

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8012312-05.2023.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: HUGO RIBEIRO NETO Advogado (s): ANA KAROLINA BRAZ GONCALVES, EDUARDO ESTEVAO CERQUEIRA BITTENCOURT FILHO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. PREENCHIMENTO REQUISITOS. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. REDUÇÃO DE 1/4 JUSTIFICADA PELA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS QUE NÃO RECOMENDAM A CONVERSÃO. PARECER DA D. PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Trata-se de Apelação Criminal interposta contra sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Tóxicos e Acidentes de Veículos da Comarca de Feira de Santana/BA, que, nos autos de nº 8012312-05.2023.8.05.0080, julgou procedente o pedido constante na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia para condenar o Réu/Apelante nas sanções do art. 33, caput, da Lei 11.343/06. 2. Na oportunidade, o Magistrado sentenciante fixou a pena total de 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, condenando o Réu, ainda, ao pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato delitivo, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. 3. Narra a peça acusatória que no dia 14 de abril de 2023, por volta das 12h50min, na Rua Paraíba, bairro Queimadinha, nesta cidade, o denunciado, mantinha consigo para fins de traficância 785 (setecentas e oitenta e cinco) porções de maconha, com massa bruta total de 2.381 g (dois mil trezentos e oitenta e um gramas) e 03 (três) pacotes contendo cocaína, pesando 208 g (duzentos e oito gramas). Exsurge, ainda, que, durante ronda de rotina no bairro Queimadinha, uma guarnição da Polícia Militar se deparou com um indivíduo sentado em frente a um imóvel, no qual estava estacionada uma motocicleta. Os Agentes de Segurança Pública consultaram a placa do aludido veículo e constataram que estava registrado em nome de Hugo Ribeiro Neto, oportunidade na qual realizaram nova consulta, dessa vez em nome do proprietário, ao que colheram a informação de que recaía sobre ele mandado de prisão preventiva em aberto. Diante disso, realizaram a abordagem, momento em que um dos Policiais Militares visualizou, ao lado da motocicleta, uma mochila na qual estavam acondicionados os entorpecentes elencados anteriormente, cuja propriedade foi assumida pelo denunciado, inclusive informou que estava embalando o entorpecente para um traficante conhecido como "Mil Grau". 4. A incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. Tal dispositivo tem como destinatário apenas pequenos e eventuais traficantes e não os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida. 5. Quanto à aplicação da retromencionada minorante, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 10/08/2022, alinhando-se ao entendimento mais recente sufragado no Supremo Tribunal Federal, fixou tese em recursos repetitivos, no sentido de que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 (REsp 1.977.027 e REsp 1.977.180). 6. Com efeito, a tese firmada no REsp n. 1.887.511/SP foi flexibilizada para admitir a modulação da fração de redução do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na terceira fase da dosimetria, com base na

quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido consideradas na fixação da pena-base (HC n. 725.534/SP, Terceira Seção do STJ, DJe de 1º/6/2022). 7. Inviável acolher o pleito defensivo para aplicação no patamar máximo de 2/3 (dois terços), uma vez que, além de o Recorrente responder a outro processo, cumpre observar que, a quantidade total de droga encontrada foi expressiva, qual seja, 785 (setecentas e oitenta e cinco) porções de maconha, com massa bruta total de 2.381 g (dois mil trezentos e oitenta e um gramas) e 03 (três) pacotes contendo cocaína, pesando 208 g (duzentos e oito gramas), sendo a cocaína altamente danosa à saúde humana, justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo. 8. Assim, destarte, tendo em vista a variedade e natureza das drogas apreendidas, bem assim que tal circunstância preponderante não foi sopesada na 1ª fase da dosimetria, reputa-se razoável ao caso em testilha a incidência do redutor na fração de 1/4 (um quarto), a título de prevenção e reprovação do delito. 9. Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo improvimento do recurso, subscrito pela Dra. Armênia Cristina Santos. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E IMPROVIDO. ACORDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8012312-05.2023.8.05.0080, provenientes da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Feira de Santana/BA, em que figuram, como Apelante, HUGO RIBEIRO NETO e, como Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER E NEGAR 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. DES. ANTONIO CUNHA CAVALCANTI RELATOR (assinado eletronicamente) AC04 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 9 de Outubro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8012312-05.2023.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: HUGO RIBEIRO NETO Advogado (s): ANA KAROLINA BRAZ GONCALVES, EDUARDO ESTEVAO CERQUEIRA BITTENCOURT FILHO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Apelação Criminal interposta contra sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Tóxicos e Acidentes de Veículos da Comarca de Feira de Santana/BA, que, nos autos de nº 8012312-05.2023.8.05.0080, julgou procedente o pedido constante na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia para condenar o Réu/Apelante nas sanções do art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Na oportunidade, o Magistrado sentenciante fixou a pena total de 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, condenando o Réu, ainda, ao pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato delitivo, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. Narra a peça acusatória que no dia 14 de abril de 2023, por volta das 12h50min, na Rua Paraíba, bairro Queimadinha, nesta cidade, o denunciado, mantinha consigo para fins de traficância 785 (setecentas e oitenta e cinco) porções de maconha, com massa bruta total de 2.381 g (dois mil trezentos e oitenta e um gramas) e 03 (três) pacotes contendo cocaína, pesando 208 g (duzentos e oito gramas). Exsurge, ainda, que, durante ronda de rotina no bairro Queimadinha, uma guarnição da Polícia Militar se deparou com um indivíduo sentado em frente a um imóvel, no qual estava estacionada uma motocicleta.

Os Agentes de Segurança Pública consultaram a placa do aludido veículo e constataram que estava registrado em nome de Hugo Ribeiro Neto, oportunidade na qual realizaram nova consulta, dessa vez em nome do proprietário, ao que colheram a informação de que recaia sobre ele mandado de prisão preventiva em aberto. Diante disso, realizaram a abordagem, momento em que um dos Policiais Militares visualizou, ao lado da motocicleta, uma mochila na qual estavam acondicionados os entorpecentes elencados anteriormente, cuja propriedade foi assumida pelo denunciado, inclusive informou que estava embalando o entorpecente para um traficante conhecido como "Mil Grau". Após instrução criminal e apresentados os memoriais, sobreveio sentença condenatória. Irresignado com a condenação, o acusado interpôs apelo, pugnando pela reforma da dosimetria da pena para aplicar o redutor do tráfico privilegiado no patamar máximo previsto, a colocação em regime mais favorável possível e, ao fim, pelo direito de recorrer em liberdade. O Ministério Público em suas razões, requereu a manutenção do decisum. Remetidos os autos a esta Superior Instância, foi dado vista à Procuradoria de Justiça que se manifestou através do parecer da lavra da Douta Procurador de Justiça, Dra. Armênia Cristina Santos, opinando pelo conhecimento e improvemento do recurso. Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. Salvador, data registrada no sistema. Des. Antonio Cunha Cavalcanti Relator (assinado eletronicamente) AC04 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8012312-05.2023.