

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0506290-58.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: JOSIVALDO SOBRAL DA SILVA Advogado (s): NATHALIA SANTANA PERDIGAO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS COMPROVADAS, SENDO INVIÁVEL A ABSOLVIÇÃO. DOSIMETRIA. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA BASE, EM RAZÃO DE DESPROPORCIONALIDADE. INVIABILIDADE. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. PENA-BASE FIXADA DE FORMA PROPORCIONAL E MEDIANTE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REQUERIMENTO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS. RECHAÇADO. ACUSADO QUE NÃO É PRIMÁRIO. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRIVAS DE DIREITA. INACOLHIMENTO. RÉU QUE NÃO PREENCHE OS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CP. PLEITO DE ALTERAÇÃO DE REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA SITUADA NOS PARÂMETROS DO ART. 33, § 2º, 'A', DO CP, DEVENDO O REGIME INICIAL SER O FECHADO. REQUERIMENTO DE RESPONDER AO PROCESSO EM LIBERDADE. INVIABILIDADE. NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR PARA GARANTIR A ORDEM PÚBLICA, CONSIDERADA A REITERAÇÃO DELITIVA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO, COM ESTEIO NO PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA. 1. Demonstradas de forma inequívoca a autoria e a materialidade do crime de tráfico de drogas, resta inviável a absolvição. 2. Inviável a aplicação do benefício previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, haja vista que o Acusado não é primário, não ostenta bons antecedentes e as evidências apontam para habitualidade na prática delitiva. ACÓRDÃO Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0506290-58.2020.8.05.0001, da Comarca de SALVADOR, sendo Apelante JOSIVALDO SOBRAL 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 e com esteio no parecer da Procuradoria de Justiça, em CONHECER e NEGAR PROVIMENTO ao Recurso de Apelação interposto pela Defesa, na forma do Relatório e do Voto que integram este julgado. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 3 de Outubro de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0506290-58.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: JOSIVALDO SOBRAL DA SILVA Advogado (s): NATHALIA SANTANA PERDIGAO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de recurso de apelação interposto pelo Acusado JOSIVALDO SOBRAL DA SILVA, tendo em vista sua irresignação com o conteúdo da sentença condenatória, proferida pelo Juiz de Direito da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que julgou procedente a denúncia ofertada pelo Ministério Público, para o fim de condená-lo ao cumprimento nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, fixando-lhe a pena definitiva em 09 (nove) anos de reclusão, em regime inicial fechado, deixando de fixar a punição em dias-multa ante a situação econômica do réu. Ao final, decretou a prisão preventiva do Acusado fundada na necessidade de assegurar a garantia da ordem pública, considerando a gravidade concreta do delito e das condições pessoais do Réu, negando-lhe, por conseguinte, o direito de recorrer em liberdade (id. 67710602). Irresignada, a Defesa interpôs recurso de apelação (id. 67710611), com

razões acostadas no id. 68104291, pleiteando a absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, requereu a diminuição da pena-base, por entender ser desproporcional, e a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, em seu grau máximo. Postulou a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Ao final, pugnou pelo direito de recorrer em liberdade (id. 68104291). Em contrarrazões, o Parquet pugnou pelo conhecimento e desprovemento do recurso, mantendo-se incólume a decisão condenatória (id. 68402780). Abriu-se vista à Procuradoria de Justiça, que em Parecer da lavra da Procuradora de Justiça Sônia Maria da Silva Brito, opinou pelo conhecimento e desprovemento do recurso de apelação (id. 68642767). É o relatório. Salvador/BA, 13 de setembro de 2024. Desa. Nágila Maria Sales Brito Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0506290-58.