

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8010207-26.2021.8.05.0274 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MATHEUS MOTA SILVA NOGUEIRA Advogado (s): LUDIMILA SILVA MACEDO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotora: Carolina Bezerra Alves Gomes e Silva ACORDÃO DIREITO PENAL. APELAÇÃO DEFENSIVA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES – ARTIGO 33, § 4º, DA LEI FEDERAL DE Nº 11.343/06. RECORRENTE CONDENADO, APLICANDO-LHE A REPRIMENDA 06 (SEIS) ANOS E 03 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIALMENTE SEMIABERTO, BEM COMO O PAGAMENTO DE 625 (SEISCENTOS E VINTE E CINCO) DIAS-MULTA. PLEITOS RECURSAIS. PRELIMINARMENTE: I – DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. INCOMPETÊNCIA DESTA TURMA EM FASE DE CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DE EXECUÇÕES PENAS. II – DO PEDIDO DE APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL. NÃO CONHECIMENTO. VIDE ITEM ANTERIOR. NO MÉRITO: III – DO PEDIDO DE REDIMENSIONAMENTO DE PENA PARA QUE SEJA APLICADA A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI FEDERAL DE Nº. 11.343/06 NO SEU GRAU MÁXIMO DE 2/3, BEM COMO SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A PENA DO RECORRENTE. PROVIMENTO PARCIAL. O MAGISTRADO SENTENCIANTE CONSIDEROU A NATUREZA E A QUANTIDADE DE DROGA SIMULTANEAMENTE NA PRIMEIRA E NA TERCEIRA FASE DE INDIVIDUALIZAÇÃO DA REPRIMENDA, EM FLAGRANTE BIS IN IDEM, CONTRA TODA A JURISPRUDÊNCIA SUPERIOR DO PAÍS. REFORMA NECESSÁRIA. AFASTADA A NEGATIVAÇÃO DA CULPABILIDADE E APLICADA A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NO SEU PATAMAR MÍNIMO DE 1/6 (UM SEXTO). APESAR DO RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA, A EXPRESSIVA QUANTIDADE E NATUREZA DOS ENTORPECENTES É MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA ESTABELECE-SE UMA FRAÇÃO MENOR QUE A MÁXIMA. PRECEDENTES DO STJ. REGIME INICIAL MANTIDO. IMPOSSIBILIDADE DE SE CONCEDER A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA ACIMA DE QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REQUISITO DO ARTIGO 44, INCISO I DO CÓDIGO PENAL PÁTRIO NÃO PREENCHIDO. CONCLUSÃO: APELAÇÃO CONHECIDA EM PARTE, JULGADA NO MÉRITO, PROVIDA EM PARTE NAQUILO CONHECIDO, REDIMENSIONANDO A PENA PARA 4 (QUATRO) ANOS E 2 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIALMENTE SEMIABERTO, BEM COMO O PAGAMENTO DE 416 (QUATROCENTOS E DEZESSEIS) DIAS-MULTA, NO VALOR DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal, tombados sob nº. 8010207-26.2021.8.05.0274, oriundos da 2ª Vara Criminal da Comarca de Vitória da Conquista/BA, tendo como recorrente MATHEUS MOTA SILVA NOGUEIRA e como recorrido o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os desembargadores integrantes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em CONHECER EM PARTE da apelação, julgando-a PROVIDA EM PARTE NA EXTENSÃO CONHECIDA, de acordo com o voto da Relatora, que foi vertido nos seguintes termos: Salvador, . PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 18 de Outubro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8010207-26.2021.8.05.0274 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MATHEUS MOTA SILVA NOGUEIRA Advogado (s): LUDIMILA SILVA MACEDO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotora: Carolina Bezerra Alves Gomes e Silva RELATÓRIO Trata-se de apelação criminal interposta por MATHEUS MOTA SILVA NOGUEIRA, devidamente assistido pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA, contra a referida sentença ao id. 33090113, prolatada pelo M.M. Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de

Vitória da Conquista/BA, a qual o condenou como incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei Federal de nº 11.343/06, impondo-lhe a reprimenda de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente SEMIABERTO, bem como o pagamento de 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Consta da exordial acusatória, id. 33089931, com base no Inquérito Policial nº 264/2021, advindo da Delegacia de Tóxicos de Vitória da Conquista/BA, em suma, que no dia 24/08/2021, por volta das 11h30min, na Avenida Filipinas, Bairro Felícia, Vitória da Conquista/BA, o suplicante teria sido preso por Prepostos do Estado, em flagrante, no interior do veículo Renault/Logan, cor prata, placa policial NYA1G27, por aquele conduzido, portando uma sacola contendo 04 (quatro) porções de cocaína em forma de crack e 02 (duas) pequenas barras de