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: HUGO RIBEIRO NETO Advogado (s): ANA KAROLINA BRAZ GONCALVES, EDUARDO ESTEVAO CERQUEIRA BITTENCOURT FILHO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Trata-se de Apelação Criminal interposta contra sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara de Tóxicos e Acidentes de Veículos da Comarca de Feira de Santana/BA, que, nos autos de nº 8012312-05.2023.8.05.0080, julgou procedente o pedido constante na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia para condenar o Réu/Apelante nas sanções do art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Na oportunidade, o Magistrado sentenciante fixou a pena total de 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, condenando o Réu, ainda, ao pagamento de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato delitivo, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. Narra a peça acusatória que no dia 14 de abril de 2023, por volta das 12h50min, na Rua Paraíba, bairro Queimadinha, nesta cidade, o denunciado, mantinha consigo para fins de traficância 785 (setecentas e oitenta e cinco) porções de maconha, com massa bruta total de 2.381 g (dois mil trezentos e oitenta e um gramas) e 03 (três) pacotes contendo cocaína, pesando 208 g (duzentos e oito gramas). Exsurge, ainda, que, durante ronda de rotina no bairro Queimadinha, uma guarnição da Polícia Militar se deparou com um indivíduo sentado em frente a um imóvel, no qual estava estacionada uma motocicleta. Os Agentes de Segurança Pública consultaram a placa do aludido veículo e constataram que estava registrado em nome de Hugo Ribeiro Neto, oportunidade na qual realizaram nova consulta, dessa vez em nome do proprietário, ao que colheram a informação de que recaia sobre ele mandado de prisão preventiva em aberto. Diante disso, realizaram a abordagem, momento em que um dos Policiais Militares visualizou, ao lado da motocicleta, uma mochila na qual estavam acondicionados os entorpecentes elencados anteriormente, cuja propriedade foi assumida pelo

denunciado, inclusive informou que estava embalando o entorpecente para um traficante conhecido como "Mil Grau". Após instrução criminal e apresentados os memoriais, sobreveio sentença condenatória. Irresignado com a condenação, o acusado interpôs apelo, pugnando pela reforma da dosimetria da pena para aplicar o redutor do tráfico privilegiado no patamar máximo previsto, a colocação em regime mais favorável possível e, ao fim, pelo direito de recorrer em liberdade. O Ministério Público em suas razões, requereu a manutenção do decisum. Remetidos os autos a esta Superior Instância, foi dado vista à Procuradoria de Justiça que se manifestou através do parecer da lavra da Douta Procurador de Justiça, Dra. Armênia Cristina Santos, opinando pelo conhecimento e improvimento do recurso. Não vislumbrando nos autos qualquer nulidade ou irregularidade que deva ser declarada de ofício, passo ao exame da dosimetria das penas, em cujo âmbito se inserem os demais pleitos recursais.

1. DA DOSIMETRIA DA PENA O crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei 11.343/06) é apenado com reclusão de 05 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. A individualização da pena é atividade discricionária do julgador, submetida, portanto, aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo revisão apenas nas hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, quando não observados os parâmetros da legislação de regência e o princípio da proporcionalidade. Nesse diapasão, cumpre destacar a lição do ilustre doutrinador Guilherme de Souza Nucci: "Mensurar a pena-base, de maneira particularizada a cada acusado, de modo a individualizá-lo, conforme o que fez e de acordo com seus atributos próprios, é a meta fundamental do magistrado, na sentença condenatória. São necessários critérios para a eleição do quantum inicial (pena-base), que deve variar entre o mínimo e o máximo cominados, em abstrato, pelo legislador, constantes dos tipos penais incriminadores. Tal mecanismo deve erguer-se em bases sólidas e lógicas, buscando harmonia ao sistema, mas sem implicar em singelos cálculos matemáticos. Não se trata de soma de pontos ou frações como se cada elemento fosse rígido e inflexível." (Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 15ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2019.) 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)

Na primeira fase da dosimetria a pena base foi fixada no mínimo legal em 05 anos de reclusão e 500 dias-multa. Nada a ponderar. Na segunda fase, inexistiram circunstâncias agravantes, sendo reconhecida a atenuante de confissão, tendo sido a pena sido mantida em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, ante ao óbice contido na Súmula 231/STJ.