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: JOSIVALDO SOBRAL DA SILVA Advogado (s): NATHALIA SANTANA PERDIGAO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO 1. PRESSUPOSTOS RECURSAIS DEVIDAMENTE CONFIGURADOS. CONHECIMENTO DA APELAÇÃO. Cabe examinar a presença dos pressupostos recursais. Do exame dos autos, percebe-se que a sentença condenatória foi publicada no DJe no dia 10/06/2024 (v. certidão de id. 67710604). O Acusado foi intimado no dia 31/07/2024, por intermédio de Oficial de Justiça (id. 67710616). O Recurso foi interposto no dia 14/06/2024 (id. 67710611). Levando-se em conta o prazo previsto pelo artigo 593 do Código de Processo Penal, resulta evidente a tempestividade da apelação, a qual veio a cumprir os requisitos necessários para a sua regular tramitação, ensejando o correspondente conhecimento. 2. DO MÉRITO DO RECURSO DE APELAÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS, SENDO IMPOSSÍVEL COGITAR-SE A ABSOLVIÇÃO. No caso em testilha, para a caracterização típica do delito, além da comprovação da materialidade, necessário se faz analisar a autoria e a responsabilidade criminal do denunciado, sendo imprescindível examinar os elementos de prova produzidos nos autos. Assim, cumpre analisar de forma serena e despida de preconceitos, as provas constantes nestes autos, cotejando-as com o fato narrado na exordial acusatória. Narra a denúncia que no dia 28 de maio de 2020, policiais militares realizavam ronda de rotina na Rua Teixeira Mendes, no bairro Alto das Pombas, em Salvador/BA, quando foram recebidos por disparos provenientes de armas de fogo. Em resposta, os agentes de segurança revidaram os tiros, ocasião em que os indivíduos empreenderam fuga, saltando sob as lajes de diversos imóveis, tendo o Acusado caído do telhado para o interior de uma residência. Diante disso, a guarnição policial conseguiu detê-lo e, ao ser abordado, foram encontradas 282 (duzentos e oitenta e duas) porções de cocaína, acondicionadas e individualizadas em pinos plásticos, totalizando a massa bruta de 68,26 (sessenta e oito gramas e vinte e seis centigramas) e 96 (noventa e seis) pedras de crack, acondicionadas em pedaços de plástico transparente, totalizando a massa bruta de 10,58g (dez gramas e cinquenta e oito centigramas), além da importância de R\$ 560,00 (quinhentos e sessenta reais) em espécie, 01 (um) aparelho celular e objetos pessoais, consoante evidenciam o auto de exibição e apreensão e o laudo de constatação (id. 67710328). A denúncia foi recebida no dia 10/07/2020 (id. 67710348). Compulsando detidamente os fólios, constata-se que a autoria e a materialidade delitivas revelam-se incontestes, consoante o auto de prisão em flagrante (id. 67710329, fl. 2), depoimento das testemunhas (id.

67710329, fl. 3-4; 5; 6), auto de exibição e apreensão (id. 67710329, fl. 7), laudo de constatação (id. 67710329, fl. 20) e laudo pericial (id. 67710453), além dos depoimentos colhidos durante a instrução processual. Em Juízo, o Policial Militar PEDRO SILVA FREITAS, consignou que: “(...) se recorda dos fatos lidos na denuncia; que se recorda da fisionomia do acusado; que a localidade alto das pombas fica localizado entre a federação e ondina; que o depoente já conhecia a localidade; que o crime de trafico de drogas é comum na região; que se tratava de uma ronda rotineira que foram recebido por vários indivíduos armados disparando tiros contra a guarnição; que os indivíduos passaram a pular os telhados das casas do local; que o acusado ao pular no telhado caiu e foi capturado; que tiveram acesso ao imóvel que estava vazio; que o imóvel não aparentava ser abandonado; que durante a fuga não houve mais disparo de armas de fogo; que o acusado após cair foi encontrado no chão com dores e com uma bolsa; que fizeram a busca e dentro da bolsa havia droga, dinheiro e celular; que a droga encontrada aparentava ser cocaína e a quantidade era propria do comercio; que tiveram que forçar a entrada da casa para conseguir entrar, ao notarem que o acusado tinha caído dentro do imóvel; que bateram antes na porta mas ninguém respondeu; que o acusado afirmou que não tinha sido ele que tinha atirado contra a guarnição; que não conhecia o acusado de outra abordagem. Às perguntas da Defesa, respondeu que: não havia mandado judicial para entrar no local, uma vez que o réu estava em situação de flagrante” (id. 288089926 – Pje 1º Grau). No mesmo sentido, o Policial Militar ROBSON OLIVEIRA PAIXÃO pontuou que: “(...) se recorda da fisionomia do acusado; que já fez ronda na localidade algumas vezes; que são comuns a condução de envolvimento de pessoas com trafico de drogas no local; que estavam fazendo ronda na localidade e foram recebidos por vários indivíduos efetuando disparos e fuga; que os indivíduos tiveram acessos a fuga pelos telhados de residências; que o acusado acabou caindo ao tentar fugir; que a casa que o acusado estava após cair não aparentava estar abandonada; que o acesso