cocaína, pesando, respectivamente, 616,16 g e 214,10 g. Após a apreensão inicial, rumaram os militares até a residência do recorrente, situada na Rua Esplanada, 244, Bairro Felícia, Vitória da Conquista/BA, onde os policiais encontraram mais: 1) 08 (oito) tabletes de cocaína, pesando 8.115 KG; 2) 05 (cinco) tabletes de cocaína pesando 10.195 KG; 3) 46,49 G de cocaína fragmentada em um invólucro e; 4) 104, 371 KG de maconha em substância vegetal. Nestes termos, o Parquet ofereceu denúncia em desfavor daquele, a qual fora recebida via decisão interlocutória ao id. 33090066, deflagrando a marcha processual da qual adveio sentença penal condenatória, decretando a procedência parcial da ação, conforme supracitado. Ciente do teor da sentença, o apelante irressigna-se com o decisum, juntando as razões do presente recurso de apelação ao id. 33090162, nas quais requer: I – o redimensionamento da pena para I.A) aplicar a minorante do tráfico privilegiado em grau máximo de 2/3 (dois terços), I.B) mudar o regime inicial de cumprimento da pena, levando-se em consideração, inclusive, a detração penal e I.C) substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Pede, ademais, II – a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça O Ministério Público, igualmente inteirado da decisão, abstém-se de interpor recurso próprio. Entretanto, ficando a par das razões do recorrente, apresenta suas contrarrazões, ao id. 33090164, págs. 01/04, em 09/08/2022, nas quais, em suma, tenciona refutar os argumentos da peça defensiva, requerendo seu improvimento e consequente manutenção da sentença vergastada. Encaminhados os autos à Douta Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, esta se manifestou por meio do parecer ao id. 33478599, págs. 01/05, em 24/08/2022, argumentando pelo conhecimento e provimento em parte do apelo defensivo, por motivo de ter sido a natureza e quantidade da droga apreendida utilizadas, na primeira fase da dosimetria, para agravar a pena base do suplicante, tendo sido novamente utilizadas, na terceira fase da dosimetria, para conceder a causa de diminuição do artigo 33, § 4º da Lei de Drogas – “tráfico privilegiado” –, no seu patamar mínimo de 1/6 (um sexto), consistindo isto em bis in idem. Entretanto, o Parquet é favorável à concessão no patamar máximo de 2/3 (dois terços) sem alteração do regime inicial de cumprimento de pena, visto que restaria a pena definitiva em (cinco) anos de reclusão, superior aos 04 (quatro) anos que seria o tempo máximo de reclusão que permitisse o regime aberto. Relatados os autos, encaminhei-os ao douto desembargador revisor, o qual solicitou a inclusão do feito em pauta para julgamento. É o Relatório. Salvador/BA, de 2022. Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8010207-26.2021.8.05.0274

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MATHEUS MOTA SILVA NOGUEIRA Advogado (s): LUDIMILA SILVA MACEDO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotora): Carolina Bezerra Alves Gomes e Silva VOTO Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, conheço em parte da apelação, excetuando-se apenas o pedido para concessão dos benefícios da justiça gratuita, por motivos que serão expostos a seguir. I – DO PLEITO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA E DA DETRAÇÃO PENAL. Requer o recorrente a concessão dos benefícios da gratuidade de justiça, pois proclama não possuir condições de arcar com as custas do processo. Entretanto, não pode tal requisição ser conhecida por este juízo ad quem, com fulcro no artigo 804 do Código de Processo Penal e conforme o entendimento assentado do Superior Tribunal de Justiça, demonstrado em diversos acórdãos recentes, como aqueles abaixo transcritos: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DECORRENTE DA FALTA DE REGISTRO ESCRITO DA sentença condenatória. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DOS VERBETES SUMULARES N.º 282 DA SUPREMA CORTE E N.º 211 DESTA CORTE SUPERIOR. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. UTILIZAÇÃO COMO MEIO PARA ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO. INVIABILIDADE. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. INVIOABILIDADE DE DOMICÍLIO. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES SOBRE A PRÁTICA DO ILÍCITO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. ISENÇÃO DE CUSTAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A tese de nulidade decorrente da falta de registro escrito da sentença condenatória não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem. Carece a questão, portanto, de prequestionamento, incidindo as Súmulas n.