

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal – 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501086-87.2020.8.05.0274 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal – 2ª Turma APELANTES: RAFAEL DE SOUZA SANTOS e Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): APELADOS: RAFAEL DE SOUZA SANTOS e Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÕES SIMULTÂNEAS. PENAL. PROCESSO PENAL. LEI 11.343/2006. APELAÇÕES INTERPOSTAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL E POR RAFAEL DE SOUZA SANTOS. CONDENAÇÃO NAS PENAS DO ARTIGO 33 DA REFERIDA LEI. 1- RECURSO INTERPOSTO POR RAFAEL DE SOUZA SANTOS: 1.1.ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PARA CONDENAÇÃO. INACOLHIMENTO. ACERVO PROBATÓRIO SUFICIENTE À CONDENAÇÃO. APELANTE QUE SABIA DA EXISTÊNCIA DAS DROGAS E ERA PAGO PARA TOMAR CONTA DA CASA ONDE FORAM ENCONTRADOS OS ENTORPECENTES. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS MILITARES QUE EFETUARAM A PRISÃO DO APELANTE QUE SE MOSTRARAM SEGUROS E HARMÔNICOS. VALIDADE DOS REFERIDOS DEPOIMENTOS. PRECEDENTES DO STJ. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS SOBEJAMENTE COMPROVADAS. 1.2. REFORMA DA DOSIMETRIA DA PENA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO EM SUA FRAÇÃO DE MÁXIMA DE 2/3 (DOIS TERÇOS). PARCIAL ACOLHIMENTO. MOTIVOS DO CRIME. LUCRO FÁCIL. ELEMENTAR DO TIPO PENAL. ILEGALIDADE RECONHECIDA. VETORIAL DECOTADO. BASILAR READEQUADA PARA O MÍNIMO. FRAÇÃO DE 1/2 DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. VARIEDADE E QUANTIDADE DE DROGA CONSIDERÁVEIS. INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. 2. RECURSO INTERPOSTO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. 2.1. REFORMA DA DOSIMETRIA DA PENA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO CABIMENTO. POSITIVAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS QUE SE SUSTENTAM EM FUNDAMENTOS IDÔNEOS. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS UTILIZADAS PARA MODULAR A FRAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE DE SIMULTÂNEA UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE DE DROGA PARA O AUMENTO DA PENA-BASE E PARA MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DA MINORANTE, SOB PENA DE BIS IN IDEM. AÇÕES PENAIAS EM ANDAMENTO QUE NÃO AUTORIZAM O AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PRECEDENTES DO STJ. 2.2 ALTERAÇÃO DE REGIME DE CUMPRIMENTO INICIAL DE PENA. AFASTAMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DE PENAS. POSSIBILIDADE. NATUREZA, QUANTIDADE E VARIEDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS QUE JUSTIFICAM A ESCOLHA DE REGIME MAIS GRAVOSO. ALTERAÇÃO PARA O REGIME SEMIABERTO QUE SE FAZ NECESSÁRIA. PRECEDENTES STJ. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. VEDAÇÃO LEGAL. AFASTAMENTO QUE SE IMPÕE. APELOS CONHECIDOS E PARCIALMENTE PROVIDOS. Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelações criminais de nº 0501086-87.2020.8.05.0274, oriundos da 3ª Vara Criminal da Comarca de Vitória da Conquista, tendo como apelantes/apelados o Ministério Público Estadual e Rafael de Souza Santos. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER DOS RECURSOS INTERPOSTOS E JULGÁ-LOS PARCIALMENTE PROVIDOS, de acordo com o voto do Relator. Sala das Sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). José Reginaldo Costa Rodrigues Nogueira Juiz Convocado/Relator Segunda Câmara – 2ª Turma 12 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 2 de Março de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal – 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501086-87.2020.8.05.0274 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal – 2ª Turma APELANTES: RAFAEL DE SOUZA SANTOS e Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): APELADO: RAFAEL DE SOUZA SANTOS e Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s):

RELATÓRIO “Cuidam-se de apelações interpostas pelo Ministério Público Estadual e por Rafael de Souza Santos contra a r. sentença proferida pelo douto Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Vitória da Conquista. Narrou a preambular acusatória que, em 07.07.2020, na residência do denunciado, policiais militares encontraram cento e trinta e sete petecas de maconha, prontas para a venda, e vinte e nove petecas de crack, além de uma balança de precisão e de um aparelho de telefone celular. Prosseguiu narrando o Parquet que, naquele dia, uma guarnição da PM foi acionada para dar apoio em uma ocorrência de roubo, ocorrido no Bairro Miro Cairo. Os policiais lograram êxito em encontrar os assaltantes, que informaram que o denunciado também teria participado da empreitada criminosa e que teria levado os pertences da vítima do assalto, informando, ainda, onde Rafael estaria escondido. Os policiais, então, seguiram para a residência apontada e lá encontraram o denunciado, que estava com o celular da vítima do roubo e com as substâncias entorpecentes e petrechos acima descritos, em situação que indicava que seriam destinadas à venda ilícita. Por tais fatos, Rafael de Souza Santos foi denunciado como incurso nas penas do art. 33, da Lei 11.343/2006 (ID. 30755204). Após regular instrução, a Autoridade Judiciária de 1º Grau julgou procedente a pretensão deduzida na denúncia, condenando Rafael de Souza Santos pela prática do crime definido no art. 33, da Lei 11.343/2006. A pena aplicada foi de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida no regime aberto, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, sendo a pena privativa de liberdade convertida em duas penas restritivas de direito (ID. 30755398). Irresignados, o Ministério Público Estadual e o acusado Rafael de Souza Santos interpuseram recursos de apelação (ID's. 30755417 e 33524751), requerendo o que segue: – Ministério Público Estadual: reforma da dosimetria da pena, para exasperar a pena-base, diante da natureza do delito e da elevada quantidade de droga apreendida, bem como o afastamento do tráfico privilegiado. Por fim, requereu a alteração do regime de cumprimento de pena para o fechado. – Rafael de Souza Santos: a sua absolvição, por insuficiência de provas para a condenação. Subsidiariamente, requereu a reforma da dosimetria da pena, para fixação da pena-base no mínimo legal, e a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado, em sua fração de máxima de 2/3 (dois terços). Em sede de contrarrazões, ambos os apelados manifestaram-se pelo conhecimento e improvimento dos apelos interpostos pelas partes adversas (ID's. 33524753 e 33524758). Encaminhados os recursos a esta Corte de Justiça, os autos foram com vista à douta Procuradoria de Justiça, que se manifestou pelo conhecimento dos recursos interpostos pelas partes e, no mérito, pelo parcial provimento do apelo Ministerial, para alterar o regime de cumprimento de pena para o semiaberto, afastando-se a substituição da pena corporal por restritiva de direitos, e pelo parcial provimento do recurso de Rafael de Souza Santos, para reduzir a pena-base para o mínimo legal (ID. 304806661). Após a análise deste caderno processual, elaborei o presente relatório e o submeto à censura do nobre Desembargador Revisor, para os devidos fins. É o que importa relatar. Salvador/BA, 24 de janeiro de 2023. José Reginaldo Costa Rodrigues Nogueira Juiz Convocado – Relator Segunda Câmara Criminal – 2ª Turma 12 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal – 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501086-87.2020.8.05.0274 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal – 2ª Turma APELANTE: RAFAEL DE SOUZA SANTOS e Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): APELADO: RAFAEL DE SOUZA SANTOS e Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): VOTO Presentes os requisitos de

admissibilidade, conheço dos presentes recursos de apelação. 1. Do Recurso do apelante Rafael de Souza Santos 1.1 Da absolvição por insuficiência probatória O recorrente fustiga inicialmente o decreto condenatório, sob o fundamento de que não teriam sido reunidas provas suficientes da autoria delitiva, eis que calcado em depoimentos das testemunhas militares, eivados de divergências, pugnando pela sua absolvição. Tal pretensão não merece ser acolhida. Com efeito, a prova carreada aos autos demonstra, indubitavelmente, a materialidade delitiva, consubstanciada no Auto de Exibição e Apreensão (ID. 30755205 – fl. 8), Laudo Pericial Preliminar (ID. 30755205 – fl. 26/27) e Laudo Pericial Definitivo (ID's. 30755299 e 30755385), que atestaram a apreensão de 7,296g (sete gramas e vinte e nove centigramas) de cocaína, distribuídos em 29 (vinte e nove) pedras; 303,40g (trezentos e três gramas e quarenta centigramas) distribuídos em 137 petecas de sacos plásticos; além de uma balança de precisão; três celulares; um carregador de celular e uma bicicleta. Sobre a autoria, foram ouvidos, em sede extrajudicial, os policiais que efetuaram a prisão do apelante, os quais verbalizaram como os fatos ocorreram, de maneira congruente, confirmando que estavam em diligência na ocorrência de um crime de roubo, quando os flagranteados informaram que o apelante também participou do mencionado roubo e que estaria escondido em casa, com os pertences da vítima, e, em razão disso, se dirigiram ao local indicado; que ao chegarem na casa, o apelante foi encontrado com a res furtiva, oportunidade em que também foram encontradas em seu poder drogas e petrecho para o tráfico (ID. 29313108, fls. 03/06). Em juízo, os referidos policiais confirmaram seus depoimentos prestados na seara inquisitorial: SDPM Alex Bruno Alves Couto: “(...) que nós fomos em apoio a uma guarnição, nas proximidades do bairro Henriqueta Prates, em diligência para apurar um roubo; que quando chegaram lá, já haviam pessoas sob custódia; que foram para o outro lado da cidade; que acha que foi o bairro Guarani, buscar os objetos das vítimas que estariam guardados em algum lugar; que não se recorda quem indicou o lugar, que foi em apoio À guarnição; que salvo engano, era um apartamento; que na casa foram encontrados os bens e os entorpecentes; que não se recorda exatamente quantas pessoas tinham na casa; que tudo que foi apresentado estava dentro da casa; (...)” Grifos nossos (oitava disponível no link constante de ID 30755392) Confirmando essa versão, o SD/PM Lázaro Santos Oliveira narrou que ingressou na casa indicada, onde o apelante se encontrava, e lá foram encontrados os produtos do roubo, drogas, cocaína e maconha, balança de precisão e sacos plásticos; que o pessoal que praticou o roubo morava junto com o apelante. Pelo conteúdo dos depoimentos acima expostos, prestados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, não se pode falar em superficialidade ou em incoerência nas narrativas apresentadas pelos agentes públicos, os quais foram convergentes entre si e seguros, ao afirmarem que encontraram maconha, cocaína e balança de precisão na casa do apelante, o que deixa clara a responsabilidade criminal deste. Nesse contexto, deve ser salientado que a doutrina majoritária e a jurisprudência adotam o entendimento de que os policiais não têm nenhum impedimento em depor sobre crimes, mesmo quando efetuaram o flagrante, sendo seus depoimentos válidos para embasar um decreto condenatório. Nesse sentido: “(...) 2. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese (AgRg no AREsp 875.769/ES, Rel. Ministro ROGERIO

SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 7/3/2017, DJe 14/3/2017; AgRg no AREsp 926.253/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 18/8/2016, DJe 26/8/2016). 3. Agravo regimental não provido.” (AgRg no AgRg no AREsp 1598105/SC, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/03/2020, DJe 23/03/2020) grifos nossos O apelante, por seu turno, inicialmente, perante a autoridade policial, declarou que as drogas apreendidas eram para seu uso. Entretanto, em juízo, informou que as drogas que foram encontradas em sua casa não eram suas. Seu interrogatório judicial foi no seguinte sentido, conforme conteúdo disponibilizado no link constante de ID. 30755392: “(...) que mora em Vitória da Conquista; que a casa era alugada; que um rapaz alugou para o interrogado tomar conta; que as drogas que tinham lá eram dele, que não eram do interrogado; que não morava nessa casa, pois era alugada; quando ele alugou a casa, lhe pediu para tomar conta, aí ele deixou essas drogas lá; que tomava conta da casa porque ele saía para trabalhar e lhe deixava tomando conta da casa; que alguns pertences eram seus e outros dele; que nesse exato momento estava lá na hora errada; que ele te deu a chave para dormir lá; que ele falou que ia trabalhar e que o interrogado ficasse lá; que disse a ele que se a polícia chegasse lá, o interrogado não iria responder pelo tráfico de drogas; que não sabia que lá tinha drogas; que a droga era dele, não era sua; que quando ele saía para trabalhar, ele deixava a chave com o interrogado; que ele falou que se a polícia chegasse, o interrogado teria que assumir a droga como sua, mas não assumiu; que não sabe porque está preso; que dormia lá toda noite; que ele te dava algum dinheiro para comprar umas coisas e para comer; que ele trabalhava no posto de gasolina, de vigia; que só dormia lá a noite; que de dia o interrogado ficava em sua casa; que ele pagava ao interrogado cem reais por mês (...)”. Grifos nossos Quanto à negativa apresentada pelo recorrente, sua versão se distancia, e muito, da realidade fática. Não há uma mínima razoabilidade em suas declarações. E mesmo que se considere que a casa, de fato, não era sua, tal particularidade não impediria a imputação de tráfico, uma vez que o próprio apelante declarou em juízo que sabia da existência das drogas na residência e que recebia uma quantia de R\$ 100,00 (cem reais) para cuidar da casa durante a noite, como bem frisou o magistrado sentenciante. Apesar da tese defensiva basear-se na insuficiência de provas para a condenação, o conjunto probatório aponta, de forma uníssona e indubitosa, ter sido o apelante o autor do fato, não havendo nos autos qualquer prova que possa infirmar tal declaração. Ademais, as circunstâncias em que se deu a prisão, especialmente pela variedade de substâncias e apetrecho encontrados, demonstram que naquele imóvel ocorria comércio de drogas, configurando com nitidez o delito de tráfico de entorpecentes. Aliás, o STJ vem decidindo nesse sentido: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL INOCORRENTE. RECURSO DESPROVIDO. (...) 5. A apreensão de instrumentos geralmente utilizados nas atividades relacionadas ao tráfico de entorpecentes (balança de precisão, embalagens, caderno de anotações), de expressiva quantidade de dinheiro e de elevada quantidade e variedade de drogas evidencia o envolvimento habitual do agente com a narcotraficância. (...) 7. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RHC n. 164.024/MG, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 17/6/2022.) Não há, portanto, fragilidade ou vulnerabilidade probatória, mas certeza quanto à autoria delitiva imputada ao apelante, sendo

imperiosa a manutenção do decreto condenatório pela prática do crime previsto no art. 33, da Lei 11.343/2006. 1.2. Da reforma da dosimetria da pena Subsidiariamente, pretende o apelante Rafael a reforma da dosimetria, para que a pena-base seja fixada no mínimo legal, eis que a valoração negativa dos motivos do crime (lucro fácil) já integra o tipo penal, bem como que seja aplicada a causa de diminuição do tráfico privilegiado, em sua fração máxima de 2/3 (dois terços). Sua tese defensiva merece parcial provimento. Analisando-se a sentença condenatória (ID. 30755398), no tocante à dosimetria da pena, à vista das circunstâncias judiciais, foi tomada como negativa o vetor 'motivos do crime', por entender o Juízo sentenciante que o acusado "objetivava lucro fácil". Assim, foi estabelecida uma pena-base de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa. No entanto, este raciocínio reclama reparos. É que a fundamentação utilizada pelo Juízo sentenciante já compõe elementar do tipo e, por isso, não autoriza o desvalor dos 'motivos do crime'. Neste sentido, o STJ: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. MOTIVOS DO CRIME. LUCRO FÁCIL. ELEMENTAR DO TIPO PENAL. ILEGALIDADE RECONHECIDA. VETORIAL AFASTADA. PENA READEQUADA. 1. A busca por lucro fácil constitui elementar do tipo penal de tráfico de drogas, não justificando, por si só, o aumento da pena-base. 2. Mantida a elevação da pena-base com esteio no montante apreendido de entorpecentes, e afastados os motivos do crime, deve-se reduzir proporcionalmente a fração de aumento, com a pena final do paciente em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 486 dias-multa. 3. Agravo regimental provido. (AgRg no AgRg no HC n. 704.098/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 28/6/2022, DJe de 1/7/2022.) Grifos nossos. Portanto, o pedido defensivo de afastamento do desvalor dos 'motivos do crime' comporta acolhida, devendo a pena-base ser redimensionada para o mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão, e o pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Prosseguindo, na segunda fase da dosimetria, ausentes circunstâncias agravantes, foi considerada a atenuante da confissão pelo magistrado julgador. Entretanto, seus efeitos não poderão incidir sobre a nova pena aplicada, eis que já fixada no mínimo legal, em atenção à Súmula 231 do STJ, que veda a redução da pena intermediária aquém do mínimo. Na terceira fase da dosimetria, inexistentes causas de aumento, foi reconhecida a causa de diminuição referente ao tráfico privilegiado, pelo que a pena foi reduzida pela metade, levando-a ao patamar de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, entendimento revestido de legalidade. Nesse aspecto, além da quantidade e da diversidade de drogas apreendidas não terem sido utilizadas na fixação da pena-base, tal circunstância mostra-se apta a justificar a redução na fração em  $\frac{1}{2}$  (metade). Corroborando esse entendimento, a Superior Corte: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. FRAÇÃO DE 1/6 DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. DISCRICIONARIEDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. APREENSÃO DE BALANÇA DE PRECISÃO E SIGNIFICANTE QUANTIDADE DE DROGA. REFORMATION IN PEJUS NÃO CONFIGURADA. AGRADO DESPROVIDO. 1. Esta Corte Superior possui entendimento reiterado no sentido de que a apreensão de apetrechos no contexto da traficância evidencia a maior familiaridade ou mesmo a dedicação à prática criminoso. Além da significativa quantidade de droga (70g de crack e 147g de cocaína), foi também apreendida balança de precisão empregada para o fracionamento dos entorpecentes e venda a

varejo. Logo, não há falar em falta de fundamentação para aplicação da minorante no patamar mínimo. 2. Descabe falar em reformatio in pejus, vez que não foi acrescida fundamentação ao acórdão proferido na origem. Na hipótese, a decisão impugnada apenas especificou quais eram as circunstâncias do delito que já haviam sido reconhecidas no corpo da sentença e que estariam aptas justificar a modulação da minorante do tráfico privilegiado. 3. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no AgRg no HC n. 727.668/RS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 22/12/2022.)

grifos do relator Não havendo outras questões a serem observadas, deve ser mantida a pena definitiva de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, bem como o pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa. 2. Do recurso do Ministério Público 2.1 Da reforma da dosimetria Pretende o Parquet a reforma da dosimetria para exasperar a pena-base, diante da natureza e da elevada quantidade de drogas apreendidas, bem como o afastamento do tráfico privilegiado. Ab initio, deve-se considerar que os pleitos ministeriais encontram-se inseridos na análise dos pleitos defensivos. Fora isso, a natureza e a quantidade de drogas foram valoradas na modulação da fração da causa de diminuição, o que veda a sua utilização concomitante para exasperar a basilar, sob pena de bis in idem; entendimento, aliás, confirmado pela Superior Corte: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DE DROGA. UTILIZAÇÃO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. EMPREGO CONCOMITANTE DA QUANTIDADE DE DROGA PARA O AUMENTO DA PENA-BASE E MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. "BIS IN IDEM" . NÃO CABIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A Terceira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 1.887.511/SP, da relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, entendeu, alinhando-se ao STF, que a natureza e quantidade da droga são fatores a serem considerados necessariamente na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, constituindo-se em circunstância preponderante a ser utilizada na primeira fase da dosimetria da pena. 2. Embora a quantidade e a natureza do entorpecente permitam a modulação da fração de redução de pena, tais elementos foram valoradas para aumentar a pena-base, afigurando-se imprópria a utilização concomitante para alterar o patamar estabelecido pela causa de diminuição, sob pena de "bis in idem". 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 753.526/MG, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 25/11/2022.)

grifos do relator Por fim, o histórico delitivo do apelado não autoriza o afastamento da benesse do tráfico privilegiado, uma vez que não é reincidente, não podendo processos penais em andamento ser utilizados como fundamento da pretendida vedação, conforme entendimento pacificado nas Cortes Superiores, veja-se: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE NEGADA COM BASE EM AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. ILEGALIDADE. DEDICAÇÃO AO TRÁFICO NÃO EVIDENCIADA. 1. Conforme a jurisprudência desta Corte, para afastar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, com fundamento na dedicação a atividades criminosas, é imprescindível, além da quantidade de drogas, aliar outros elementos concretos que permitam concluir que o agente se dedica a atividades criminosas e/ou integra organização criminosa, não bastando meras ilações ou suposições. 2. O STJ, em consonância com o posicionamento do STF, firmou o entendimento de que "a existência de ações penais em andamento não justifica a conclusão de que o sentenciado se dedica às atividades criminosas para fins de obstar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06" (AgRg nos EAREsp 1852098/AM, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK,

TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/10/2021, DJe 3/11/2021).3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.022.916/PA, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022.) grifos nossos Assim, para se evitar tautologia, adota-se os mesmos fundamentos trazidos por esta relatoria no recurso defensivo, no que se refere aos pleitos de reforma da dosimetria, mantendo-se a basilar no mínimo legal e o reconhecimento do tráfico privilegiado. 2.1 Da alteração de regime Por fim, requer o Ministério Público a alteração do regime de cumprimento de pena para o fechado, diante da quantidade e variedade de drogas apreendidas, pretensão que merece parcial acolhida. Em que pese o apelado não ser reincidente e a pena que lhe foi aplicada ter sido inferior a quatro anos de reclusão, o que, isoladamente, atenderia aos requisitos do art. 33, § 2º, a, do CP, e recomendaria o cumprimento da sanção em regime aberto, inviável, no caso concreto, a fixação deste regime, bem como inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva (s) de direitos, em razão da quantidade, da natureza e da diversidade das drogas apreendidas (art. 42, da Lei n.º 11.343/06). Acerca desse entendimento, o Superior Tribunal de Justiça: DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. PLEITO DE FIXAÇÃO DE REGIME INICIAL ABERTO. PRETENSÃO RECHAÇADA. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. BENESSE INDEFERIDA. 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 – Pleito de fixação de regime inicial aberto. Cumpre destacar que "é pacífica nesta Corte Superior a orientação segundo a qual a fixação de regime mais gravoso do que o imposto em razão da pena deve ser feita com base em fundamentação concreta, a partir das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal – CP ou de outro dado concreto que demonstre a extrapolação da normalidade do tipo" (HC n. 452.147/MG, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 14/08/2018, grifei). In casu, a quantidade e a natureza do entorpecente – 91,9 g de cocaína e 20,8 g de maconha – são elementos aptos a ensejar a aplicação do regime inicial semiaberto, o que está em consonância com o entendimento desta Corte, ex vi do art. 33, § 2º, b, e § 3º, do Código Penal, e art. 42, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes. III – No que concerne à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ao analisar o HC n. 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do art. 44 do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve sua execução suspensa pelo Senado Federal, através da Resolução n. 5/2012. Assim, a substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos pode ser estabelecida para o delito de tráfico de entorpecentes, mas, para tanto, é necessário que o acusado preencha os requisitos legais elencados no art. 44 do Código Penal. IV – Esta Corte Superior de Justiça tem decidido, por outro lado, que a quantidade da droga apreendida pode, associadas aos demais elementos constantes do processo, interferir na possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos. Na hipótese em análise, a natureza, a quantidade e diversidade da droga apreendida – 91,9 g de cocaína e 20,8 g de maconha – não recomendam a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, consoante o

disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal, não havendo, portanto, qualquer ilegalidade na negativa da benesse em tela. Precedentes. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 746.955/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 15/8/2022.) Grifos nossos Assim, demonstradas as condições aptas a recrudescerem o regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta, e considerando o regime de cumprimento de pena fixado na sentença guerreada (aberto), fica fixado o regime inicial semiaberto, nos termos do art. 33, §§ 2º, b, e 3º, do Código Penal, e do art. 42, da Lei n. 11.343/2006. De igual modo, resta inviável a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, nos termos do art. 44, III, do Código Penal. O voto, portanto, é no sentido de conhecer dos recursos, julgando parcialmente provido o apelo de Rafael de Souza Santos, para fixar a pena-base no mínimo legal, e parcialmente provido o apelo Ministerial, para alterar o regime de cumprimento de pena para o semiaberto e afastar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos". Diante do exposto, acolhe esta 2ª Turma da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia o voto através do qual se conhece dos recursos e dá-lhes parcial provimento. Sala das Sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). José Reginaldo Costa Rodrigues Nogueira Juiz Convocado/ Relator Segunda Câmara – 2ª Turma 12