ao local foi rápido e a casa não aparentava ter ninguém, até porque não teve acesso ao morador da casa; que não se recorda se havia alguém na casa; que adentrou o local e depois voltou para segurança externa; que foi encontrado com o acusado uma sacola vermelha com cocaína, celular e dinheiro; que não recuperaram nenhuma arma; que não prenderam ninguém além do acusado no local; que ouviu falar depois do fato por meio de seus colegas que o acusado tinha envolvimento com drogas; que o acusado não falou quem morava no imóvel; que o acusado precisou ser levado para o atendimento medico, pois estava muito machucado; que o acontecimento foi por volta das 2:00 da madrugada daquele dia. Às perguntas da Defesa, respondeu que: era impossivel ver quem estava com droga; que a sacola de drogas estava com o acusado; que quem teve o acesso ao imóvel primeiro foi outro colega; que seu acesso ao imóvel foi rápido e voltou para a segurança externa; que na rua não havia testemunhas; que o acusado não estava com arma de fogo; que acusado nada relatou ao depoente sobre as drogas; que as drogas estavam com o acusado não podendo precisar em que local uma vez que entrou no imóvel rapidamente saiu para fazer a segurança externa” (id. 288089933 – PJe 1º Grau). Os policiais, como qualquer outra testemunha, assumem o compromisso de dizer a verdade (artigo 203 do CPP). Se fizerem afirmação falsa, calarem ou ocultarem a verdade, o Juiz instrutor, com força no art. 211 do CPP, determinará a instauração de inquérito para apurar o falso testemunho. Com efeito, não é razoável admitir-se que o Estado possa credenciar pessoas para exercer função repressiva e, sem elementos cabais de prova, negar-lhes crédito

quando de sua estrita atividade. Segundo a jurisprudência, é válido o testemunho prestado por agente policial, não contraditado nem desqualificado, na medida em que provém de agente público no exercício de suas funções e não destoia do conjunto probatório. Corroborando tal entendimento, vem assim decidindo os Tribunais: TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Concluindo as instâncias de origem, de forma fundamentada, acerca da autoria e materialidade delitiva assestadas ao agravante, considerando especialmente o flagrante efetivado e os depoimentos prestados tanto em inquérito como em juízo, inviável a desconstituição do raciocínio com vistas a absolvição por insuficiência probatória, pois exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, nos termos do óbice da Súmula n. 7/STJ. 2. Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. 3. Agravo desprovido. (AgRg nos EDcl no AgRg no AREsp 1619050/SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 28/04/2020, DJe 04/05/2020). (Grifo nosso). Por outro lado, as testemunhas de Defesa, que não presenciaram a integralidade da ação policial, relataram que não viram o Acusado portando drogas ou armas. A testemunha de Defesa Lucia Maria Costa da Silva registrou, em Juízo, que “presenciou os fatos lidos na denuncia; que viu o tumulto na rua e se aproximou e reconheceu o acusado; que encontrou o acusado saindo do local algemado, sem camisa e com bermuda preta; que não viu o acusado portando nenhuma droga; que não viu o acusado portando nenhuma arma de fogo; que nunca viu o acusado em confusão; que o acusado trabalhava em uma barraca de frutas; que conhecia o acusado de vista; que viu disparo de armas de fogo da policia; que é normal a policia ir ao local e as pessoas correrem ao avistarem a policia; que não sabe de quem é o imóvel que o acusado caiu; Às perguntas do Ministério Público, respondeu que: antes do acusado sair da casa tinha ouvido muitos tiros; que não viu o acusado com nada; que ouviu os tiros de longe” (id. 288089939 – PJe 1º Grau). A testemunha de defesa MARIVALDA LIMA FREITAS salientou em Juízo que: “presenciou os fatos lidos na denuncia; que estava em casa dormindo e acordou com barulhos de tiros; que ouviu gritos do acusado quando caiu do telhado; que se aproximou da casa quando familiares do acusado chegaram ao local; que não viu o acusado portando nenhuma droga e nenhuma arma de fogo; que a droga também não estava nas mãos dos policiais; que o acusado trabalhava como pintor e estava trabalhando em barraca de frutas; que a policia chega atirando no local; que os moradores saem correndo quando a policia chega ao local. Às perguntas do Ministério Público, respondeu que: os acontecimentos foram por volta de 1:00 da manhã; que a depoente estava dormindo, quando acordou com o barulho e viu que já existiam pessoas olhando o