º 282 da Suprema Corte e n.º 211 desta Corte Superior. 2. Nos termos do artigo 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, o habeas corpus de ofício é deferido por iniciativa dos Tribunais quando detectarem ilegalidade flagrante, não se prestando como meio para que a Defesa obtenha pronunciamento judicial acerca do mérito de recurso que não ultrapassou os requisitos de admissibilidade. 3. O tráfico ilícito de drogas é delito permanente, podendo a autoridade policial ingressar no interior do domicílio do agente, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa e apreender a substância entorpecente que nele for encontrada, sem que, para tanto, seja necessária a expedição de mandado de busca e apreensão. 4. No caso concreto, a entrada na residência pela autoridade policial foi precedida de fundadas razões que levaram à suspeita da prática do crime, mormente pelo fato de que existiam denúncias apontando o Agravante como traficante local, sendo que os milicianos visualizaram o Acusado portando porções da droga. O Réu, ao perceber a presença dos agentes da lei, tentou dispensar os entorpecentes. 5. A concessão do benefício da gratuidade da justiça não exclui a condenação do Acusado ao pagamento das custas processuais, mas tão somente a suspensão da sua exigibilidade pelo prazo de cinco anos. Ademais, a análise da miserabilidade do Condenado, visando à inexigibilidade do pagamento das custas, deve ser feita pelo Juízo das Execuções. 6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1371623/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 30/04/2019) AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. artigo 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ACÓRDÃO A QUO QUE NEGOU A INCIDÊNCIA DO REDUTOR, POR ENTENDER QUE O ACUSADO SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVER TAL ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DOS FATOS. SÚMULA 7/STJ. DENÚNCIAS ANÔNIMAS. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS INFORMANDO QUE O RÉU EXERCE A ATIVIDADE DE TRAFICANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA.

COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO. 1. Apesar de o réu ser primário e possuir bons antecedentes, a jurisprudência aceita que a dedicação a atividades criminosas ou a integração a organizações criminosas sejam aferidas por outros meios, como por exemplo: a apreensão de substancial quantidade de droga atrelada a petrechos; a existência de inquéritos policiais e ações penais em andamento; ou, até mesmo, em razão de notícias anônimas e depoimentos de policiais em juízo informando que o réu é amplamente conhecido por exercer a atividade de traficante na região, como é o caso dos autos. 2. Ademais, modificar o entendimento do Tribunal de origem para reconhecer que o agravante não se dedica à prática de atividades criminosas e, com isso, preenche os requisitos para a aplicação da causa especial de pena, tal como postulado, demandaria o reexame de todo o conjunto fático-probatório dos autos. 3. Cabe ao Juiz da execução aferir acerca da assistência judiciária gratuita. Precedentes. 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1368267/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 02/04/2019) Da mesma forma, no que concerne aos argumentos relativos à detração da pena, não pode tal pedido ser conhecido frente à incompetência desta Turma, em fase de conhecimento, conforme o teor da Lei nº 7210, “Lei de Execuções Penais”, que a atribui ao juízo de execuções, sob pena de rechaçável supressão de instância, bem como reafirma a jurisprudência atual: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 349-A E ART. 312, AMBOS DO CÓDIGO PENAL E ART. 35, C/C ART. 40, INCISOS I E II, AMBOS DA LEI N. 11.343/06. SUPERVENIÊNCIA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PACIENTE QUE RESPONDEU PRESO A TODA AÇÃO PENAL. SEGREGAÇÃO JUSTIFICADA E NECESSÁRIA. EXPEDIÇÃO DE GUIA DE EXECUÇÃO PROVISÓRIA PELO JUÍZO DA CONDENAÇÃO COM O REGIME COMPATIBILIZADO. DETRAÇÃO. SUPRESSÃO INSTÂNCIA. APELAÇÃO INTERPOSTA PELA DEFESA PENDENTE DE JULGAMENTO NO TRIBUNAL DE ORIGEM. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. I – E assente nesta Corte Superior de Justiça que o agravo regimental deve trazer novos argumentos capazes de alterar o entendimento anteriormente firmado, sob pena de ser mantida a r. decisão vergastada pelos próprios fundamentos. II – A orientação pacificada nesta Corte Superior é no sentido de que não há lógica em deferir ao condenado o direito de recorrer solto quando permaneceu preso durante a persecução criminal, se presentes os motivos para a segregação preventiva, como ocorre in casu. Na hipótese, o Juízo de primeiro grau determinou na sentença condenatória que fosse expedida as guias de execução provisória, em obediência à Súmula 716/STF, razão pela qual se encontra compatibilizada a prisão preventiva com as regras do regime prisional fixado na sentença. III – As demais teses não foram objeto de análises pelo v. acórdão impugnado (regime prisional e detração), uma vez que o mesmo não conheceu do mandamus originário nestas questões (fl. 27). Lado outro, está pendente de julgamento recurso de apelação interposto pela defesa do paciente na eg. Corte a quo, de modo que não é acertado se ter como definitivo o resultado do julgamento proferido nas instâncias ordinárias, tornando qualquer provimento deste Superior Tribunal, em sede mandamental, inequívoca supressão de instância. IV – Nos termos do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, o cômputo do tempo de prisão provisória na sentença penal condenatória é restrito à finalidade de determinação do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade. V – O abatimento do tempo de prisão provisória do total da condenação decretada neste processo-crime é providência que competirá ao juízo da execução penal, a qual será levada a efeito após o trânsito em julgado e o início do cumprimento da pena, consoante dicção do art. 66,

inciso III, c, da Lei n. 7.210/1984. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 494.950/MG, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/05/2019, DJe 13/05/2019) Por tais fundamentos, observa-se a incompetência absoluta desta Corte, na atual fase processual, para a análise de tais matérias, limitando-se apenas à sua competência residual mínima – “Kompetenzkompetenz” –, para declarar de ofício o não conhecimento dos pedidos relativos à isenção de custas processuais e detração penal. Passo, então, à análise meritória da apelação. II – DO PEDIDO DE REDIMENSIONAMENTO DE PENA PARA QUE SEJA APLICADA A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI FEDERAL DE Nº. 11.343/06 NO SEU GRAU MÁXIMO DE 2/3, BEM COMO SUAS CONSEQUÊNCIAS PARA A PENA DO RECORRENTE. Conforme relatado alhures, requer o recorrente o redimensionamento da pena para aplicar a minorante do tráfico privilegiado, presente no § 4º do artigo 33 da Lei Federal de nº. 11.343/06, em grau máximo de 2/3 (dois terços). De maneira a melhor analisar-se o pedido do apelante, útil se colacionara dosimetria ora vergastada: SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA, AO id. 33090113, págs. 01/13, em 12/04/2022: “(...) DOSIMETRIA E FIXAÇÃO DA PENA Em análise às circunstâncias consignadas no art. 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei 11.343/2006, depreende-se que: sobre a culpabilidade, considerando o grau de reprovabilidade, tenho que excede o limite de censurabilidade inerente à natureza do delito, aqui valoradas a quantidade da droga, abaixo descritas, como circunstância preponderante (STF, 1ª Turma, HC 107.274/MS, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 12/04/2011; STJ, 5ª Turma, Resp 1.154.486/SP, Rel. Min. Felix Fischer, j. 02/09/2010; HC 314.102/T0, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 26/04/2016); o réu é possuidor de bons antecedentes nos termos da súmula 444 do STJ; não havendo elementos para se aferir acerca de sua conduta social e personalidade; o motivo do delito é identificável como o desejo de obtenção de lucro fácil, o que já é punido pelo próprio crime; circunstâncias e consequências são normais à espécie, nada tendo a se valorar como fator extrapenal. Natureza da substância: maconha e cocaína. Quantidade da droga: elevada, sendo 616,14 g kg (seiscentos e dezesseis gramas e quatorze centigramas) da substância entorpecente conhecida como cocaína; 8,115 kg g (oito quilos cento e quinze gramas) de cocaína; 104,371 kg (cento e quatro quilos, trezentos e setenta e uma gramas) de maconha; e 346,0 g (trezentos e quarenta e seis gramas) de cocaína. Das 8 circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, 01 circunstância judicial (culpabilidade) foi desfavorável ao réu. Nesse cenário, a exasperação da pena