

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000874-25.2019.8.05.0124 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: LUIS EDUARDO DANIEL DOS SANTOS Advogado (s): RAFAEL SAMPAIO SILVA, CLAUDIO AUGUSTO BARBOSA SANTANA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DEFENSIVO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. AUSÊNCIA DO RÉU. NÃO CABIMENTO. PARTICIPAÇÃO DO ADVOGADO CONSTITUÍDO. NÃO COMPROVAÇÃO DO PREJUÍZO. MÉRITO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS. AUTO DE APREENSÃO. LAUDOS PERICIAIS. DEPOIMENTOS HARMÔNICOS E COERENTES DOS POLICIAIS. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 EM GRAU MÁXIMO. ACOLHIMENTO. OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. FRAÇÃO DE 2/3 APLICADA. PENA DEFINITIVA E DE MULTA REDIMENSIONADAS. RECURSO CONHECIDO, PRELIMINAR REJEITADA, E, NO MÉRITO, PROVIDO EM PARTE. I – Trata-se de Recurso de Apelação interposto por LUÍS EDUARDO DANIEL DOS SANTOS, representado pelos advogados Rafael Sampaio Silva (OAB/BA 56.918) e Cláudio Augusto Barbosa Santana (OAB/BA 45.559), em irresignação à sentença condenatória proferida pelo Juízo da Vara Crime, Júri, Execuções Penais e Juventude da Comarca de Itaparica/BA, que o condenou à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, posteriormente substituída por restritiva de direitos, e ao pagamento de 266 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito capitulado no art. 33 da Lei nº 11.343/06. II – Consoante se extrai da denúncia, no dia 07 de junho de 2019, por volta das 11h30min, na Av. Bahia, bairro da Fazenda Galvão, município de Itaparica/BA, o ora Apelante foi detido em flagrante delito por estar de posse de um saco plástico, que continha em seu interior, 120 (cento e vinte) pedrinhas de crack, acondicionadas em papel alumínio, prontas para comercialização; 50 (cinquenta) pinos plásticos contendo cocaína e 30 (trinta) trouxinhas de “maconha”. III – Consta, ainda, na exordial acusatória, que: “[...] que na data supra, agentes policiais encontravam-se m diligências na Fazenda Galvão, município de Itaparica, quando ao passar na Av. Bahia, viram o ora denunciado, e por este já ter algumas passagens pela polícia, resolveram abordá-lo, tendo ele empreendido fuga, contudo, foi perseguido e alcançado e em sue poder foi encontrado o saco plástico que continha as drogas. Interrogado na fase inquisitorial, o ora denunciado declarou que foi detido em sua casa, onde nada ilícito foi encontrado, e que depois de detido, outros policiais apareceram e entregaram o saco contendo as drogas, para incriminá-lo. As declarações do ora denunciado, não encontram respaldo nos indícios existente nos autos, devendo ser considerado, que já esteve detido por roubo por cerca de um ano. Assim agindo, cometeu LUIS EDUARDO DANIEL DOS SANTOS, os delitos previstos nos arts. 33 e 35, da Lei Nº 11.343/06, pelo que, contra ele se oferece a presente denúncia que, recebida e autuada se lhe deve dar ciência, para comparecer em juízo para interrogatório e demais atos processuais até final sentença, quando se espera venha a ser condenado nas sanções previstas nos dispositivos legais supra, ouvindo-se as testemunhas abaixo arroladas. [...]”. IV – Inconformado, o Apelante, representado pelos advogados Rafael Sampaio Silva (OAB/BA 56.918) e Cláudio Augusto Barbosa Santana (OAB/BA 45.559), interpôs o presente Recurso de Apelação, suscitando, preliminarmente, em suas razões recursais, a nulidade da audiência de instrução e julgamento realizada no dia 30 de setembro de 2019, com supedâneo nos arts. 5º, LV, da CF, e 564, VI, do CPP, aduzindo que a ampla defesa e o contraditório foram maculados,

uma vez que as testemunhas de acusação foram ouvidas sem a presença do acusado. No mérito, a Defesa pugna pela absolvição do Apelante pelo delito de tráfico de drogas, sob o argumento da insuficiência probatória para sustentar o édito condenatório, com base nas diretrizes constantes no art. 386, inciso VII do CPP. Subsidiariamente, pleiteia a reforma da dosimetria da pena, a fim de que seja aplicada a benesse do tráfico privilegiado, em seu grau máximo, ou seja, na fração de 2/3 (dois terços). V – Preliminar. Não assiste razão ao Apelante quanto a arguida nulidade da audiência de instrução e julgamento, realizada em 30 de setembro de 2019, em que ocorreu a oitiva das testemunhas de acusação, uma vez que, em que pese a ausência do Acusado, observa-se que a Defesa do Réu participou do ato e, inclusive, aquiesceu à realização da assentada instrutória naquele momento, não apresentando nenhuma impugnação à colheita dos depoimentos das testemunhas arroladas na exordial acusatória, e sequer pugnou pela remarcação da assentada, dessa forma, realizando o acompanhamento de toda a instrução probatória. Precedentes do STJ. Portanto, não há que se falar em cerceamento de defesa diante da participação do causídico, tampouco na violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, os quais foram devidamente assegurados. VI – No mérito, em que pesem as alegações do Apelante, vê-se que não lhe assiste qualquer razão, uma vez que as provas carreadas ao processo, legalmente produzidas, evidenciam a materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas cometido pelo Sentenciado, conforme se extrai do vê-se que não lhe assiste razão, uma vez que as provas carreadas ao processo, legalmente produzidas, evidenciam a materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas cometido pelo Sentenciado, conforme se extrai do Auto de Exibição e Apreensão; do Laudo de Constatação nº 2019 31 PC 000857-01; do Laudo de Exame Pericial nº 2019 04 PC 002895-01; bem como dos depoimentos dos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante do Acusado, prestados em sede inquisitorial e em Juízo. VII – Nesse sentido, os depoimentos dos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante do Apelante foram firmes e coerentes com as demais provas dos autos, evidenciando a materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas cometido pelo ora Apelante. VIII – Outrossim, as condições sob as quais o evento ocorreu evidenciaram que a intenção por trás das substâncias apreendidas era claramente voltada para a comercialização, sobretudo diante da diversidade/natureza e quantidade substancial de drogas apreendidas, bem como em face da forma de acondicionamento destas, isto é, fracionadas em pequenas porções, os quais são indicativos da destinação à traficância. IX – No que pertine à dosimetria da pena, verifica-se que, na primeira fase, o Magistrado primevo exasperou a pena-base do crime de tráfico de drogas, diante da diversidade, natureza e quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas em posse do Apelante, fixando a reprimenda basilar em 06 (seis) anos de reclusão. X – Impende destacar que, mostra-se acertada a valoração negativa decorrente da diversidade, natureza e quantidade das drogas apreendidas, uma vez que foram apreendidas: 60g (sessenta gramas) de maconha; 32g (trinta e dois gramas) de cocaína e 12g (doze gramas) de crack, ou seja, três tipos de drogas (maconha, cocaína e crack), ademais, acondicionadas em três formas diferentes, conforme Laudos Periciais, o que, consoante o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, deve ser utilizado para majorar a reprimenda basilar. XI – No que se refere ao quantum de aumento da pena-base para a circunstância valorada negativamente, cabe mencionar que, em que pese não seja direito subjetivo do Réu a adoção das frações de 1/6 (um sexto) sobre a pena

mínima em abstrato ou de 1/8 (um oitavo) sobre a diferença entre o mínimo e o máximo da pena abstratamente cominada ao delito – comumente aceitas pela doutrina e pela jurisprudência da Corte de Cidadania como parâmetro norteador –, a fração de aumento utilizada pelo Juízo a quo para justificar o aumento da pena em relação a circunstância desfavorável se apresenta como desproporcional, sobretudo por se afastar sobremaneira daquela prudencialmente recomendada, sem efetuar qualquer fundamentação específica neste ponto. Precedentes do STJ. Sendo assim, redimensiona-se a reprimenda basilar, adotando a fração de 1/6 (um sexto) sobre a pena mínima abstratamente cominada ao delito para desvalorar o vetor da culpabilidade, diante da diversidade, natureza e quantidade das drogas apreendidas, restando fixada a pena-base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. XII – Na segunda e terceira fase da dosimetria, o Juízo a quo constatou a ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes, não identificou causas de aumento de pena e reconheceu a incidência da causa de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado, reduzindo a pena somente na razão de 1/3 (um terço), sob o fundamento de “tendo em vista a quantidade e variedade das drogas”, fixando a pena definitiva ao Apelante em 04 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, e ao pagamento de 266 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo. XIII – Contudo, vislumbra-se que ao utilizar o critério da “quantidade e variedade das drogas” na terceira fase da dosimetria, fundamento já adotado para majorar a pena-base, o Magistrado primevo deixou de observar o entendimento consolidado dos Tribunais Superiores, os quais já estabeleceram que os elementos contidos no art. 42, da Lei n. 33.434/06 só podem ser levados em consideração na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena, nunca em ambas simultaneamente. Precedentes do STJ. Dessa forma, contata-se que assiste razão ao Apelante quanto o pleito em apreço, devendo a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 ser aplicada em seu patamar máximo, ou seja, na razão de 2/3 (dois terços). XIV – Portanto, em razão da alteração formulada na primeira fase da dosimetria, e reconhecida a incidência do § 4º do art. 33, da Lei de Drogas, na fração de 2/3 (dois terços), fixa-se a pena definitiva do Apelante em 01 (um) ano 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, consoante o disposto no art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal. XV – Ademais, mister redimensionar a pena de multa fixada para 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, no valor unitário mínimo, uma vez que esta deve guardar simetria com a pena privativa de liberdade estabelecida. XVI – Por derradeiro, observa-se que o Juízo a quo substituiu a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviço à comunidade em entidade pública, a ser cumprida 1 (uma) hora de tarefa gratuita por dia de pena, observado o disposto no art. 46, §§ 3º e 4º, do Código Penal, cabendo ao Juízo das Execuções Penais deliberar acerca das regras e local do cumprimento da reprimenda. XVII – Impende destacar que, não obstante o art. 44, § 2º, do Código Penal estabeleça que às condenações superiores a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de liberdade e multa ou por duas penas restritivas de direitos, mantêm-se a substituição da pena restritiva de liberdade por somente uma pena restritiva de direito, nos termos fixados pelo Magistrado primevo, em observância ao princípio do non reformatio in pejus. XVIII – Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e desprovimento do Apelo. XIX – Recurso CONHECIDO, PRELIMINAR REJEITADA e, no mérito, PROVIDO EM PARTE, para aplicar o benefício do tráfico

privilegiado no patamar de 2/3 (dois terços), redimensionando-se a reprimenda definitiva do Apelante para 01 (um) ano 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, consoante o disposto no art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, e ao pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, no valor unitário mínimo, mantendo-se inalterados os demais termos da sentença vergastada. Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Criminal n.º 0000874-25.2019.8.05.0124, em que figuram, como Apelante, LUIS EDUARDO DANIEL DOS SANTOS, e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Câmara Criminal Segunda Turma Julgadora do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER do Recurso, REJEITAR A PRELIMINAR suscitada, e, no mérito, DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Apelo, para aplicar o benefício do tráfico privilegiado no patamar de 2/3 (dois terços), redimensionando-se a reprimenda definitiva do Apelante para 01 (um) ano 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, consoante o disposto no art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, e ao pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, no valor unitário mínimo, mantendo-se inalterados os demais termos da sentença vergastada, e assim o fazem pelas razões que integram o voto do eminente Desembargador Relator. Sala das Sessões da Primeira Câmara Criminal 2ª Turma do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 02 de abril de 2024. PRESIDENTE DESEMBARGADOR BALTAZAR MIRANDA SARAIVA RELATOR PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA BMS12 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 2 de Abril de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000874-25.2019.8.05.0124 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: LUIS EDUARDO DANIEL DOS SANTOS Advogado (s): RAFAEL SAMPAIO SILVA, CLAUDIO AUGUSTO BARBOSA SANTANA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposto por LUIS EDUARDO DANIEL DOS SANTOS, representado pelos advogados Rafael Sampaio Silva (OAB/BA 56.918) e Cláudio Augusto Barbosa Santana (OAB/BA 45.559), em irresignação à sentença condenatória proferida pelo Juízo da Vara Crime, Júri, Execuções Penais e Juventude da Comarca de Itaparica/BA, que o condenou à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, posteriormente substituída por restritiva de direitos, e ao pagamento de 266 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito capitulado no art. 33 da Lei n.º 11.343/06. Consoante se extrai da denúncia, no dia 07 de junho de 2019, por volta das 11h30min, na Av. Bahia, bairro da Fazenda Galvão, município de Itaparica/BA, o ora Apelante foi detido em flagrante delito por estar de posse de um saco plástico, que continha em seu interior, 120 (cento e vinte) pedrinhas de crack, acondicionadas em papel alumínio, prontas para comercialização; 50 (cinquenta) pinos plásticos contendo cocaína e 30 (trinta) trouxinhas de "maconha". Consta, ainda, na exordial acusatória, que: "[...] que na data supra, agentes policiais encontravam-se m diligências na Fazenda Galvão, município de Itaparica, quando ao passar na Av. Bahia, viram o ora denunciado, e por este já ter algumas passagens pela polícia, resolveram abordá-lo, tendo ele empreendido fuga, contudo, foi perseguido e alcançado e em sue poder foi encontrado o saco plástico que continha as drogas. Interrogado na fase inquisitorial, o ora denunciado declarou que foi detido em sua casa, onde nada ilícito foi

encontrado, e que depois de detido, outros policiais apareceram e entregaram o saco contendo as drogas, para incriminá-lo. As declarações do ora denunciado, não encontram respaldo nos indícios existente nos autos, devendo ser considerado, que já esteve detido por roubo por cerca de um ano. Assim agindo, cometeu LUIS EDUARDO DANIEL DOS SANTOS, os delitos previstos nos arts. 33 e 35, da Lei Nº 11.343/06, pelo que, contra ele se oferece a presente denúncia que, recebida e autuada se lhe deve dar ciência, para comparecer em juízo para interrogatório e demais atos processuais até final sentença, quando se espera venha a ser condenado nas sanções previstas nos dispositivos legais supra, ouvindo-se as testemunhas abaixo arroladas. [...]”. (IDs 46386435 e 46386436). Em prestígio aos preceitos da celeridade e da economia processual, e tendo em vista ali se externar, suficientemente, no que relevante, a realidade da marcha processual até então desenvolvida, adota-se o relatório da sentença (IDs 46387418; 46387316; 46387315; 46387314 – Pág. 06), a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto. Apreciando as imputações da respectiva denúncia, o Juízo primevo julgou parcialmente procedente a exordial acusatória, condenando o Apelante nas penas supramencionadas, pela prática do delito tipificado no art. 33, da Lei nº 11.343/06, e o absolvendo da acusação de ter praticado o crime capitulado no art. 35 da Lei nº 11.343/06. Inconformado, o Apelante, representado pelos advogados Rafael Sampaio Silva (OAB/BA 56.918) e Cláudio Augusto Barbosa Santana (OAB/BA 45.559), interpôs o presente Recurso de Apelação, suscitando, preliminarmente, em suas razões recursais, a nulidade da audiência de instrução e julgamento realizada no dia 30 de setembro de 2019, com supedâneo nos arts. 5º, LV, da CF, e 564, VI, do CPP, aduzindo que a ampla defesa e o contraditório foram maculados, uma vez que as testemunhas de acusação foram ouvidas sem a presença do acusado. No mérito, a Defesa pugna pela absolvição do Apelante pelo delito de tráfico de drogas, sob o argumento da insuficiência probatória para sustentar o édito condenatório, com base nas diretrizes constantes no art. 386, inciso VII do CPP. Subsidiariamente, pleiteia a reforma da dosimetria da pena, a fim de que seja aplicada a benesse do tráfico privilegiado, em seu grau máximo, ou seja, na fração de 2/3 (dois terços) (ID 51305935). Em contrarrazões de ID 52977813, o Parquet requereu o parcial provimento do recurso, exclusivamente para alterar o quantum de redução da pena por força da causa especial de diminuição contida no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Instada a se manifestar, a douta Procuradoria de Justiça ofertou parecer pelo conhecimento e não provimento da Apelação (ID 58586608). Com este relato, submeto o exame dos autos ao eminente Des. Revisor, nos termos do artigo 166 do RITJBA. Salvador, 22 de março de 2024. DESEMBARGADOR BALTAZAR MIRANDA SARAIVA RELATOR BMS12 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000874-25.2019.8.05.0124 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: LUIS EDUARDO DANIEL DOS SANTOS Advogado (s): RAFAEL SAMPAIO SILVA, CLAUDIO AUGUSTO BARBOSA SANTANA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Conforme relatado, cuida-se de Recurso de Apelação interposto por LUÍS EDUARDO DANIEL DOS SANTOS, representado pelos advogados Rafael Sampaio Silva (OAB/BA 56.918) e Cláudio Augusto Barbosa Santana (OAB/BA 45.559), em irresignação à sentença condenatória proferida pelo Juízo da Vara Crime, Júri, Execuções Penais e Juventude da Comarca de Itaparica/BA, que o condenou à pena de 04 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, posteriormente substituída por restritiva de

