

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Classe : Apelação n.º 0500980-78.2016.8.05.0141 Órgão : Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Relator (a) : Abelardo Paulo da Matta Neto Apelante : Gilsoni Santos Sacramento Advogado (s) : Defensoria Pública do Estado da Bahia Apelado : Ministério Público da Bahia APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. CONTROVÉRSIA. AUSÊNCIA. OBJETO RECURSAL. DELIMITAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. SUBSTÂNCIAS. NATUREZA E QUANTIDADE. IDONEIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). AFASTAMENTO. AÇÕES PENAIIS EM CURSO. UTILIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. FRAÇÃO REDUTORA. MODULAÇÃO. BIS IN IDEM. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. RECURSO. PARCIAL PROVIMENTO. 1. Não havendo no recurso controvérsia acerca da autoria ou materialidade delitivas, mas, ao revés, a exclusiva impugnação ao cálculo dosimétrico, bem assim não se vislumbrando qualquer mácula na coleta de provas que possa ser reconhecida de ofício, queda-se despidiend a reanálise do conjunto probatório condutor à condenação. 2. Nos exatos termos do que estabelece o art. 42 da Lei nº 11.343/06, a quantidade e a natureza dos entorpecentes são vetores idôneos para exasperar a pena-base aplicável ao agente, inclusive com preponderância sobre as demais circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, o que afasta a ilegalidade do julgado que assim procedeu, especialmente quando observado o consagrado patamar de 1/8 (um oitavo) do intervalo entre as penas em abstrato para a elevação. 3. Vigente na Corte Superior de Justiça o entendimento consolidado no Tema nº 1139, pela impossibilidade de se utilizar inquéritos e ações penais em curso para afastar a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n 11.343/06, torna-se inviável a utilização de tais elementos para caracterizar a habitual dedicação criminosa do agente e, por conseguinte, negar-lhe o benefício. 4. Sendo a natureza e a quantidade das drogas utilizada para a exasperação da pena-base, na primeira fase do cálculo dosimétrico, não há como serem novamente computadas em sua terceira fase, para fins de modulação da fração redutora incidente à hipótese, sob pena de bis in idem. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça, sob a égide de repercussão geral. 5. Afastada a existência de ações penais em curso como causa impeditiva de reconhecimento ao réu do direito à causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, bem assim impossibilitada sua modulação em face da natureza e da quantidade de drogas já consideradas para a fixação da pena-base, torna-se impositivo a ele reconhecer incidente a multicitada causa de diminuição, em sua fração máxima (2/3), para que, no caso concreto, a pena definitiva seja reduzida a 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, além de 208 (duzentos e oito) dias-multa. 6. Alterada a pena definitiva e considerada a natureza do delito, tem-se por também necessário alterar o regime inicial de seu cumprimento para o aberto, bem assim substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 7. Malgrado se reduza a pena definitiva fixada ao agente, sendo ela preservada em patamar superior a 02 (dois) e inferior a 04 (quatro) anos, o interregno prescricional incidente à hipótese é de 08 (oito) anos, o qual, não tendo decorrido entre os marcos interruptivos havidos no feito, afasta o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva estatal. Inteligência dos arts. 109, IV, e 110, § 1º, do Código Penal. 8. Apelação parcialmente provida. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n.º 0500980-78.2016.8.05.0141, em que figuram, como Apelante, Gilsoni Santos Sacramento e, como Apelado, o Ministério Público da Bahia, ACORDAM os Desembargadores componentes da Segunda Turma da Primeira Câmara

Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto condutor, adiante registrado. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 20 de Agosto de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Classe : Apelação n.º 0500980-78.2016.8.05.0141 Órgão : Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Relator (a) : Abelardo Paulo da Matta Neto Apelante : Gilsonnei Santos Sacramento Advogado (s) : Defensoria Pública do Estado da Bahia Apelado : Ministério Público da Bahia RELATÓRIO Gilsonnei Santos Sacramento interpôs recurso de apelação contra a sentença penal prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Jequié, condenando-o pela incursão na conduta recriminada pelo artigo 33 da Lei nº 11.343/06, sob a basilar imputação de que, no dia 26 de março de 2016, por volta das 3:00h, foi preso em flagrante por guardar em seu apartamento, no bloco 03, Alto da Colina, bairro Cidade Nova, comarca de Jequié, 170g (cento e setenta gramas) de maconha em formato de tablete e 18 (dezoito) pedras de crack, droga que seria comercializada a terceiros se não tivesse sido apreendida pela Polícia Militar. Regularmente processado o feito, apreciando as imputações da respectiva denúncia, o Julgador Primevo reconheceu a materialidade delitiva e a respectiva autoria acerca do crime adrede apontado, fixando ao réu as penas definitivas de 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime semiaberto, além de 630 (seiscentos e trinta) dias-multa. Irresignado, o Acusado interpôs inicial recurso de apelação (ID 32387420 / pdf), em cuja resposta foi proferido julgamento anulando a sentença, em face de estar versada exclusivamente de modo oral (ID 40403934 a ID 40452899). Remetido o feito em retorno à primeira instância, foi proferida nova sentença, mantendo a condenação do apelante e externando a fundamentação para tanto utilizada (ID 46540236). Irresignado, o réu apresentou novo recurso de apelação (ID 46540242), por cujas razões, sem controverter o mérito da configuração delitiva, pugna pela reforma do julgado no que concerne ao cálculo dosimétrico, buscando ver aplicada a causa de diminuição da pena em seu patamar máximo e, em consequência, se reconhecer a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva (ID 46540251). O Ministério Público apresentou contrarrazões, sem arguição de preliminares, pugnando pelo improvimento do recurso, com a integral manutenção do decisum (ID 46540254). A Procuradoria de Justiça ofertou parecer, pelo improvimento do recurso (ID 62789520). Retornando-me os autos à conclusão, constatada a insubsistência de diligências pendentes, neles lancei a presente sinopse, submetendo-a à Eminente Revisão. É, no que releva, o suficiente a relatar. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Classe : Apelação n.º 0500980-78.2016.8.05.0141 Órgão : Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Relator (a) : Abelardo Paulo da Matta Neto Apelante : Gilsonnei Santos Sacramento Advogado (s) : Defensoria Pública do Estado da Bahia Apelado : Ministério Público da Bahia VOTO Ao exame dos autos, deflui-se cuidar-se de Apelação Criminal manifestada contra sentença condenatória proferida por Juiz singular, revelando-se, à luz do art. 593, I, do Código de Processo Penal, patente a adequação da modalidade recursal à hipótese em que utilizada. O recurso foi interposto no prazo legal, com observância das formalidades a ele inerentes, tornando, portanto, imperativa a sua análise como peça de impugnação. Ab initio, deve-se consignar que o

inconformismo abrigado no recurso não controverte a materialidade ou a autoria do fato, uma vez que expressamente centrado no capítulo atinente à dosimetria, buscando o reconhecimento da incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, a fim de que seja reduzida a pena e, por conseguinte, reconhecida a incidência da prescrição da pretensão punitiva. Sob essa ótica, não se extrai do feito, acerca do juízo positivo da configuração do crime, qualquer mácula de nulidade que possa ser prontamente identificada ou que imponha reconhecimento ex officio, haja vista que incontroversa a apreensão das substâncias ilícitas com o Recorrente (evidenciando a materialidade do fato), bem assim uníssona toda a prova oral nas fases inquisitorial (ID 32387185, págs. 03 a 07) e judicial (ID 32387367), no sentido de que eram guardadas por aquele. Portanto, não se cuidando de recurso voltado ao afastamento do reconhecimento incursivo na conduta penalmente recriminada, e não sendo a hipótese de pronta constatação de qualquer mácula de nulidade no feito, há de se enfrentar as matérias efetivamente impugnadas no recurso trazido a julgamento, acerca das quais delimitada sua abrangência. Sob esse prisma analítico, tem-se que, conforme relatado acerca das razões recursais, a postulação a ser inicialmente abordada, em observância à melhor técnica de julgamento, consiste no procedimento adotado para a fixação da pena-base, à qual se imputa indevida exasperação. In casu, o procedimento foi assim descrito na sentença: "(...) A culpabilidade é normal à espécie. Não há notícia de Maus antecedentes, uma vez que as ações penais mencionadas na fundamentação não há comprovação do seu trânsito em julgado. Não há notícia acerca de ser portador de má conduta social. A personalidade, motivo, circunstâncias, consequências do crime e comportamento da vítima, entendendo normais a espécie. A quantidade da substância/produto apreendido não foi elevada. Todavia, dada a diversidade das substâncias apreendidas, e sendo uma delas o crack, o qual possui grave potencial lesivo a saúde do usuário, hei de exasperar a pena base. Assim, fixo a pena base em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão e multa de 630 dias-multa. (...)". Como se infere, o Julgador de origem elevou a reprimenda basilar com lastro na diversidade da droga apreendida. De fato, nos termos do que preconiza o art. 42 da Lei nº 11.343/06, "o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente", o que evidencia o lastro legal para o procedimento adotado na origem. Por outro lado, de acordo com a prova abrigada no feito – não controvertida no recurso em apreço –, foram apreendidos com o réu entorpecentes de natureza variada, sendo 18 (dezoito) pedras da droga popularmente conhecida como crack e 150g (cento e cinquenta gramas) daquela conhecida como maconha, o que torna lícita a elevação da reprimenda. Outra não é a compreensão jurisprudencial do tema: "AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES. QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS (1.000G DE COCAÍNA, 194G DE CRACK E 25G DE MACONHA). FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTUM DE AUMENTO. DESPROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. AUMENTO DE 1/6 PELA REINCIDÊNCIA. MANUTENÇÃO. FRAÇÃO PROPORCIONAL ADOTADA NESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O refazimento da dosimetria da pena em habeas corpus tem caráter excepcional, somente sendo admitido quando se verificar de plano e sem a necessidade de incursão probatória, a existência de manifesta ilegalidade ou abuso de poder. 2. A natureza e a quantidade da droga justificam a exasperação da pena-base acima no mínimo

legal, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006. No caso, além dos antecedentes, a quantidade e a natureza dos entorpecentes (1kg de cocaína, 194g de crack e 25g de maconha), justificam o aumento de 3 anos para o crime de tráfico e de 2 anos para o crime de associação na primeira fase da dosimetria. 3. "O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, sendo descabido falar em aumento inferior a 1/6, na etapa intermediária, pela recidiva." (AgRg no HC 672.305/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/12/2021, DJe 17/12/2021). 4. Agravo Regimental no habeas corpus desprovido". (STJ – AgRg no HC: 707313 SP 2021/0370363–8, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 29/03/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/04/2022) "APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVAS DA AUTORIA. CONFISSÃO DO CORRÉU. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. PROVA IDÔNEA. DOSIMETRIA DA PENA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO CABIMENTO. REGIME. RECURSO IMPROVIDO. 1. O depoimento dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante da acusada constitui meio de prova idôneo a fundamentar a condenação, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. Precedente do STJ. 2. As circunstâncias da apreensão, com especial destaque para o fato de o flagrante ter sido resultado de uma denúncia direcionada de forma específica local em que estavam os acusados, a confissão extrajudicial do corréu, em harmonia com os depoimentos prestados pelos policiais que participaram da ocorrência, a apreensão de 365,068g de maconha e 801,122g de cocaína e crack, em forma de pedra, pó e tablete, constituem provas idôneas e suficientes para lastrear a condenação do recorrente pelo crime previsto no art. 33 da Lei de Tóxicos. 3. A natureza negativa da substância entorpecente (crack e maconha), circunstância preponderante nos termos do art. 42 da Lei de Tóxicos, justifica a exasperação da pena-base em dois anos. 4. Cabe ao juiz escolher em qual momento da dosimetria as circunstâncias da natureza e da quantidade da droga vão ser levadas em conta, seja na primeira, seja na terceira, observando sempre a vedação ao bis in idem. Hipótese em que a natureza da droga (cocaína) permaneceu exasperando a pena-base e a quantidade do entorpecente foi utilizada na terceira fase, afastando a redutora do tráfico privilegiado. Precedentes do STF e do STJ. 5. A quantidade excessiva do entorpecente (365,068g de maconha e 801,122g de cocaína e crack, em forma de pedras, pó e tabletes) é elemento concreto e idôneo a afastar a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, prevista no parágrafo 4º, do Art. 33, da Lei 11.343/06. 6. A natureza, a quantidade e a diversidade do entorpecente apreendido (365,068g de maconha e 801,122g de cocaína e crack, em forma de pedras, pó e tabletes) associadas à quantidade de pena (7 anos) indicam que o regime inicial fechado é mais adequado, firme no que dispõe o art. 33, §§ 2º e 3º do CP c/c art. 42 da Lei de Tóxicos. 7. Recurso a que se nega provimento." (TJ-PE – APL: 4852331 PE, Relator: Fábio Eugênio Dantas de Oliveira Lima, Data de Julgamento: 12/09/2018, 2ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 19/09/2018). Já o quantum de elevação, na hipótese, observou fielmente o consagrado patamar de 1/8 (um oitavo) do intervalo entre as penas mínima e máxima abstratamente fixadas para o crime, não havendo ensejo para que seja modificado. Portanto, em que pese a insurgência recursal, não há o

que se alterar acerca da primeira fase do cálculo dosimétrico alcançado na origem. Na segunda fase, não foram reconhecidas atenuantes ou agravantes, o que não é questionado pelo recurso ou tampouco se apresenta evidenciado no feito. Já na terceira fase, observa-se que a sentença registrou a negativa ao réu do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 exclusivamente com fundamento no fato de que responde a outras ações penais em curso. Veja-se: “Segundo a certidão de fl. 41 nos autos, comprovado que o Sr. GILSONEI SANTOS SACRAMENTO responde a pelo menos 03 (três) ações penais nesta mesma Comarca, acerca de tráfico de drogas, o que demonstra que não pode ser beneficiado com o privilégio descrito no § 4º da Lei 11.343/06. Rememora-se que a vedação a utilizações de ações penais em curso e sentenças não definitivas, refere-se à exasperação da pena base.” Ocorre que, não obstante a original vedação da utilização das ações em curso para fins de exasperação da pena-base, na forma do Enunciado Sumular nº 444 do Superior Tribunal de Justiça, a mesma Corte firmou a compreensão, inclusive sob a égide dos recursos repetitivos (Tema nº 1139), de que igualmente não se pode negar a incidência do aludido redutor com lastro na existência de ações em curso. Confirma-se o quanto decidido na Corte Cidadã: “Tema 1139 (STJ): É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06.” Da direta exegese do entendimento vinculante, conclui-se que, no âmbito da compreensão da Superior Corte de Justiça, a habitualidade delitiva, para fins de afastamento da causa de diminuição, não pode ser alcançada com a utilização de inquéritos e ações penais em curso, justamente o que se utilizou na origem. Portanto, em que pese a crítica meritória que se impõe registrar a tal compreensão, na medida em que, na prática, limita a caracterização da recalcitrância delitiva aos casos de reincidência formal, tem-se, sob essas circunstâncias, por impositivo se reconhecer ao apelante a incidência da causa de diminuição de pena perseguida em seu inconformismo (Lei nº 11.343/06, art. 33, § 4º). Nesse sentido, afastada a vedação ao reconhecimento do redutor, haveria de se analisar as balizas remanescentes para quantificação do benefício. Contudo, já se tendo valorado a quantidade e a natureza dos entorpecentes na primeira fase do cálculo dosimétrico, para exasperação da pena-base, não há com se modular a incidência do redutor pelo mesmo fundamento, sob pena de bis in idem. A compreensão é também assente no Superior Tribunal de Justiça, sob a mesma ritualística de repercussão geral (Tema nº 712): “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE. NÃO APLICAÇÃO. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS DO DELITO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712). ( REsp n. 1.887.511/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, DJe de 1/7/2021.) 2. Considerando que a pena-base do acusado foi mantida no mínimo legal, e que o magistrado sentenciante sopesou a questão da natureza e da quantidade das drogas (230g de crack, 5kg de cocaína e 1kg de maconha) apenas na terceira etapa da dosimetria, juntamente com as demais circunstâncias do delito, não se vislumbra ilegalidade no não reconhecimento do tráfico privilegiado. 3. Agravo regimental desprovido.” (STJ – AgRg no HC: 688548 SP 2021/0267438-1, Data de Julgamento:

14/06/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/06/2022) “AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS CONSIDERADAS NA PRIMEIRA E TERCEIRA FASES. BIS IN IDEM CONFIGURADO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A existência de ações penais em curso, por si só, não se mostra fundamento idôneo para afastar a causa de diminuição do tráfico, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, tendo ressaltado o Juízo de origem a primariedade e bons antecedentes do réu. 2. Constitui indevido bis in idem a valoração negativa de idênticos fundamentos pela natureza e quantidade de drogas, na primeira etapa, para elevar a pena-base e, na terceira, para negar ou mesmo modular a fração da minorante do tráfico privilegiado. 3. Agravo regimental improvido.” (STJ – AgRg no AREsp: 2139803 MG 2022/0168526-0, Relator: JESUÍNO RISSATO, Data de Julgamento: 27/04/2023, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/05/2023) “PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUCIONAL. DOSIMETRIA DE PENA. PECULIARIDADES DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE A SER OBSERVADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO OU MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO TOLERÂNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL. RECURSO PROVIDO PARA RESTAURAÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. 1. A dosimetria da reprimenda penal, atividade jurisdicional caracterizada pelo exercício de discricionariedade vinculada, realiza-se dentro das balizas fixadas pelo legislador. 2. Em regra, abre-se espaço, em sua primeira fase, à atuação da discricionariedade ampla do julgador para identificação dos mais variados aspectos que cercam a prática delituosa; os elementos negativos devem ser identificados e calibrados, provocando a elevação da pena mínima dentro do intervalo legal, com motivação a ser necessariamente guiada pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. 3. Na estrutura delineada pelo legislador, somente são utilizados para a fixação da pena-base elementos pertencentes a seus vetores genéricos que não tenham sido previstos, de maneira específica, para utilização nas etapas posteriores. Trata-se da aplicação do princípio da especialidade, que impede a ocorrência de bis in idem, intolerável na ordem constitucional brasileira. 4. O tratamento legal conferido ao tráfico de drogas traz, no entanto, peculiaridades a serem observadas nas condenações respectivas; a natureza desse crime de perigo abstrato, que tutela o bem jurídico saúde pública, fez com que o legislador elegeesse dois elementos específicos – necessariamente presentes no quadro jurídico-probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas – para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria. 5. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise desses elementos para etapas posteriores, já que erigidos ao status de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual. 6. O tráfico privilegiado é instituto criado para beneficiar aquele que ainda não se encontra mergulhado nessa atividade ilícita, independentemente do tipo ou do volume de drogas apreendidas, para implementação de política criminal que favoreça o traficante eventual. 7. A utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, configura bis in idem, expressamente rechaçado no

juízo de julgamento do Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral pelo Supremo Tribunal Federal (Tese de Repercussão Geral n. 712). 8. A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa. 9. Na modulação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, podem ser utilizadas circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, desde que não utilizadas de maneira expressa na fixação da pena-base. 10. Recurso provido para restabelecimento da sentença.” (STJ – REsp: 1887511 SP 2020/0195215-3, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 09/06/2021, S3 – TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 01/07/2021). [Destaques da transcrição] Destarte, não se podendo modular a fração de redução em face da quantidade e natureza das drogas apreendidas, diante de já terem sido consideradas na primeira fase do cálculo, tem-se por imperativo reconhecer ao apelante a incidência do redutor em sua máxima fração – 2/3 (dois terços). Com isso, a partir da pena-base convalidada em 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, há de se redimensionar a pena definitiva do réu para o total de 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, além de 208 (duzentos e oito) dias-multa. Procedido o ajuste na reprimenda definitiva, o regime inicial para seu cumprimento deve ser estabelecido como o aberto, na direta exegese do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. O crime em que incurso o réu não abriga violência ou grave ameaça, o total da pena não supera 04 (quatro) anos e não houve valoração negativa da culpabilidade, antecedentes, conduta social ou personalidade do agente, tampouco motivos e circunstâncias. Logo, fazem-se presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, ao que se procede, na razão de duas delas, a serem fixadas em concreto pelo Juízo da Execução, tendo em vista sua maior proximidade com o distrito da culpa e melhor possibilidade de avaliação quanto à adequação daquelas em relação aos efeitos restritivos, pedagógicos e acautelatórios que devem exprimir. Ante o total da pena ora fixada, sob a égide dos arts. 109, IV, e 110, § 1º, do Código Penal, o interregno prescricional incidente à hipótese é o de 08 (oito) anos, o qual não se encontra exaurido, na medida em que a denúncia foi recebida em 19/06/2017 e a sentença proferida em 17/03/2023, marcos entre os quais transcorrido pouco menos de 06 (seis) anos. Logo, não há prescrição da pretensão punitiva a ser reconhecida. Conclusão À vista de todos os fundamentos aqui consignados, sopesados em cotejo com a realidade dos autos, e em alinhamento à compreensão externada pelos arestos aqui transcritos, igualmente adotados como fundamentação decisória, tem-se por necessário, observando-se as estritas delimitações do recurso, dar-lhe parcial provimento, a fim de fazer incidir no cálculo dosimétrico o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e, por conseguinte, redimensionar a pena definitiva para 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, além de 208 (duzentos e oito) dias-multa, fixando-se o regime aberto para início do cumprimento da pena pessoal, de logo substituída por duas restritivas de direito. Dispositivo Ex positis, na exata delimitação das conclusões adrede firmadas, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao apelo. É o voto. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Relator