base é de rigor. Nesta oportunidade, destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça entende pela elevação da pena-base do crime de tráfico de drogas em 1/2, em razão da quantidade de droga apreendida, no caso, mais de 100kg (cem quilos). Vejamos: (...) Dessa forma, considerando a natureza e a quantidade da substância apreendida, por entender necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime, fixo a pena-base em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão e, ante o juízo de reprovabilidade encontrado e a situação econômica da parte ré, em 750 (setecentos e cinquenta) dias-multa, ao valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato, tudo corrigido quando do pagamento (Lei n. 11.343/06, art. 43). Não ocorrem circunstâncias agravantes ou atenuantes. Quanto a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, como visto, o acusado é primário e não há prova de que integre organização criminosa. Entretanto, considerando a elevada quantidade da droga encontrada com o réu, promovo a redução da pena em

1/6, para atingir o patamar de 06 (seis) anos e 03 (três) meses e 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, ao valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, devidamente atualizados ( CP, art. 49 c/c art. 43 da Lei de Drogas). PENA DEFINITIVA E REGIME DE CUMPRIMENTO Assim, ultrapassadas as três fases de dosimetria da pena, torno definitiva a pena imposta ao réu Matheus Mota Silva Nogueira, nesta instância, em 06 (seis) anos e 03 (três) meses e 625 (seiscentos e vinte e cinco) dias-multa, no valor unitário acima arbitrado. Ante a fixação da pena privativa de liberdade em patamar superior a 04 (quatro) anos, não se faz possível a conversão da pena privativa de liberdade acima imposta por pena restritiva de direito, em razão do não atendimento do requisito preconizado no art. 44, I do Código Penal, bem assim a suspensão condicional (sursis, art. 77, caput, do Código Penal). A detração a ser realizada pelo juiz de conhecimento, conforme determinado pelo art. 387, § 2º do CPP, é apenas para fins de regime de pena, em relação tão-somente ao início de cumprimento da reprimenda. Fundado nas razões acima, bem como frente as circunstâncias judiciais que lhe foram valoradas em sua maioria de forma favorável, com supedâneo no art. 59, III do Código Penal, tenho por bem fixar-lhe, inicialmente, o regime semiaberto, para cumprimento da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, b do CP. (...)" Neste diapasão, argumenta o recorrente que a quantidade e a natureza das substâncias não obstam a aplicação da minorante em grau máximo. Abreviando-se: no caso sub judice, o recorrente encobre-se da mais cristalina razão. Principalmente, pelo fato de o Douto Juízo Primevo ter utilizado o fundamento da natureza e da quantidade, duas vezes, para exasperar a pena-base, tanto na primeira fase da dosimetria, quando aumentou a pena-base, agravando a condição judicial da culpabilidade, quanto na terceira fase, quando diminuiu ao grau mínimo a fração da causa especial de diminuição de pena ora discutida, tendo como base o mesmo motivo, caindo em óbvio bis in idem, ao qual a jurisprudência superior pátria se opõe, já há bastante tempo, veementemente: EMENTA 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. Observação 139741 (2ªT). (APRECIAÇÃO, NATUREZA DA DROGA, PRIMEIRA FASE, TERCEIRA FASE, DOSIMETRIA DA PENA, BIS IN IDEM) HC 109193 (TP), HC 112776 (TP), HC 126851 AgR (1ªT), HC 129555 AgR (1ªT), HC 148333 AgR (2ªT), ARE 666334 RG (TP). (AFERIÇÃO, POTENCIALIDADE LESIVA, QUANTIDADE, NATUREZA DA DROGA) HC 112776 (TP) (RHC 169343 AgR Órgão julgador: Primeira Turma Relator (a): Min. ROSA WEBER Julgamento: 08/06/2021 Publicação: 28/06/2021) Ementa: HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA UTILIZADA NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE E NA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. BIS IN IDEM. OBRIGATORIEDADE DO REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA PENA. INCONSTITUCIONALIDADE DO § 1º, DO ART. 2º, DA LEI 8.072/1990. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÃO RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ORDEM PARCIALMENTE CONDEDIDA. 1. Segundo o art. 42 da Lei 11.343/06, “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”. Configura ilegítimo bis in idem considerar a natureza e a quantidade da substância ou do produto 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). Essa opção permitirá ao juiz aplicar mais adequadamente o princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) em cada caso concreto. 