que acontecia; que os policiais estavam disparando tiros para residência o tempo todo; que se aproximou do local onde estavam as pessoas, apesar de ter mantido certa distancia do local dos fatos” (id. 288089952 – PJe 1º Grau). A testemunha de defesa MAX FREITAS DA SILVA assim externou perante o Juízo: “presenciou os fatos lidos na denuncia; que estava em casa deitado e ouviu os tiros; que ouviu os gritos do acusado; que os vizinhos estavam saindo para ajudar o acusado; que os policiais estavam atirando; que ficaram na frente da casa esperando; que é normal os policiais chegaram atirando; que é normal os moradores sairem correndo quando a policia chega ao local; não viu drogas nem armas de fogo

na mão do acusado. Às perguntas do Ministério Público, respondeu que: conhece o acusado mais de cinco anos; que os acontecimentos foram por volta de 1:00 da madrugada; que acordou com o barulho de tiros que foram muitos; que morava próximo onde estava acontecendo o tiroteio; que ouviu o acusado gritando e pedindo ajuda; que os policiais estavam atirando contra a casa; que o acusado foi encontrado dentro dessa casa; que não conhece o dono da casa apesar da mesma ficar a cerca de três casa de onde o depoente mora; que a casa estava fechada a meses; que o acusado não morava nessa casa, mas sim um pouco distante do local; que o acusado estava trabalhando vendendo frutas; que o acusado trabalha vendendo frutas pela manhã e pela tarde; que nunca viu o acusado vender frutas pela madrugada” (id. 288090314 – PJe 1º Grau). O Acusado, quando interrogado em Juízo, negou a prática delitiva: “Às perguntas da Juíza, respondeu que: os fatos lidos na denuncia não são verdadeiros; que as drogas não eram suas; que é usuário de maconha; que foi comprar para consumir; que ao chegar ao local foi abordado pela polícia e os policiais começaram a disparar tiros e começou a correr subiu em uma laje e se jogou para dentro do imóvel; que ao cair começou a gritar pela sua família e estes compareceram ao local; quando o depoente se sentiu seguro para sair do imóvel; que seu filho de doze anos se fez presente no local; que o declarante ao contrario do que as testemunhas falaram saiu também pelo telhado, porque os policiais não conseguiram ter acesso ao imóvel que estava fechado; que possui audios das comunicações com seu filho; que esses audios se encontram com sua advogada; que os policiais não tiveram acesso a casa; que não sabe ao certo o motivo de ter sido preso; que correu devido os tiros; que não portava nenhum tipo de droga; que estava apenas cinco reais no bolso; que não sabe onde essa droga foi encontrada; que não viu o momento que os policias prenderam a droga; que não havia morador dentro da casa no momento; que a casa era alugada; que somente ele foi abordado; que já havia sido preso antes; que foi preso três vezes por furto; que está respondendo processo. Às perguntas do Ministério Público, respondeu que: nada perguntou. Às perguntas da Defesa, respondeu que: seu filho tem doze anos; que não participa de nenhuma facção criminosa; que os policiais ficaram sabendo que ele havia passagem pela policia e por isso o abordaram” (id. 288090327 – PJe 1º Grau) Ao exame dos depoimentos das testemunhas de Defesa, que presenciaram a situação apenas quando o réu já estava contido pelos Policiais Militares, quando cotejados com as demais provas coligidas nos autos, não parece crível que os policiais tenham “plantado” as drogas e o dinheiro, tão somente para legitimar a prisão do Acusado. Os depoimentos dos policiais, enquanto servidores públicos gozam de presunção de veracidade e os atos por eles praticados no exercício do cargo gozam de presunção de legitimidade, motivo pelo qual seus testemunhos constituem relevantes elementos probatórios (STJ – REsp: 1980146 DF 2022/0015491–0, Relator: Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Data de Publicação: DJ 19/12/2022). Vale salientar que os agentes de segurança pública, quando em Juízo, apresentaram idêntica versão dos fatos, não só a respeito de que o Acusado portava consigo substâncias entorpecentes de uso proscrito no país, como também de que se trata de localidade onde o tráfico de drogas ocorre de forma habitual. Da mesma forma, não há como conferir credibilidade às afirmações do Acusado, que destoam do arcabouço probatório. Nos termos do Auto de Exibição e Apreensão (id. 67710329, fl. 7) e do Laudo de Constatação (id. 67710329, fl. 20), o Acusado foi flagrado em posse de substâncias entorpecentes ilícitas, consistindo em 282 (duzentos e oitenta e duas) porções sob a forma de pó e 96 (noventa e