Vejamos: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. (SÚMULA 231, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/1999, DJ 15/10/1999, p. 76). Pugna a Defesa pela redução da reprimenda imposta no patamar de 2/3 (dois terços) conforme previsão legal do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, diminuindo-se a pena imposta para 01 (um) ano e 08 (oito) meses. No caso concreto, o Magistrado sentenciante considerou a forma privilegiada do delito, e reduziu a pena em 1/4 (um quarto), por considerar a quantidade e a natureza de entorpecentes, 785 (setecentas e oitenta e cinco) porções de maconha, com massa bruta total de 2.381 g (dois mil trezentos e oitenta e um gramas) e 03 (três) pacotes contendo cocaína, pesando 208 g (duzentos e oito gramas), passando a pena a 3 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, além de 375 (trezentos e setenta e cinco) dias-multa, fundamentando assim a sua escolha: "(...) O que se extrai do procedimento não obsta a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, posto não comprovados os elementos que afastam a sua incidência, já que a única ação penal identificada ainda se encontra em fase inicial. Todavia, considerando os aspectos negativos da culpabilidade, refletidos na quantidade da droga apreendida, em sua variedade e na natureza especialmente deletéria de parte desta, aplico a redução no patamar de 1/4 (um quarto). (...)” Cediço que o legislador previu apenas os pressupostos para a incidência do referido benefício legal, deixando, contudo, de estabelecer os parâmetros para a escolha entre a menor e a maior frações indicadas para a mitigação pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Em recente decisão, proferida nos autos do HC n. 725.534/SP, julgado em 27/4/2022, DJe 1º/6/2022, 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 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena, in verbis: "HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DIRETRIZES FIRMADAS NO ERESP 1.887.511/SP. USO APENAS SUPLETIVO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA NA TERCEIRA FASE. PROPOSTA DE REVISÃO DE POSICIONAMENTO. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO HÁ ANOS PELAS CORTES SUPERIORES. ACOLHIDO NO ARE 666.334/AM PELO STF. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM 1/6. ORDEM CONCEDIDA. 1. Esta Corte – HC 535.063/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Sebastião Reis Junior, julgado em 10/6/2020 – e o Supremo Tribunal Federal – AgRg no HC 180.365, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, julgado em 27/3/2020; AgR no HC 147.210, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, julgado em 30/10/2018 –, pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. A Terceira Seção desta Corte, no julgamento do Eresp 1.887.511/SP, de Relatoria do Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA (em

9/6/2021), fixou as seguintes diretrizes para a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 1 – a natureza e a quantidade das drogas apreendidas são fatores a serem necessariamente considerados na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 2 – sua utilização supletiva na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena prevista no § 3º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, somente pode ocorrer quando esse vetor conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa. 3 – podem ser utilizadas para modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quaisquer circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas na primeira etapa, para fixação da pena-base. (grifos no original). 3. Embora tenha externado a minha opinião pessoal, inúmeras vezes, sobre a impossibilidade de se aplicar a minorante especial da Lei de Drogas nos casos de apreensões de gigantescas quantidades de drogas – p. ex. toneladas, 200 ou 300 kg – por ser deduzível que apenas uma pessoa envolvida habitualmente com a traficância teria acesso a esse montante de entorpecente, a questão não merece discussão, uma vez que está superada, diante do posicionamento contrário do Supremo Tribunal Federal. Precedentes. 4. Todavia, proponho a revisão das orientações estabelecidas nos itens 1 e 2 do Eresp 1.887.511/SP, especificamente em relação à aferição supletiva da quantidade e da natureza da droga na terceira fase da dosimetria. 