2. O magistrado sentenciante considerou a natureza e a quantidade de droga simultaneamente na primeira e na terceira fase de individualização da reprimenda, em flagrante bis in idem. 3. Ao julgar o HC 111.840/ES (Pleno, Min. DIAS TOFFOLI), esta Corte, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º, do art. 2º, da Lei 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. 4. É firme a jurisprudência desta Corte no sentido de que a vedação de substituição de reprimenda com base apenas na proibição legal ofende o princípio da individualização, cumprindo ao julgador analisar os requisitos do art. 44 do Código Penal. No caso, porém, tal conversão foi negada à luz das circunstâncias do caso concreto. 5. Ordem concedida parcialmente, para determinar ao juízo competente que proceda à nova fixação da pena imposta ao paciente, bem como fixe o novo regime prisional, à luz do art. 33 do Código Penal. Decisão A Turma, por decisão unânime, afetou ao Plenário o julgamento do feito. 2ª Turma, 12.11.2013. Decisão: O Tribunal, por maioria, concedeu em parte a ordem para determinar ao juízo competente que proceda à nova fixação da pena imposta ao paciente (sem bis in idem quanto à natureza e a quantidade da droga) e fixe o regime prisional, à luz do art. 33 do Código Penal, nos termos do voto do Relator, vencidos, parcialmente, os Ministros Luiz Fux, Rosa Weber, Dias Toffoli e Marco Aurélio, que concediam a ordem em menor extensão. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. O Tribunal (HC 112776 Órgão julgador: Tribunal Pleno Relator (a): Min. TEORI ZAVASCKI Julgamento: 19/12/2013 Publicação: 30/10/2014) PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NÃO IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA AOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO DE ADMISSIBILIDADE. SÚMULA 182 DO STJ. TRÁFICO PRIVILEGIADO. BIS

IN IDEM VERIFICADO. FLAGRANTE ILEGALIDADE. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. 1. A ausência de impugnação específica aos fundamentos da decisão agravada impede o conhecimento do recurso, nos termos do que dispõe a Súmula 182 do STJ. 2. Na hipótese, o agravante deixou de refutar especificamente os fundamentos de inadmissão do recurso especial (in casu, Súmula 7 do STJ e Súmula 284 do STF), incidindo, portanto, o óbice da Súmula 182 do STJ. 3. Todavia, impõe-se a concessão de habeas corpus de ofício para readequar a pena do recorrente. 4. Conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, no ARE 666.334/AM (Rel. Ministro GILMAR MENDES, DJ 6/5/2014), está vedada a dupla aferição da quantidade e da natureza da droga, concomitantemente, na primeira etapa da dosimetria para exasperar a pena-base e na terceira fase para modular a minorante, sob pena de indevido bis in idem. 5. Agravo regimental não provido. Concessão de habeas corpus, de ofício, para para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 na fração máxima de 2/3, redimensionando a pena do recorrente para 1 ano, 10 meses e 9 dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, mais pagamento de 194 dias-multa. (AgRg no AREsp n. 2.138.524/AP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/9/2022, DJe de 13/9/2022.) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA MINORANTE EM RAZÃO DA NATUREZA E DA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. PRISÃO EM LOCAL DOMINADO POR FACÇÃO CRIMINOSA. AUSÊNCIA DE OUTROS ELEMENTOS QUE INDIQUEM EVENTUAL DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS OU DE SER ELE INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. QUANTIDADE DE DROGA UTILIZADA PARA EXASPERAR A PENA-BASE E AFASTAR A MINORANTE. 1. Nos termos da orientação jurisprudencial da Terceira Seção, reafirmada no julgamento do REsp 1.887.511, de relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, julgado na sessão de 9/6/2021, "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". 2. Para afastar a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, com suporte na dedicação a atividades criminosas, é preciso, além da quantidade de drogas, aliar elementos concretos suficientes o bastante que permitam a conclusão de que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa, não bastando ilações e/ou suposições sem esboço fático válido. 