direitos, e ao pagamento de 266 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito capitulado no art. 33 da Lei n.º 11.343/06. Consoante se extrai da denúncia, no dia 07 de junho de 2019, por volta das 11h30min, na Av. Bahia, bairro da Fazenda Galvão, município de Itaparica/BA, o ora Apelante foi detido em flagrante delito por estar de posse de um saco plástico, que continha em seu interior, 120 (cento e vinte) pedrinhas de crack, acondicionadas em papel alumínio, prontas para comercialização; 50 (cinquenta) pinos plásticos contendo cocaína e 30 (trinta) trouxinhas de “maconha”. Consta, ainda, na exordial acusatória, que: “[...] que na data supra, agentes policiais encontravam-se em diligências na Fazenda Galvão, município de Itaparica, quando ao passar na Av. Bahia, viram o ora denunciado, e por este já ter algumas passagens pela polícia, resolveram abordá-lo, tendo ele empreendido fuga, contudo, foi perseguido e alcançado e em seu poder foi encontrado o saco plástico que continha as drogas. Interrogado na fase inquisitorial, o ora denunciado declarou que foi detido em sua casa, onde nada ilícito foi encontrado, e que depois de detido, outros policiais apareceram e entregaram o saco contendo as drogas, para incriminá-lo. As declarações do ora denunciado, não encontram respaldo nos indícios existente nos autos, devendo ser considerado, que já esteve detido por roubo por cerca de um ano. Assim agindo, cometeu LUIS EDUARDO DANIEL DOS SANTOS, os delitos previstos nos arts. 33 e 35, da Lei Nº 11.343/06, pelo que, contra ele se oferece a presente denúncia que, recebida e autuada se lhe deve dar ciência, para comparecer em juízo para interrogatório e demais atos processuais até final sentença, quando se espera venha a ser condenado nas sanções previstas nos dispositivos legais supra, ouvindo-se as testemunhas abaixo arroladas. [...]”. (IDs 46386435 e 46386436). Inconformado, o Apelante, representado pelos advogados Rafael Sampaio Silva (OAB/BA 56.918) e Cláudio Augusto Barbosa Santana (OAB/BA 45.559), interpôs o presente Recurso de Apelação, suscitando, preliminarmente, em suas razões recursais, a nulidade da audiência de instrução e julgamento realizada no dia 30 de setembro de 2019, com supedâneo nos arts. 5º, LV, da CF, e 564, VI, do CPP, aduzindo que a ampla defesa e o contraditório foram maculados, uma vez que as testemunhas de acusação foram ouvidas sem a presença do acusado. No mérito, a Defesa pugna pela absolvição do Apelante pelo delito de tráfico de drogas, sob o argumento da insuficiência probatória para sustentar o édito condenatório, com base nas diretrizes constantes no art. 386, inciso VII do CPP. Subsidiariamente, pleiteia a reforma da dosimetria da pena, a fim de que seja aplicada a benesse do tráfico privilegiado, em seu grau máximo, ou seja, na fração de 2/3 (dois terços) (ID 51305935). Feito esse registro, passa-se ao exame das razões recursais. I – PRELIMINAR DE NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO Inicialmente, em sede preliminar, o Apelante suscita a nulidade da audiência de instrução e julgamento em que ocorrida a oitiva das testemunhas de acusação, realizada em 30 de setembro de 2019, uma vez que, em decorrência de problemas na conexão do local em que se encontrava encarcerado, não foi possível a sua participação, o que, alegadamente, “viola as regras do devido processo legal, sobretudo quando analisado com a ótica dos princípios da Ampla defesa e do Contraditório”. Não obstante as argumentações do Apelante, o pedido não encontra respaldo. A princípio, é imperioso consignar que a ausência do réu na audiência de oitiva de testemunhas, inclusive da acusação, por si só, não causa a nulidade do processo, eis que, prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento no sentido de que “no moderno sistema processual penal,

eventual alegação de nulidade, ainda que absoluta, deve vir acompanhada da demonstração do efetivo prejuízo. Não se proclama uma nulidade sem que se tenha verificado prejuízo concreto à parte, sob pena de a forma superar a essência. Vigora, portanto, o princípio *pas de nullité sans grief*, a teor do que dispõe o art. 563 do Código de Processo Penal”. (STJ, AgRg no HC n. 727.709/MG, Quinta Turma, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Julgado em 16/8/2022, DJe de 22/8/2022). Nessa senda, compulsando os autos, observa-se que a Defesa do Réu participou de todos os atos processuais, inclusive da referida audiência de instrução e julgamento, realizada em 30 de setembro de 2019, conforme se extrai da ata da audiência em questão (ID 46387272). O advogado constituído do Acusado, inclusive, aquiesceu à realização da assentada instrutória naquele momento, não apresentando nenhuma impugnação à colheita dos depoimentos das testemunhas arroladas na exordial acusatória, e sequer pugnou pela remarcação da assentada, dessa forma, realizando o acompanhamento de toda a instrução probatória. Nesse sentido, colaciona-se julgados do Superior Tribunal de Justiça: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIMES DOLOSOS CONTRA A VIDA. NULIDADE. REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIAS DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO PARA OITIVA DE TESTEMUNHAS DE ACUSAÇÃO. AUSÊNCIA DO RÉU. DEFESA TÉCNICA PRESENTE EM TODAS AS OPORTUNIDADES. PREJUÍZO NÃO COMPROVADO. AGRADO IMPROVIDO. 1. O direito de presença aos atos processuais não é indisponível e irrenunciável, de modo que o não comparecimento do acusado em audiência de oitiva de testemunhas não enseja, por si só, declaração de nulidade do ato, sendo necessária a arguição no momento oportuno e a comprovação do prejuízo, nos termos do art. 563 do CPP – *pas de nullité sans grief* (AgRg no AREsp 973.916/AM, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 24/5/2018, DJe de 4/6/2018) 2. Na hipótese, não se comprovou o efetivo prejuízo suportado pelo acusado, que não se fez presente em Juízo por conta de dificuldades no seu transporte do estabelecimento prisional onde se encontrava até o local das audiências, todavia, este foi assistido pela Defensoria Pública e por advogado dativo que se fizeram presentes nas duas audiências de instrução e julgamento, podendo inquirir testemunhas e fazer outros questionamentos. 3. Agrado regimental improvido. (STJ, AgRg no HC n. 635.144/RS, Relator; Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 30/3/2021, DJe de 8/4/2021). (Grifos nossos). AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS IMPROVIDO. OPERAÇÃO DISE 47. TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O MESMO FIM. NULIDADE. AUSÊNCIA DE INTIMAÇÃO PESSOAL DE RÉU FORAGIDO ACERCA DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. PRESENÇA DE DEFESA CONSTITUÍDA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ILEGALIDADE MANIFESTA. AUSÊNCIA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO MONOCRÁTICA QUE SE IMPÕE. 1. Deve ser mantida a decisão monocrática que negou provimento ao recurso, pois o agravante, foragido, foi citado por edital e constituiu advogado, o qual foi intimado para audiência de instrução, o que afasta a alegação de nulidade por ausência de intimação do réu para o ato processual. 2. Ademais, não demonstrado o prejuízo, uma vez que, apesar da ausência do acusado na produção de prova testemunhal – que posteriormente embasou sua condenação –, seu direito de defesa foi exercido pelo advogado regularmente constituído presente no ato processual. 3. Agrado regimental improvido. (STJ, AgRg no RHC n. 178.545/SP, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Sexta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 1/9/2023). (Grifos nossos). Nessa esteira, não há que se falar em cerceamento de defesa diante da participação do causídico em todos os atos processuais, tampouco na violação dos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa, os quais foram

devidamente assegurados. Portanto, rejeita-se a preliminar suscitada. II – PLEITO DE ABSOLVIÇÃO No mérito, o Apelante aduz, em síntese, que o conjunto probatório é insuficiente para ensejar a condenação pelo crime de tráfico de drogas, pugnando, assim, pela absolvição. Em que pesem as alegações do Apelante, vê-se que não lhe assiste razão, uma vez que as provas carreadas ao processo, legalmente produzidas, evidenciam a materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas cometido pelo Sentenciado, conforme se extrai do Auto de Exibição e Apreensão (ID 46386439 – Pág. 02); do Laudo de Constatação nº 2019 31 PC 000857-01 (ID 46386440); do Laudo de Exame Pericial nº 2019 04 PC 002895-01 (ID 46387306); bem como dos depoimentos dos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante do Acusado, prestados em sede inquisitorial (ID 46386437 – Pág. 03/05) e em Juízo (Pje Mídias). Nesse sentido, os depoimentos dos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante do Apelante foram firmes e coerentes com as demais provas dos autos, evidenciando a materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas cometido pelo ora Apelante, conforme se vê: "que estava fazendo ronda pela localidade da Fazenda Galvão e avistaram o indivíduo na esquina, próximo a um poste. Que ao avistar a viatura, e quando foram fazer a abordagem, ele empreendeu em fuga com um saco amarelo. Que o indivíduo viu que não ia dar pra correr mais e parou. Que realizaram a abordagem e encontraram uma certa quantidade de droga na sacola amarela. Que a droga era crack e estava embalada para comercialização em saco plástico. Que tinha bastante, umas 100 mais ou menos. Que não conhecia o réu. Que fizeram o encaminhamento do réu à delegacia e a apresentação das drogas. Que foi próximo ao horário de meio dia, onze horas, onze e meia, mais ou menos. Que tudo ocorreu em via pública, próximo a casa do réu. Que o réu estava sozinho." (Depoimento em Juízo da testemunha SD/PM Franklin da Conceição Pereira, extraído do Parecer Ministerial e conferido conforme mídia audiovisual disponível no Pje Mídias). (Grifos nossos). "que estavam em ronda no setor de Itaparica, Alto das Pombas-Fazenda Galvão. Que passaram e identificaram esse rapaz na esquina da rua. Que um colega da guarnição é morador da região e reconheceu o réu. Que o réu viu a viatura e empreendeu em fuga. Que o acompanharam, que ele estava com um saco, salvo engano preto. Que fizeram a busca pessoal e encontraram com o réu certa quantidade de maconha, crack e cocaína. Que estavam embaladas para comercialização. Que o colega comandante da guarnição já conhecia o réu. Que ele estava sozinho. Que declinou outro nome. Que ocorreu antes do almoço, onze horas". (Depoimento em Juízo da testemunha IPC Betânia Silva Franco, extraído da Sentença e conferido conforme mídia audiovisual disponível no Pje Mídias). (Grifos nossos). Dessa forma, constata-se que os depoimentos supracitados, colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, são firmes, incontroversos, e indene de dúvidas para sustentar a condenação do Réu, além de guardarem plena correspondência com as demais provas produzidas durante a instrução processual. É preciso destacar que os depoimentos dos agentes policiais são plenamente aptos a embasar uma condenação, sempre que consentâneos com os demais elementos probatórios e, estando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade destes, cabe à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Transcreve-se a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema: [...] A condenação do paciente por tráfico de drogas foi lastreada em contundente acervo probatório, consubstanciado nas circunstâncias em que ocorreram sua prisão em flagrante – após denúncias anônimas que levaram a polícia a realizar

uma ronda na área conhecida como Rua da Nóia e a flagrarem o paciente na posse de 7 embrulhos contendo crack, sendo que a massa de cada uma das embalagens pesava cerca de 7 gramas (e-STJ, fls. 8/9) –; Some-se a isso o fato de que um dos menores apreendidos junto com o paciente haver confirmado que a droga seria dele (e-STJ, fl. 9). – Ademais, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. Precedentes. – A pretensão formulada pelo impetrante encontra óbice na jurisprudência desta Corte de Justiça sendo, portanto, manifestamente improcedente. – Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no HC 718.028/PA, Quinta Turma, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Julgado em 15/02/2022, DJe 21/02/2022). (Grifos nossos). [...] a jurisprudência desta Corte é firmada no sentido de que ‘o depoimento dos policiais, prestado em Juízo, constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso’ (HC n. 477.171/SP, Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 13/11/2018, DJe 22/11/2018) (AgRg no AREsp n. 1.770.014/MT, Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 15/12/2020). (...) Agravo regimental desprovido. [...]. (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 1718143/MT, Sexta Turma, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Julgado em 11/05/2021, DJe 17/05/2021). (Grifos nossos). Destarte, não há que se cogitar que os agentes policiais teriam falseado a verdade, atribuindo ao ora Apelante a propriedade das drogas apreendidas, inexistindo nos autos quaisquer elementos probatórios que retirem a credibilidade do depoimento prestado pelos policiais militares em Juízo, bem como algo que desabone a conduta por eles adotada durante a prisão em flagrante do Recorrente. Outrossim, as condições sob as quais o evento ocorreu evidenciaram que a intenção por trás das substâncias apreendidas era claramente voltada para a comercialização, sobretudo diante da diversidade/natureza e quantidade substancial de drogas apreendidas, bem como em face da forma de acondicionamento destas, isto é, fracionadas em pequenas porções, os quais são indicativos da destinação à traficância. É, portanto, indene de dúvidas que as provas produzidas durante a instrução processual são suficientes para embasar a condenação do Apelante pelo delito de tráfico de drogas, o qual possui uma série de núcleos verbais, dentre eles “oferecer”, “fornecer”, “ter em depósito”, “transportar”, “trazer consigo” ou “guardar”, amoldando-se, portanto, a lei à situação fática, em que o Apelante trazia consigo, drogas posteriormente identificadas como maconha, cocaína e crack, substâncias de uso proscrito, conforme a Portaria n. 344/98 da ANVISA. Nessa senda, a tese de ausência de provas apresentada pelo Recorrente em suas razões recursais constitui uma versão inverossímil e isolada dos fatos, não guardando a menor compatibilidade com os elementos probatórios produzidos durante a instrução processual. Sendo assim, não há que se falar em absolvição do Apelante por alegada ausência de provas, devendo ser mantida a sua condenação pela prática do delito tipificado no art. 33, da Lei n. 11.343/06, nos exatos termos fixados na sentença. III – DA DOSIMETRIA DAS PENAS Por fim, o Apelante pugna pela reforma da dosimetria da pena, a fim de que seja aplicada a benesse do tráfico privilegiado, em seu grau máximo, ou seja, na fração de 2/3 (dois terços). Assim, no que pertine à

dosimetria da pena, verifica-se que o Juízo primevo fixou a reprimenda definitiva do Apelante para o delito de tráfico de drogas, nos seguintes termos: “[...] Atento aos princípios estipulados no artigo 59 do Código Penal, passo a dosar a pena. O denunciado Luis Eduardo Daniel dos Santos, conforme se depreende dos autos, é réu é primário, muito embora a sentença de fls. 97/101, informe já ter sido o mesmo condenado pelo delito de roubo, a referida sentença, não transitou em julgado. A quantidade de drogas encontradas em seu poder, por outro lado, foi considerável. Assinale-se que nos autos inexistem quaisquer referências de já ter o apenado exercido atividade laboral lícita. Não existem nos autos elementos através dos quais se possa extrair qualquer elemento a respeito da sua personalidade, conduta social. Tecidas estas considerações, fixo a pena base em 06 (seis) anos de reclusão, reduzida em apenas 1/3, (tendo em vista a quantidade e variedade das drogas) em face da causa especial de diminuição de pena prevista no 8 4º do artigo 33 da Lei 11.343/2006, fixando-a em 04 (quatro) anos de reclusão. A pena de multa, levando-se em consideração as mesmas circunstâncias acima descritas, é fixada em 500, diminuída em 1/3, tornando-a definitiva a pena de 266 dias-multa, cada uma no valor de 1/30 do salário-mínimo. Preenchendo o apenado os requisitos previstos no Art. 44, e incisos, entendo possível a substituição da pena, computando-se ainda, para aferição do remanescente, a detração, nos termos do Art. 42. Assim, deverá o apenado, no saldo de dias remanescentes, em entidade pública, cumprindo 1 (uma) hora de tarefa gratuita por dia de pena, observado o disposto nos § 3º e 4º do Art. 46 do CP, devendo ser deliberada as regras e local do cumprimento em execução. [...]” (IDs 46387418; 46387316; 46387315; 46387314 – Pág. 06). (Grifos nossos). Na primeira fase, observa-se que o Magistrado primevo exasperou a pena-base do crime de tráfico de drogas, diante da diversidade, natureza e quantidade das substâncias entorpecentes apreendidas em posse do Apelante, fixando a reprimenda basilar em 06 (seis) anos de reclusão. Impende destacar que, mostra-se acertada a valoração negativa decorrente da diversidade, natureza e quantidade das drogas apreendidas, uma vez que foram apreendidas: 60g (sessenta gramas) de maconha; 32g (trinta e dois gramas) de cocaína e 12g (doze gramas) de crack, ou seja, três tipos de drogas (maconha, cocaína e crack), ademais, acondicionadas em três formas diferentes, conforme Laudos Periciais de IDs 46386440 e 46387306, o que, consoante o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, deve ser utilizado para majorar a reprimenda basilar. Nessa linha intelectual, confira-se julgado do Superior Tribunal de Justiça: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE/DIVERSIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS (83,19G MACONHA, 18,85G COCAÍNA E 3,38G CRACK). FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 42 DA LEI DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. PROCEDIMENTO INCOMPATÍVEL COM A ESTREITA VIA DO MANDAMUS. DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. REGIME PRISIONAL FECHADO. ADEQUADO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL (ART. 33, § 3º, DO CP). INEXISTÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. I – E assente nesta Corte Superior de Justiça que o agrado 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 – O Juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do estatuto repressivo, a natureza e a quantidade da

substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no artigo 42 da Lei n. 11.343/2006, in verbis: "Art. 42. 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." III – Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. IV – Por ocasião do julgamento do ARE n. 666.334/AM, o eg. Supremo Tribunal Federal reconheceu a repercussão geral da matéria referente à valoração da natureza e da quantidade da droga na dosimetria relativa ao delito de tráfico de entorpecentes e, reafirmando sua jurisprudência, fixou entendimento segundo o qual fica evidenciado o bis in idem quando a valoração em tela opera-se na primeira e terceira fases do cálculo da pena. V – Na hipótese, a pena-base está fundada na quantidade/diversidade e natureza das drogas apreendidas, ao passo que o afastamento da minorante ocorreu pela dedicação às atividades criminosas. Fatos distintos, portanto, inexistindo bis in idem. [...] Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC n. 624.954/SP, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 2/2/2021, DJe de 8/2/2021). (Grifos nossos). No que se refere ao quantum de aumento da pena-base para a circunstância valorada negativamente, cabe mencionar que, em que pese não seja direito subjetivo do Réu a adoção das frações de 1/6 (um sexto) sobre a pena mínima em abstrato ou de 1/8 (um oitavo) sobre a diferença entre o mínimo e o máximo da pena abstratamente cominada ao delito – comumente aceitas pela doutrina e pela jurisprudência da Corte de Cidadania como parâmetro norteador –, a fração de aumento utilizada pelo Juízo a quo para justificar o aumento da pena em relação a circunstância desfavorável se apresenta como desproporcional, sobretudo por se afastar sobremaneira daquela prudencialmente recomendada, sem efetuar qualquer fundamentação específica neste ponto. Nesse sentido, colaciona-se o seguinte julgado do Superior Tribunal de Justiça: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. FURTO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. VALOR SUPERIOR A 10% DO SALÁRIO-MÍNIMO. NÃO INCIDÊNCIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. PROPORCIONALIDADE. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SÚMULA 269/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [...] 8. Salienta-se que a ponderação das circunstâncias judiciais não constitui mera operação aritmética, em que se atribuem pesos absolutos a cada uma delas, mas sim exercício de discricionariedade, devendo o julgador pautar-se pelo princípio da proporcionalidade e, também, pelo elementar senso de justiça. 9. Considerando o silêncio do legislador, a doutrina e a jurisprudência e passaram a reconhecer como critérios ideais para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador, ou de 1/6, a incidir sobre a pena mínima (AgRg no HC n. 800.983/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 15/5/2023, DJe de 22/5/2023.). Diante disso, a exasperação superior às referidas frações, para cada circunstância, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial. 10. No presente caso, verifica-se que o Tribunal de Justiça majorou a pena-base em 1/6 do preceito secundário do tipo penal

incriminador, em razão dos maus antecedentes, critério aceito pela jurisprudência, não podendo se falar em desproporcionalidade ou ofensa a razoabilidade. [...] 13. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no AREsp n. 2.507.940/SP, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 5/3/2024, DJe de 8/3/2024). (Grifos nossos). Sendo assim, redimensiona-se a reprimenda basilar, adotando a fração de 1/6 (um sexto) sobre a pena mínima abstratamente cominada ao delito para desvalorar o vetor da culpabilidade, diante da diversidade, natureza e quantidade das drogas apreendidas, restando fixada a pena-base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. Na segunda e terceira fase da dosimetria, o Juízo a quo constatou a ausência de circunstâncias agravantes e atenuantes, não identificou causas de aumento de pena e reconheceu a incidência da causa de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado, reduzindo a pena somente na razão de 1/3 (um terço), sob o fundamento de “tendo em vista a quantidade e variedade das drogas”, fixando a pena definitiva ao Apelante em 04 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, e ao pagamento de 266 (duzentos e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário mínimo. Contudo, vislumbra-se que ao utilizar o critério da “quantidade e variedade das drogas” na terceira fase da dosimetria, fundamento já adotado para majorar a pena-base, o Magistrado primevo deixou de observar o entendimento consolidado dos Tribunais Superiores, os quais já estabeleceram que os elementos contidos no art. 42, da Lei n. 33.434/06 só podem ser levados em consideração na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena, nunca em ambas, simultaneamente. Nesse sentido, destaca-se os seguintes julgados do Superior Tribunal de Justiça: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182/STJ. HABEAS CORPUS. ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. NÃO INCIDÊNCIA APENAS COM BASE NA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO PARA APLICAR O BENEFÍCIO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. [...] 7. No ponto, que a Terceira Seção, no julgamento do HC n. 725.534/SP, Relator Ministro RIBEIRO DANTAS, realizado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022, reafirmou seu posicionamento anterior, conforme estabelecido no ARE n. 666.334/AM, do Supremo Tribunal Federal, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido consideradas na primeira fase do cálculo da pena, o que configuraria o indevido bis in idem. 8. No presente caso, tendo sido a quantidade da droga utilizada para exasperar a pena-base, necessário o reconhecimento da incidência da causa do tráfico privilegiado, no patamar de 2/3 (dois terços), em observância ao decidido no ARE n. 666.334/AM, julgado pelo STF sob o regime da repercussão geral, em que se firmou o entendimento de que a natureza e a quantidade de droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases da dosimetria, sob pena de indevido bis in idem, ou seja, tal valoração só pode ser considerada na primeira ou na terceira fases do cálculo da pena. 9. Em atenção aos artigos 33 e 44 c/c o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, embora estabelecida a pena definitiva do acusado em 2 anos e 1 mês de reclusão, a quantidade total do entorpecente apreendido (73 tijolos de maconha pesando 53kg), utilizada na exasperação da pena-base, justifica a fixação do regime prisional mais gravoso, no caso, o semiaberto e a

impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 10. Agravo regimental não conhecido. Habeas corpus concedido de ofício para aplicar o benefício do tráfico privilegiado no patamar de 2/3, redimensionando a pena do acusado VINÍCIOS ARAÚJO BONGIOVANI para 2 anos e 1 mês de reclusão, em regime semiaberto, e pagamento de 209 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (STJ, AgRg no AREsp n. 2.399.325/SP, Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 12/9/2023, DJe de 18/9/2023). (Grifos nossos). PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. INEXISTÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. DECISÃO MANTIDA. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME DESFAVORÁVEIS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) APLICADA NA FRAÇÃO DE 1/2. MODULAÇÃO DO REDUTOR. OCORRÊNCIA DE BIS IN IDEM. APLICAR FRAÇÃO DE 2/3. PENA DEFINITIVA FIXADA NO PATAMAR DE 2 ANOS DE RECLUSÃO E 200 DIAS-MULTA. REGIME PRISIONAL SEMIABERTO MANTIDO. NEGATIVA DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06 E ART. 33, § 3º, E ART. 44, AMBOS DO CÓDIGO PENAL – CP. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A majoração da pena-base em 1/5 foi fundamentada pelo Magistrado sentenciante e mantida pela Corte estadual na quantidade e variedade dos entorpecentes apreendidos (448,560g de maconha e 0,700g de cocaína), bem como sopesando as circunstâncias do crime, tendo valorado negativamente pelo fato de a ora agravante e seu comparsa terem invadido residência de pessoa idosa e que se encontrava hospitalizada para manter em depósito as drogas. Na segunda fase, a reprimenda manteve-se inalterada, pois ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes. Na terceira fase, o Tribunal de origem manteve a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 no patamar de 1/2 nos mesmos fundamentos utilizados na majoração da primeira fase, destacando "a quantidade droga apreendida e a invasão da residência de um idoso para esconder a droga em seu quintal". 2. Esta Superior Corte de Justiça firmou o entendimento de que há bis in idem quando a quantidade de drogas é utilizada para elevar a pena-base e também para modular a fração da aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06. 3. Impende salientar que se trata da hipótese tratada no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar 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 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014). No caso dos autos, verifica-se que foram utilizadas a quantidade e variedade de drogas na primeira e terceira fase – 448,560g de maconha e 0,700g de cocaína –, bem como as circunstâncias que o delito ocorreu. Assim, de rigor a incidência da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3. Desse modo, considerando que a pena-base foi fixada em 6 anos de reclusão, e pagamento de 600 dias-multa, reconhecida a incidência do § 4º do art. 33, na fração de 2/3, a pena definitiva resta fixada no patamar de 2 anos de reclusão e 200 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. [...]

6. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg nos EDcl no HC n. 786.557/SP, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Quinta Turma, julgado em

13/11/2023, DJe de 16/11/2023). (Grifos nossos). Dessa forma, contata-se que assiste razão ao Apelante quanto o pleito em apreço, devendo a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 ser aplicada em seu patamar máximo, ou seja, na razão de 2/3 (dois terços). Portanto, em razão da alteração formulada na primeira fase da dosimetria, e reconhecida a incidência do § 4º do art. 33, da Lei de Drogas, na fração de 2/3 (dois terços), fixa-se a pena definitiva do Apelante em 01 (um) ano 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, consoante o disposto no art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal. Ademais, mister redimensionar a pena de multa fixada para 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, no valor unitário mínimo, uma vez que esta deve guardar simetria com a pena privativa de liberdade estabelecida. Por derradeiro, observa-se que o Juízo a quo substituiu a pena privativa de liberdade por uma restritiva de direitos, consistente na prestação de serviço à comunidade em entidade pública, a ser cumprida 1 (uma) hora de tarefa gratuita por dia de pena, observado o disposto no art. 46, §§ 3º e 4º, do Código Penal, cabendo ao Juízo das Execuções Penais deliberar acerca das regras e local do cumprimento da reprimenda. Impende destacar que, não obstante o art. 44, § 2º, do Código Penal estabeleça que às condenações superiores a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de liberdade e multa ou por duas penas restritivas de direitos, mantêm-se a substituição da pena restritiva de liberdade por somente uma pena restritiva de direito, nos termos fixados pelo Magistrado primevo, em observância ao princípio do non reformatio in pejus. Do exposto, VOTO no sentido de CONHECER do Recurso, REJEITAR A PRELIMINAR suscitada, e, no mérito, DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Apelo, para aplicar o benefício do tráfico privilegiado no patamar de 2/3 (dois terços), redimensionando-se a reprimenda definitiva do Apelante para 01 (um) ano 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, consoante o disposto no art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, e ao pagamento de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, no valor unitário mínimo, mantendo-se inalterados os demais termos da sentença vergastada. É como voto. Sala das Sessões da Primeira Câmara Criminal 2ª Turma do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, 02 de abril de 2024. DESEMBARGADOR BALTAZAR MIRANDA SARAIVA RELATOR BMS12