5. No julgamento do ARE 666.334/AM, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, o Pleno do STF, em análise da matéria reconhecida como de repercussão geral, reafirmou a jurisprudência de que "as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena". O resultado do julgado foi assim proclamado: Tese As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena. Obs: Redação da tese aprovada nos termos do item 2 da Ata da 12ª Sessão Administrativa do STF, realizada em 09/12/2015. Tema 712 – Possibilidade, em caso de condenação pelo delito de tráfico de drogas, 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 11.343/2006. 6. Portanto, diante da orientação consolidada há tempos pelas Cortes Superiores, proponho mantermos o posicionamento anterior, conforme acolhido no ARE 666.334/AM, 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 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena. 7. Precedentes recentes do STF no mesmo sentido: RHC 207256 AgR, Relator (a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/12/2021; RHC 192.643 AgR, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/5/2021). 8. Hipótese em que o Juiz de origem afastou o redutor do tráfico privilegiado por entender que a expressiva quantidade de droga apreendida (147 quilos de maconha) não qualificaria o réu como pequeno e iniciante no comércio ilícito de entorpecentes. Contudo, o STF tem posicionamento firme de que "A quantidade de droga apreendida não é, por si só, fundamento idôneo para afastamento da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (RHC 138117 AgR, Relatora: ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 15/12/2020, publicado em 6/4/2021). 9. Assim, verificado

o atendimento dos requisitos do art. 33, § 4º da Lei de Drogas, reduzo a pena em 1/6, atento ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 (expressiva quantidade de droga apreendida – 147 quilos de maconha). 10. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a pena do ora agravante para 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, mais o pagamento de 486 dias-multa." (HC n. 725.534/SP, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1/6/2022.) No mesmo sentido, as seguintes decisões monocráticas: REsp n. 1.926.249/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, DJe de 16/5/2022; HC n. 716.487/SP, relator Ministro Reinaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 16/5/2022; HC n. 548.987/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 13/5/2022; HC n. 736.686/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 11/5/2022; REsp n. 1.188.016/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato, DJe de 10/5/2022; e AREsp n. 1.870.960/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe de 5/5/2022. Em igual senda o entendimento desta Corte de Justiça: PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700280-34.2021.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: FELIPE DE JESUS VITORIO SANTOS e outros (3) Advogado (s): EDUARDO ESTEVAO CERQUEIRA BITTENCOURT FILHO, JESSICA SOUZA PEREIRA DE OLIVEIRA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELAÇÃO CRIMINAL. QUATRO APELANTES. TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006). FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PENA-BASE JÁ FIXADA NO MÍNIMO LEGAL PARA ALGUNS DOS APELANTES. IMPOSSIBILIDADE PARA AQUELES EM QUE HÁ CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS, DEVENDO A PENA-BASE SER FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA MENORIDADE PARA UM DOS APELANTES. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. APLICAÇÃO DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006 PARA UM DOS APELANTES, NÃO APLICADO NA SENTENÇA. CABIMENTO. AÇÕES PENAIIS EM CURSO NÃO AFASTAM O TRÁFICO PRIVILEGIADO. ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. REDUÇÃO DA PENA APLICADA A ESTE APELANTE. PARA DOIS OUTROS APELANTES, MANUTENÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6 (UM SEXTO) FUNDAMENTADA NA NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. PARA O QUARTO APELANTE, NÃO APLICADO O TRÁFICO PRIVILEGIADO EM RAZÃO DA NÃO PRIMARIEDADE. REGIME MAIS FAVORÁVEL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. PENA APLICADA SUPERIOR A QUATRO ANOS (ARTS. 33, § 2º, 'b', E 44, AMBOS DO CP). INVIABILIDADE DE CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE PARA DOIS DOS APELANTES. SUBSISTÊNCIA DOS MOTIVOS QUE ENSEJARAM A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. NÃO CONHECIMENTO DO PLEITO EM RELAÇÃO AOS OUTROS DOIS APELANTES. DIREITO CONCEDIDO EM SENTENÇA. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. DOIS RECURSOS CONHECIDOS EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDOS. UM RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE, E UM RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. A jurisprudência é firme no sentido de que a dosimetria da pena configura matéria restrita ao âmbito de certa discricionariedade do magistrado, e desde que respeitadas os elementos constantes dos autos e as peculiaridades do caso concreto. 2. Neste caso, atenta às diretrizes do art. 59 do CP e do art. 42 da Lei de Drogas, a Magistrada sentenciante, considerando a natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, exasperou a pena-base de dois Acusados, não havendo qualquer ilegalidade no referido fundamento, uma vez que proporcional e adequado ao caso. Precedentes do STJ. 3. Para outros dois Apelantes, o critério da natureza e quantidade da droga foi utilizado para modular a fração na aplicação do

§ 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. 4. Descabida a aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, quando ausente um dos requisitos previstos no mencionado dispositivo legal. 5. Conforme entendimento do STJ, não é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso, para formação da convicção de que o Réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. 6. Embora a natureza e a quantidade da droga seja circunstância hábil à exasperação da pena nos termos do art. 42 da Lei nº 11.343/06, a sua utilização em mais de uma fase da dosimetria da pena importa em indevido bis in idem. 7. No caso dos autos, considerando a quantidade, natureza, variedade das drogas apreendidas (4.780g de maconha e 22,80g de cocaína) e, ainda, diante da alta nocividade do entorpecente "cocaína", a causa especial de diminuição do tráfico de drogas deve incidir na fração mínima de 1/6, como aplicado pela Magistrada sentenciante, excluindo-se, em relação a um dos Apelantes, a exasperação da reprimenda basilar sob o mesmo fundamento, com deslocamento para a terceira fase da dosimetria. 8. Nos termos do art. 33, § 2º, 'b', do CP, fixa-se o regime semiaberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade, ao condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 04 (quatro) anos e não exceda a 08 (oito), como é o caso de três Apelantes, em que a pena definitiva restou fixada em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, associada à pena pecuniária de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa. Em relação ao outro Apelante, embora a pena definitiva tenha sido fixada em 06 (seis) anos e 05 (cinco) meses de reclusão, associada à pena pecuniária de 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa, por ser reincidente, o regime inicial de cumprimento de pena foi estabelecido no fechado. 9. Não preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do CP, é inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 10. Não se concede o direito de recorrer em liberdade a réu que permaneceu preso durante toda a instrução do processo, quando ainda subsistem os motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva, constituindo a manutenção da prisão, neste caso, um dos efeitos da respectiva condenação.

ACÓRDÃO Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0700280-34.2021.8.05.0080 da Comarca de Feira de Santana, sendo Apelantes FELIPE DE JESUS VITÓRIO SANTOS, ALESSANDRO CORREIA DA SILVA, WELLINGTON SAMPAIO DOS SANTOS e CLEBSON CLEMENTINO DA SILVA, e Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER PARCIALMENTE e, nessa extensão, NEGAR PROVIMENTO aos Recursos de Apelação interpostos por CLEBSON CLEMENTINO DA SILVA e WELLINGTON SAMPAIO DOS SANTOS, CONHECER e DAR PROVIMENTO PARCIAL ao Recurso interposto por FELIPE DE JESUS VITÓRIO SANTOS, e CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao Recurso interposto por ALESSANDRO CORREIA DA SILVA, na forma do Relatório e do Voto constantes dos autos, que integram este julgado. Salvador, data registrada pelo sistema. (TJ-BA – APL: 07002803420218050080 1º Vara de Tóxicos – Feira de Santana, Relator: NAGILA MARIA SALES BRITO, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 16/12/2022) g.n. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0558348-14.2015.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Paulo Osvaldo Santos Vigas Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO DEFENSIVA. LEI REPRESSORA AO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES.



APELANTE CONDENADO COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. CONCEDIDO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRETENSÕES RECURSAIS: 1) ABSOLVIÇÃO DIANTE DA FRAGILIDADE PROBATÓRIA. INACOLHIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS DEMONSTRADAS NOS AUTOS. VERSÃO DO FATOS APRESENTADA PELOS POLICIAIS MILITARES CORROBORADA PELA CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL. VALIDADE DE TAIS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. TIPO PENAL DE AÇÃO MÚLTIPLA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA VERGASTADA QUE SE IMPÕE. 2) DOSIMETRIA DA PENA. 2.1) ATENUANTE DA CONFISSÃO. RECONHECIMENTO DE OFÍCIO. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 545 DO STJ. BASILAR INALTERADA PELO ÓBICE CONTIDO NA ORIENTAÇÃO SUMULAR 231 DO STJ. 2.2) REFORMA DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO PARA A FRAÇÃO MÁXIMA PREVISTA. ACOLHIMENTO PARCIAL. NECESSIDADE DE AVALIAÇÃO DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA, JUNTAMENTE COM AS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. APELANTE FLAGRANTEADO NA POSSE DE APENAS 62,04 G (SESSENTA E DOIS GRAMAS E QUATRO CENTIGRAMAS) DE COCAÍNA. ALTERAÇÃO DO REDUTOR PARA A FRAÇÃO DE 1/2 (UM MEIO). PENA DEFINITIVA REDIMENSIONADA PARA 02 (DOIS) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME ABERTO, OPORTUNAMENTE SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO, E AO PAGAMENTO DE 250 (DUZENTOS E CINQUENTA) DIAS-MULTA. 3) PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE MENCIONAR EXPRESSAMENTE CADA DISPOSITIVO. REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO QUE SE SATISFAZ, NESTE JULGAMENTO, COM A EXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO SOBRE AS MATÉRIAS QUE SE PRETENDE SUBMETER AO CRIVO DA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. PRECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime nº 0558348-14.2015.8.05.0001, oriundos do Juízo de Direito da 3ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador, tendo como apelante PAULO OSVALDO SANTOS VIGAS e como apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, CONHECER E DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO DEFENSIVO, de acordo com o voto do Relator. Sala das sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. João Bosco de Oliveira Seixas Relator 04 (TJ-BA – APL: 05583481420158050001 3ª Vara de Tóxicos – Salvador, Relator: JOAO BOSCO DE OLIVEIRA SEIXAS, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 16/12/2022) Assim, destarte, embora os vetores do art. 42 da Lei de Drogas, isoladamente, não sejam suficientes para afastar a redutora do tráfico privilegiado, conforme posicionamento firmado pelas Cortes Superiores, constituem elementos idôneos para modular a referida causa de diminuição, quando não valoradas na primeira etapa da dosimetria, sob pena de incorrer em bis in idem. Nessa linha de raciocínio, segue o escólio do professor NUCCI: “Portanto, se o juiz notar um fator de destaque no crime cometido pelo traficante primário, de bons antecedentes, sem ligações criminosas, com a pequena quantidade de droga, deve utilizar esse critério para operar maior diminuição da pena (ex.: dois terços), deixando de considerá-la para a fixação da pena-base (a primeira etapa da aplicação da pena, conforme art. 68 do Código Penal). O contrário também se dá. Percebendo enorme quantidade de drogas, ainda que em poder de traficante primário, de bons antecedentes, sem outras ligações com o crime organizado, pode reservar tal circunstância para utilização na diminuição da pena [...]” (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 361-362). (grifamos) Assim sendo, considero que é proporcional a aplicação do percentual de 1/4, pois além de não consubstanciar o indevido bis in idem, tendo em vista que a quantidade da droga somente foi considerada nessa etapa da imposição da

pena, o patamar selecionado demonstra-se compatível com o rigor no tratamento dispensado àquele que trafica quantidades expressivas de entorpecentes. Diante da proporcionalidade que deve ser mantida entre a pena privativa de liberdade e a pena de multa, deve esta última ser mantida em 275 (duzentos e setenta e cinco) dias-multa, no valor mínimo legalmente estipulado. Por conseguinte, mantenho o regime aberto, para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, restando, pois prejudicado o pleito da defesa. Como é cediço, para que as penas restritivas de direito sejam aplicadas em substituição às privativas de liberdade, deve haver o preenchimento dos requisitos objetivos e subjetivos exigidos no art. 44 do Código Penal. Na presente, embora, embora o quantum de pena fixado seja inferior a 4 (quatro) anos, preenchendo-se, portanto, o requisito objetivo, observo que as circunstâncias do caso, notadamente, a quantidade dos entorpecentes apreendidos – 785 (setecentas e oitenta e cinco) porções de maconha, com massa bruta total de 2.381 g (dois mil trezentos e oitenta e um gramas) e 03 (três) pacotes contendo cocaína, pesando 208 g (duzentos e oito gramas) –, não recomendam a substituição. Nessa inteligência: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE DE CONFISSÃO ESPONTÂNEA. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO N. 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA UTILIZADOS ISOLADAMENTE PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ILEGALIDADE. APLICADO PATAMAR DE REDUÇÃO. FRAÇÃO DE 1/2 (METADE). PROPORCIONALIDADE DA FRAÇÃO ELEITA. REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO COM FUNDAMENTO NA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. FIXADO REGIME INTERMEDIÁRIO. MANTIDA A NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O entendimento desta Superior Corte de Justiça é no sentido de que fixada a pena-base no mínimo legalmente previsto, inviável a aplicação da atenuante pela confissão espontânea, prevista no art. 65, inc. I, do Código Penal – CP, por força da Súmula n. 231 do STJ. 2. A quantidade e a natureza das drogas apreendidas, por si sós, não são suficientes para embasar a conclusão de que o réu se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, devendo estar associada a outras circunstâncias do caso concreto para obstar a aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Na hipótese, tendo preenchido os requisitos legais, de forma cumulativa, a agravante faz jus à aplicação do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, no patamar de 1/2, tendo em vista a quantidade de droga apreendida – 2,808kg de skank. Conforme o acórdão impugnado, considerando que as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP são favoráveis, mantém-se a pena-base no mesmo patamar de 5 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa. Na segunda fase, foi reconhecida a atenuante da confissão, todavia a pena mantém-se no mínimo legal em atenção ao enunciado n. 231 da Súmula do STJ. Na terceira fase a pena foi majorada em 1/6, pois incidiu a causa de aumento de pena previstas no art. 40, inc. V, da Lei n. 11.343/06, em virtude da interestadualidade do tráfico, totalizando 5 anos e 10 meses de reclusão e pagamento de 583 dias-multa. Por derradeiro, reconhecida a incidência do § 4º do art. 33, na fração de 1/2, a pena definitiva resta fixada no patamar de 2 anos e 11 meses de reclusão, e 291 dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. 3. Diante do quantum de pena fixado, encontra-se evidenciado o constrangimento ilegal na manutenção do regime fechado, pois, apesar da natureza e da quantidade dos entorpecentes apreendidos ser fundamentação

idônea para justificar a imposição do regime inicial mais gravoso, devido a pena aplicada ser inferior a 4 anos e a pena-base ter sido fixada no mínimo legal, o regime mais gravoso a ser fixado é o semiaberto, de acordo com o disposto no § 3º do art. 33 do Código Penal – CP e art. 42 da Lei n. 11.343/06, bem como em consonância com esta Quinta Turma. 4. Impende destacar que o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que a gravidade concreta, evidenciada pela natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, constitui elemento indicativo de que a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não seja suficiente para a prevenção e repressão do delito no caso concreto. 5. Agravo Regimental desprovido. (STJ – AgRg no HC: 794315 SP 2022/0406364–8, Relator: JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 15/05/2023, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/05/2023) g.n. A suspensão condicional da pena também não se encontra recomendada, uma vez que as circunstâncias do delito não autorizam a concessão do benefício, não estando os requisitos do art. 77 e incisos do CP devidamente preenchidos. Resta, também, prejudicado o pedido para recorrer em liberdade, vez que já concedido pela magistrada sentenciante. 2. CONCLUSÃO Ante o exposto, conheço nego provimento ao presente recurso, mantendo-se a sentença recorrida em seus termos. É como voto. Sala de Sessões, data constante na certidão eletrônica de julgamento. Des. Antonio Cunha Cavalcanti Relator (assinado eletronicamente) AC04