3. O fato de o paciente ter sido preso em flagrante em região dominada por facção criminosa, por si só, não significa que integre a referida organização criminosa, sendo necessária a indicação de outras circunstâncias fáticas idôneas a evidenciar tal circunstância. 4. Considerada a quantidade da droga para fixar a pena-base acima do mínimo legal, a sua utilização para o afastamento da minorante constitui indevido bis in idem. 5. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 730.386/RJ, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 13/9/2022, DJe de 16/9/2022.) Cabe ressaltar, entretanto, que ante à expressiva quantidade e variedade de entorpecentes – "1) 08 (oito) tabletes de cocaína, pesando 8.115 KG; 2) 05 (cinco) tabletes de cocaína pesando 10.195 KG; 3) 46,49 G de cocaína fragmentada em um invólucro e; 4) 104, 371 KG de maconha em substância vegetal." – a jurisprudência do STJ também afasta a possibilidade do recorrente fazer jus ao benefício no seu patamar máximo de 2/3 (dois terços): AGRAVOS REGIMENTAIS NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DA DEFENSORIA PÚBLICA ESTADUAL. NULIDADE POR INVASÃO DE DOMICÍLIO. NÃO



OCORRÊNCIA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. MODULAÇÃO DO REDUTOR. POSSIBILIDADE. RESTABELECIMENTO DO ACÓRDÃO. 1. Conforme o entendimento desta Corte Superior, nos crimes permanentes, tal como o tráfico de drogas, o estado de flagrância protraí-se no tempo, o que não é suficiente, por si só, para justificar busca domiciliar desprovida de mandado judicial, exigindo-se a demonstração de indícios mínimos de que, naquele momento, dentro da residência, encontra-se em situação de flagrante delito. 2. No caso, após prévias informações, os policiais, ao chegarem em frente à residência, visualizaram o paciente deitado no sofá ao lado de certa quantidade de cocaína e, embora o paciente tenha dito que não abriu a porta, afirmou em audiência de custódia que os policiais se identificaram, não arrobaram nada e que teve a intenção de abrir a porta, sendo apreendido 1.023,5g de maconha, além de 0,1g de cocaína. Outrossim, conforme consignado na sentença, o paciente "não compareceu à audiência instrutória a fim de elucidar os fatos". 3. A expressiva quantidade de droga justifica o indeferimento da substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, III, do Código Penal. 4. No recente julgamento do HC n. 725.534/SP, a Terceira Seção desta Corte firmou o entendimento de que as circunstâncias fáticas do caso, sobretudo a natureza, a diversidade e a quantidade das drogas apreendidas, se extrapolarem os limites da razoabilidade, podem justificar a aplicação do redutor do tráfico em índice diverso do máximo. 5. A quantidade de droga arrecadada (1023,5g de maconha, além de 0,1g de cocaína) – que não se revela ínfima, tampouco pode ser considerada vultuosa –, aliada à apreensão de apenas duas variedades de entorpecentes, não justifica a incidência do redutor em seu máximo, afigurando-se mais razoável a aplicação da fração de 1/2, utilizada pela sentença e confirmada pelo Tribunal de origem. 6. Agravo regimental da Defensoria Pública do Estado de Santa Catarina improvido. Agravo regimental do Ministério Público do Estado de Santa Catarina provido, para restabelecer o acórdão de origem. (AgRg no AgRg no HC n. 717.663/SC, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022.) Por tal motivo, considero justo que seja reduzida a pena do recorrente em 1/6 (um sexto), estabelecendo-a, finalmente, em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto, bem como o pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Não concedo, portanto, a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, visto que, sendo a pena superior a quatro anos, o recorrente não faz jus ao benefício, ante ao requisito do inciso I do artigo 44. III – DO DISPOSITIVO. Diante do exposto e de tudo quanto fundamentado, vota-se no sentido de que o apelo seja CONHECIDO EM PARTE, julgando no mérito, PROVIDO EM PARTE NAQUILO CONHECIDO, redimensionando a pena para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente SEMIABERTO, bem como o pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pelo crime previsto no artigo 33, § 4º, da Lei Federal de nº 11.343/06. Ex positis, acolhe esta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o voto através do qual CONHECE EM PARTE e julga PROVIDO EM PARTE o apelo interposto por MATHEUS MOTA SILVA NOGUEIRA. Salvador/BA, 26 de setembro de

2022. Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora