

Tribunal de Justiça do Estado da Bahia Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma Apelação: 0500409–68.2020.8.05.0141 Origem do Processo: 1ª Vara Crime da Comarca de Jequié Apelante: Maria Deserlane da Silva Defensor Público: Josué Alves da Luz Souza Estagiário de Direito da Defensoria Pública: Gabriel Arruda Silva Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotor de Justiça: Matheus Polli Azevedo Procuradora de Justiça: Eny Magalhães Silva Relator: Juiz Substituto de 2º Grau Álvaro Marques de Freitas Filho APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (TRANSPORTE DE 14,541KG DE MACONHA, SOB A PROMESSA DE PAGAMENTO DE R\$ 2.000,00 DO ESTADO DE SÃO PAULO PARA BAHIA). PLEITO DE REFORMA NA DOSIMETRIA DA PENA. QUANTIDADE DAS DROGAS USADA PARA AUMENTO DA PENA-BASE E , TAMBÉM, UTILIZADA PARA DEFINIÇÃO DA FRAÇÃO PELA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. BIS IN IDEM. AUSENTES OUTROS ELEMENTOS OU PECULIARIDADES A EXIGIR MENOR REDUÇÃO, DEVE A PENA DEFINITIVA SER REDUZIDA AO PATAMAR MÁXIMO DE 2/3. PENA REDIMENSIONADA. APELO PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação nº 0500409–68.2020.8.05.0141, em que são partes as acima citadas. Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO ao apelo interposto, nos termos do voto do relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido Por Unanimidade Salvador, 17 de Novembro de 2022. RELATÓRIO Trata-se de recurso interposto por Maria Deserlane da Silva contra a sentença prolatada pelo Juiz de Direito da 1ª Vara Crime da Comarca de Jequié, nos autos da Ação Penal 0500409–68.2020.8.05.0141, julgando-a procedente, para condená-la como incurso nas sanções do art. 33, caput, § 4º c/c art. 40, V, ambos da Lei 11.343/06, a pena de 04 (quatro) anos, 06 (meses) meses e 04 (quatro) dias de reclusão, a ser cumprida no regime semiaberto e 500 (quinhentos) dias-multa. Consta da denúncia que no dia 05/05/2020, nas imediações do Km 677 da BR116, no município de Jequié, a ora Apelante e o corréu Pedro Eduardo Braga de Sá, transportava drogas, sem autorização legal ou regulamentar, “durante a fiscalização de rotina, policiais rodoviários federais abordaram o ônibus, marca/modelo Scania 113, placa GRE-3478, linha São Paulo/SP – Caruaru/PE, e, após busca no compartimento de bagagens, localizaram uma mala contendo 14.541,40g. (catorze mil gramas e quinhentos e quarenta e um gramas e quarenta centigramas) de maconha, distribuída em dezenove tabletes, pertencente aos denunciados, os quais viajavam juntos, razão pela qual houve prisão em flagrante de ambos. Na delegacia de polícia, apurou-se que os denunciados fizeram um acordo, em São Paulo/SP, para fins de transporte da mala até a cidade de Feira de Santana/BA, e Maria Deserlane receberia o valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) pelo serviço.” (ID 35285625 – Pág. 2). Devidamente notificados, os réus apresentaram Defesa Prévia. A Inicial Acusatória foi recebida no ID. 197718997. Após a realização de audiência de instrução, o MM. Juiz de Direito proferiu sentença, condenando os réus como incursos nas condutas descritas no Art. 33, caput, da Lei 11.343/06 c/c art. 40, V, da Lei 11.343/06, fixando a pena da ré Maria Deserlane da Silva em 04 (quatro) anos, 06 (meses) meses e 04 (quatro) dias de reclusão, e multa de 500 (quinhentos) dias-multa. Irresignada, apenas a Defesa de Maria Deserlane da Silva apresentou recurso de apelação buscando o redimensionamento da pena alegando que “ao exarar a r. sentença às fls. 148/156, o juízo a quo já considerou a causa especial de aumento de pena como uma circunstância judicial desfavorável. Exasperando assim, a pena base acima do mínimo legal. Ainda que a apelante trata-se de réu primário (...) Assim, merece ser

combatida a r. decisão às fls. 148/156 que prolatou a sentença e exasperou a pena imposta, em razão do bis in idem.” (ID 35285809 – Pág. 6/7). Em sede de contrarrazões, o Parquet postulou o improvimento do apelo interposto (ID 35285812). Em parecer, a ilustre Procuradora de Justiça Eny Magalhães Silva opinou pelo improvimento da apelação. É o Relatório. VOTO

Como visto, cuida-se de recurso interposto por Maria Deserlane da Silva contra a sentença prolatada nos autos da Ação Penal 0500409-68.2020.8.05.0141, julgando-a procedente, condenando-a como incurso nas sanções do art. 33, caput, § 4º c/c art. 40, V, ambos da Lei 11.343/06, a pena de 04 (quatro) anos, 06 (meses) meses e 04 (quatro) dias de reclusão, a ser cumprida no regime semiaberto e 500 (quinhentos) dias-multa. Presentes os pressupostos recursais objetivos (previsão legal, adequação, regularidade, tempestividade, inexistência de fato impeditivo ou extintivo de direito de recorrer) e subjetivos (interesse e legitimidade), nada obsta que sejam conhecidos os recursos interpostos. A materialidade e a autoria do delito restaram demonstradas, cumprindo destacar que a absolvição sequer foi postulada pela Defesa. Portanto, é de ser mantida a condenação da ré nos termos da sentença a quo. A insatisfação da Defesa gira, sobretudo, em torno da dosimetria da pena aplicada. Requereu, em síntese, a readequação da dosimetria da pena, a fim de que não haja exasperação em virtude da incidência da causa de aumento prevista no art. 40, V da Lei 11.343/06, sob pena de bis in idem, vez que supostamente teria sido tal circunstância valorada na primeira fase e na fase final de aplicação da pena. Vejamos trechos da sentença em que foi realizada a dosimetria da pena: [...] III – DISPOSITIVO. Ante o exposto, julgo procedente a pretensão punitiva, para condenar MARIA DESERLANE DA SILVA e PEDRO EDUARDO BRAGA DE SÁ, já qualificados, como incurso nas penas dos arts. 33, caput, § 4º, art. 40, V, ambos da Lei 11.343/06, razão pela qual passo a dosar a pena a ser aplicada, em estrita observância ao disposto no art. 68, caput, do Código Penal. Analisando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, observo, quanto a culpabilidade, que os sentenciados agiram com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar que extrapole o dolo empregado na prática do crime; com relação aos antecedentes, os sentenciados são primários, porquanto não há registros nos autos de condenações anteriores; não existem elementos para aferir sua conduta social e personalidade; o motivo do delito de tráfico é identificável como desejo de obtenção de lucro fácil, o que já é punido pelo próprio tipo, as circunstâncias do crime não são desfavoráveis, porquanto são inerentes aos fatos que lhes foram atribuídos; as consequências do crime são desconhecidas, haja vista que não há nos autos elementos dando conta do tempo em que o sentenciado comercializou a droga. O art. 42, da Lei nº 11.343/2006, estabelece 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. (grifos aditados) Assim, resta-nos consignar que a quantidade de droga, ou seja, mais de 3 toneladas de maconha, caracterizam circunstância judicial desfavorável. (há um ERRO MATERIAL NA SENTENÇA – em verdade a droga apreendida totaliza 14.541,40g – catorze mil gramas e quinhentos e quarenta e um gramas e quarenta centigramas –, de maconha, distribuída em dezenove tabletes) (grifo e texto aditados). Assim, sopesadas individualmente cada uma das circunstâncias em referência, e, por entender necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime, fixo, referente ao crime de tráfico, a pena-base em 06 (seis) anos e 06 (seis) de reclusão. Em razão da

incidência da atenuante referente a confissão em favor dos condenados, atenuo a pena em 1 (um) ano e 8 (oito) meses. Tendo em vista que também incide em favor do acusado PEDRO a atenuante prevista no art. 65, I, do CP, promovo mais uma redução de pena no patamar de 1 (um) ano e 8 (oito) meses, resultando a pena de MARIA em 4 (quatro) anos e 10 (meses) e a pena de PEDRO em 3 (três) anos e 2 (dois) meses. [...] Como incide no caso a causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, majoro a pena em 2/5 (dois quintos), ao tempo em que promovo a redução da pena, em razão do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, no patamar de 1/3 (um terço). Cumpridas as três fases de dosimetria da pena, torno-a definitiva, nesta instância, a pena de MARIA DESERLANE DA SILVAMARIA DESERLANEDA SILVA em 4 (quatro) anos, 6 (meses) meses e 4 (quatro) dias de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, a ser cumprida no regime semiaberto, e a pena de PEDRO EDUARDO BRAGA DE SÁ em 2 (dois) anos, 11 (onze) meses e 14 (quatorze) dias e 500 (quinhentos) dias-multa, a ser cumprida no regime aberto. Fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, devidamente atualizado, na forma dos arts. 49 e 60, do CP. Tendo em vista que a pena fixada, os regimes de cumprimento de pena e a desnecessidade de manter a custódia cautelar, revogo a prisão preventiva decretada na presente ação, devendo o cartório providenciar a expedição de alvará de soltura em favor dos dois condenados. Fundado nas razões acima, bem como frente às circunstâncias judiciais e a quantidade da pena aplicada, com supedâneo nos art. 44, I e III do Código Penal, converto a pena privativa de liberdade do condenado PEDRO EDUARDO BRAGADE SÁ em 2 (duas) penas restritivas de direitos, impondo-se ao réu a medida de prestação de serviços à comunidade (art. 46, do CP), à razão de 1 (uma) hora de trabalho por dia de condenação (art. 46, § 3º, do CP), e limitação de fim de semana. A meu ver merece reparo a pena aplicada. Pois bem. Conforme se observa da sentença, em atenção às diretrizes do artigo 59 do Código Penal e do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, a pena-base foi fixada em 06 (seis) anos e 06 (seis) de reclusão, porquanto atribuído valor negativo à vetorial circunstâncias do crime (assim, resta-nos consignar que a quantidade de droga, ou seja, mais de 3 toneladas de maconha, caracterizam circunstância judicial desfavorável). Com efeito, dispõe o artigo 42 da Lei Drogas 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”. Nessa linha, segundo Masson e Marçal, no processo de aplicação da pena, o Julgador deve se orientar “pelo sistema da quantificação judicial, de modo a aferir os critérios quanto à natureza e à quantidade da substância apreendida, à personalidade e à conduta social do agente”. Prosseguem, os renomados doutrinadores, enfatizando que inexistente ilegalidade na fixação da basilar acima do piso normativo com fundamento da quantidade, variedade e nocividade das substâncias entorpecentes apreendidas, mostrando-se válidos tais argumentos à luz do disposto no artigo 42 da Lei de Drogas, destacando que “quanto maiores a variedade e a quantidade de droga apreendida, ‘maior potencial lesivo à sociedade, a exigir que a resposta penal seja proporcional ao crime praticado’”, bem ainda, logo adiante, que “também encontra fundamento legítimo o agravamento da pena-base com esteio na natureza da droga. Ora, não se pode negar que as drogas podem afetar a saúde humana com maior ou menor gravidade” (MARÇAL, Vinícius; MASSON, Cleber. Lei de Drogas: aspectos penais e processuais. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2021.). E, no caso em apreço, haja vista a apreensão de aproximadamente

15kg (quinze quilogramas) de maconha, entendo como adequado o aumento da pena-base operado pelo Magistrado singular, com fundamento na quantidade da droga, contudo, discordo do quantum adicionado a pena, de 3/10 (três décimos), ou seja 01 (um) ano e 06 (seis) meses. Assim, fixo a pena-base em 06 (seis) anos e 03 (três) de reclusão, utilizando a fração de 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima (1 ano e 3 meses), para o vetor circunstância do crime, na linha jurisprudencial da Corte da Cidadania. Por oportuno, colaciono recente precedente do Egrégio Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUMENTO SUPERIOR A 1/6. MAUS ANTECEDENTES. DUAS CONDENAÇÕES ANTERIORES DEFINITIVAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CRITÉRIO MATEMÁTICO. PRETENSÃO. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. PRECEDENTES. 1. A legislação penal não estabeleceu nenhum critério matemático (fração) para a fixação da pena na primeira fase da dosimetria. Nessa linha, a jurisprudência desta Corte tem admitido desde a aplicação de frações de aumento para cada vetorial negativa: 1/8, a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador (HC n. 463.936/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 14/9/2018); ou 1/6 (HC n. 475.360/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 3/12/2018); como também a fixação da pena-base sem a adoção de nenhum critério matemático.[...] Não há falar em um critério matemático impositivo estabelecido pela jurisprudência desta Corte, mas, sim, em um controle de legalidade do critério eleito pela instância ordinária, de modo a averiguar se a pena-base foi estabelecida mediante o uso de fundamentação idônea e concreta (discricionariedade vinculada) – (AgRg no HC n. 603.620/MS, Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 6/10/2020, DJe 9/10/2020) – (AgRg no HC n. 558.538/DF, Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 13/4/2021). 2. (...). 3. (...). 4. (...). 5. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 699.488/SC, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 14/12/2021, DJe 17/12/2021) (grifo aditado) Vale registrar que a aplicação da pena é “um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo julgador (mínimo e máximo, abstratamente fixados para a pena), deve eleger o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio” (NUCCI, Guilherme de Souza. Curso de Direito Penal: parte geral: arts. 1º a 120 do Código. Rio de Janeiro: Forense, 2017, 743 p.). Na segunda fase da dosimetria, em face da atenuante da confissão, prevista no art. 65, III, d, a pena provisória foi reduzida em 01 (um) anos e 08 (meses), inexistindo recurso ministerial, vedada reforma in pejus, sendo este quantum mais benéfico a ré, mantenho a redução, restando a pena fixada em 04 (quatro) anos e 07 (sete) meses de reclusão. Na derradeira etapa do processo dosador, benéfico a ré o acréscimo de 2/5 (dois quintos), em virtude a majorante prevista no 40, inciso V, da Lei nº 11.343/06 (tráfico interestadual do Estado de São Paulo para o Estado da Bahia), conservo a fração citada, restando a pena em 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão. Na terceira fase o juízo a quo aplicou a privilegiadora do tráfico na fração de 1/3 (um terço) fundamentando da seguinte forma: [...] No que tange à causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, entendo que incide no caso em tela, porquanto os acusados contemplam os requisitos impostos pela lei, pois são primários, não há informações de que dediquem as atividades criminosas e nem integrem

organização criminosa. No que tange à modulação do patamar de redução, penso que a redução deve ser no patamar intermediário (1/3), tendo em vista a quantidade de droga apreendida (mais de 14 quilos). Nada obstante, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a quem incumbe, em última instância, a interpretação da lei nº 11.343/06, está pacificada no sentido de que a valoração negativa da quantidade e natureza da substância apreendida na primeira fase do processo dosimétrico, impede sua valoração para fins de reconhecimento da minorante ou para a modulação de sua fração, sob pena de indevido bis in idem. Esta é a tese fixada no tema 712 do Supremo Tribunal Federal, reconhecida a repercussão geral. Neste sentido também está pacificada a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL. DOSIMETRIA DE PENA. PECULIARIDADES DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE A SER OBSERVADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO OU MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO TOLERÂNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL. RECURSO PROVIDO PARA RESTAURAÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. 1. A dosimetria da reprimenda penal, atividade jurisdicional caracterizada pelo exercício de discricionariedade vinculada, realiza-se dentro das balizas fixadas pelo legislador. 2. Em regra, abre-se espaço, em sua primeira fase, à atuação da discricionariedade ampla do julgador para identificação dos mais variados aspectos que cercam a prática delituosa; os elementos negativos devem ser identificados e calibrados, provocando a elevação da pena mínima dentro do intervalo legal, com motivação a ser necessariamente guiada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 3. Na estrutura delineada pelo legislador, somente são utilizados para a fixação da pena-base elementos pertencentes a seus vetores genéricos que não tenham sido previstos, de maneira específica, para utilização nas etapas posteriores. Trata-se da aplicação do princípio da especialidade, que impede a ocorrência de bis in idem, intolerável na ordem constitucional brasileira. 4. O tratamento legal conferido ao tráfico de drogas traz, no entanto, peculiaridades a serem observadas nas condenações respectivas; a natureza desse crime de perigo abstrato, que tutela o bem jurídico saúde pública, fez com que o legislador elegeisse dois elementos específicos necessariamente presentes no quadro jurídico-probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria. 5. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise desses elementos para etapas posteriores, já que erigidos ao status de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual. 6. O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual. 7. A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712). 8. A utilização supletiva desses elementos para afastamento do

tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa. 9. Na modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, podem ser utilizadas circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas de maneira expressa na fixação da pena-base. 10. Recurso provido para restabelecimento da sentença. (REsp n. 1.887.511/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1/7/2021.) – grifei. Assim, a pena vai retificada nessa fase, com a aplicação no máximo da minorante do tráfico privilegiado. A quantidade das drogas foi valorada na pena-base e não pode ser utilizada para definição da fração pela minorante, a fim de evitar bis in idem, de modo que, ausentes outros elementos ou peculiaridades a exigir menor redução, vai a pena definitiva fixada em 02 (dois) anos, 01 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão e, por consonância, 190 dias-multa, e inexistindo outras causas modificadoras, a pena definitiva vai confirmada. O regime inicial de cumprimento de pena é o aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, c, do CP. Preenchidos os requisitos, adequada e suficiente a substituição da pena de reclusão por duas restritivas de direito, sendo uma de prestação de serviço à comunidade e outra de limitação de fim de semana a serem estabelecidas pelo juízo da execução penal. De ofício, rati-retifico a pena do corréu Pedro Eduardo Braga de Sá, fixando a pena base, pelos fundamentos acima expostos, em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão; reduzindo em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses, em face do reconhecimento da confissão e da menoridade, restando a pena em 02 (dois) anos e 11 (onze) meses de reclusão; aumentando na fração de 2/5 (dois quintos), restando em 04 (quatro) anos e 01 (um) mês de reclusão; reduzindo-a ao patamar mínimo legal de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, tornando-a definitiva neste patamar, mantendo a conversão feita na sentença a quo, substituindo-a por duas penas restritivas de direitos, impondo-se ao réu a medida de prestação de serviços à comunidade (art. 46, do CP), à razão de 1 (uma) hora de trabalho por dia de condenação (art. 46, § 3º, do CP), e limitação de fim de semana. Em conclusão, exaurida a análise das questões invocadas pela Defesa, o voto é para CONHECIMENTO E PROVIMENTO do Apelo interposto pela Defesa, reformando-se a sentença condenatória no que tange à dosimetria da pena privativa de liberdade, redimensionando as penas aplicadas. É como voto. Sala das Sessões, data registrada no sistema _____ Presidente

Justiça Relator _____ Procurador de