seis) porções sob a forma de pedras, já acondicionadas para comercialização, além de, dentre outros, R\$560,00 (quinhentos e sessenta reais) em espécie. Cumpre ressaltar que a droga apreendida foi submetida à perícia, sendo detectada a substância benzoilmetilecgonina (cocaína), tanto na forma de pó, contendo 0,95g (noventa e cinco centigramas), como na forma de pedra, contendo 0,98 (noventa e oito centigramas), nos termos do Laudo Pericial de id. 67710453. Diante do exposto, impossível cogitar-se a absolvição. 3. DOSIMETRIA DA PENA No que concerne à dosimetria, pleiteia o Acusado: a diminuição da pena-base, por entender ser desproporcional e a aplicação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, em seu grau máximo. Cumpre examinar, portanto, a Sentença de 1º Grau. 1ª Fase: o magistrado de 1º Grau valorou negativamente os vetores circunstâncias, “aja (sic) vista que o delito foi praticado durante a madrugada, quando há diminuição da visibilidade e da vigilância, ao agir desse modo, o acusado tinha certeza da impunidade” e “antecedentes” pelo fato de que o réu possui uma condenação com trânsito em julgado, referindo-se ao processo n.º 0513589-91.2017.808.0001, o qual teria transitado em julgado em 24/04/2023. Mantenho a valoração negativa do vetor circunstâncias, por seus próprios fundamentos. No que se refere aos maus antecedentes, consta no processo n.º 0513589-91.2017.8.05.0001, que serviu de fundamento para a valoração negativa dos antecedentes, que o Juiz de Direito, ex officio, declarou a extinção da punibilidade do Acusado em virtude da prescrição da pretensão da execução da pena, com fundamento no art. 107, IV, do CP. Entretanto, conforme firme jurisprudência do STJ, “(...) a declaração de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória, embora impeça a execução da pena, não afasta os efeitos penais secundários decorrentes da existência de condenação criminal que transitou em julgado, tais como a formação de reincidência e maus antecedente” (STJ – AgRg no HC: 885517 SP 2024/0013712-2, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 05/03/2024, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/03/2024). Por todo o exposto, mantenho a valoração negativa dos antecedentes. Pleiteia a Defesa a redução da pena-base, “visto que 09 (nove) anos de pena-base se mostra completamente desarazoável (sic) e desproporcional, não havendo nem mesmo quantidade expressiva de substâncias apresentadas e o réu não é considerado reincidente, pois a sentença do processo n.º 0513589-91.2017.805.0001 foi de extinção da punibilidade, além do que, ações penais em curso não podem exasperar a pena-base” (id. 68104291). Entretanto, olvida-se o Acusado de que, conforme o supracitado precedente, que bem ilustra o posicionamento da Corte da Cidadania a respeito do tema, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória não afasta os efeitos penais secundários, dentre os quais, a formação da reincidência e dos maus antecedentes. No que se refere ao quantum de pena, vale salientar que não existe obrigatoriedade de utilização de frações específicas, tais como 1/8 (um oitavo) ou 1/6 (um sexto), sendo necessário tão somente que haja fundamentação idônea e concreta, dentro da discricionariedade do julgador. Neste sentido: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FRAÇÃO DE 1/8 ENTRE O INTERVALO DAS PENAS MÍNIMAS E MÁXIMAS. PROPORCIONALIDADE. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA. CRITÉRIOS ARITMÉTICOS. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. ATENUANTE DA CONFISSÃO. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. IMPOSSIBILIDADE. MULTIRREINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE DESPROPORCIONALIDADE NA FRAÇÃO DE 1/3. AGRAVO DESPROVIDO. 1. “A jurisprudência deste Tribunal

Superior é firme em garantir a prudente discricionariedade do julgador, sem a fixação de critério aritmético, na escolha da sanção a ser estabelecida na primeira etapa da dosimetria. Assim, o magistrado, em atenção ao sistema da persuasão racional e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, decidirá o quantum de exasperação da pena-base, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade" (AgRg no AREsp n. 1.477.936/DF, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 18/4/2023, DJe de 5/5/2023.) (...). (STJ – AgRg no AREsp: 2347902 TO 2023/0121948-6, Relator: Ministro JESUÍNO RISSATO DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF, Data de Julgamento: 