

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0502147-26.2017.8.05.0229 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Gislan Costa dos Santos Advogado (s): THIAGO FREIRE ARAUJO SANTOS APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. DIREITO PENAL, PROCESSUAL PENAL, LEI ANTIDROGAS E ESTATUTO DO DESARMAMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. ARTIGOS 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006 E ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI Nº 10.826/2003. APELANTE CONDENADO À PENA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, EM RELAÇÃO AO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, E 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO, E 20 (VINTE) DIAS-MULTA, EM RELAÇÃO AO DELITO DE POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIAL FECHADO, SENDO-LHE NEGADO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. 1. PRELIMINAR DE NULIDADE SUSCITADA PELA PROCURADORIA DE JUSTIÇA. ALEGAÇÃO DE QUE A PROLAÇÃO DA SENTENÇA DE FORMA ORAL VIOLARIA OS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. AFASTADA. MUDANÇA JURISPRUDENCIAL SOBRE O TEMA. AUSÊNCIA DA DEGRAVAÇÃO COMPLETA DA SENTENÇA REGISTRADA POR MEIO AUDIOVISUAL QUE NÃO REPRESENTA OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. MAGISTRADO A QUO QUE PROFERIU A SENTENÇA ORALMENTE, DEGRAVANDO A PARTE DISPOSITIVA E A DOSIMETRIA DA PENA. PROCEDIMENTO EM CONFORMIDADE COM O ART. 405, § 2º, DO CPP, E EM CONSONÂNCIA COM O NOVO POSICIONAMENTO FIRMADO PELO STJ NO JULGAMENTO DO HC Nº 462.253/SC. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. 2. PLEITO DE REANÁLISE DA DOSIMETRIA DO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. REQUERIMENTO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI 11.343/2006. INACOLHIMENTO. RECORRENTE SURPREENDIDO NA POSSE DE 44 (QUARENTA E QUATRO) PORÇÕES DE COCAÍNA, COM MASSA BRUTA DE 15G (QUINZE GRAMAS), 04 (QUATRO) TROUXINHAS DE MACONHA, COM MASSA BRUTA DE 10G (DEZ GRAMAS), ALÉM DE 01 (UM) REVÓLVER CALIBRE 38, COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA, MUNICIADO COM 03 (TRÊS) CARTUCHOS INTACTOS, 01 (UM) REVÓLVER CALIBRE 38, COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA, MUNICIADO COM 02 (DOIS) CARTUCHOS INTACTOS, E A QUANTIA DE R\$ 200,00 (DUZENTOS REAIS). DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS COLHIDOS EM JUÍZO QUE INFORMAM QUE A CASA EM QUE O APELANTE SE ENCONTRAVA VINHA SENDO UTILIZADA PELOS INTEGRANTES DA FACÇÃO BDM COMO PONTO DE TRAFICÂNCIA, BEM COMO QUE O RECORRENTE ADMITIU, NO MOMENTO DO FLAGRANTE, QUE SE ENCONTRAVA NO REFERIDO LOCAL REALIZANDO A GUARDA DAS ARMAS PARA O INDIVÍDUO DE ALCUNHA "ZOVINHO", LÍDER DA MENCIONADA FACÇÃO. CIRCUNSTÂNCIAS DA APREENSÃO QUE DEMONSTRAM QUE O RECORRENTE SE DEDICAVA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS E DESATENDE, POR CONSEQUÊNCIA, AOS REQUISITOS LEGAIS PARA A APLICAÇÃO DA REFERIDA MINORANTE. INCABÍVEL, PORTANTO, A CONCESSÃO DO ALUDIDO BENEFÍCIO. DE OFÍCIO, CORREÇÃO DA PENA-BASE DO DELITO PREVISTO NO ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV DA LEI 10.826/2003. BASILAR EXASPERADA COM FULCRO EM ARGUMENTO IDÔNEO, MAS DE FORMA DESPROPORCIONAL. INOBSERVÂNCIA DO CRITÉRIO DE 1/8 (UM OITAVO) PARA CADA VETOR ENTRE AS PENAS MÍNIMA E MÁXIMA PREVISTAS PARA O TIPO PENAL. BASILAR CORRIGIDA PARA 03 (TRÊS) ANOS, 04 (QUATRO) MESES E 15 (QUINZE) DIAS DE RECLUSÃO. 3. PLEITO DE MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. INDEFERIMENTO. REGIME INICIAL QUE DEVE PERMANECER NO FECHADO, DIANTE DO QUANTUM DE PENA DEFINITIVAMENTE FIXADO, NOS TERMOS DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA A, DO CP. RECURSO CONHECIDO, PRELIMINAR DE NULIDADE AFASTADA, E, NO MÉRITO, IMPROVIDO. DE OFÍCIO, CORREÇÃO DA PENA-BASE DO DELITO PREVISTO NO ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, IV DA LEI 10.826/2003. Vistos, relatados e discutidos estes Autos de Apelação Criminal nº. 0502147-26.2017.8.05.0229, oriundos da 1ª Vara Crime da Comarca de Santo Antônio de Jesus, que tem como Apelante Gislan Costa dos

Santos e, como Apelado, o Ministério Público. Acordam os Desembargadores componentes da 2ª Turma da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia em conhecer do recurso, afastar a preliminar de nulidade suscitada, e, no mérito, negar-lhe provimento, corrigindo, de ofício, a pena base do crime previsto no art. 16, parágrafo único, IV da Lei 10.826/2003, de acordo com o voto do Relator. DES. JOÃO BOSCO DE OLIVEIRA SEIXAS RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 18 de Abril de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0502147-26.2017.8.05.0229 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Gislan Costa dos Santos Advogado (s): THIAGO FREIRE ARAUJO SANTOS APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): RELATÓRIO Cuida-se de Apelação interposta por Gislan Costa dos Santos contra a r. Sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Crime da Comarca de Santo Antônio de Jesus, o qual julgou procedente a Denúncia de fls. 01/03 para condenar o Recorrente pela prática dos delitos capitulados nos artigos 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, e art. 16, Parágrafo Único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003. Narrou o ilustre representante do Parquet em sua preambular acusatória que, na data de 24/07/2017, por volta das 10:00h, na Rua Nova Esperança, nº 203, Alto Santo Antônio, no Município de Santo Antônio de Jesus, o Denunciado foi flagrado, juntamente com o adolescente E.A.S., na posse de 01 (um) revólver calibre 38, niquelado, marca Rossi, com numeração suprimida, municiado com 03 (três) cartuchos intactos, 01 (um) revólver calibre 38, marca Rossi, com numeração suprimida, municiado com 02 (dois) cartuchos intactos, 44 (quarenta e quatro) trouxas da substância conhecida como cocaína, 04 (quatro) trouxas da substância conhecida como maconha, além da quantia de R\$ 200,00 (duzentos reais) e 03 (três) aparelhos celulares, sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamentar. Relatou que, no dias dos fatos, após terem recebido denúncias noticiando a ocorrência de tráfico de drogas e posse de armas na localidade acima informada, policiais civis empreenderam diligências com o escopo de capturar os investigados. Noticiou que, ao chegarem no local, os policiais realizaram um cerco, oportunidade em que vários elementos conseguiram fugir pelos fundos da residência, sendo possível conter somente o Denunciado e o menor E.A.S., membros da facção criminosa "BDM". Ao realizarem busca na residência, os policiais encontraram em um dos quartos, sobre a cama, as armas e o material entorpecente acima descritos. O Ministério Público requereu, assim, a condenação do Réu nas penas dos artigos 33 da Lei nº 11.343/2006, e art. 16, Parágrafo Único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003. Ultimada a instrução criminal e apresentadas as alegações finais pelas partes envolvidas, sobreveio a sentença de fls. 120/121, por meio da qual o Recorrente foi condenado à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa, em relação ao delito de tráfico de entorpecentes, e 04 (quatro) anos de reclusão, e 20 (vinte) dias-multa, em relação ao delito de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, a ser cumprida em regime inicial fechado, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade. Irresignada, a defesa interpôs o presente recurso (fls. 161/165), pleiteando, em relação ao delito de tráfico de entorpecentes, a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, diante da primariedade do Apelante e da pequena quantidade do material entorpecente apreendido. Requereu, ainda, a aplicação de regime inicial de cumprimento da reprimenda corporal mais

benéfico. Em Contrarrazões (fls. 168/171), o Parquet refutou todas as alegações feitas pela defesa, pugnando pelo improvimento do Recurso. Os autos subiram a esta Superior Instância, colhendo-se o Parecer da douta Procuradoria de Justiça (fls. 10/14 dos Autos físicos), pelo reconhecimento da nulidade da sentença proferida de forma oral, sob a alegação de que haveria ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. Elaborado o Relatório, os Autos foram remetidos ao eminente Desembargador Revisor. Após o Revisor ter pedido a inclusão do feito em pauta de julgamento, sobreveio a determinação superior de remessa dos Autos para digitalização e migração para o sistema PJE. Após a adoção das providências devidas, por parte do setor competente, os autos retornaram conclusos para este relator, já neste novel sistema, que, nesta oportunidade, ratifica os termos do relatório anterior e determina a remessa dos autos ao revisor, para os devidos fins. É o relatório. Salvador, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. João Bôsko de Oliveira Seixas – 2ª Câmara Crime 2ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0502147-26.2017.8.05.0229 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Gislan Costa dos Santos Advogado (s): THIAGO FREIRE ARAUJO SANTOS APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): VOTO "Presentes os requisitos de admissibilidade recursal, conheço da Apelação interposta e passo à análise da preliminar suscitada. 1. Da preliminar de nulidade da sentença proferida oralmente A douta Procuradoria de Justiça suscitou a nulidade da sentença proferida de forma oral, sob a alegação de que haveria ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa. A referida pretensão não merece prosperar. Como cediço, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça vinha se posicionando no sentido de que a prolação da sentença de forma oral, sem a degravação das razões de decidir, constituiria vício formal, ensejando a declaração de nulidade absoluta do referido ato processual. Nesse sentido, colaciono o seguinte julgado: "HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA POR MEIO AUDIOVISUAL. TRANSCRIÇÃO PARCIAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. ART. 388 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NULIDADE ABSOLUTA POR VÍCIO FORMAL DO ATO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Espécie em que o Paciente foi condenado como incurso no art. 155, §§ 1.º, 2.º e 4.º, inciso II, c.c. o art. 14, inciso II, ambos do Código Penal ao cumprimento da pena de 3 (três) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, no regime aberto, e ao pagamento de 1 (um) dia-multa no mínimo legal. Sentença proferida de forma oral. Degravação, na ata da audiência, tão somente a dosimetria das penas e o dispositivo. 2. O art. 405 do Código de Processo Penal possibilita o registro dos termos da audiência de instrução em meio audiovisual. Tal regra, cuja redação foi conferida pela Lei n.º 11.719/2008, não tem o escopo somente de abreviar o tempo de realização do ato – em razão da desnecessidade da redução, a termo, dos depoimentos do acusado, vítima e testemunhas –, mas também o de possibilitar registro fiel da íntegra do ato, com imagem e som, em vez da simples escrita. 3. Entretanto, a busca da celeridade na prestação jurisdicional não dispensa a forma escrita da sentença, que deve vir acompanhada das razões de decidir. Contrariedade ao disposto no art. 388 do Código de Processo Penal. 4. O prejuízo à Defesa é evidente, com grave dano ao exercício do contraditório e ampla defesa, acarretando em nulidade absoluta do ato, por vício formal. Diante dessa situação, não há que se falar em preclusão da matéria (art. 563 do Código de Processo Penal). 5. Ordem de habeas corpus concedida para determinar ao Juízo de primeiro grau a degravação integral

da sentença condenatória.” (HC 470.034/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 09/10/2018, DJe 19/11/2018) – Grifos do Relator

Entretanto, a partir do julgamento do Habeas Corpus nº 462.253/SC, de relatoria do eminente Ministro Nefi Cordeiro, ocorrido em 28/11/2018, a Egrégia Corte do Superior Tribunal de Justiça modificou o entendimento que vinha sendo adotado anteriormente, e passou a se posicionar no sentido de que a ausência de degravação completa da sentença não viola os princípios do contraditório e da ampla defesa, nem prejudica a segurança do seu registro nos Autos, senão vejamos trechos da ementa abaixo transcrita:

“PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA POR MEIO AUDIOVISUAL. TRANSCRIÇÃO PARCIAL DO SEU CONTEÚDO. OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI N. 11.719/2008. FORMA ESCRITA. ART. 388 DO CPP. POSSIBILIDADE. VÍCIO FORMAL DO ATO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA. DOSIMETRIA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 1. A previsão legal do único registro audiovisual da prova, no art. 405, § 2º do Código de Processo Penal, deve também ser compreendida como autorização para esse registro de toda a audiência – debates orais e sentença. 2. É medida de segurança (no mais completo registro de voz e imagem da prova oral) e de celeridade no assentamento dos atos da audiência. 3. Exigir que se faça a degravação ou separada sentença escrita é negar valor ao registro da voz e imagem do próprio juiz, é sobrelevar sua assinatura em folha impressa sobre o que ele diz e registra. Não há sentido lógico ou de segurança, e é desserviço à celeridade. 4. A ausência de degravação completa da sentença não prejudica ao contraditório ou à segurança do registro nos autos, do mesmo modo que igualmente ocorre com a prova oral. 5. A tese de inidoneidade dos fundamentos que embasaram o aumento da pena em 3/8, na terceira fase da dosimetria, não foi submetida ao crivo do Tribunal de Justiça, inviabilizando o exame desta Corte Superior por incabível análise originária do tema, sob pena de indevida supressão de instância. 6. Habeas corpus denegado.”(HC 462.253/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2018, DJe 04/02/2019) – Grifos do Relator

Verifica-se, in casu, que o magistrado a quo proferiu a sentença oralmente (arquivo de mídia audiovisual anexado às fls. 20 dos Autos físicos), degradando a parte dispositiva e a dosimetria da pena (fls. 120/121), procedimento este realizado em conformidade com o art. 405, § 2º, do CPP, e em consonância com o novo posicionamento firmado pelo STJ no julgamento do HC 462.253/SC. Em julgamentos posteriores, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça vem ratificando o posicionamento acima exposto, senão veja-se: “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO VÁLIDA DO RÉU PARA COMPARECER À AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. NULIDADE NÃO CONFIGURADA. ALTERAÇÃO DO JULGADO. SÚMULA 7/STJ. NEGATIVA DE VIGÊNCIA AO ART. 405, § 2º DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. NÃO OCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE PROVAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O acórdão recorrido foi proferido em sintonia com o entendimento desta Corte Superior, no sentido de que o oficial de justiça é dotado de fé pública, de modo que os atos por ele praticados gozam de presunção de veracidade e legalidade. No caso, competia à defesa provar que o conteúdo da referida certidão não retratava a verdade dos fatos, ônus do qual não se desincumbiu. 2. Nesse contexto, não é possível a alteração do julgado nesta via especial, haja vista a necessidade de incursão nos elementos fáticos e probatórios dos autos, a fim de verificar qual é o correto endereço do réu, bem como a veracidade das informações prestadas ao oficial de justiça em suas diligências para intimar o acusado. 3. No julgamento do HC 462.253/SC, em 28/11/2018, a

Terceira Seção desta Corte Superior uniformizou o entendimento segundo o qual "a previsão legal do único registro audiovisual da prova, no art. 405, § 2º do Código de Processo Penal, deve também ser compreendida como autorização para esse registro de toda a audiência – debates orais e sentença." (HC 462.253/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 28/11/2018, DJe 4/2/2019). Logo, a ausência de degravação completa da sentença não traz prejuízo ao contraditório ou à segurança do registro nos autos, em similitude ao que ocorre com a prova oral. 4. A Corte de origem, soberana na análise do arcabouço fático e probatório dos autos, foi categórica em afirmar que a conduta delitiva imputada ao acusado, qual seja a apropriação de valores relativos à fiança e valores apreendidos junto aos traficantes presos em flagrante – art. 312 do CP –, restou devidamente comprovada por meio do depoimento da testemunha e dos extratos bancários. 5. Desse modo, a alteração do julgado, no sentido de absolver o réu por insuficiência de prova também encontra óbice na Súmula 7/STJ, haja vista a imprescindibilidade de reexame dos elementos de prova dos autos. 6. Agravo regimental não provido." (AgRg no AREsp 1724701/AP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2021, DJe 30/04/2021) – Grifos do Relator "AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA REGISTRADA POR MEIO AUDIOVISUAL. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL. DESNECESSIDADE. AUSÊNCIA DE OFENSA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVISÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. ORIGEM LÍCITA DOS BENS. ÔNUS DA PROVA DA DEFESA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Em recente julgamento realizado pela Terceira Seção desta Corte Superior, no HC n. 462.253/SC, de relatoria do Ministro Nefi Cordeiro, foi firmado o entendimento de que a ausência da degravação completa da sentença registrada por meio audiovisual não representa ofensa aos princípios do contraditório e ampla defesa. 2. Para se concluir de forma diversa do entendimento do Tribunal de origem, no sentido de que o agravante não possuía conhecimento da origem criminosa do bem, seria inevitável o revolvimento das provas carreadas aos autos, procedimento inviável na via estreita do habeas corpus. 3. Ademais, no caso, caberia à defesa a comprovação da origem lícita do bem ou de sua conduta culposa, haja vista que o bem foi apreendido em poder do agravante, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal – CPP, não havendo que se falar em inversão do ônus da prova. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 471.212/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 03/09/2019, DJe 12/09/2019) – Grifos do Relator Pelo exposto, não tendo sido demonstrada a ocorrência de qualquer nulidade, rejeito a preliminar suscitada pela douta Procuradoria de Justiça. 2. Do pleito de redimensionamento da pena arbitrada Inicialmente, no que se refere à autoria e materialidade delitivas, verifico que estas, além de não terem sido questionadas no presente recurso, encontram-se sobejamente comprovadas nos Autos através do Auto de Exibição e Apreensão de fls. 11, do Laudo de Constatação Preliminar de fls. 21/22, do Laudo Pericial Definitivo de fls. 48, do Laudo de Exame Pericial realizado na arma apreendida de fls. 47 e 49, bem como dos depoimentos das testemunhas, durante ambas as fases da persecução penal, (fls. 07, 09 e arquivo de mídia audiovisual de fls. 20 dos Autos físicos), os quais informam que o Recorrente foi surpreendido na posse de 01 (um) revólver calibre 38, niquelado, marca Rossi, com numeração suprimida, municiado com 03 (três) cartuchos intactos, 01 (um) revólver calibre 38, marca Rossi, com numeração suprimida, municiado com 02 (dois) cartuchos intactos, 44 (quarenta e quatro) trouxas de cocaína, 04 (quatro) trouxas de maconha,

não havendo que se falar em dúvidas acerca da sua comprovação. Feitas estas considerações, verifico que o Recorrente insurge-se contra a dosimetria, requerendo, em relação ao delito de tráfico de entorpecentes, a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, bem como a aplicação de regime inicial de cumprimento da reprimenda corporal mais benéfico. A referida pretensão não merece prosperar. Analisando a sentença condenatória, no tocante à dosimetria da pena do delito de tráfico de entorpecentes, observa-se que o ilustre Juiz sentenciante fixou a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão, mínimo legal previsto, não havendo reparos a serem feitos nesse ponto. Na segunda fase da dosimetria, diante da inexistência de circunstâncias agravantes e/ou atenuantes, a pena intermediária deve ser mantida em 05 (cinco) anos de reclusão. Já na terceira fase, quanto à aplicação da causa de diminuição estatuída no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, entendo que o vertente pleito não merece prosperar, consoante acertadamente esposado na sentença recorrida. De fato, é cediço que o reconhecimento da referida causa de redução da pena requer o preenchimento cumulativo dos seus requisitos, quais sejam, ser o réu primário, possuidor de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. In casu, como bem ressaltado pelo magistrado sentenciante (arquivo de mídia audiovisual de fls. 20 dos Autos físicos), as circunstâncias em que ocorreu o flagrante evidenciam que o Recorrente se dedicava às atividades criminosas, na medida em que, além das substâncias entorpecentes apreendidas, houve a apreensão de 01 (um) revólver calibre 38, com numeração suprimida, municiado com 03 (três) cartuchos intactos, 01 (um) revólver calibre 38, com numeração suprimida, municiado com 02 (dois) cartuchos intactos, e da quantia de R\$ 200,00 (duzentos reais). Ademais, segundo o depoimento dos policiais civis ouvidos em Juízo (arquivo de mídia audiovisual de fls. 20 dos Autos físicos), a casa em que o Apelante se encontrava vinha sendo utilizada pelos integrantes da facção BDM como ponto de traficância, sendo que, segundo o depoimento do policial Marcelo Flávio dos Santos Barreto (IPC), o Recorrente admitiu, no momento do flagrante, que se encontrava no referido local realizando a guarda das armas para o indivíduo de alcunha “Zovinho”, líder da mencionada facção. Os policiais civis informaram, ainda, que, no momento do flagrante, havia cerca de cinco a oito pessoas na casa, as quais conseguiram se evadir ao perceberem a presença da polícia, somente tendo sido possível capturar o Recorrente e o menor E.A.S. Acrescentaram, ainda, os referidos agentes do Estado, que “Zovinho” se encontrava foragido, sendo que as diligências que culminaram no flagrante do Recorrente foram originadas por informações de que o referido líder se encontrava na residência onde foi encontrado o Recorrente, juntamente com as armas e drogas apreendidas. Por outro lado, embora não se olvide que, segundo os recentes posicionamentos do STJ (REsp 1887511/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 09/06/2021, DJe 01/07/2021), a quantidade da droga apreendida não possa ser utilizada para afastar o mencionado redutor, depreende-se que, na hipótese dos Autos, o magistrado a quo fundamentou-se, não apenas na quantidade da droga apreendida, mas também nas circunstâncias em que ocorreu o flagrante, elementos estes que são suficientes para impedir o reconhecimento da pretendida minorante. Corroborando com tal entendimento, encontra-se a jurisprudência em destaque, que, mutatis mutandis, aplica-se ao caso dos Autos: “HABEAS CORPUS. TRÁFICO INTERESTADUAL DE DROGAS. PENA-BASE. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INTEGRAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. BIS IN IDEM.

INTERESTADUALIDADE DO DELITO. QUANTUM DE AUMENTO DE PENA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, mostra-se devido o aumento da reprimenda na primeira fase da dosimetria, com base na elevada quantidade de drogas apreendidas. 2. Tanto o Supremo Tribunal Federal quanto esta Corte Superior de Justiça firmaram o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas ou mesmo a sua integração em organização criminosa e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas. 3. Por ocasião do julgamento do HC n. 112.776/MS – leading case sobre a discussão acerca do bis in idem nos casos de dosimetria da pena no crime de tráfico de drogas –, em sessão plenária ocorrida no dia 19/12/2013, Supremo Tribunal Federal, por maioria de votos, firmou o posicionamento de que configura bis in idem a utilização da quantidade de drogas na primeira fase da dosimetria, como circunstância desfavorável, e, na terceira, para justificar a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 em patamar inferior ao máximo legal. 4. Também caracteriza bis in idem a utilização da quantidade de drogas apreendidas, na primeira fase da dosimetria, a fim de justificar a exasperação da pena-base e, novamente, na terceira etapa, para fundamentar o afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, seja a pretexto de integrar o agente organização criminosa, seja para evidenciar a sua dedicação a atividades criminosas. Ressalva pessoal deste relator. 5. Não configura bis in idem caso, além da quantidade de drogas, haja outros elementos concretos nos autos, suficientes o bastante – tais como apetrechos destinados à traficância, anotações sobre contabilidade do tráfico, munições, armas de fogo, processos em andamento etc. –, que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa. Também não há falar em bis in idem quando a natureza da droga é sopesada para o aumento da pena-base e a sua quantidade, por exemplo, para justificar a impossibilidade de incidência da minorante, porque, nesse caso, tais elementos estão sendo considerados de forma não cumulativa. 6. Uma vez caracterizado o tráfico entre estados da Federação ou entre estes e o Distrito Federal – circunstância que atrai a incidência da majorante prevista no inciso V do art. 40 –, a distância percorrida e/ou o número de fronteiras ultrapassadas pelo agente podem lastrear a escolha da fração de aumento de pena decorrente da interestadualidade do delito. 7. Ordem parcialmente concedida para, reconhecida a ocorrência de bis in idem, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a fim de que realize nova dosimetria da pena dos pacientes, dessa vez com a utilização da quantidade de drogas apreendidas em somente uma das etapas do cálculo da reprimenda." (HC 373.523/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 14/08/2018, DJe 21/08/2018) – Grifos do Relator "PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. NOVA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA MINORANTE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I – A Primeira Turma do col. Pretório Excelso firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus substitutivo ante a previsão legal de cabimento de recurso ordinário, entendimento adotado pelas Turmas que integram a Terceira Seção desta Corte, que passaram a repudiar a

utilização desmedida do writ substitutivo em detrimento do recurso adequado. II – Portanto, não se admite mais, perfilhando esse entendimento, a utilização de habeas corpus substitutivo quando cabível o recurso próprio, situação que implica o não-conhecimento da impetração. Contudo, no caso de se verificar configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, recomenda a jurisprudência a concessão da ordem de ofício. III – O col. Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual caracteriza bis in idem tal valoração tanto na primeira quanto na terceira fases do cálculo da pena (ARE n. 666.334 RG/AM, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe de 6/5/2014). IV – Na hipótese, contudo, muito embora consideradas a natureza e a quantidade dos entorpecentes tanto na primeira quanto na terceira fases da dosimetria, verifica-se que o afastamento da minorante lastreou-se, também, nas circunstâncias do caso concreto, tais como o local da apreensão dos entorpecentes, a ocultação de armas e a presença de objetos receptados, a indicar a dedicação do paciente a atividades criminosas. Inexistente, portanto, o alegado bis in idem, já que os fundamentos utilizados seriam suficientes, por si sós, para negar a aplicação do redutor de pena ora pleiteado. V – Não reconhecida a possibilidade de aplicação da minorante do tráfico, não há qualquer reparo a ser feito no que tange ao regime fixado, ex vi dos artigos 33, § 2º, alínea c, e § 3º, do Código Penal, e 42 da Lei 11.343/2006. Vedada, outrossim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, haja vista o óbice contido no art. 44, inciso I, do Código Penal. Habeas corpus não conhecido." (HC 316.298/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 17/11/2015) – Grifos do Relator Assim, diante da inexistência de outras causas de aumento e/ou ou diminuição, deve ser mantida a reprimenda definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão. Deve ser mantida, ainda, a pena de multa em 500 (quinhentos) dias-multa, pois esta foi aplicada de forma proporcional à pena corporal imposta. No que se refere à dosimetria da pena do delito previsto no art. 16, Parágrafo Único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, apesar de não ter havido insurgência recursal, verifica-se uma ilegalidade a ser sanada de ofício. Extrai-se da sentença que a basilar do referido crime foi recrudescida em 01 (um) ano, e fixada em 04 (quatro) anos de reclusão, por ter sido desvalorado o vetor circunstâncias do crime, em virtude de terem sido apreendidas duas armas de fogo, sendo que as duas estavam municiadas e prontas para uso. Ocorre que, malgrado se concorde com a justificativa utilizada para negatar as circunstâncias do delito, a exasperação de 01 (um) ano não obedeceu ao critério majoritariamente aceito pela doutrina e pela jurisprudência pátrias de que o aumento, para cada vetor, deve ser de 1/8 (um oitavo), a ser aferido entre as penas mínima e máxima abstratamente previstas para o tipo penal. Nesse sentido: "AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. PROPORCIONALIDADE. PENA-BASE. AUMENTO DE 1/8 (UM OITAVO). NO MAIS, NÃO ENFRENTAMENTO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. SÚMULA 182/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. I Nos termos da jurisprudência consolidada nesta eg. Corte, cumpre ao agravante impugnar especificamente os fundamentos estabelecidos na decisão agravada. II In casu, a exasperação da pena-base em 1/8 (um oitavo) para cada circunstância judicial não se mostra exacerbada, seja pelo próprio quantum aplicado seja pela fundamentação concreta utilizada na origem. III Assente



nesta eg. Corte Superior que "Não há falar em desproporcionalidade no percentual de aumento da pena por cada circunstância judicial considerada desfavorável, quando a instância ordinária opta por elevar as penas-bases na fração de 1/8 (um oitavo) sobre a diferença entre as penas mínima e máxima cominadas ao crime, critério aceito pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça" (AgRg no HC n. 548.785/RJ, MINISTRA LAURITA VAZ, Sexta Turma, DJe 23/10/2020) (...) Nos termos da jurisprudência desta Corte, a aplicação da pena, na primeira fase da dosimetria, não se submete a um critério matemático, devendo ser fixada à luz do princípio da discricionariedade motivada do juiz, tal como realizado pela Corte a quo" (AgRg no AREsp n. 1.760.684/DF, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 12/3/2021). (...) Agravo regimental desprovido." (AgRg no HC 647.567/GO, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 25/05/2021) – Grifos do Relator No caso concreto, ao fixar-se a pena-base em patamar superior à 1/8 (um oitavo), inobservou-se essa orientação jurisprudencial, cabendo, por isso, de ofício, pequeno retoque na dosimetria da pena. Isto posto, considerando o intervalo de 03 (três) anos entre as penas mínima e máxima previstas para o crime do art. 16, parágrafo único, IV da Lei 10.826/2003, a basilar deve ser de 03 (três) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, que se torna definitiva, diante da ausência de atenuantes e agravantes e de causas de aumento e de diminuição. A pena pecuniária deve permanecer em 20 (vinte) dias-multa, no valor mínimo fixado na sentença, eis que vedada a reformatio in pejus em recurso exclusivo da defesa. Mantida a regra do concurso material, a sanção final a ser cumprida pelo Apelante deve ser de 08 (oito) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e de 520 (quinhentos e vinte) dias-multa. Não pode ser acatado o pedido de modificação do regime inicial de cumprimento da pena, eis que, fixada sanção acima de 08 (oito) anos de reclusão, nos termos do art. 33, § 2º, 'a' do Código Penal, o regime previsto é o fechado. No que se refere à possibilidade de detração, prevista no art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, alterado pela Lei 12.736/2012, registro que, como forma de segurança jurídica das decisões judiciais, deve ser esta realizada pelo Juízo da Execução Penal, tendo em vista que este, pela própria responsabilidade que lhe é atribuída pela lei, detém maiores informações que asseguram a exatidão dos dados referentes à segregação a que se submeteu o réu, ora Apelante, no processo sub judice e, também, na outra ação penal em andamento em desfavor deste (processo nº 0502413-13.2017.8.05.0229), motivo pelo qual deixo de proceder à sua aplicação, determinando, entretanto, que seja imediatamente aferida pelo referido Juízo. O voto, portanto, é no sentido de conhecer do recurso, afastar a preliminar de nulidade suscitada, e, no mérito, negar-lhe provimento, corrigindo, ex officio, a pena-base do delito previsto no art. 16, parágrafo único, IV da Lei 10.826/2003, restando ao Apelante o cumprimento de uma pena total de 08 (oito) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e de 520 (quinhentos e vinte) dias-multa, em regime inicial fechado." Diante do exposto, acolhe esta 2ª Turma da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, o voto, através do qual se conhece do Apelo, afasta-se a preliminar de nulidade suscitada e, no mérito, nega-se provimento ao mesmo, corrigindo-se, ex officio, a pena-base do delito previsto no art. 16, parágrafo único, IV da Lei 10.826/2003 e mantendo-se a sentença recorrida em seus demais termos. Sala das Sessões, em (data registrada no sistema no momento da prática do ato). DES. JOÃO BOSCO DE OLIVEIRA SEIXAS RELATOR 02