privativa de liberdade total imputada ao referido Apelante é superior a 04 (quatro) anos de reclusão, o que faz como que o mesmo não preencha todos os requisitos exigidos no art. 44 do Código Penal. Recursos de Apelação CONHECIDOS e NÃO PROVIDOS, na esteira do Parecer ministerial. ACÓRDÃO Vistos relatados e discutidos estes autos de Apelação nº. 0503358-88.2019.8.05.0274, que tem como Apelantes, GILDO MENDES DA COSTA NETO e DIEGO SOARES COSTA, e como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, em CONHECER e NEGAR PROVIMENTO aos Recursos de Apelação, nos termos do voto do Relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Improcedente Por Unanimidade Salvador, 13 de Junho de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0503358-88.2019.8.05.0274 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: GILDO MENDES DA COSTA NETO e outros Advogado (s): GABRIELA

SOARES CRUZES AGUIAR, MARCELO ROCHA FERREIRA, EDER RIBAS FERRAZ DE MELO
APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): RELATÓRIO
Tratam-se de Recursos de Apelação interpostos por GILDO MENDES DA COSTA
NETO e DIEGO SOARES COSTA, contra sentença de fls. 407/417, proferida pelo
MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Vitória da
Conquista/BA, que condenou o primeiro pela prática do delito tipificado no
art. 12 da Lei nº 10.826/03 (posse irregular de arma de fogo de uso
permitido), aplicando-lhe a pena de 01 (um) ano de detenção, em regime
aberto, além de 10 (dez) dias-multa; bem como condenou o segundo pela
prática dos delitos tipificados no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06
(tráfico de drogas) e art. 14 da Lei nº 10.826/03 (porte ilegal de arma de
fogo de uso permitido). Inconformada com o édito condenatório, às fls.
433/448, a defesa de GILDO MENDES DA COSTA NETO pleiteia a absolvição
deste do crime de posse irregular de arma de fogo, sustentando a
insuficiência probatória, notadamente pela ausência de laudo pericial que
atesta a potencialidade lesiva do artefato. Subsidiariamente, requer a
substituição da pena corporal pela restritiva de direitos. A seu turno, às
fls. 449/465, a defesa de DIEGO SOARES COSTA requereu a absolvição deste
em relação ao delito de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido,
também alegando a insuficiência probatória em virtude da ausência de laudo
pericial que ateste a potencialidade lesiva do artefato. Ainda, postula o
reconhecimento da atenuante da confissão espontânea em relação ao crime de
tráfico de drogas; a aplicação da causa de diminuição atinente ao tráfico
privilegiado e, por fim, a substituição da pena corporal pela restritiva
de direito. Em sede de contrarrazões, fls. 477/484, o Parquet atuante no
Primeiro Grau de Jurisdição refutou todos os argumentos defensivos. No
mesmo sentido, ao subirem os autos a esta instância ad quem, a Douta
Procuradoria de Justiça apresentou parecer testilhado no ID 24547725,
opinando pelo conhecimento e improvimento dos Apelos. Estando os autos
prontos para julgamento, vieram-me conclusos. É o breve relatório.
Salvador/BA, de de 2022. Des. Jefferson Alves de Assis – 2ª Câmara Crime
1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n.
0503358-88.2019.8.05.0274 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma
APELANTE: GILDO MENDES DA COSTA NETO e outros Advogado (s): GABRIELA
SOARES CRUZES AGUIAR, MARCELO ROCHA FERREIRA, EDER RIBAS FERRAZ DE MELO
APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): VOTO
Encontrando-se presentes os pressupostos de admissibilidade necessários ao
conhecimento dos Recursos de Apelação, passo a analisá-los. I – Pedido
absolutório formulado por ambos os Apelantes em relação aos crimes
previstos no Estatuto do Desarmamento. Rejeição. Justa causa comprovada.
Aplicação da Súmula 8 do TJ/BA, que pacificou o entendimento acerca da
prescindibilidade de laudo pericial da lesividade de arma de fogo para
lastrear a condenação. Delitos de perigo abstrato Inicialmente, as defesas
pleiteiam a absolvição em relação ao crime previsto no art. 12 da Lei nº
10.826/03, atribuído à Gildo Mendes Costa Neto, e ao delito previsto no
art. 14 da Lei nº 10.826/03, atribuído a Diego Soares Costa. No entanto, a
aludida pretensão não prospera. Com efeito, a justa causa delitiva está
devidamente comprovada, no tocante aos dois Apelantes, por meio das provas
orais colhidas tanto na fase investigativa quanto judicial, bem como pelo
laudo pericial das armas acostados às fls. 137/146. Nesse sentido, não se
pode olvidar que os policiais foram categóricos ao informar que, durante
investigações instauradas após receberem informações de que o Apelante
Diego Soares Costa traficava drogas, se dirigiram à residência deste e

logram êxito em encontrar, além das drogas, 01 (uma) pistola 765 no interior de sua caminhonete, bem como 01 (um) revólver calibre 22 e 01 (um) revólver calibre 38 dentro da casa. Os policiais informaram, ainda, que durante a diligência, encontraram também 01 (um) revólver calibre 38 em um cofre, cuja chave foi fornecida pelo Apelante Gildo Mendes da Costa Neto (irmão de Diego), o qual confessou que possuía os artefatos e munições ali guardados. Como se observa, as condutas dos Apelantes realmente se enquadram nos tipos penais em que foram condenados, sendo oportuno salientar que tais delitos são de perigo abstrato e, desse modo, se consomem com o simples fato do agente estar na posse ou portar o armamento. Nesse viés, a ausência de laudo pericial para atestar a lesividade da arma de fogo, por si só, não impede a condenação, notadamente quando a materialidade e autoria delitiva podem ser comprovadas por outros meios de prova. Nessa linha intelectual, seguem julgados do Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. RECEPÇÃO. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRISÃO DOMICILIAR. COVID-19. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INEFICÁCIA DA ARMA APREENDIDA. PERIGO ABSTRATO. TÍPICIDADE. AUSÊNCIA DE ADITAMENTO DA DENÚNCIA. NULIDADE. ARGUIÇÃO SUPERADA PELA PROLAÇÃO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. SÚMULA 83/STJ. ABSOLVIÇÃO. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO DE 1/6. PROPORCIONALIDADE. REGIME SEMIABERTO MANTIDO. DETRAÇÃO. IRRELEVÂNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA. IMPOSSIBILIDADE. 1. O pleito de concessão de prisão domiciliar, em razão do contexto pandêmico (Covid-19), não foi objeto de debate e deliberação pelo Tribunal de origem, ressentindo-se do indispensável requisito do prequestionamento, nos termos das Súmulas 282 do STF e 211 do STJ. 2. Os crimes previstos nos arts. 12, 14 e 16 da Lei 10.826/2003 são de perigo abstrato, de forma que a inequívoca posse de munições torna despidianda a comprovação do potencial ofensivo dos artefatos por meio de laudo pericial. Precedentes. 3. A pretensão de reconhecimento da nulidade em razão da ausência de aditamento da denúncia fica superada com a prolação da sentença condenatória, na qual houve exaustiva análise de mérito acerca dos fatos imputados. Incidência da Súmula n. 83/STJ. 4. Tendo o acórdão impugnado concluído, com especial apoio na prova oral e na prova pericial realizada, pela existência de suporte probatório apto a amparar a condenação, a inversão do julgado demandaria necessário revolvimento de provas, o que encontra óbice da Súmula 7/STJ. 5. As condenações atingidas pelo período depurador de 5 anos, previsto no art. 64, I, do Código Penal, afastam os efeitos da reincidência, mas não impedem, em princípio, o reconhecimento dos maus antecedentes. No caso, para ambos os crimes praticados, a pena-base foi aumentada em 1/6 em razão dos maus antecedentes, o que não se mostra desproporcional. 6. Observada a existência de circunstância judicial desfavorável, correta a imposição do regime mais gravoso, qual seja, o semiaberto, ao réu condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão. Pelas mesmas razões, não preenchidos os requisitos do art. 44 do CP, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos. 7. "Presente fundamento concreto para a fixação do regime semiaberto, não obstante se tratar de pena não superior a 4 anos, despidianda, para fins de fixação do regime inicial, a pretendida detração prevista no art. 387, § 2º, do CPP" (AgRg no AREsp 1762963/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 12/03/2021). 8. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1943490/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO),

SEXTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 13/12/2021) AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. DELITO DO ART. 14 DA LEI N. 10.826/2003. ABSOLVIÇÃO PELA CORTE DE ORIGEM EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA DAS MUNIÇÕES. DESNECESSIDADE. DELITO DE PERIGO ABSTRATO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça está sedimentada no sentido de que "[...] os crimes previstos nos artigos 12, 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003 são de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com a posse das munições, ainda que desacompanhadas de arma de fogo, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo dos artefatos por meio de laudo pericial" (AgRg no HC 654.593/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2021, DJe 26/04/2021; sem grifos no original). 2. Quanto ao pleito de concessão de ordem do habeas corpus de ofício para o reconhecimento da atipicidade material da conduta, sem razão o Agravante, pois, no dispositivo da decisão ora agravada, foi determinado que a Corte de origem retome o julgamento da apelação para o fim de apreciar a tese defensiva de insignificância da conduta. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp 1918393/MG, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 24/09/2021) No mesmo sentido, preconiza a Súmula nº 8 deste Egrégio Tribunal de Justiça: Súmula nº 8 TJ/BA – É irrelevante a falta ou nulidade de laudo pericial para a comprovação do potencial lesivo da arma ou munição necessários à configuração dos crimes de perigo abstrato previstos no Estatuto do desarmamento, tendo em vista o fato de a periculosidade ser ínsita à própria tipificação penal, em benefício da proteção da segurança coletiva. Logo, estando a justa causa delitiva robustamente comprovada nos autos, não há como isentar os Apelantes da responsabilidade criminal. II – Pleito formulado por Diego Soares Costa para reconhecimento da atenuante da confissão espontânea em relação ao crime de tráfico de drogas. Pretensão já acolhida na sentença No que tange a pretensão formulada pelo Apelante Diego Soares Costa, com relação ao reconhecimento da confissão espontânea em relação ao crime de tráfico de drogas, cumpre pontuar que a simples leitura da sentença evidencia que tal providência foi adotada pelo Juízo de piso, de modo que não há objeto a ser perseguido pela defesa neste tocante. III – Pleito formulado por Diego Soares Costa para aplicação da causa de diminuição atinente ao tráfico privilegiado. Rejeição. Quantidade expressiva de drogas apreendidas A seu turno, cumpre afastar o pedido formulado por Diego Soares Costa de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da lei nº 11.343/06, porquanto a quantidade de drogas apreendidas (592,62g de cocaína e mais de 1kg de maconha), além da balança de precisão denotam que o referido Apelante dedica-se à atividade criminosa com habitualidade, o que afasta realmente a possibilidade de reconhecimento do tráfico privilegiado. Para que não restem dúvidas, cumpre transcrever o enunciado da norma em comento, litteris: Art. 33, § 4º – Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Nesse ponto, oportuno colacionar o julgado do Superior Tribunal de Justiça, cujo entendimento é consolidado no sentido de que a menção à quantidade de drogas para exasperar a pena-base (1ª fase da dosimetria da pena) e para afastar a causa de diminuição atinente ao tráfico privilegiado (3ª fase da dosimetria da pena) não