16/04/2024, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/04/2024) – grifei. "AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. NULIDADE. USO DE ALGEMAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DOSIMETRIA. PROPORCIONALIDADE DA PENA-BASE. AUSÊNCIA DE CRITÉRIO DE AUMENTO IMPOSITIVO ESTABELECIDO PE LA JURISPRUDÊNCIA. RECONHECIMENTO DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 3. No que tange à dosimetria, 'A legislação penal não estabeleceu nenhum critério matemático (fração) para a fixação da pena na primeira fase da dosimetria. Nessa linha, a jurisprudência desta Corte tem admitido desde a aplicação de frações de aumento para cada vetorial negativa: 1/8, a incidir sobre o intervalo de apenamento previsto no preceito secundário do tipo penal incriminador ( HC n. 463.936/SP, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 14/9/2018); ou 1/6 ( HC n. 475.360/SP, Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJe 3/12/2018); como também a fixação da pena-base sem a adoção de nenhum critério matemático. [...] Não há falar em um critério matemático impositivo estabelecido pela jurisprudência desta Corte, mas, sim, em um controle de legalidade do critério eleito pela instância ordinária, de modo a averiguar se a pena-base foi estabelecida mediante o uso de fundamentação idônea e concreta (discricionariedade vinculada)' (AgRg no HC n. 603.620/MS, relator Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 9/10/2020) – grifei. Pelo exposto, considerando a hipótese concreta, observa-se que a pena-base imposta foi fixada de forma idônea e proporcional, não havendo razão para sua censura. 2ª Fase: à mingua de agravantes e atenuantes, fica a pena intermediária no mesmo patamar da fase anterior. 3ª Fase: o Juízo a quo não considerou quaisquer majorantes ou minorantes. Por outro lado, pleiteia a defesa o reconhecimento da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343 (tráfico privilegiado), ao argumento de que o Acusado é primário, preenchendo, assim, as condições para o reconhecimento da referida causa de diminuição. Prescreve o § 4º do do art. 33 da Lei n.º 11.343/06: Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Importa mencionar que o conteúdo do § 4º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 garante a possibilidade de aplicação do privilégio apenas para o chamado 'marinheiro de primeira viagem', como verbera Guilherme de Souza Nucci[1]. Compulsando os autos, verifica-se que o Acusado não atende aos supracitados requisitos previstos no § 4º do art. 33, uma vez que não é primário, constando no PJe condenação no processo n.º 0513589-91.2017.808.0001, o qual transitou em julgado em 24/04/2023. Por oportuno, registre-se que, além do supracitado processo criminal, o Acusado responde a outras ações penais, consoante se depreende da certidão

de id. 277274364 (PJe 1º Grau). Vale repisar que o advento da prescrição punitiva executória não afasta os efeitos secundários da condenação, dentre estes, os maus antecedentes e a reincidência. Neste sentido: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE REINCIDENTE POR CONDENAÇÃO ANTERIOR EXTINTA PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. EXPRESSA PREVISÃO LEGAL. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. 2. A incidência da minorante do tráfico privilegiado foi afastada porque a Corte estadual reconheceu expressamente que o paciente é reincidente, pois ele ostenta anterior condenação por tráfico de drogas (fls. 43), cuja pretensão executória foi extinta pela prescrição após o trânsito em julgado, circunstância que deve ser levada em consideração para o afastamento da causa especial de diminuição de pena (e-STJ, fl. 204); nesse contexto, em que o paciente ostenta uma condenação anterior por tráfico de drogas, extinta pela prescrição executória somente após o trânsito em julgado da atual condenação, não há como descaracterizar sua reincidência, para fazer incidir a causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado. 3. Isso porque, segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, a declaração de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória, embora impeça a execução da pena, não afasta os efeitos penais secundários decorrentes da existência de condenação criminal que transitou em julgado, tais como a formação de reincidência e maus antecedentes. É hipótese diferente da prescrição da pretensão punitiva, cujo implemento fulmina a própria ação penal, impedito a formação de título judicial condenatório definitivo, e, por essa razão, não tem o condão de gerar nenhum efeito penal secundário. 4. Desse modo, a declaração de extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão executória pressupõe a existência de condenação criminal irrecorrível. A sua declaração afasta apenas a existência do direito estatal de executar a pena constante do título judicial transitado em julgado, mas não os consectários que dele advêm. Precedentes. 5. Inalterado o montante da sanção, fica mantido o regime inicial fechado, e a negativa de substituição da pena privativa de liberdade, por medidas restritivas de direitos, por expressa determinação legal, nos termos do art. 33, § 2º, b, e art. 44, I, ambos do Código Penal. 6. Nesses termos, as pretensões formuladas pela impetrante encontram óbice na jurisprudência desta Corte de Justiça e na legislação penal, sendo, portanto, manifestamente improcedentes. 7. Agrado regimental não provido. (STJ – AgRg no HC: 885517 SP 2024/0013712–2, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 05/03/2024, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/03/2024) Assim, não há como aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Pelo mesmo motivo, em observância às prescrições do art. 44 do CP, é incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Dessarte, mantenho a pena definitiva do acusado em 09 (nove) anos de reclusão. Cumpre salientar que, diversamente do que consignou o magistrado de 1º Grau, não é possível afastar o preceito secundário do crime de tráfico (multa) por ausência de



previsão legal. Neste sentido é a pacífica jurisprudência do STJ: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITOS DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI N. 11.343/2006. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA N. 7/STJ. INCIDÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. PRIMEIRA E SEGUNDA FASES. SÚMULAS N. 283 E 284/STF. MINORANTE. RÉU REINCENTE. INAPLICABILIDADE. PENA DE MULTA. ISENÇÃO. FALTA DE PREVISÃO LEGAL. RECORRER EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. 1. As instâncias de origem reconheceram a existência de elementos de prova suficientes para embasar o decreto condenatório, pela prática do crime de tráfico de drogas. Assim, a mudança da conclusão alcançada no acórdão impugnado, de modo a absolver ou desclassificar a conduta para o art. 28 da Lei n. 11.343/2006, exigiria o reexame das provas, o que é vedado nesta instância extraordinária, uma vez que o Tribunal a quo é soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos (Súmulas n. 7/STJ e 279/STF). 2. As razões do recurso especial, quanto aos pedidos de abrandamento da pena-base e de afastamento da agravante, estão completamente dissociadas dos fundamentos declinados pela instância antecedente ao calcular a dosimetria da pena. Aplicação das Súmulas n. 283 e 284/STF. 3. "A reincidência impede a aplicação da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, porquanto um dos requisitos legais para a sua incidência é a primariedade do acusado" ( HC n. 360.200/SC, relator Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Quinta Turma, julgado em 1º/9/2016, DJe 6/9/2016). 4. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não se admite a isenção da pena de multa prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora, por falta de previsão legal. 5. Não há interesse recursal quanto ao pedido de recorrer em liberdade, em razão do deferimento desse direito na sentença condenatória. Explicitou o magistrado sentenciante que o réu respondeu em liberdade o processo e poderia assim permanecer até o trânsito em julgado da condenação. 6. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AgRg no AREsp: 2026736 SP 2021/0390357-7, Data de Julgamento: 24/05/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/05/2022) – grifei. Contudo, em atenção ao princípio da vedação ao reformatio in pejus, mantenho a isenção da pena de multa. Regime inicial: FECHADO, ex vi do art. 33, § 2º, 'a', do CP. Direito de recorrer em liberdade: inocorrendo fato novo desde a decretação da prisão preventiva, mantenho a custódia cautelar do Acusado, visando assegurar a ordem pública e considerada a sua reiteração delitiva. CONCLUSÃO Ante o exposto, com esteio no Parecer da Procuradoria de Justiça, CONHEÇO e NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso de Apelação interposto pela Defesa, mantendo-se incólume a Sentença, nos termos do Voto. [1] NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 372. Salvador/BA, 13 de setembro de 2024. Desa. Nágila Maria Sales Brito Relatora