

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0703024-45.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: FELIPE SANTOS DA RESSURREIÇÃO Advogado (s): ANDRE LUIS CONCEICAO DAMASCENO, UBIRAMAR CAPINA BARBOSA DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO MINISTERIAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06. ACUSADO CONDENADO ÀS PENAS DE 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO EM REGIME INICIAL SEMIABERTO E DE PAGAMENTO DE 166 (CENTO E SESENTA E SEIS) DIAS-MULTA. DOSIMETRIA DA PENA. PEDIDO DE MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA COM RELAÇÃO A CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. CONTUDO, VIABILIDADE DA INCIDÊNCIA DO ART. 42, DA LEI DE DROGAS. NATUREZA E QUANTIDADE EXPRESSIVA DE ENTORPECENTES. PLEITO DE NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INALBERGAMENTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS NÃO DEMONSTRADA. PRECEDENTES DO STF E STJ. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, redimensionando a pena para 02 (dois) anos e 02 (dois) meses e 20 (dez) dias de reclusão, regime de cumprimento aberto, sendo substituída por duas penas restritivas de direito, além de multa de 222 (duzentos e vinte e dois) dias-multa. 1. Trata-se de Recurso de Apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, em face de sentença condenatória proferida pelo MM Juízo de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, Drª. Ana Queila Loula, nos autos do Processo nº 0703024-45.2021.8.05.0001, que julgou procedente a denúncia proposta pelo Ministério Público, condenando FELIPE SANTOS DA RESSURREIÇÃO pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/06. 2. Na oportunidade, a Magistrada sentenciante fixou as penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixada a unidade em 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, sendo substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito e concedido o direito de recorrer em liberdade. 3. Consta do incluso Inquérito Policial que, no dia 13 de dezembro de 2020, por volta das 22:00h, o indiciado foi preso, na localidade conhecida como Campo do Nal, Bairro de Sussuarana, nesta capital, uma vez que foi flagrado por Policiais Militares trazendo consigo substâncias entorpecentes, com fito de comercialização. 4. Segundo se logrou apurar, no dia, horário e local acima especificados, os Agentes Públicos realizavam ronda de rotina, com a viatura PETO 9.4820, quando foram informados por pedestres que um indivíduo conhecido como "Piaba" estaria naquelas proximidades espancando uma jovem. Depreende-se que, em diligência realizada como fim de apurar o crime relatado, os Funcionários Públicos de pararam-se com Felipe Santos da Ressurreição trazendo consigo uma sacola plástica e empreendendo fuga, ao perceber que se aproximavam, de modo que se iniciou uma perseguição que resultou na sua captura, quando estava agachado, em um terreno baldio de livre acesso. 5. No momento da abordagem, o investigado negou seu envolvimento com espancamento de jovem e também não foi identificada nenhuma vítima no local, mas, durante a revista pessoal dele, foram encontradas 378,55g (trezentos e setenta e oito gramas e cinquenta e cinco centigramas), correspondentes à maconha, distribuídos em 89 (oitenta e nove) porções acondicionadas em sacos plásticos transparentes, 154,70g (cento e cinquenta e quatro gramas e setenta centigramas), correspondentes à cocaína, distribuídos em 194 (cento e noventa e quatro) porções acondicionadas em microtubos plásticos tipo

eppendorfs e 25,52g (vinte e cinco gramas e cinquenta e dois centigramas), correspondentes ao crack, distribuídos em 240 (duzentos e quarenta) porções acondicionadas em pedaços de plástico transparentes amarrados por linha, além de uma balança de precisão, sendo preso em flagrante delito.

6. Em suas razões, o Apelante pugna pela revisão da dosimetria da pena, com aplicação do desvalor em pelo menos três circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade, circunstâncias e consequências), bem como incidência do art. 42, da Lei de Drogas, além da não aplicação da diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, sob o argumento de que o condenado vem se dedicando a prática de atividades criminosas ao longo dos anos, bem como pela quantidade e variedade de drogas.

7. Na primeira fase, o Magistrado primevo, após a análise das circunstâncias judiciais, fixou a pena-base no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão, além de multa de 500 (quinhentos) dias-multa.

8. Em relação à culpabilidade, considerou o magistrado a quo que os atos praticados pelo réu pertencem ao tipo penal. Com efeito, na referida circunstância judicial, deve ser analisado o grau de reprovabilidade da conduta quando exceder aquele inerente ao tipo penal. Contudo, a simples indicação da intensidade do comportamento do agente não é suficiente a ensejar a desvalorização da culpabilidade para efeitos de majoração da pena-base. Assim, não há qualquer retificação a ser feita com relação a esta circunstância.

9. Com relação às consequências e circunstâncias do crime, a magistrada a quo afirmou não haver nada a destacar. O Apelante pretende o incremento da pena, com o desvalor da circunstância judicial circunstância, pelo fato de o condenado estar traficando em plena pandemia. Ocorre, todavia, que não foi demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta do agente e a pandemia, assim, deverá ser mantido o entendimento da juíza sentenciante.

10. De igual modo, o risco das drogas viciarem mais pessoas não pode ser utilizado para valorar negativamente as consequências do crime, pois esta é uma característica inerente ao crime de tráfico, e não a esse especificamente.

11. Demais disso, o art. 42, da Lei 11.343/06, dispõe que "O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente."

12. Assim, é certo que a natureza e quantidade de droga apreendida, podem (e devem) ser tomadas como parâmetros para definir o "quantum" da pena-base, nos termos do art. 42, da Lei 11343/06.

13. No caso em tela, como bem pontuado pelo juízo a quo, o apelante foi flagrado 378,55g (trezentos e setenta e oito gramas e cinquenta e cinco centigramas), correspondentes à maconha, distribuídos em 89 (oitenta e nove) porções acondicionadas em sacos plásticos transparentes, 154,70g (cento e cinquenta e quatro gramas e setenta centigramas), correspondentes à cocaína, distribuídos em 194 (cento e noventa e quatro) porções acondicionadas em microtubos plásticos tipo eppendorfs e 25,52g (vinte e cinco gramas e cinquenta e dois centigramas), correspondentes ao crack, distribuídos em 240 (duzentos e quarenta) porções acondicionadas em pedaços de plástico transparentes amarrados por linha sendo uma quantidade bastante elevada de entorpecente, justificando a exasperação da pena-base, em patamar proporcional à gravidade do delito.

14. Considerando-se apenas o vetor quantidade de drogas eleva-se a pena-base em 01 (um) ano e 08 (oito) meses. Dessa forma, a basilar deve ser corrigida e fixada em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, da mesma forma a pena pecuniária que passa a 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa.

15. Na etapa intermediária, não restou presente qualquer circunstância atenuante ou agravante, sendo a pena base

mantida nesta fase. Na terceira fase, não foram encontradas causas de aumento ou diminuição de pena, sendo a pena mantida em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão. 16. Como a magistrada sentenciante aplicou o redutor por tráfico privilegiado (§ 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06), na fração máxima, a pena definitiva alcançou o patamar de 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e multa de 222 (duzentos e vinte e dois) dias-multa. 17. Quanto ao pleito para afastamento da minorante por tráfico privilegiado, não restou comprovado que o condenado é integrante de facções criminosas ou se dedica a atividades criminais, destacando-se ainda que o mesmo não tem antecedentes criminais. 18. Destarte, o conjunto probatório não demonstra, de forma contundente, a dedicação do Apelante à prática delitiva, razão pela qual o decisum objurgado deve ser mantido em sua inteireza. 19. Por fim, como a pena definitiva fixada foi inferior a 04 (quatro) anos, bem como pelo fato de estarem preenchidos os requisitos previstos no art. 44, do CP, a pena corporal foi devidamente substituída por duas restritivas de direitos, que serão estabelecidas pela Vara de Execução Penal, pelo mesmo prazo da reprimenda. 20. De igual modo, andou a magistrada primeva ao conceder ao condenado o direito de recorrer em liberdade, em razão da fixação do regime aberto para o cumprimento da reprimenda, aliada à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 21. Parecer da d. Procuradoria de Justiça, subscrito pelo Dr. Ulisses Campos de Araújo, pelo conhecimento e parcial provimento do Apelo. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE, redimensionando a pena para 02 (dois) anos e 02 (dois) meses e 20 (dez) dias de reclusão, regime de cumprimento aberto, sendo substituída por duas penas restritivas de direito, além de multa de 222 (duzentos e vinte e dois) dias-multa, mantendo a minorante por tráfico privilegiado, porquanto, permanecendo inalterados os demais termos da sentença. ACORDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0703024-45.2021.8.05.0001, provenientes do M.M. Juízo da 2ª Vara de Tóxicos Comarca de Salvador/BA, em que figura, como Apelante, o Ministério Público do Estado da Bahia e, como Apelado, FELIPE SANTOS DA RESSURREIÇÃO. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, consoante certidão de julgamento, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto do Desembargador Relator. Salvador, (data constante na certidão eletrônica de julgamento) Álvaro Marques DE Freitas Filho JUIZ SUBSTITUTO DO 2º Grau/ Relator (assinado eletronicamente) AC16 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. 0703024-45.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA APELADO: FELIPE SANTOS DA RESSURREIÇÃO Advogado (s): ANDRE LUIS CONCEICAO DAMASCENO, UBIRAMAR CAPINA BARBOSA RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, em face de sentença condenatória proferida pelo MM Juízo de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, Drª. Ana Queila Loula, nos autos do Processo nº 0703024-45.2021.8.05.0001, que julgou procedente a denúncia proposta pelo Ministério Público, condenando FELIPE SANTOS DA RESSURREIÇÃO pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Na oportunidade, a Magistrada sentenciante fixou as penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses

de reclusão, em regime inicial aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixada a unidade em 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, sendo substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito e concedido o direito de recorrer em liberdade. Consta do incluso Inquérito Policial que, no dia 13 de dezembro de 2020, por volta das 22:00h, o indiciado foi preso, na localidade conhecida como Campo do Nal, Bairro de Sussuarana, nesta capital, uma vez que foi flagrado por Policiais Militares trazendo consigo substâncias entorpecentes, com fito de comercialização. Segundo se logrou apurar, no dia, horário e local acima especificados, os Agentes Públicos realizavam ronda de rotina, com a viatura PETO 9.4820, quando foram informados por pedestres que um indivíduo conhecido como "Piaba" estaria naquelas proximidades espancando uma jovem. Depreende-se que, em diligência realizada como fim de apurar o crime relatado, os Funcionários Públicos de pararam-se com Felipe Santos da Ressurreição trazendo consigo uma sacola plástica e empreendendo fuga, ao perceber que se aproximavam, de modo que se iniciou uma perseguição que resultou na sua captura, quando estava agachado, em um terreno baldio de livre acesso. No momento da abordagem, o investigado negou seu envolvimento com espancamento de jovem e, também, não foi identificada nenhuma vítima no local, mas, durante a revista pessoal dele, foram encontradas 378,55g (trezentos e setenta e oito gramas e cinquenta e cinco centigramas), correspondentes à maconha, distribuídos em 89 (oitenta e nove) porções acondicionadas em sacos plásticos transparentes, 154,70g (cento e cinquenta e quatro gramas e setenta centigramas), correspondentes à cocaína, distribuídos em 194 (cento e noventa e quatro) porções acondicionadas em microtubos plásticos tipo eppendorfs e 25,52g (vinte e cinco gramas e cinquenta e dois centigramas), correspondentes ao crack, distribuídos em 240 (duzentos e quarenta) porções acondicionadas em pedaços de plástico transparentes amarrados por linha, além de uma balança de precisão, sendo preso em flagrante delito. Após instrução criminal, sobreveio sentença condenatória. Irresignado com a condenação, o Ministério Público interpôs apelo nos ID nº 39619306, pugnando pela revisão da dosimetria da pena, com aplicação do desvalor em pelo menos três circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade, circunstâncias e consequências), além da não aplicação da diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, sob o argumento de que o condenado vem se dedicando a prática de atividades criminosas ao longo dos anos, bem como pela quantidade e variedade de drogas. Contrarrazões pelo improvimento do recurso apresentadas pelo condenado (ID nº 39619320). Parecer da Douta Procuradoria de Justiça, subscrito pelo Dr. Ulisses Campos de Araújo, opinando pelo conhecimento e provimento parcial do apelo (ID nº 40075047). Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. Salvador/BA, (data registrada no sistema) Álvaro Marques DE Freitas Filho JUIZ CONVOCADO DO 2º GRAU/Relator (assinado eletronicamente) AC16 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0703024-45.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: FELIPE SANTOS DA RESSURREIÇÃO Advogado (s): ANDRE LUIS CONCEICAO DAMASCENO, UBIRAMAR CAPINA BARBOSA VOTO Trata-se de Recurso de Apelação interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, em face de sentença condenatória proferida pelo MM Juízo de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, Drª. Ana Queila Loula, nos autos do Processo nº 0703024-45.2021.8.05.0001, que

julgou procedente a denúncia proposta pelo Ministério Público, condenando FELIPE SANTOS DA RESSURREIÇÃO pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Na oportunidade, a Magistrada sentenciante fixou as penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixada a unidade em 1/30 do salário-mínimo vigente à época dos fatos, sendo substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito e concedido o direito de recorrer em liberdade. Consta do incluso Inquérito Policial que, no dia 13 de dezembro de 2020, por volta das 22:00h, o indiciado foi preso, na localidade conhecida como Campo do Nal, Bairro de Sussuarana, nesta capital, uma vez que foi flagrado por Policiais Militares trazendo consigo substâncias entorpecentes, com fito de comercialização. Segundo se logrou apurar, no dia, horário e local acima especificados, os Agentes Públicos realizavam ronda de rotina, com a viatura PETO 9.4820, quando foram informados por pedestres que um indivíduo conhecido como "Piaba" estaria naquelas proximidades espancando uma jovem. Depreende-se que, em diligência realizada como fim de apurar o crime relatado, os Funcionários Públicos de pararam-se com Felipe Santos da Ressurreição trazendo consigo uma sacola plástica e empreendendo fuga, ao perceber que se aproximavam, de modo que se iniciou uma perseguição que resultou na sua captura, quando estava agachado, em um terreno baldio de livre acesso. No momento da abordagem, o investigado negou seu envolvimento com espancamento de jovem e, também, não foi identificada nenhuma vítima no local, mas, durante a revista pessoal dele, foram encontradas 378,55g (trezentos e setenta e oito gramas e cinquenta e cinco centigramas), correspondentes à maconha, distribuídos em 89 (oitenta e nove) porções acondicionadas em sacos plásticos transparentes, 154,70g (cento e cinquenta e quatro gramas e setenta centigramas), correspondentes à cocaína, distribuídos em 194 (cento e noventa e quatro) porções acondicionadas em microtubos plásticos tipo eppendorfs e 25,52g (vinte e cinco gramas e cinquenta e dois centigramas), correspondentes ao crack, distribuídos em 240 (duzentos e quarenta) porções acondicionadas em pedaços de plástico transparentes amarrados por linha, além de uma balança de precisão, sendo preso em flagrante delito. Após instrução criminal, sobreveio sentença condenatória. Irresignado com a condenação, o Ministério Público interpôs apelo nos ID nº 39619306, pugnando pela revisão da dosimetria da pena, com aplicação do desvalor em pelo menos três circunstâncias desfavoráveis (culpabilidade, circunstâncias e consequências), além da não aplicação da diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, sob o argumento de que o condenado vem se dedicando a prática de atividades criminosas ao longo dos anos, bem como pela quantidade e variedade de drogas. Contrarrazões pelo improvimento do recurso apresentadas pelo condenado (ID nº 39619320). Preenchidos os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do Apelo. Ab initio, compulsando detidamente os fólios, constata-se que a autoria e a materialidade delitivas não foram alvo de insurgência recursal, restando a condenação mesmo incontroversa, sendo externado o inconformismo tão somente com relação à pena aplicada. 1. DOSIMETRIA DA PENA – PLEITO DE REVISÃO DA VALORAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS Pleiteou a Defesa a revisão da pena, para aplicação do desvalor em pelo menos três da circunstância judiciais (culpabilidade, circunstâncias e consequências). Na primeira fase, o Magistrado primevo, após a análise das circunstâncias judiciais, fixou a pena-base no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão, além de multa de 500 (quinhentos) dias-multa, senão vejamos:

Quanto à culpabilidade, o acusado praticou atos que merecem reprovação normal ao tipo penal que lhe foi imputado. No que pertine aos antecedentes criminais, registra-se que, em consulta ao SAJ, verifica-se que não há registros de condenações ou processos em andamento em face do réu. Relativamente à personalidade do réu, não há elementos suficientes para valorar. Com relação à conduta social, também inexistem dados relevantes. O motivo do crime de tráfico de drogas é o inerente ao tipo imputado, ou seja, o lucro fácil. Quanto às circunstâncias e consequências, nada há a destacar. Com efeito, as circunstâncias judiciais somente permitem majorações quando delas se pode extrair grau de reprovabilidade além daquele considerado quando da cominação legal. Como parâmetro inicial, o Juiz sentenciante deverá obedecer e sopesar as circunstâncias judiciais do artigo 59, as agravantes e atenuantes e, por fim, as causas de aumento e diminuição de pena, em estrita obediência ao sistema trifásico de individualização da pena estabelecido no artigo 68, do Código Penal. Evidentemente, o Magistrado pode majorar ou reduzir o montante da pena dentro dos limites legais, para, ao final, impor ao condenado, de forma justa e fundamentada, a quantidade de pena que o fato está a merecer. A cominação abstrata mínima do preceito secundário da norma penal incriminadora indica a reprovação inferior máxima estabelecida no tipo penal, pelo que, inexistindo causa de diminuição, não poderia ser rompido esse patamar fixado, sob pena de se ferir o princípio da legalidade, abrigado na Constituição Federal (art. 5º, XXXIX). Ficaria a liberdade dos cidadãos à mercê do subjetivismo dos julgadores, sem limites traçados para diminuição e aumento das penas, podendo-se chegar à denominada "pena zero", o que é inadmissível. Neste ponto, é necessário esclarecer que a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não induz a uma operação aritmética em que se atribuiria pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas por meio de cálculo matemático levando-se em conta as penas mínima e máxima cominadas abstratamente ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada. Ademais, o que se impõe ao magistrado é apontar, motivadamente, os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no art. 59 do CP e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do fato-crime praticado, exatamente como procedido na espécie. Da doutrina, nesse sentido, pode-se citar: "Nesta etapa, incumbe ao juiz valorar todas as circunstâncias e causas que envolvem o fato criminoso e que norteiam a pessoa do acusado, tornando-o um ser único no decorrer do processo de aplicação da sanção penal. Individualizar a pena é fazê-la específica do fato-crime e do homem-autor, sempre em busca dos fins retributivo e preventivo da sanção penal. [...] A fixação da pena não pode resultar de uma simples operação matemática, pois estamos diante de algo que não se relaciona com a ciência exata. Sem dúvida, depois da vida, estamos avaliando o maior de todos os bens, qual seja, a liberdade, e, para tanto, precisamos fazer aflorar todo o senso de justiça para dosar a pena necessária e suficiente à reprovação de determinada conduta (princípio da proporcionalidade)." (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória. 13. ed. rev. e atual. Editora JusPodivm, 2019, p. 108-109) Em relação à culpabilidade, considerou o magistrado a quo que os atos praticados pelo réu pertencem ao tipo penal. Com efeito, na referida circunstância judicial, deve ser analisado o grau de reprovabilidade da conduta quando exceder aquele inerente ao tipo penal. Neste sentido, insta colacionar julgado do Superior Tribunal de Justiça: PENAL. HABEAS CORPUS

SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. DOSIMETRIA. CULPABILIDADE, CARÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. PLURALIDADE DE CONDENAÇÕES A SEREM SOPESADAS NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. POSSIBILIDADE DE AUMENTO MAIS EXPRESSIVO. VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE E DA CONDUTA SOCIAL AFASTADA. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 3. No tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como o juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, o menor ou maior grau de censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. No caso, a mera ciência da ilicitude do comportamento e a possibilidade de agir de forma diversa não justificam a valoração negativa de tal vetor. (...) 8. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de afastar a valoração negativa da culpabilidade, da conduta social e da personalidade do paciente, determinando ao Juízo das Execuções que proceda à nova dosagem da pena. (STJ. HC 606.078/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/09/2020). Desta maneira, a simples indicação da intensidade do comportamento do agente não é suficiente a ensejar a desvalorização da culpabilidade para efeitos de majoração da pena-base. Assim, não há qualquer retificação a ser feita com relação a esta circunstância. Com relação às consequências e circunstâncias do crime, a magistrada a quo afirmou não haver nada a destacar. O Apelante pretende o incremento da pena, com o desvalor da circunstância judicial circunstância, pelo fato de o condenado estar traficando em plena pandemia. Ocorre, todavia, que não foi demonstrado o nexo de causalidade entre a conduta do agente e a pandemia, assim, deverá ser mantido o entendimento da juíza sentenciante. Neste sentido: APELAÇÃO-CRIME. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS: ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006. POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA: ARTIGO 16, § 1.º, IV, DA LEI N.º 10.826/2003. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSIÇÃO DAS PENAS DE 07 (SETE) ANOS E 15 (QUINZE) DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E DE 489 (QUATROCENTOS E OITENTA E NOVE) DIAS-MULTA, CADA UM NO MENOR VALOR LEGAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE DA BUSCA REALIZADA NA RESIDÊNCIA DO ACUSADO E DA APREENSÃO DE DROGA E ARMA DE FOGO DELA RESULTANTE, POR AUSÊNCIA DE AUTORIZAÇÃO JUDICIAL OU INVESTIGAÇÃO PRÉVIA DE SEU ENVOLVIMENTO COM A PRÁTICA DE CRIMES. TESE NÃO ACOLHIDA. SITUAÇÃO CONCRETA QUE EXCEPCIONA A GARANTIA CONSTITUCIONAL DA INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO, NOS TERMOS DO ART. 5.º, INCISO XI, DA LEI MAIOR. LEGITIMIDADE DA DILIGÊNCIA REALIZADA, MORMENTE QUANDO, TRATANDO-SE O TRÁFICO DE DROGAS DE CRIME PERMANENTE, SUBSISTIA O AGENTE EM EFETIVO ESTADO DE FLAGRÂNCIA. ABORDAGEM INICIAL QUE, ALÉM DISSO, DEU-SE EM VIA PÚBLICA. PRELIMINAR REJEITADA. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA IMPUTAÇÃO DE TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33 DA LEI N.º 11.343/2006) PARA O TIPO DE POSSE DE DROGAS PARA USO PESSOAL (ARTIGO 28 DA MESMA LEI). NEGATIVA DA PRÁTICA DA TRAFICÂNCIA. IMPROVIMENTO. POLICIAIS QUE, INQUIRIDOS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO, RELATARAM TODA A DINÂMICA DO FLAGRANTE E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS DE MANEIRA SEGURA E HARMÔNICA, DESCREVENDO A EFETIVA APREENSÃO DE DROGAS. EFICÁCIA PROBATÓRIA DO DEPOIMENTO POLICIAL. AUSÊNCIA DE INDICATIVO DE ABUSOS NA REALIZAÇÃO DA DILIGÊNCIA OU INTERESSE NA FALSA INCRIMINAÇÃO DO ACUSADO. NEGATIVA JUDICIAL QUE SE MOSTRA ISOLADA NOS AUTOS. POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA DAS FIGURAS DO USUÁRIO E DO TRAFICANTE DE DROGAS. PRINCÍPIOS DA CONSUNÇÃO E DA PROPORCIONALIDADE. FATO MAIS ABRANGENTE QUE SE SOBREPÕE A OUTRO MENOS RELEVANTE. PREDOMÍNIO DA INFRAÇÃO CAPITULADA NO ARTIGO 33 DA LEI DE TÓXICOS, A MAIS GRAVE.

CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. (I) CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PRIMEIRA FASE: VETORIAIS JUDICIAIS DO ARTIGO 59 DO CP. LESIVIDADE DA DROGA A SER CONSIDERADA NESSA FASE. EXEGESE DO ARTIGO 42 DA LEI N.º 11.343/2006. ACUSADO QUE FOI ENCONTRADO EM PODER DE COCAÍNA E DE CRACK, ALÉM DE MACONHA. DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO QUE NÃO REVELAM MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA BÁSICA PARA 06 (SEIS) ANOS E 03 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO. SEGUNDA FASE: AGRAVANTE: AFASTAMENTO DA RELATIVA À CALAMIDADE PÚBLICA (ART. 61, II, J, DO CP). INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DO AGENTE E A PANDEMIA DO COVID-19. NECESSIDADE. PRECEDENTES. ATENUANTE: MENORIDADE RELATIVA (ART. 65, I, DO CP). REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA EM 1/6 (UM SEXTO), FICANDO ESTABELECIDADA EM 05 (CINCO) ANOS, 02 (DOIS) MESES E 15 (QUINZE) DIAS DE RECLUSÃO. TERCEIRA FASE: APLICAÇÃO DA CAUSA REDUTORA DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4.º DA LEI N.º 11.343/2006 EM SEU MAIOR PERCENTUAL. POSSIBILIDADE. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS. QUANTIDADE DA DROGAS NÃO MUITO SIGNIFICANTE. NATUREZA DE DUAS DAS SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES APREENHIDAS JÁ SOPESADAS NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA PARA FINS DE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PENA DEFINITIVA DO APELANTE REDIMENSIONADA PARA 01 (UM) ANO, 08 (OITO) MESES E 25 (VINTE E CINCO) DIAS DE RECLUSÃO. SANÇÃO PECUNIÁRIA REFORMADA PARA 173 (CENTO E SETENTA E TRÊS) DIAS-MULTA, CADA UM NO MENOR VALOR LEGAL. (II) CRIME DE POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA. PRIMEIRA FASE: VETORIAIS JUDICIAIS DO ARTIGO 59 DO CP. CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO GRAVOSAS. REVÓLVER ACOMPANHADO DE SIGNIFICATIVA QUANTIDADE DE MUNIÇÕES – 14 (QUATORZE). PRECEDENTES. MANTENÇA DA PENA-BASE EM 03 (TRÊS) ANOS, 04 (QUATRO) MESES E 15 (QUINZE) DIAS DE RECLUSÃO. SEGUNDA FASE: AGRAVANTE: AFASTAMENTO DA RELATIVA À CALAMIDADE PÚBLICA (ART. 61, II, J, DO CP). INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE A CONDUTA DO AGENTE E A PANDEMIA DO COVID-19. NECESSIDADE. PRECEDENTES. ATENUANTE: MENORIDADE RELATIVA (ART. 65, I, DO CP) E CONFISSÃO ESPONTÂNEA (ARTIGO 65, III, d, DO CP). REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA. SÚMULA N.º 231 DO STJ. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. PROIBIÇÃO DO REFORMATIO IN PEJUS. MANTENÇA DA PENA DOSADA NA SENTENÇA. TERCEIRA FASE: AUSÊNCIA DE CAUSAS MAJORANTES OU MINORANTES. PENAS DEFINITIVAS DO APELANTE MANTIDAS EM 02 (DOIS) ANOS, 06 (SEIS) MESES E 11 (ONZE) DIAS DE RECLUSÃO, ALÉM DE 39 (TRINTA E NOVE) DIAS-MULTA. (III) CONCURSO MATERIAL DE CRIMES. ARTIGO 69 DO CP. REPRIMENDA PRIVATIVA DE LIBERDADE DEFINITIVA DOSADA EM 04 (QUATRO) ANOS, 03 (TRÊS) MESES E 06 (SEIS) DIAS DE RECLUSÃO, E PENA DE MULTA, EM 212 (DUZENTOS E DOZE) DIAS-MULTA, CADA UM NO MENOR VALOR LEGAL. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ALTERAÇÃO PARA O REGIME SEMIABERTO QUE SE IMPÕE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA DO APELANTE, NESTA INSTÂNCIA, PARA PATAMAR INFERIOR A 08 (OITO) ANOS. RÉU TÉCNICAMENTE PRIMÁRIO. EXEGESE DO ARTIGO 33, § 2.º, ALÍNEA B, DO CP. PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Apelação n.º 0700100-11.2021.8.05.0244, provenientes da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Senhor do Bonfim/BA, em que figura como Apelante o Acusado CARLOS DANIEL MACIEL DOS SANTOS SOUZA, e como Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1.ª Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em REJEITAR a preliminar suscitada e, no mérito, CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO à Apelação, nos termos do voto da Relatora. (TJ-BA – APL: 07001001120218050244 1ª Vara Criminal – Senhor do Bonfim, Relator: IVONE RIBEIRO GONCALVES BESSA RAMOS, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 25/11/2022). EMENTA APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 33, CAPUT,

DA LEI Nº. 11.343/2006 E ART. 14 DA LEI Nº. 10.826/2003. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS POR OFENSA AO DIREITO À INVIOABILIDADE DO DOMICÍLIO. INACOLHIMENTO. ABORDAGEM EM VIA PÚBLICA. ALEGAÇÃO DE AGRESSÕES FÍSICAS PELOS POLICIAIS NÃO COMPROVADA. PREFACIAL REJEITADA. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE PORTE PARA O DE POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI Nº. 10.826/03). IMPOSSIBILIDADE. ARTEFATO BÉLICO APREENDIDO EM LOCAL DIVERSO DA RESIDÊNCIA OU DO AMBIENTE DE TRABALHO DO RÉU. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O DELITO DE USO PESSOAL (ART. 28 DA LEI Nº. 11.343/06). INACOLHIMENTO. CONJUNTO PROBATÓRIO APTO A FUNDAMENTAR A CONDENAÇÃO PELO DELITO DE TRÁFICO. DOSIMETRIA DAS PENAS. VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. MOTIVAÇÃO INIDÔNEA. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. INALBERGAMENTO. AGRAVANTE PREVISTA NO ART. 61, III, J, DO CÓDIGO PENAL. AFASTAMENTO. APLICAÇÃO DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. APELANTE RESPONDE A OUTRAS AÇÕES PENASIS PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO... VI §§ No que se refere à dosimetria das penas, cumpre reformar o decisio combatido, afastando-se a valoração negativa das circunstâncias judiciais (culpabilidade, conduta social e circunstâncias do crime), ante a ausência de motivação idônea para tanto, de modo que as penas-base, de ambos os delitos, ficam redimensionadas para o mínimo legal. VII – Na segunda fase, não merece prosperar o pleito de reconhecimento da atenuante espontânea quanto ao crime previsto no Estatuto do Desarmamento, porque não houve a confissão da prática do crime de porte ilegal de arma de fogo. Ainda na segunda fase, faz-se necessário afastar a incidência da agravante prevista no art. 61, II, j, considerando que não restou concretamente demonstrado que o Apelante valeu-se do contexto de pandemia para a prática dos delitos sob exame... Por todo o exposto, dá-se provimento parcial ao Recurso, para reduzir a pena imposta ao Réu para 7 (sete) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto, e ao pagamento de 510 (quinhentos e dez) dias-multa, com base em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos, devendo ser o Apelante transferido para estabelecimento compatível com o referido regime, mantendo-se os demais termos da sentença vergastada. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-BA – APL: 05010469820208050244, Relator: NARTIR DANTAS WEBER, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 26/11/2021) Quanto às consequências do crime, asseverou o Ministério Público que vão para muito além de meros usuários, senão, potencializando uma gama maior de risco à sociedade, sobretudo para jovens e demais circunstantes. Entretanto, o risco das drogas viciarem mais pessoas não pode ser utilizado para valorar negativamente as consequências do crime, pois esta é uma característica inerente ao crime de tráfico, e não a esse especificamente. Noutro falar: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO PARA O DE USO. INCABÍVEL. QUANTIDADE DE ENTORPECENTES CONDIZENTES AO TRÁFICO. ACUSADA QUE NÃO SE DESINCUMBIU DO ÔNUS DE PROVAR QUE AS DROGAS APREENDIDAS ERAM PARA USO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. CABIMENTO. MAGISTRADO UTILIZOU PROCESSO NÃO TRANSITADO EM JULGADO PARA VALORAR OS ANTECEDENTES. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME FUNDAMENTADAS COM CIRCUNSTÂNCIAS INERENTES AO TIPO PENAL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. NÃO APLICAÇÃO. ACUSADA RESPONDE A OUTROS PROCESSOS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Comprovada a materialidade e a autoria do crime de tráfico de drogas, incabível a absolvição; 2. Diante da quantidade de

entorpecentes apreendida, bem como da ausência de prova de que a Acusada era usuária, indiscutível que tais entorpecentes eram destinados para o tráfico; 3. Não tendo transitado em julgado o processo que o Magistrado utilizou para justificar a valoração negativa dos antecedentes, não merece a pena-base ser superior ao mínimo legal; 4. O risco de as drogas apreendidas viciarem mais pessoas não pode ser usado como consequências do crime, dado que é uma circunstância inerente a todo crime de tráfico, e não especificamente a esse discutido nos autos; 5. Não preenchidos os requisitos previstos na legislação para aplicar a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, impossível o reconhecimento do benefício legal. (TJ-BA – APL: 05005662320198050126, Relator: NAGILA MARIA SALES BRITO, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 15/02/2021) Entretanto, com relação ao pleito de aplicação do art. 42, da Lei 11.343/06, dispõe que "O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente." Assim, é certo que a natureza e quantidade de droga apreendida, podem (e devem) ser tomadas como parâmetros para definir o "quantum" da pena-base, nos termos do art. 42, da Lei 11343/06. Nesse sentido, inclusive, tem se posicionado a Corte Superior: "(...) 2. De acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado. (...) (HC 437.745/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 05/09/2019, DJe 12/09/2019). Nessa inteligência: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PENA-BASE. VALORAÇÃO NEGATIVA DA RAZOÁVEL QUANTIDADE, DIVERSIDADE E NATUREZA ESPECIALMENTE DELETÉRIA DAS DROGAS APREENDIDAS. CRITÉRIO IDÔNEO PARA A EXASPERAÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade. 2. A natureza e a quantidade de entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas no tráfico ilícito de entorpecentes. 3. Hipótese em que o paciente foi apreendido com razoável volume de drogas variadas e de natureza especialmente deletéria – 20,7 g de pasta base de cocaína, 2,8g de pasta base de cocaína, 4g de cocaína e 8,3g de maconha –, revelando-se justificada a exasperação da pena-base. Precedentes. 4. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no HC: 708885 MS 2021/0379566–5, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 15/02/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 21/02/2022). grifos acrescidos No caso em tela, como bem pontuado pelo juízo a quo, o apelante foi flagrado 378,55g (trezentos e setenta e oito gramas e cinquenta e cinco centigramas), correspondentes à maconha, distribuídos em 89 (oitenta e nove) porções acondicionadas em sacos plásticos transparentes, 154,70g (cento e cinquenta e quatro gramas e setenta centigramas), correspondentes à cocaína, distribuídos em 194 (cento e noventa e quatro) porções acondicionadas em microtubos plásticos tipo eppendorfs e 25,52g (vinte e cinco gramas e cinquenta e dois centigramas), correspondentes ao crack, distribuídos em 240 (duzentos e quarenta) porções acondicionadas em

pedaços de plástico transparentes amarrados por linha sendo uma quantidade bastante elevada de entorpecente, justificando a exasperação da pena-base, em patamar proporcional à gravidade do delito. Colaciono jurisprudência acerca do tema: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. RECEPÇÃO. AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA. AUTORIA. ABSOLVIÇÃO. NÃO CABIMENTO. CONJUNTO PROBATÓRIO INCONTROVERSO. MATÉRIA DE PROVA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. REDUÇÃO PENABASE. MAUS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENHIDOS. QUANTIDADE EXPRESSIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. RECURSO DESPROVIDO. 1. A revisão da dosimetria da pena pelo Superior Tribunal de Justiça só é admitida em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou de abuso de poder que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação probatória. 2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão pelo STJ somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena. 3. Com base no princípio do livre convencimento motivado, ainda que valorado um único vetor, considerada sua preponderância, o julgador poderá concluir pela necessidade de exasperação da pena-base em fração superior a 1/6 se considerar expressiva a quantidade da droga, sua diversidade e/ou natureza (art. 42 da Lei n. 11.343/2006). 4. A aferição das circunstâncias do crime, que constituem circunstâncias judiciais objetivas e se referem ao modo de execução, deve levar em conta a gravidade do delito, evidenciada pelos instrumentos e meios utilizados e pelas condições em que se deu a prática delitiva, ou seja, demanda a análise da intensidade da lesão causada pela conduta delitiva, motivo pelo qual, somente se há extrapolação dos limites do resultado previstos pelo tipo penal, referida circunstância judicial deve ser valorada negativamente. 5. A forma utilizada para esconder a droga em compartimentos ocultos de veículo autoriza a valoração negativa das circunstâncias do crime de tráfico de entorpecentes. 6. Com base no princípio do livre convencimento motivado, ainda que valorado um único vetor, considerada sua preponderância, o julgador poderá concluir pela necessidade de exasperação da pena-base em fração superior se considerar expressiva a quantidade da droga, sua diversidade e/ou natureza (art. 42 da Lei n. 11.343/2006). 7. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 610.260/MS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 22/02/2022, DJe 24/02/2022) g.n. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. MAUS ANTECEDENTES. NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENHIDOS. QUANTIDADE EXPRESSIVA. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. FUNDAMENTAÇÃO. NOCIVIDADE DA DROGA. HABITUALIDADE. RÉU REINCIDENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. INOVAÇÃO RECURSAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. RECURSO DESPROVIDO. 1. A revisão da dosimetria da pena pelo Superior Tribunal de Justiça só é admitida em situações excepcionais de manifesta ilegalidade ou de abuso de poder que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação probatória. 2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão pelo STJ somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena. 3. Com base no princípio do livre convencimento motivado, ainda que valorado um único vetor, considerada sua preponderância, o julgador poderá concluir pela necessidade de exasperação da pena-base em fração superior a 1/6 se considerar expressiva a quantidade da droga, sua diversidade e/ou natureza (art. 42 da Lei n.

11.343/2006). 4. O juiz pode fixar regime inicial mais gravoso do que aquele relacionado unicamente com o quantum da pena desde que fundamente concretamente. 5. Quando as matérias discutidas no recurso, além de representarem indevida inovação recursal, não tenham sido objeto de análise pelo tribunal de origem, não são passíveis de conhecimento pelo STJ, sob pena de indevida supressão de instância. 6. Agravo regimental desprovido (AgRg no HC 679.221/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 14/12/2021) g.n. Dessarte, parte-se da regra majoritariamente adotada de que cada vetor justificaria o acréscimo em 1/8 (um oitavo) e que o vetor preponderante (que, no caso em tela foi a quantidade e variedade de drogas) justificaria o acréscimo de 1/6 (um sexto). Considerando-se apenas o vetor quantidade de drogas eleva-se a pena-base em 01 (um) ano e 08 (oito) meses. Dessa forma, a basilar deve ser corrigida e fixada em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão, da mesma forma a pena pecuniária que passa a 666 (seiscentos e sessenta e seis) dias-multa. Na etapa intermediária, não restou presente qualquer circunstância atenuante ou agravante, sendo a pena base mantida nesta fase. Na terceira fase, não foram encontradas causas de aumento ou diminuição de pena, sendo a pena mantida em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão. Como a magistrada sentenciante aplicou o redutor por tráfico privilegiado (§ 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06), na fração máxima, a pena definitiva alcançou o patamar de 02 (dois) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e multa de 222 (duzentos e vinte e dois) dias-multa. 2. DO PEDIDO DE NÃO APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ARTIGO 33, § 4º DA LEI DE TÓXICOS Pugna ainda o Recorrente pela não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, sustentando a presença de prova robusta de envolvimento do Apelado em atividades criminais, sendo conhecido como contumaz no tráfico de drogas da região e integrante da facção criminosa "Tropa do A". No caso sob exame, a Magistrada a quo aplicou o aludido redutor pelos seguintes fundamentos: "...O réu faz jus à causa de diminuição de pena em análise, pois preenche todos os requisitos legais autorizadores de que trata o § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, segundo os elementos probatórios existentes no processo, haja vista que não possui antecedentes criminais, conforme consulta ao SAJ. Não há qualquer devida comprovação, ademais, de que o réu integre organização criminosa ou que se dedique à prática de atividades criminosas ..." Conforme dicção legal, são requisitos para que o condenado faça jus à referida causa de diminuição: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas, cumulativos entre si, de sorte que a ausência de qualquer um deles inviabiliza a aplicação da benesse. Ora," dedicar-se à atividade criminosa "significa o caráter habitual com que o agente procede no exercício de uma específica e ilegal atividade: a criminalidade. Sobre a matéria, o Pleno do STF, ao julgar o RE nº 591.054/SC entendeu que ações penais em curso e inquéritos policiais não constituem fundamentos idôneos para afastar o tráfico privilegiado. No mesmo sentido, é o entendimento da Quinta e da Sexta Turmas do STJ, conforme se depreende dos seguintes acórdãos a seguir: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTO INVÁLIDO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA. UNIFORMIZAÇÃO DE ENTENDIMENTO ENTRE AS TURMAS. WRITNÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. (...). 2. O Supremo Tribunal Federal tem entendimento de que"A causa de

diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020). Posicionamento adotado também pela Sexta Turma deste Tribunal Superior. Habeas corpus não conhecido. Contudo, concedo a ordem, de ofício, para fazer incidir a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo, redimensionando a pena do paciente para 1 ano e 8 meses de reclusão mais 166 dias-multa, bem como para estabelecer o regime aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direito, a ser definida pelo Juízo de Execução. (STJ, HC 664.284/ES, Quinta Turma, Rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe: 27/09/2021, grifos aditados). AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33. § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PATAMAR MÁXIMO (2/3). POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NÃO PREPONDERANTES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Para aplicação da minorante prevista no § 4.º do art. 33 da Lei de Drogas, o condenado deve preencher, cumulativamente, os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a pena ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. 2. Conforme firmado pela Terceira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.887.511/SP, a utilização supletiva dos vetores natureza e quantidade de droga para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando estiverem conjugados com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa (DJe 01/07/2021). De toda sorte, no caso, essa questão específica está preclusa para o Parquet, que não impugnou o acórdão prolatado no julgamento das apelações. 3. O mais recente posicionamento de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, em regra, inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem fundamentação idônea apta a respaldar a não aplicação do redutor especial de redução de pena relativa ao reconhecimento da figura privilegiada do crime de tráfico de drogas. 4. (...). 5. (...) 6. (...) 7. (...) Agravo regimental desprovido. (STJ. 6ª Turma. AgRg no REsp 1936058/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, julgado em 14/09/2021). Este entendimento também é chancelado por esta Corte de Justiça: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. (ART. 33, CAPUT DA LEI 11.343/06). APELANTE CONDENADO À PENA DE 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO EM REGIME ABERTO E 70 (SETENTA) DIAS-MULTA, SUBSTITUÍDA POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. RECURSO DA DEFESA: PRELIMINAR CONTRARRECURSAL DE NULIDADE PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE ASSINATURA DO REPRESENTANTE MINISTERIAL NA PEÇA DE INTERPOSIÇÃO DE RECURSO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. APRESENTAÇÃO DE RAZÕES RECURSAIS. RATIFICAÇÃO. PRELIMINAR REJEITADA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INACOLHIMENTO. AUTORIA, TIPICIDADE E MATERIALIDADE CONFIRMADAS. ROBUSTEZ DO CONJUNTO PROBATÓRIO. CREDIBILIDADE DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS POLICIAIS MILITARES. PROVA TESTEMUNHAL SUBMETIDA AO CONTRADITÓRIO. QUANTIDADE E FORMA DE ACONDICIONAMENTO DAS DROGAS APREENDIDAS. EVIDÊNCIAS DE DESTINAÇÃO À TRAFICÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 28 DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE. CONDIÇÃO DE MERO USUÁRIO NÃO COMPROVADA. RECURSO MINISTERIAL: PEDIDO DE AFASTAMENTO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INALBERGAMENTO. PRESENÇA DOS REQUISITOS LEGAIS.

DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS NÃO DEMONSTRADA. AÇÕES PENAIS EM CURSO QUE NÃO AFASTAM O TRÁFICO PRIVILEGIADO. PRECEDENTES DO STF E STJ. RECONHECIMENTO EX OFFICIO DA ATENUANTE DA MENORIDADE. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA EM PATAMAR INFERIOR AO MÍNIMO LEGAL. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. PREQUESTIONAMENTO. PARECER DA D. PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DOS RECURSOS. APELAÇÕES CONHECIDAS E IMPROVIDAS...(TJ-BA – APL: 03008969320148050250, Relator: ANTONIO CUNHA CAVALCANTI, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 30/06/2022) APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE AUTORIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO CONDENATÓRIA RESPALDADA NO ACERVO PROBATÓRIO. DESCLASSIFICAÇÃO. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, ART. 33 DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. DE OFÍCIO, ALTERADO O VALOR DO DIA-MULTA. Provada a autoria delitiva pela convergência do inquérito policial com as provas produzidas em juízo, impõe-se a condenação. Preenchidos os requisitos do § 4º, art. 33, da Lei 11343/2006, aplica-se a causa de especial em seu grau máximo. A fixação do valor do dia-multa obedece ao previsto no art. 49, § 1º, do CP, a fim de que seja considerado o salário mínimo vigente à data do crime. (TJ-BA – APL: 05699612620188050001, Relator: INEZ MARIA BRITO SANTOS MIRANDA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 04/03/2022) Assim, não restou comprovado que o condenado é integrante de facções criminosas ou se dedica a atividades criminais, destacando-se ainda que o mesmo não tem antecedentes criminais. Destarte, o conjunto probatório não demonstra, de forma contundente, a dedicação do Apelante à prática delitiva, razão pela qual o decisum objurgado deve ser mantido em sua inteireza. 3. SUBSTITUIÇÃO DA PENA Por fim, como a pena definitiva fixada foi inferior a 04 (quatro) anos, bem como pelo fato de estarem preenchidos os requisitos previstos no art. 44, do CP, a pena corporal foi devidamente substituída por duas restritivas de direitos, que serão estabelecidas pela Vara de Execução Penal, pelo mesmo prazo da reprimenda. 4. DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE De igual modo, andou a magistrada primeva ao conceder ao condenado o direito de recorrer em liberdade, em razão da fixação do regime aberto para o cumprimento da reprimenda, aliada à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. A d. Procuradoria em seu parecer argumenta que: “(...) Com efeito, a materialidade da reportada prática penalmente relevante é manifesta, consoante o Auto de Exibição e Apreensão de ID nº 39618893 (fl.10), o Laudo de Constatação nº 2020 00 LC 043869-01 de ID nº 39618893 (fl.26), o Laudo de Exame Pericial nº 2020 00 LC 043869-02 de ID nº 39619270, além das provas outras produzidas durante a marcha persecutória. Relativamente à autoria, os policiais militares, SD PM Marcus Vinicius Almeida Santos, SD PM Carlos Eduardo Oliveira Da Cruz e SD PM Uidinei Gomes Dos Santos, em depoimento submetido ao crivo do contraditório e da ampla defesa, lançaram luzes sobre o fato, mormente ao esclarecerem que (i) o apelado estava com diversidade e quantidade vultosa de drogas; (ii) o modo de acondicionamento da droga revelava a sua destinação à mercancia; (iii) se tratava de pessoa de alta periculosidade e, por conta disso, solicitaram o apoio da RONDESP, Em relação à subsunção da conduta perpetrada à previsão do § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/2006, cujos termos referendam que “nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”, patente o seu absoluto descabimento neste caso.

Sabidamente, o legislador, ao disciplinar a aplicação da versada redutora, além de adotar “requisitos objetivos”, cujos conceitos se limitam aos lindes do “princípio da inocência” (primariedade e bons antecedentes), também elegeu critérios de espectro mais amplo, evidenciáveis através de meios outros. Com efeito, se a primariedade e os maus antecedentes relacionam-se diretamente com o trânsito em julgado de sentença condenatória e o período depurador de 5 (cinco) anos previsto no artigo 64, I, do Código Penal, é indubitável que as duas últimas figuras (dedicação às atividades criminosas e integração de organização criminosa) não seguem a mesma razão, podendo ser verificadas por todos os meios probantes admitidos em direito. Indiscutível, portanto, que o versado redutor apenas pode ser concedido àqueles que, de forma excepcional, praticam conduta penalmente relevante, jamais aos obstinados, aos indivíduos que transformaram o crime em instrumento de ganhos ou de sobrevivência, pois que, se assim fosse, estaríamos a premiar a contumácia criminosa... Necessário anotar, ainda, que o artigo 42 da Lei 11.343/2006 estabelece que “o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente”. Dito de outro modo, a quantidade e a natureza do narcótico apreendido deverão ser valoradas durante a fixação da basal, com preponderância, inclusive, sobre as circunstâncias antevistas no reportado artigo 59 do Código Penal. Na espécie presente, indubitável que a elevada quantidade e diversidade trazidas com o apelado, a saber, 89 (oitenta e nove) porções de maconha, com massa bruta total de 378,55g (trezentos e setenta e oito gramas e cinquenta e cinco centigramas); 194 (cento e noventa e quatro) porções de cocaína, com massa bruta total de 154,70g (cento e cinquenta e quatro gramas e setenta centigramas) e 240 (duzentos e quarenta) porções de “crack”, subproduto da cocaína, sob a forma de pedras, com massa bruta total de 25,52g (vinte e cinco gramas e cinquenta e duas centigramas), justifica a fixação da pena-base em importe que suplanta o mínimo legalmente previsto... Noutro quadrante, apesar de o apelante ter lastreado, igualmente, o desvalor das “circunstâncias” do crime no fato de ele ter sido praticado durante a pandemia do coronavírus, parece-me que semelhante contexto deverá ser equacionado na segunda fase do procedimento de dosagem da pena. A reprovabilidade, portanto, da quantidade e variedade de narcóticos apreendidos, bem assim as circunstâncias da infração penal perpetrada, justificam o exaspero da sanção basal... Dessarte, manifesto-me pelo CONHECIMENTO e PROVIMENTO PARCIAL do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público do Estado da Bahia, máxime para que (i) a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, seja suprimida da condenação; (ii) as sanções basais e intermediárias sejam exasperadas, com base, respectivamente, no desvalor das circunstâncias do crime, da quantidade e natureza das drogas, bem assim na agravante prevista no artigo 61, inciso II, “letra j”, do Código Penal; (iii) a manutenção da sentença guerreada no que toca à manutenção do direito de recorrer em liberdade do réu.”

5. PREQUESTIONAMENTO Por fim, quanto ao pedido de prequestionamento arguido pelo Parquet, destaco que ao julgador não é imposta a apreciação de todas as normas, artigos e princípios suscitados pelas partes, mas apenas dos motivos que levaram à conclusão fundamentada e objetiva da controvérsia, sobretudo quando a abordagem das matérias propostas trouxeram manifestações implícitas e explícitas sobre as pretensas violações.

6. CONCLUSÃO Pelo quanto expendido, voto no sentido

de CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO MINISTERIAL, redimensionando a pena para 02 (dois) anos e 02 (dois) meses e 20 (dez) dias de reclusão, regime de cumprimento aberto, sendo substituída por duas penas restritivas de direito, além de multa de 222 (duzentos e vinte e dois) dias-multa, mantendo a minorante por tráfico privilegiado, porquanto, permanecendo inalterados os demais termos da sentença. É como voto. Sala de Sessões (data constante na certidão eletrônica de julgamento) Álvaro Marques DE Freitas Filho JUIZ SUBSTITUTO DO 2º Grau/Relator (assinado eletronicamente) AC16