constitui bis in idem, in verbis: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. INCIDÊNCIA DO BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. ELEVADA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA, ALIADAS ÀS CIRCUNSTÂNCIAS INDICATIVAS DE DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESE DIVERSA DAQUELA TRATADA NO ARE N. 666.334/RG (REPERCUSSÃO GERAL) DO STF. REGIME MAIS GRAVOSO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. 2. Pela leitura do acórdão recorrido, verifica-se que não foram atendidos os requisitos necessários para o reconhecimento do tráfico privilegiado, uma vez que a instância de origem reconheceu expressamente que o acusado se dedicava à vida criminosa, tendo em vista não apenas a elevada quantidade do entorpecente apreendido – 129,2kg de maconha –, mas também a dinâmica e as circunstâncias da empreitada criminosa. Assim, para se acolher a tese de que o envolvido não se dedica à atividade criminosa, para fazer incidir o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, como requer a parte recorrente, é imprescindível o reexame das provas, procedimento sabidamente inviável na instância especial. Inafastável a incidência da Súmula 7/STJ. 3. A utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para afastar a incidência da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, dentre outros elementos indicativos de que o acusado se dedica a atividades criminosas, na terceira fase do cálculo da reprimenda, não configura bis in idem. Diversa é a hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Supremo Tribunal Federal considerou bis in idem a utilização da quantidade de droga tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 4. Em atenção ao artigo 33 do CP, c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva do acusado em 5 anos e 5 meses de reclusão, sendo ele primário e sem antecedentes, a elevada quantidade da substância apreendida (129,2kg de maconha) justifica a manutenção do regime prisional mais gravoso, no caso, o fechado. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 2047926/MS, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 03/05/2022, DJe 06/05/2022) Pleito rejeitado, portanto. VI – Pedido formulado por ambos Apelantes para substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direito. Substituição feita na sentença em relação a Gildo Mendes da Costa Neto. Não preenchimento dos requisitos elencados no art. 44 do Código Penal, em relação a Diego Soares Costa Por derradeiro, impende salientar que há nítida falta de interesse recursal de Gildo Mendes da Costa Neto em relação ao pedido de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, eis que tal providência já foi adotada em seu favor, na sentença, pelo Juízo a quo. Em contrapartida, em relação a Diego Soares Costa não é possível acolher a pretensão e, assim, realizar a aludida substituição por restritiva de direitos, porquanto à pena privativa de liberdade total imputada ao referido Apelante é superior a 04 (quatro) anos de reclusão, o que faz

como que o mesmo não preencha todos os requisitos exigidos no art. 44 do Código Penal. Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. § 1º (VETADO) § 2º Na condenação igual ou inferior a um ano, a substituição pode ser feita por multa ou por uma pena restritiva de direitos; se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos. § 3º Se o condenado for reincidente, o juiz poderá aplicar a substituição, desde que, em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se tenha operado em virtude da prática do mesmo crime. § 4º A pena restritiva de direitos converte-se em privativa de liberdade quando ocorrer o descumprimento injustificado da restrição imposta. No cálculo da pena privativa de liberdade a executar será deduzido o tempo cumprido da pena restritiva de direitos, respeitado o saldo mínimo de trinta dias de detenção ou reclusão. § 5º Sobrevindo condenação a pena privativa de liberdade, por outro crime, o juiz da execução penal decidirá sobre a conversão, podendo deixar de aplicá-la se for possível ao condenado cumprir a pena substitutiva anterior. Logo, conclui-se que a sentença hostilizada foi proferida de forma correta, não merecendo reparo. V – Dispositivo Ex positis, CONHEÇO e NEGÓ PROVIMENTO aos Recursos de Apelação interpostos, mantendo incólume a sentença condenatória fustigada. É como voto. Salvador/BA, de de 2022. Des. Jefferson Alves de Assis – 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator