

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000018-72.2021.8.05.0020 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Advogado: (OAB/BA 65.930) APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotora de Justiça: Procuradora de Justiça: Assunto: Tráfico de drogas ACORDÃO EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RÉU CONDENADO A PENA DE 06 (SEIS) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E AO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS MULTA, CADA UM NO VALOR EQUIVALENTE A UM TRIGÉSIMO DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO FATO DELITUOSO. 1. DISPENSA DO PAGAMENTO DE CUSTAS E OUTRAS DESPESAS PROCESSUAIS. NÃO CONHECIMENTO. QUESTÃO AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. 2. EFEITO SUSPENSIVO PARA RECORRER EM LIBERDADE. INVIABILIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. DECISÃO FUNDAMENTADA. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS QUE, POR SI, NÃO ENSEJAM A LIBERDADE. 3. PLEITO PELA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPROVIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIAS DEMONSTRADAS NOS AUTOS. TESTEMUNHOS LINEARES E COERENTES, QUE LEGITIMAM A CONDENAÇÃO. QUANTIDADE DAS DROGAS, CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO, APREENSÃO DE OBJETOS QUE REVELAM A CONFIGURAÇÃO DO CRIME DESCRITO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI DE TÓXICOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. 4. PLEITO PELA DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO DO ARTIGO 28, DA LEI 11.343/2006. IMPROVIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO, QUANTIDADE DA DROGA E APREENSÃO DE OBJETO CORRELATO À ATIVIDADE ILÍCITA. CARACTERIZAÇÃO DA DESTINAÇÃO DA DROGA PARA A COMERCIALIZAÇÃO. 5. DOSIMETRIA: 5.1. REDUÇÃO DA PENA. PROVIMENTO. MANUTENÇÃO DA VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA QUE JUSTIFICAM A EXASPERAÇÃO DA PENA. ADOÇÃO DE CRITÉRIO DOSIMÉTRICO MAIS PROPORCIONAL. PENA REDIMENSIONADA. 5.2. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO ( § 4º, DO ART. 33, DA LEI DE DROGAS) NA FRAÇÃO MÁXIMA. INVIABILIDADE. RÉU DEDICADO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. APREENSÃO DE PETRECHOS RELACIONADOS À TRAFICÂNCIA. 6. PLEITO PELA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REPRIMENDA MANTIDA ACIMA DE 04 (QUATRO) ANOS. 7. CONCLUSÃO: PARCIAL CONHECIMENTO E, NESTA EXTENSÃO, PELO PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO, PARA REDIMENSIONAR A PENA PARA 06 (SEIS) ANOS, 04 (QUATRO) MESES E 32 (TRINTA E DOIS) DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, À RAZÃO DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. Vistos, relatados e discutidos estes Autos de APELAÇÃO CRIMINAL sob nº 8000018-72.2021.8.05.0020, da Comarca de Barra do Choça/BA em que figura como Apelante e APELADO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, pelo PARCIAL CONHECIMENTO E, NESTA EXTENSÃO, PELO PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO, PARA REDIMENSIONAR A PENA PARA 06 (SEIS) ANOS, 04 (QUATRO) MESES E 32 (TRINTA E DOIS) DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, À RAZÃO DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS, nos termos do voto do Relator, consoante certidão de julgamento. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 6 de Fevereiro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000018-72.2021.8.05.0020 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Advogado: (OAB/BA 65.930) APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotora de Justiça:

Procuradora de Justiça: Assunto: Tráfico de drogas RELATÓRIO Trata-se de Apelação Criminal interposta por , em face de sentença condenatória prolatada pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Barra do Choça/BA, nos autos da Ação Penal em epígrafe. Narra a inicial, ID 89001326, in verbis: (...) “Consta nos autos que no dia 25 de dezembro de 2020, por volta das 24h, na Rua Eurípedes Vieira Rocha, 224, Bairro Ouro Verde, em Barra do Choça, integrantes da Polícia Militar prenderam em flagrante o Denunciando, por guarnecer substância entorpecente diversas a serem inseridas no mercado de consumo. Informa o apuratório que na data e horário reto, a guarnição foi acionada, a fim de identificar lícito ocorrido no endereço mencionado. Ao chegar ao local, constatou-se que a então vítima, ora Denunciado, já havia sido conduzido ao hospital, todavia na porta do imóvel onde o ilícito ocorreu foi apreendida 03 porções de cannabis sativa. Dando continuidade às diligências, os milicianos foram ao hospital e, em entrevista com o , este relatou estava na porta de casa quando quatro homens desembarcaram de um veículo e bateram no mesmo, lesionando-o, contudo não declinou o nome dos autores do fato ilícito. Na mesma oportunidade disse comercializar substância entorpecente na cidade de Barra do Choça, há 06 meses e que além do produto apreendido na porta da casa, quantidade maior estava ocultada em uma mochila escondida no telhado, aos fundos, do mesmo imóvel. Ao promoverem a busca domiciliar, seguindo as instruções, os praças apreenderam a mochila contendo : 219 porções de maconha; 08 porções de cocaína; 04 munições de arma de fogo calibre.32; uma balança de precisão; um balança digital e a quantia de R\$ 369,00 (trezentos e sessenta e nove reais) em espécie. Laudos de constatação foram acostados aos autos. Ante o exposto, com suas condutas típicas, antijurídicas e culpáveis realizou o Acusado, em cúmulo material, as infrações descritas nos art. 33 da Lei 11.343/06 c/c art. 12 da Lei 10.826/2003, pelo que requer o Ministério Público, após o recebimento da presente denúncia, seja o réu citado para apresentação de defesa, enfim, para se ver processar e julgar, até ulterior condenação.” (...) O Réu foi notificado em 05/07/2021, ID 116740666, e apresentou Defesa Prévia no ID 124643786. A decisão de ID 159635418 indeferiu o pedido de revogação da prisão preventiva. A denúncia foi recebida no dia 09/08/2021, ID 125854431. O Auto de Exibição e Apreensão, o Laudo de Constatação e o Laudo de Exame Pericial encontram-se no ID 88891413 e 145509768. As oitivas das testemunhas e o interrogatório foram colacionados no ID 137869008, podendo ser consultadas através de links, ID 191562695: Depoimento da testemunha -<https://playback.lifefsize.com/#/publicvideo/4105aba1-e232-4aef-b268-44472165b79e?vcpubtoken=0e8acf57-eacf-47b7-921c-7d7e69840b9f> Depoimento da testemunha -<https://playback.lifefsize.com/#/publicvideo/5989a453-3dbd-450f-bfc7-8710c95ff761?vcpubtoken=156273f8-2a08-4728-bc27-007534de97b3> Interrogatório do acusado -<https://playback.lifefsize.com/#/publicvideo/b5f34f39-420b-4871-82cd-4f5992f2ad4b?vcpubtoken=8d9de244-d3c8-444d-921e-22f2821123f1> As alegações finais, em memoriais, foram oferecidas no ID 183134420 e 184463555. Em 19/04/2022, ID 190822682, foi prolatada sentença que julgou procedente a denúncia para condenar o Réu pela prática do crime descrito no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, a um pena de 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, cada um no valor equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. O Ministério Público foi intimado do decisum em 26/04/2022, ID 195125674, a Defesa, via publicação no DPJe, em 28/04/2022,

ID 195917500, e o Réu, em 29/04/2022, ID 195672592. Irresignada, a Defesa interpôs Recurso de Apelação em 02/05/2022, ID 196231016, requerendo o oferecimento das razões neste egrégio Tribunal de Justiça. As razões foram apresentadas no ID 214076205, pleiteando: “a) A reforma da sentença para fins de reformar para absolvição do APELANTE com fundamento no art. 386, inciso, VII, não sendo Vossos Entendimentos requer que a diminuição da pena do apelante, tendo em vista, a fixação da pena base ter sido superior ao mínimo legal mesmo as circunstâncias seja favoráveis ao APELANTE, no mesmo sentido que seja alterado o regime inicial da pena do APELANTE por ser as circunstâncias seja favoráveis ao Apelante; b) Seja desclassificado o crime imputado ao apelante para a conduta prevista no art. 28 da Lei 11.343/06, por ser de mais lúdima justiça. b) Que caso os Doutos Desembargadores não entendam pela absolvição, requer a maior aplicação do dividendo previsto no § 4º do art. 33º da Lei 11.343/06, em especial em seu máximo, qual seja redução de 2/3 da Pena base; d) O recebimento do presente recurso nos seus efeitos ativo e suspensivo, concedendo o pedido LIMINAR para poder RECORRER EM LIBERDADE; e) O deferimento da gratuidade de justiça, por tratar-se de hipossuficiente sem condições para arcar com as custas processuais; Por Fim, caso os Doutos Desembargadores entendam pela redução da pena, e que essa atinja os limites da possibilidade de conversão da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, que apliquem tal possibilidade, ante o maior grau de ressocialização que a medida representa na vida de um condenado. ” Nas contrarrazões, ID 215028037, o órgão Ministerial pugnou pelo parcial conhecimento do recurso, no sentido de afastar o pedido pela gratuidade da Justiça, e pelo seu improvimento. Os autos foram distribuídos, por prevenção, em razão da distribuição anterior do Habeas Corpus nº 8012177-10.2021.8.05.0000, em 29/08/2022, ID 33690625. Em parecer, ID 29308053, a Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do Apelo, para que seja mantida, na íntegra, a sentença. Os autos vieram conclusos em 02/09/2022. É o relatório. Salvador/BA., data registrada em sistema. Desembargador RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000018-72.2021.8.05.0020 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Advogado: (OAB/BA 65.930) APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotora de Justiça: Procuradora de Justiça: Assunto: Tráfico de drogas VOTO I – DA DISPENSA PELO PAGAMENTO DE CUSTAS E OUTRAS DESPESAS PROCESSUAIS Ab initio, conhece-se parcialmente do recurso, afastando-se apenas a apreciação do pleito referente à dispensa do pagamento de custas e demais despesas processuais, por tratar-se de questão afeta ao Juízo das Execuções Penais, devendo ser nele oportunamente pleiteado, carecendo, neste momento processual, de interesse à Recorrente nesse particular. A respeito do tema, oportuno colacionar alguns julgados, evidenciando ser esse o posicionamento adotado pelos Tribunais brasileiros, inclusive por este Egrégio Tribunal de Justiça. Veja-se: “PENAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. ROMPIMENTO DE OBSTÁCULO. CONCURSO DE PESSOAS.ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE. CONDENAÇÃO MANTIDA. REVISÃO DA DOSIMETRIA.AUSÊNCIA DE BIS IN IDEM. DESLOCAMENTO DE UMA QUALIFICADORA PARA A PRIMEIRA FASE. POSSIBILIDADE. PENA DE MULTA. PROPORCIONALIDADE COM A PENA CORPORAL. CUSTAS PROCESSUAIS. ISENÇÃO E SOBRESTAMENTO. CONDENADA PATROCINADA PELA DEFENSORIA PÚBLICA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAS. 1. [...] 4. Mesmo para os assistidos pela Defensoria Pública não há óbice à condenação ao pagamento das custas, ficando o condenado, no

entanto, desobrigado do respectivo pagamento caso demonstrada situação de miserabilidade. Se dentro de cinco anos, a contar da sentença final, não puder satisfazer o pagamento, ficará isento da obrigação. 5. O pedido de dispensa do pagamento das custas processuais em face da pobreza do postulante deve ser dirigido ao juiz encarregado da execução penal. 8. Recurso conhecido e improvido.” (grifos acrescidos) (TJ-DF – APR: 20140310337775, Relator: , Data de Julgamento: 11/06/2015, 2ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 19/06/2015 . Pág.: 62) “EMENTA PENAL. PROCESSO PENAL. PRELIMINAR DE NULIDADE LEVANTADA PELO RECORRENTE . MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA UMA CONDENAÇÃO. PEDIDO DE ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. PEDIDO NÃO ACOLHIDO. ATRIBUIÇÃO DO JUÍZO DE EXECUÇÃO PENAL. APELAÇÕES CONHECIDAS. PRELIMINAR REJEITADA E, NO MÉRITO, RECURSOS IMPROVIDOS, MANTENDO-SE INCÓLUME A SENTENÇA RECORRIDA. 1. Não acolho o pedido do recorrente para que seja dispensado da obrigação de pagar as custas processuais, uma vez que eventual isenção do pagamento das custas processuais deverá ser avaliada na fase de execução da sentença condenatória, quando será possível aferir a verdadeira situação econômica do condenado. 2. [...]. (grifos acrescidos). (TJ-BA – APL: 03605877720128050001 BA 0360587-77.2012.8.05.0001, Relator: , Data de Julgamento: 21/11/2013, Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Data de Publicação: 27/11/2013) Quanto aos demais pleitos recursais, encontram-se presentes os requisitos de admissibilidade, razão pela qual passa-se ao seu exame. II – DO EFEITO SUSPENSIVO PARA RECORRER EM LIBERDADE Insta consignar, preliminarmente, que a prisão cautelar se trata de exceção, sendo certo que tal medida constritiva somente se justifica quando, a par de indícios do cometimento do delito (*fumus commissi delicti*), estiver concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, a demonstrar a sua real indispensabilidade para garantia da ordem pública, econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar aplicação da lei penal, ex vi do art. 312 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu. Com efeito, o Juízo a quo manteve a custódia preventiva antes decretada, pautando-se nas seguintes premissas, ID 190822682: (...) “Não concedo o direito do réu recorrer em liberdade, pois se encontra presente o fundamento da “garantia da ordem pública”, elencado no art. 312 do CPP, que visa entre outras coisas, evitar a reiteração delitiva, tendo em vista que o comércio de drogas é causa por severos danos à sociedade, já que corrompe a juventude, prejudica a saúde pública e costuma ser causa de outras espécies de delitos, por isso maior rigor nesse tipo de delito, caracterizando assim, o *periculum libertatis*. O réu está preso preventivamente por decisão judicial devidamente fundamentada, sendo que não há fatos novos que justifiquem a concessão de revogação da prisão cautelar. Assim, a manutenção da prisão é necessária como garantia da ordem pública, porque é um meio de se evitar a prática de novos delitos, portanto, mantenho a segregação do apenado.” (...) Segundo o disposto no art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal, “o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta”. Como visto, anteriormente, o decisum destacou a necessidade da manutenção da custódia cautelar pelos mesmos fundamentos de sua decretação, garantia da ordem pública. Ademais, pelo que se percebe nos autos e consignado pela

Magistrada, o Apelante permaneceu custodiado durante todo o curso do processo, sem que, de lá para cá, tenham ocorrido alterações fáticas substanciais, que justifiquem a modificação da sua situação prisional. De fato, a manutenção da custódia cautelar ganha reforço com a prolação da sentença condenatória do Recorrente que permaneceu preso durante toda a instrução processual, posto que mantidas as circunstâncias que justificaram a decretação da prisão preventiva. Veja-se, nesse sentido, recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. VIOLAÇÃO AO ART. 316 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CPP. PAI DE MENOR DE 12 ANOS. TESES NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EM LIBERDADE INDEFERIDO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO AGENTE. MODUS OPERANDI DO DELITO. RISCO AO MEIO SOCIAL. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. RISCO DE CONTAMINAÇÃO PELA COVID19. GRUPO DE RISCO. NÃO COMPROVAÇÃO DE DEFICIÊNCIA ESTRUTURAL DO PRESÍDIO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. 1.[...] 4. Tendo o paciente permanecido preso durante toda a instrução processual, não deve ser permitido recorrer em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada sua soltura depois da condenação em Juízo de primeiro grau. 5. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada. 6. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública. 7. [...] 8. Habeas corpus não conhecido. (grifos acrescentados) (STJ HC 585.711/RJ, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2021, DJe 26/04/2021) AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA INSTRUÇÃO E FOI CONDENADO À PENA DE 11 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. RÉU REINCENTE E LÍDER DE UM DOS NÚCLEOS DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. PERICULOSIDADE SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. COVID-19. QUESTÃO NÃO ANALISADA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. [...] 5. O entendimento abraçado pelas instâncias ordinárias encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que, tendo o recorrente permanecido preso durante todo o andamento da ação penal, não faria sentido, ausentes alterações nas circunstâncias fáticas, que, com a superveniência da condenação, fosse-lhe deferida a liberdade. 6. [...] 7. Agravo regimental improvido. (grifos acrescentados) (AgRg no HC 568.997/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2020, DJe 27/05/2020) Esse também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, “considerando que o réu permaneceu preso durante toda a instrução criminal, não se afigura plausível, ao contrário, se revela um contrassenso jurídico, sobrevivendo sua condenação, colocá-lo em liberdade para aguardar o julgamento do apelo” (HC 110.518/MG) Outrossim, em que pese o Recorrente alegar possuir condições pessoais favoráveis, estas, por si só, não são suficientes para lhe assegurar o direito à liberdade provisória, quando presentes os fundamentos para a manutenção da sua prisão preventiva, como no caso em tela. Logo, inviável

o acolhimento do pleito do Apelante de recorrer em liberdade. Ressalta-se, entretanto, a necessidade de compatibilizar o cumprimento da pena ao regime imposto na condenação. DA ABSOLVIÇÃO A Defesa pugnou pela absolvição do Recorrente, sob argumento de insuficiência probatória, aduzindo “ausência de qualquer prova que o apelante tinha a intenção de vender a suposta droga apreendida no local do crime” e de que ele “é apenas usuário habitual”. Segundo a exordial, o Apelante foi preso em flagrante delito, por guarnecer substâncias entorpecentes diversas destinadas ao tráfico ilícito. Exsurge, também, da denúncia, que a guarnição policial foi acionada a fim de apurar agressão ocorrida na residência do Apelante, quando, então, constatou que ele havia sido conduzido ao hospital. Na oportunidade, foram apreendidas 03 (três) porções de “maconha” na porta do imóvel. Descreve a peça inicial, ainda, que, em prosseguimento às diligências, os policiais deslocaram-se ao hospital, tendo o Recorrente relatado que se encontrava na porta de sua casa, quando quatro homens desembarcaram de um veículo e o agrediram, lesionando-o. Narraram que, na ocasião, o Apelante admitiu comercializar substâncias entorpecentes na cidade de Barra do Choça, e que, além do produto, inicialmente, apreendido, havia quantidade maior ocultada em uma mochila escondida no telhado, aos fundos, do mesmo imóvel, onde os policiais apreenderam 219 (duzentas e dezenove) porções de “maconha”, 08 (oito) porções de “cocaína”, 04 (quatro) munições de arma de fogo calibre.32, uma balança de precisão, uma balança digital e a quantia de R\$ 369,00 (trezentos e sessenta e nove reais) em espécie. A sentença penal condenatória é a que julga procedente a pretensão acusatória por considerar que, após a instrução processual conduzida sob o crivo da norma-princípio constitucional do devido processo legal, configurou-se a certeza de que o fato delitivo narrado na exordial existiu e que foi praticado pelos denunciados. Inexiste, a esta altura, o mero juízo de admissibilidade da propositura da ação penal, quando se fazem suficientes a aferição de meros indícios de autoria por parte dos acusados, aliada à demonstração inequívoca da materialidade do fato criminoso, para dar início ao trâmite do processo penal. Afinal, neste momento, está-se diante da possibilidade de o Estado imputar pena privativa de liberdade a determinado indivíduo, cerceando um dos seus bens jurídicos mais valiosos, sendo inadmissível, destarte, que isso ocorra sem que restem inequivocamente configuradas sua autoria e a existência do fato delitivo. Nas palavras da doutrina: “Sentença penal condenatória é a decisão judicial que atesta a responsabilidade criminal de acusado em virtude do reconhecimento categórico da prática da conduta típica, ilícita e culpável a ele imputada na peça acusatória (ou aditamento), impondo-lhe, em consequência, uma pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa. Para tanto, há necessidade de um juízo de certeza acerca da existência da infração penal e da respectiva autoria e/ou participação, sendo inviável a prolação de um decreto condenatório com base em um mero juízo de possibilidade e/ou probabilidade, sob pena de violação à regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência.” ( de. Curso de Processo Penal, Volume Único, 1ª Edição, 2013. Pág. 1.513) Nessa linha de intelecção, compulsando os fólios com percuciência, constata-se, de logo, ser descabida a pretensa absolvição do Apelante. Com efeito, da análise dos autos, constata-se que a materialidade delitiva restou consubstanciada através do Auto de Prisão em Flagrante, da Certidão de Boletim de Ocorrência Policial 20-00136, do Auto de Exibição e Apreensão e dos Laudos Periciais, ID 88891413 e 145509768 que atestam o caráter

ilícito da substância apreendida, bem assim a sua quantidade e modo de acondicionamento. A prova oral colhida na fase instrutória, por seu turno, além de ratificar a materialidade delitiva, demonstra, em conjunto com os elementos de informação produzidos na etapa policial, a autoria. A testemunha, a SD/PM, ouvida em Juízo, ID 137869008, relatou que a guarnição policial recebeu informações da Central relativas à um espancamento e dirigiram-se ao local indicado. Que, lá chegando, foram contactados por populares que informaram que a vítima, já conduzida ao hospital, teria deixado cair 03 (três) “petecas de maconha” na frente da casa, as quais foram apreendidas. Que, ato contínuo, deslocaram-se ao hospital, onde o Apelante admitiu a propriedade da droga e ainda indicou onde haveriam mais substâncias entorpecentes, que foram, igualmente, apreendidas: (...) “ocorrência de um espancamento (...) já haviam conduzido a vítima para o hospital, quando a gente chegou (...) populares fizeram contato com a gente (...) que a pessoa que teria sido levada, teria deixado cair substancias parecidas com maconha (...) fizemos a busca no local e ainda encontrou uma certa quantidade, me parece 03 petecas. (...) de frete à casa. (...) A gente foi até o hospital (...) indagou a procedência, ele falou que era dele e que haveria mais na casa onde ele morava, casa da sogra (...) estava machucado (...) fizemos a busca e encontramos o material descrito no processo (...) dentro da mochila (...) no teto (...) eu não o conhecia (...) tinha uma quantia em dinheiro” (...) (sic) No mesmo sentido, a testemunha, o SD/PM, ID 137869008, confirmou, igualmente, os fatos descritos, relatando que: (...) “um rapaz estava sendo agredido por uma quantidade de pessoas (...) chegaram em um carro, um carro vermelho, e desembarcaram e estavam agredindo esse rapaz de forma violenta (...) os agressores não estavam lá e o agredido também (...) conduzido para o hospital. Mas as pessoas lá da rua informaram que foi dessa forma mesmo (...) o que me chamou a atenção foi alguma quantidade de entorpecentes que a gente encontrou, ali, nas proximidades. Algumas testemunhas disseram, inclusive, que esse pessoal que desceu do carro, levou uma outra quantidade que tinha sido deixada pela vítima. E que aquela droga pertencia, na verdade, à vítima. (...) a gente recolheu e nos direcionamos até o hospital (...) estava na calçada da casa, onde ele estaria dormindo ou morando, acho que era casa da sogra dele. (...) a gente foi ao hospital, logo em seguida. (...) percebia-se que ele tinha consumido bebida alcoólica (...) e tinha apanhado muito (...) lesões aparentes, inclusive, curativo feito, lá, no hospital, na testa (...) ele não falou quem eram os autores (...) a gente conversou com ele a respeito da droga (...) ele foi lá e abriu o jogo, que queria sair dessa vida (...) a gente não conhecia ele. Ele falou que estava morando na casa da sogra e que, inclusive, a gente iria encontrar o restante das drogas, lá, nessa casa, mas que era dele, não era da mulher dele, nem da sogra dele, que ele assumiria tudo (...) a sogra dele já estava lá de portas abertas (...) ela abriu o jogo (...) falou que ele mexia com drogas. Era traficante, enfim. (...) ele mesmo que falou que teria mais uma mochila, lá, que haveria uma quantidade de drogas e mais algumas coisas, no quintal, em cima de um telhado (...) e acabamos achando, realmente (...) muita maconha. Uma quantidade expressiva de maconha, balança de precisão, dinheiro também” (...) (sic) Atente-se que os depoimentos prestados pelas testemunhas policiais, em regra, possuem plena eficácia probatória, sendo tal presunção afastada apenas na presença de motivos concretos que coloquem em dúvida a veracidade de suas declarações. Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal: EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS DE ACUSAÇÃO.

DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO POR AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações. Tratando-se de sentença condenatória escorada não apenas nos depoimentos prestados em Juízo pelos policiais, como também nos esclarecimentos feitos pelas próprias testemunhas da defesa, não é possível rever todo o acervo fático-probatório do feito criminal para perquirir se as provas a que se referiu o magistrado de primeira instância são ou não suficientes para produzir uma condenação. O habeas corpus, enquanto remédio constitucional, cumpre a função de pronto socorro à liberdade de locomoção. Daí que o manejo dessa via expressa ou por atalho passe a exigir do acionante a comprovação, de pronto, da ilegalidade ou abusividade de poder imputada à autoridade coatora. Ordem denegada. (grifos acrescentados) (HC 87662, Relator (a): Min. , Primeira Turma, julgado em 05/09/2006, DJ 16-02-2007) VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. – O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. (grifos acrescentados) (STF HC 73518/SP, 1ª T., Relator: Ministro , j. 26-03-1996, DJe18-10-1996). No mesmo sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA USUÁRIO (ART. 28, LAD). DESCABIMENTO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MEDIDA NÃO RECOMENDÁVEL (ART. 44, INC. III, CP). WRTI NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. I – A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício. II – Segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. III – Afastar a condenação ou mesmo desclassificar a conduta, em razão do depoimento dos agentes, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir a conclusão feita pelas instâncias ordinárias, soberano na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos



estritos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória. IV – Não se pode olvidar que, uma vez reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC n. 111.840/ES, DJe 17/12/2013), a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal – com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. V – A luz das particularidades do caso concreto, entendo que o regime inicial semiaberto é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal e do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. VI – Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, consoante disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar anteriormente concedida (fls. 73-75), fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação. (grifos acrescidos) (HC 449.657/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018) “(...) (a) Ademais, os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções. Em sendo assim, tais depoimentos revestem-se de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes do STJ e do STF (Resp. 604815/BA, 5ª T., Relatora: Ministra , j. 23-08-2005, DJe 26-09-2005); (b) (...) Os policiais que participaram da custódia em flagrante podem figurar como testemunhas.” (grifos acrescidos) (HC 45653/PR, 6ª T., relator Ministro , j. 16-02-2006, DJe 13-03-2006). Vale frisar que, no caso dos autos, não há qualquer elemento indicativo de que os policiais arrolados como testemunhas pela Acusação teriam razão para imputar falsamente o cometimento do crime ao Apelante, motivo pela qual deve dar-se especial relevância às suas declarações. Em sede policial, ID 88891413, o Apelante confessou a prática delitiva, admitindo a propriedade dos entorpecentes encontrados na mochila e pertencer à facção “Tudo 3”: (...) “Que confessa ser traficante e pertence à facção Tudo 3. Que está traficando há cerca de seis meses e recebe a droga para venda na própria cidade de Barra do Choça-BA, de um desconhecido. Que a esposa do interrogado, Batânia, não tinha conhecimento das atividades ilícitas do interrogado. Que ontem, dia 25/12/2020, por volta das 23:00, quando o interrogado estava na porta da sua casa, sozinho, quatro homens chegaram em um carro vermelho, desceram e passaram espancar o interrogado. Que posteriormente os homens fugiram no mesmo carro. Que o interrogado foi levado de ambulância para o hospital de Barra do Choça-BA. Que o interrogado teve apenas ferimentos leves. Que após sair do hospital o interrogado foi dormir na casa de sua amiga , quando foi preso por policiais militares. Que os policiais levaram o interrogado para o DPM, e os policiais estavam com a esposa do interrogado e com uma mochila que continha maconha e quatro munições calibre .32. Que o interrogado não sabe se havia cocaína na mochila e não sabe a quantia exata em dinheiro. Que o interrogado assume a propriedade da droga que estava na mochila. Que o

interrogado é usuário de maconha. Que o interrogado estava faturando cerca de R\$ 1.000,00 por mês com o tráfico de drogas.” (...) (sic) (grifos acrescidos) Contudo, em interrogatório, ID 137869008, o Apelante negou a autoria do delito, afirmando que, na ocasião, encontrava-se embriagado, não se recordando das substâncias entorpecentes, bem como não teria sido flagrado com elas em seu poder: (...) “não me recordo de droga nenhuma, não. (...) Não tenho conhecimento de droga nenhuma (...) Eu estava muito bêbado e eles não pegaram nada comigo, não. (...) (Perguntado: Então, é tudo “inventança” da polícia?) Em grande parte. (...) Porque eles inventaram que eu falei que tinha droga, sendo que eu não falei que tinha nada. Me levaram para um Departamento de Polícia, depois me bateram demais, querendo mais droga, entendeu? E eu não falei nada disso (...) (Perguntado: Mas isso não ficou no seu exame de corpo de delito? O sr. não falou nada?) Não, lá eu não falei nada, não. nem tinha entrado em delegacia, Meritíssima. (...) Sim, estou negando. (...) A única coisa que eu tenho é a minha palavra, no momento. (...) (Perguntado: Por que o sr. não arrolou a sra. (a namorada) como sua testemunha?) (...) Não sei. (...) (Perguntado: Qual motivo a polícia teria para criar essa história para sr.?) Não sei. (...) Droga eu não uso, não, Dra. usei. (...) (Perguntado: E Jéssica (a amiga), não foi testemunha do sr., por que?) Porque eu não tenho o contato dela” (...) (sic) Vê-se que o Recorrente, em Juízo, sustentou não se recordar acerca das substâncias entorpecentes e alegou que nada foi encontrado com ele, sugerindo que os prepostos do Estado inventaram toda a situação e, ainda, o agrediram na delegacia. Contudo, ao ser questionado sobre que motivação teriam os policiais para imputar-lhe o crime, não soube responder. Assim também, como não souber dizer porque a sra. , sua companheira, que o acompanhou para o atendimento médico no hospital, e a sra. , sua amiga, na casa da qual teria ido dormir após o referido atendimento, não foram por ele arroladas como testemunhas. Em que pese o acusado ter negado a propriedade das drogas encontradas na casa, constata-se que os agentes públicos responsáveis pela prisão em flagrante foram firmes, uníssonos e coerentes em seus depoimentos, no sentido de que encontraram, no chão, na porta da casa onde o acusado teria estado, 03 (três) embalagens da substância “maconha” e, em continuidade às diligências, após sua confissão e indicar onde poderia ser encontrado o restante das drogas, mais 222 (duzentas e vinte e duas) porções do referido entorpecente, 08 (oito) embalagens contendo “cocaína”, 04 (quatro) munições calibre .32, 02 (duas) balanças e a quantia de R\$ 369,00 (trezentos e sessenta e nove) reais. Por sua vez, em fase inquisitiva, o Apelante admitiu a propriedade das substância entorpecentes apreendidas e a sua comercialização: “Que o interrogado assume a propriedade da droga que estava na mochila. (...) Que o interrogado estava faturando cerca de R\$ 1.000,00 por mês com o tráfico de drogas.” A versão sustentada pelo acusado, em Juízo, visa eximir-se da responsabilidade criminal, tentando retirar a credibilidade dos depoimentos das testemunhas da acusação ao afirmar que eles teriam inventado os fatos. Como é cediço, o réu não possui compromisso com a verdade, sendo-lhe assegurado, constitucionalmente, inclusive, o direito de permanecer em silêncio, resultando ser natural que negue a prática delitiva a si atribuída, com vistas a evitar a condenação. Os policiais, entretanto, prestam depoimento sob compromisso e pena de falso testemunho. Diante desse contexto, observa-se que os relatos das testemunhas da acusação aliados às circunstâncias da prisão e demais provas obtidas no curso da persecução penal, reputam-se suficientes para comprovar a autoria e justificar a

condenação da Recorrente, não havendo que se cogitar em ausência de provas. Nesse sentido: Ementa: APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LITISPENDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO IMPROCEDÊNCIA. PROVAS SUFICIENTES DA MATERIALIDADE E AUTORIA. EMENDATIO LIBELLI MANTIDA. APREENSÃO DE ARMA DE FOGO. MAJORANTE DO CRIME DE TRÁFICO. DOSIMETRIA INALTERADA. RECURSOS NÃO PROVIDOS. 1. A presença de provas robustas da materialidade e autoria impõe a condenação dos acusados pelos crimes de tráfico e associação para o tráfico. 2. Na hipótese, a autoria resoa através dos depoimentos firmes, uníssonos e coerentes dos policiais – compromissados na forma da lei –, os quais se revestem de legitimidade e alto valor probatório. 3. [...] (grifos acrescidos) (TJ AM Apelação Nº 0221324-18.2016.8.04.0001. Data da publicação: 10/12/2018) Ademais, sabe-se que para se configurar o delito de tráfico de drogas, basta que a conduta do agente se encaixe em um dos verbos mencionados no caput do art. 33 e que a finalidade seja o consumo de drogas por terceiros. Ou seja, não importa que o agente seja surpreendido comercializando efetivamente a droga, bastando que haja nos autos provas robustas e demais elementos que denotem a finalidade de uso das drogas por terceiros. Isto porque a prova da mercancia não necessita ser direta, devendo ser firmada quando os indícios e presunções formam um conjunto harmônico e demonstram a distribuição comercial do entorpecente. In casu, além dos depoimentos anteriormente colacionados, as circunstâncias da prisão, a quantidade e a forma de acondicionamento de 328,80 g (trezentos e vinte e oito gramas e oitenta centigramas) distribuídas em 222 (duzentas e vinte e duas) porções de “maconha”, 5,32 g (cinco gramas e duas centigramas) acondicionadas em 08 (oito) porções de “cocaína”, além de 04 (quatro) munições de arma de fogo calibre.32, uma balança de precisão, uma balança digital e a quantia de R\$ 369,00 (trezentos e sessenta e nove reais) em espécie, indicam que a droga não seria destinada ao consumo próprio, mas sim ao comércio ilegal, o que inviabiliza o pleito de absolvição do Apelante. DA DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO PREVISTO NO ART. 28 DA LEI 11.343/06 A Defesa requereu a desclassificação da conduta para o crime previsto no artigo 28 da Lei de Drogas. Não merece prosperar. Dispõe o artigo 28, § 2º, da Lei 11.343/2006: “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: (...) § 2º. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente.” (...) Tomando por base tais premissas, extrai-se do conjunto probatório que o Apelante não era apenas usuário de drogas, mas se valia da mercancia das substâncias entorpecentes. A tese trazida pela Defesa de que o acusado era usuário de entorpecentes destoa do arcabouço de evidências produzido, com nítido intuito de eximir o acusado de sua responsabilidade penal, objetivando uma desclassificação para delito mais brando. Ressalte-se, especialmente, que o próprio Apelante, em sede policial, admitiu a conduta delitiva e, em Juízo, negou ser usuário: “Droga eu não uso, não, Dra. usei.” Com efeito, a quantidade da droga (328,80 g de “maconha” e 5,32 g de “cocaína”) e os instrumentos correlatos à prática do delito (“balanças de precisão e digital”) tornam extreme de dúvidas a conclusão supra. Por oportuno, transcreve-se o conteúdo do Auto de Exibição e Apreensão, ID 88891413: (...) “-222 PEQUENAS PORÇÕES DE SUBSTÂNCIA ANÁLOGA A MACONHA; -08 PEQUENAS PORÇÕES DE SUBSTÂNCIA ANÁLOGA A

COCAINA; -04 MUNIÇÕES CALIBRE .32; -01 BALANÇA DIGITAL; -01 BALANÇA DE PRECISÃO; -A QUANTIA DE R\$ 369,00. Conforme ocorrência nº 10ª CRPN BARCHB0-20-001136, apreendida pelo Apresentante, em poder do elemento de nome , que foi preso e autuado em flagrante.” (...) Ilustrativamente, colaciona-se o julgado abaixo, donde se observa a importância das referidas circunstâncias para definir a existência ou não de mercancia no caso concreto: “APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. INFORMAÇÕES DE USUÁRIOS. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS QUE PARTICIPARAM DO FLAGRANTE. NEGATIVA DE AUTORIA DESACOMPANHADA DE ELEMENTOS. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONSUMAÇÃO. MERA AQUISIÇÃO, POSSE E GUARDA, PARA FINS DE MERCÂNCIA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS COMPROVADA. UTILIZAÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL PARA MERCÂNCIA DE DROGAS. DIREITO DE AGUARDAR O JULGAMENTO EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES FIXADAS. NOVA PRISÃO EM FLAGRANTE PELO MESMO DELITO. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. 1 - A materialidade do delito imputado à apelante de tráfico de drogas - se encontra comprovada pelo auto de apreensão e apresentação, pelo auto de exame preliminar e pelo laudo definitivo de exame em substância entorpecente, indicando que a droga apreendida se constituía em 28 pedras de crack (7,3 gramas), acondicionadas em invólucros e envoltos em papelotes laminados. A autoria, por seu turno, está sobejamente demonstrada pelo auto do flagrante e pelas declarações colacionadas durante a instrução processual de primeiro grau, sobretudo pelo depoimento dos policiais civis que participaram da prisão, bem como pelo interrogatório do então corréu. A existência de informações anteriores acerca da mercancia, que motivaram a diligência policial, a dinâmica da prisão em flagrante, a quantidade e a forma de acondicionamento da droga encontrada com a apelante, a negativa de autoria sem quaisquer verossimilhança, tudo isto assinala de forma veemente e incontornável que a droga apreendida com ela não se destinava ao uso próprio, mas sim à mercancia. 2 - O tipo penal previsto no caput do artigo 33 da Lei 11.343/06 é crime de natureza múltipla ou de conteúdo variado e a prática de qualquer das condutas descritas no preceito primário da norma autoriza a condenação pelo crime de tráfico, nas penas de seu preceito secundário. Para a configuração do referido delito se mostra desnecessário que o delinquente seja flagrado vendendo, oferecendo, ministrando, entregando ou ainda fornecendo a droga. Sua consumação se dá com o simples fato de adquirir, guardar ou ter em depósito, com a finalidade de comercialização. Assim, evidenciada a aquisição, a posse e a guarda, para fins de mercância, fatos esses demonstrados pelas circunstâncias constantes dos autos, já se tem o crime por consumado. 3 - [...] 6 - Apelação conhecida e improvida, à unanimidade, acordes com o parecer ministerial.”(Grifos acrescidos) (TJPI APR 00011852820128180050 PI 201400010060950. Publicação: 23/06/2015) Ademais, importante ressaltar que a condição de usuário não afasta, por si só, a traficância. A quantidade de substância entorpecente apreendida (328,80 g de “maconha” e 5,32 g de “cocaína”), em conjunto com as balanças encontradas em poder do Apelante, reitere-se, aliadas as circunstâncias da prisão, sinalizam que ele realizava o comércio ilícito. Nessa linha de entendimento: PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGA. (ART. 33, CAPUT, LEI Nº 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO RÉU. 1)-TRÁFICO DE DROGA. 1.1) PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA A DE POSSE DE ESTUPEFACIENTE PARA CONSUMO

PRÓPRIO. TESE NÃO ACOLHIDA. SUPOSTA CONDIÇÃO DE USUÁRIO QUE NÃO ILIDE A DE TRAFICANTE, QUANDO ESTA EXSURGE INEQUÍVOCA DOS AUTOS. PALAVRAS DOS POLICIAIS QUE ATUARAM NO FLAGRANTE, CONFIRMADAS EM JUÍZO, SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ELEMENTOS DE CONVICÇÃO QUE POSSUEM ESPECIAL 1.2) [...] APELO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS. (TJPR 0010358-45.2016.8.16.0033. Data do julgamento: 28/11/2019) Dessa forma, nega-se provimento ao pedido de desclassificação da conduta para o artigo 28 da Lei de Drogas. DA DOSIMETRIA A Defesa pleiteou a redução da pena imposta ao acusado, alegando que foi excessiva, “uma vez que a fixação da pena base acima do mínimo legal para réu, não reincidente específico, deu-se à míngua de qualquer outra fundamentação”, e requereu, também, o reconhecimento e a aplicação da fração máxima da causa de diminuição do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Como se sabe, cabe ao Magistrado, no momento de fixação da reprimenda do delito de tráfico de drogas, primeiramente, o exame das circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB, bem assim do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a fim de proceder ao estabelecimento da pena de partida. Na sequência, analisa as agravantes e atenuantes previstas respectivamente nos arts. 61 e 65 do mesmo diploma normativo, estabelecendo a sanção intermediária, e, por fim, verifica a presença de causas gerais e específicas de aumento e diminuição de pena, impondo, então, a reprimenda definitiva. In casu, o Julgador assim deliberou, ID 190822682: (...) “III.1) DA FIXAÇÃO DA PENA Passo a dosar-lhe a pena atentando ao critério trifásico ou , previsto no art. 68, do Código Penal. A) DA PENA BASE. • CULPABILIDADE: Quanto à culpabilidade, não há que se reconhecê-la em grau maior que aquele típico à espécie. • ANTECEDENTES: Não há maus antecedentes a serem considerados. Nem mesmo a ação penal mencionada como alvo de decreto condenatório, já que este ainda não restou submetido ao trânsito em julgado. • CONDUTA SOCIAL: Quanto à conduta social da Agente, não há nada que comprovadamente a desfavoreça que tenha sido trazido aos autos. • PERSONALIDADE DO AGENTE: à míngua de elementos que desfavoreçam ou beneficiem o réu sob essa rubrica, não há valoração a ser efetivada. • MOTIVO DO CRIME: é identificável pelo desejo de obtenção de lucro fácil, o que já é punido pelo próprio tipo penal. • CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME: são preponderantes consoante aduz o artigo 42 da Lei 11.343/06, pelo que, a natureza danosa da droga ilícita apreendida e a quantidade não favorecem ao agente. • CONSEQUÊNCIAS DO CRIME: Não houve consequências do crime a ensejar exasperação da pena. O resultado produzido corresponde ao mínimo esperado da consumação do crime. Nada a valorar; • COMPORTAMENTO DA VÍTIMA: A análise da circunstância judicial do comportamento da vítima, pela natureza do delito cometido, resta prejudicada. • NATUREZA E QUANTIDADE DA SUBSTÂNCIA OU PRODUTO: Ambos os aspectos, natureza e quantidade, restaram resumidas ao mínimo configurador do delito ora julgado,. • PENA DE MULTA: No tocante à pena de multa, o quantitativo de dias-multa a serem aplicados deve guardar proporcionalidade com a quantidade de pena privativa de liberdade, considerados mínimo e máximo especificamente previstos no tipo penal (critério da especialidade). Já o valor em si de cada dia-multa há que ter como referencial a situação econômica do Acusado (art. 60, caput, CP), a respeito da qual, em virtude da ausência de informações a respeito, deve-se tomar em consideração situação que traga menos gravame à Ré. Assim, tomando em conta as constatações acima trazidas, fixo a pena-base em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, atribuindo a cada dia-multa o valor de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato delituoso. B) DA PENA INTERMEDIÁRIA. Não houve

atenuantes ou agravantes. Assim, mantenho a pena fixada na fase anterior, a saber, 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, atribuindo a cada dia-multa o valor de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato delituoso. C) DA PENA DEFINITIVA. Não houve majorantes ou minorantes. Assim, imponho a título de pena definitiva o quantitativo de 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, atribuindo a cada dia-multa o valor de um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato delituoso.” (...) É cediço que a análise da dosimetria penal, em todas as suas fases, goza de certa discricionariedade do Julgador, sempre limitada aos parâmetros do ordenamento jurídico e da razoabilidade, aos elementos presentes nos autos, e desde que devidamente fundamentada. Pelo que se observa do decisor, a natureza e a quantidade da droga apreendida foram utilizadas para exasperar a pena, tendo a Magistrada considerado que a “natureza danosa da droga ilícita apreendida e a quantidade não favorecem ao agente”, restando idônea a fundamentação, já que o Julgador deve considerar tais aspectos com preponderância, a teor do disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/2006. Contudo, em que pese a discricionariedade concedida ao Julgador, entende-se ser devida a incidência de critério dosimétrico mais proporcional, de modo a considerar a média aritmética entre a pena máxima e a pena mínima abstratamente previstas no tipo penal como o patamar máximo que a pena-base pode alcançar, sendo devida a readequação da sanção mínima nesses termos. A partir desse raciocínio, caso todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP sejam valoradas negativamente, a pena-base será fixada na média aritmética entre os limites abstratos da sanção penal. Do contrário, a segunda fase de aplicação da pena pode não ter nenhuma eficácia, visto que não poderá superar o patamar máximo fixado em abstrato, à luz do entendimento sumulado do STJ, materializado no enunciado de nº 231. A respeito do tema em voga, revela-se oportuno trazer à baila o teor do julgamento do AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.577.063, em qual a Corte Cidadã reafirmou orientação jurisprudencial no sentido de que não existem parâmetros legais aritméticos para a fixação da pena-base, devendo esta ser estabelecida conforme o princípio da discricionariedade motivada e dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. Conforme bem salientado no bojo do voto proferido pelo eminente Ministro, Relator do feito em comento, haja vista a ausência de determinação legal expressa acerca de eventual critério matemático a ser empregado para a fixação da pena base, ou para a aplicação de circunstâncias atenuantes e agravantes, caberá ao Julgador, dentro do âmbito da discricionariedade motivada e atento às balizas da razoabilidade e proporcionalidade, fixar o patamar que melhor se amolde à espécie. Confira-se, a seguir, a ementa do aresto supracitado, bem como o teor do brilhante voto proferido pelo ilustre Ministro Relator: “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TESE DE FALTA DE PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO ESPECIAL. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não há parâmetros legais aritméticos para a exasperação da pena-base, devendo ser fixada à luz do princípio da discricionariedade motivada e dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes. 2. A exasperação da pena-base em 6 meses para cada vetorial negativa, patamar inferior a 1/8, não reflete desproporcionalidade, tendo em vista, inclusive, as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito – de 4 a 10 anos de reclusão. 3. Agravo regimental improvido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos em

que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros , , e votaram com o Sr. Ministro Relator. RELATÓRIO O EXMO. SR. MINISTRO (Relator): Trata-se de agravo interposto em face de decisão que negou provimento ao agravo em recurso especial. Sustenta a defesa que resta demonstrado neste especial que a conjugação dos arts. 59 e 68 do Código Penal está a exigir, e isto como forma de atendimento de parâmetros constitucionais e legais acerca do standard de fundamentação que deve conter qualquer decisão judicial, a demonstração, nela, dos critérios utilizados para o incremento da pena-base como consequência da negativação de circunstâncias judiciais, os quais devem ser referidos unicamente à quantidade de vetores negativados (fl. 297) e que a decisão da Corte local não atende ao standard de fundamentação esperado para uma decisão judicial de apenamento, porque não traz a justificação adequada para a exasperação da pena-base no montante por si operado segundo critérios mais precisos, em ordem a atender as implicações lógico-jurídicas da conjugação dos arts. 59 e 68 do Código Penal, cujos dispositivos, por isso mesmo, restaram por si violados (fl. 297). Defende a reconsideração da decisão agravada ou a apreciação do recurso pela Sexta Turma. Impugnação apresentada. É o relatório. VOTO O EXMO. SR. MINISTRO (Relator): A decisão agravada, que merece ser mantida por seus próprios fundamentos, foi assim proferida: O recurso é tempestivo e ataca os fundamentos da decisão agravada. Passo, portanto, à análise do mérito. Consta dos autos que a recorrente foi condenada à pena de 7 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, mais 20 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II, do Código Penal. Interposto recurso de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo, assim consignando (fl. 213): Finalmente, a apelante se insurgiu contra a fração de aumento aplicada em razão do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, pugnando pela sua redução. Neste contexto, consigno que, diferentemente das causas de aumento da pena, incidentes na terceira fase dosimétrica, não há na fixação da reprimenda basilar patamar legal pré-estabelecido de exasperação em razão da cada uma das circunstâncias tidas por desfavoráveis, devendo o quantum ser fixado de acordo com o prudente arbítrio do magistrado. No caso em análise, observada a discricionariedade do julgador quando da aplicação das penas, considero que o fixado, consistente em 6 meses acima do mínimo legal para quantum cada uma das circunstâncias judiciais tidas por desfavoráveis, além de 6 meses pela reincidência, é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime em tela, não havendo razão para redução da pena. Por todo o exposto, em consonância com o parecer ministerial, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença condenatória. A propósito, a sentença condenatória referiu (fls. 147-148): Em observância as diretrizes dos arts. 59 e 68 do Código Penal, passo a dosar-lhe a pena. O Código Penal atribui para o crime, a pena de reclusão de 04 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. Verificando as condições da acusada e do crime, passo a dosimetria da pena, atento as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Culpabilidade – Entendo que não se desgarra da normalidade. Antecedentes – A ré registra maus antecedentes, já que possuía na época dos fatos ora em apuração, ao menos duas condenações definitivas, conforme se denota da certidão de antecedentes criminais em anexo, portanto, utilizo a condenação oriunda da ação penal de nº 7395-77.2014.811.0064,

que estava juntado aos autos da execução penal de código 634471, que tramitou nesta Comarca, para valorar negativamente essa circunstância e outra condenação, oriunda da ação penal de nº 8311-37.2010.811.0037, que está juntado aos autos da execução penal de código 659286, em trâmite nesta Comarca, será considerada como circunstância agravante da reincidência. Sobre a utilização de uma condenação como circunstância judicial e outra como circunstância agravante, temos o seguinte julgado: 'APELAÇÃO CRIMINAL ROUBO MAJORADO E FALSA IDENTIDADE. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. USO DA MULTIRREINCIDÊNCIA PARA AUMENTAR A PENA INICIAL E DEPOIS AGRAVÁ-LA NA SEGUNDA FASE. OPERAÇÃO PERFEITAMENTE LEGAL RECODESPROVIDO. A constatação da multirreincidência autoriza a exasperação da pena-base, como maus antecedentes, e o agravamento pela reincidência propriamente dita, quando pautada em condenações distintas, não havendo se falar em bis in idem ou ofensa à Súmula n. 241 do STJ. (11MT; APL 93775/2016; Capital; Rel. Des. ; Julg. 23/08/2016; DJMT 25 1081 2016; Pág. 80)". Conduta Social – Não restou demonstrada. Personalidade da Agente – Não há elementos para se aquilatar. Motivos – Não ficaram esclarecidos. As Circunstâncias no caso são desfavoráveis, tendo em vista que a ré praticou o fato utilizando-se de arma branca, tipo canivete e, apesar de ter ocorrido a revogação da causa de aumento de pena descrita no inciso 1, do 5º, do art. 157, do Código Penal, sob meu prisma, essa circunstância deve ser valorada de forma negativa, pois o roubo praticado com a utilização de qualquer tipo de arma imprópria ou branca, é mais grave que a simples ameaça verbal, portanto, merece a devida valoração. Consequências – A meu ver não foram graves. Comportamento da Vitima – Entendo que não contribuiu para a atividade criminosa. Após análise das circunstâncias judiciais, considero que elas são parcialmente desfavoráveis à ré, tendo em mira os maus antecedentes e as circunstâncias do crime, as quais valoro como negativas, portanto, fixo a pena base do delito em 05 (cinco) anos de reclusão. Como se vê, as instâncias ordinárias exasperaram a pena-base em 1 ano, com apoio na valoração negativa de duas vetoriais: antecedentes e circunstâncias do crime. Vale destacar que a lei não fixa parâmetros aritméticos para a exasperação da pena-base ou para a aplicação de atenuantes e de agravantes, cabendo ao magistrado, utilizando-se da discricionariedade motivada, além de sempre se pautar por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, fixar o patamar que melhor se amolde à espécie. Na hipótese, tem-se que o aumento de 6 meses em razão de cada vetorial negativa, patamar inferior a 1/8, não se revela desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito – de 4 a 10 anos de reclusão – e, sobretudo, considerando-se que Diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador (HC 531.187/MG, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019.) Impõe-se, portanto, a manutenção do acórdão recorrido, incidindo, no ponto, o óbice contido na Súmula 83/STJ – também empregado em recursos interpostos com fulcro na alínea a do permissivo constitucional –, segundo a qual Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. Ante o exposto, nego provimento ao agravo. Consoante relatado, a exasperação da pena-base em 1 ano, pela valoração negativa de duas vetoriais, não revela qualquer desproporcionalidade, considerando



que, nos termos da jurisprudência desta Corte, não há parâmetros legais aritméticos para a exasperação da pena-base, devendo ser fixada à luz do princípio da discricionariedade motivada, e dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Nesse contexto, o aumento de 6 meses em razão de cada vetorial negativa, patamar inferior a 1/8, não reflete qualquer desproporcionalidade a ser reparada na via do especial, tendo em vista, inclusive, as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito – de 4 a 10 anos de reclusão. A propósito: 'AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. JÚRI. AUSÊNCIA DE QUESITO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULA N. 282 DO STF. DEFESA PRECÁRIA E FALTA DE ENTREVISTA PRÉVIA COM O DEFENSOR. NULIDADES SUSCITADAS. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZOS NÃO DEMONSTRADOS. QUALIFICADORAS. JULGAMENTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. PRINCÍPIO DA SOBERANIA DO VEREDITO POPULAR. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO A EMBASAR O ÉDITO REPRESSIVO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [...] A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme em garantir a discricionariedade do julgador, sem a fixação de critério aritmético, na escolha da sanção a ser estabelecida na primeira etapa da dosimetria da pena. Assim, o magistrado, dentro do seu livre convencimento motivado 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. Hipótese em que foram utilizados elementos concretos e idôneos para justificar a desvalorização das vetoriais e a elevação da sanção. Agravo regimental não provido' (AgRg no AREsp 951.953/MG, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019). 'AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1. A quantidade da droga apreendida constitui fundamento válido para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2003. 2. Não há falar em ofensa à proporcionalidade, diante do quantum da pena aplicado pelas instâncias ordinárias na exasperação da pena-base, tendo em vista, sobretudo, o mínimo e o máximo das penas cominadas abstratamente ao delito de tráfico de drogas (de 5 a 15 anos de reclusão), uma vez fundamentado em elementos concretos e dentro do critério de discricionariedade vinculada do magistrado. 3. Na espécie, o aumento da pena-base em 3 anos acima do mínimo legal ocorreu dentro dos patamares de razoabilidade e proporcionalidade, porquanto presentes elementos concretos que evidenciam maior culpabilidade e maior reprovação da conduta em vista da expressiva quantidade de drogas apreendidas, somando quase 5 kg de maconha. 4. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 522.081/SP, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 18/10/2019).' Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental." (AgRg no AREsp 1577063/MT, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 09/03/2020 – Grifos acrescidos) Destaque-se, neste diapasão, não se tratar de um entendimento isolado deste julgador, mas aquele que é elencado, de modo ostensivo, pelas Cortes Superiores de Justiça. Observe-se, pois, a jurisprudência ATUALIZADA DE AMBAS AS TURMAS DO PRETÓRIO EXCELSO sobre o assunto: "EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. INADMISSIBILIDADE. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. NULIDADE PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PREMISSAS FÁTICAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (...)

4. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. 5. A exasperação da pena-base foi devidamente fundamentada em critérios racionais e judicialmente motivados, e cuja resultante não se mostra flagrantemente desproporcional, pois lastreada nos parâmetros de discricionariedade reconhecidos na jurisprudência desta Suprema Corte. (...) (HC 185183 AgR, Relator (a): , Primeira Turma, julgado em 08/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 10-03-2021 PUBLIC 11-03-2021)"(grifos acrescidos) "EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. REGIME INICIAL. JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. (...) 3. O Supremo Tribunal Federal entende que "[a] dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena" (RHC 145.598, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. ). (...) (HC 188621 AgR, Relator (a): , Primeira Turma, julgado em 15/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-233 DIVULG 21-09-2020 PUBLIC 22-09-2020)"(grifos acrescidos) "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO. ACRÉSCIMO NA PENA-BASE JUSTIFICADO. AFASTAMENTO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. REGIME INICIAL. ART. 33 DO CP. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O julgador, nas instâncias ordinárias, possui discricionariedade para proceder à dosimetria da pena, cabendo aos Tribunais Superiores o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados na fixação da sanção. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (...) (HC 171539 AgR, Relator (a): , Segunda Turma, julgado em 13/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2020 PUBLIC 03-02-2020)"(grifos acrescidos) Outrossim, é o que preleciona a JURISPRUDÊNCIA ATUALIZADA DE AMBAS AS TURMAS DA CORTE CIDADÃ: "PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. USURA E EMBARAÇO À INVESTIGAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INQUÉRITO INSTAURADO PELO MP/RS CONTRA POLICIAL CIVIL, E NÃO PELA CORREGEDORIA RESPECTIVA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. CONDENAÇÃO EMBASADA EM PROVAS PRODUZIDAS EM JUÍZO, BEM COMO EM INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA (PROVA IRREPETÍVEL). OFENSA AO ART. 155 DO CPP NÃO CONFIGURADA. SUPOSTO NÃO PREENCHIMENTO DOS ELEMENTOS DO TIPO DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 12850/2013. ALEGADA GENERALIDADE DO PERDIMENTO DE BENS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DO ART. 384 DO CPP. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. PRETENDIDA VINCULAÇÃO DO JULGADOR AO AUMENTO DE 1/6 DA PENA MÍNIMA, PARA CADA VETORIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. DESCABIMENTO. TESE DE ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA DO CRIME DE USURA. INOVAÇÃO RECURSAL. POSSIBILIDADE, PORÉM, DE ESTENDER AO AGRAVANTE OS EFEITOS DO PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL DO CORRÉU, PARA SANAR O EQUÍVOCO COMETIDO PELA CORTE DE ORIGEM. ART. 580 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO EM PARTE, APENAS PARA REDUZIR A PENA DO CRIME DE USURA, COM ESPEQUE NO ART. 580 DO CPP.(...) 6. Sobre a dosimetria da pena, observa-se que, diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador. 7. Contudo, a posição dominante nesta Corte, embora não impeça o cálculo matemático rigoroso e exato, não chega ao ponto de obrigá-lo, predominando o entendimento de não ser ele absoluto, havendo uma discricionariedade regrada e motivada. Justamente por isso, não existe

um direito subjetivo do acusado de ter 1/6 de aumento da pena mínima para cada circunstância judicial valorada negativamente. (...) (AgRg nos EDcl na PET no REsp 1852897/RS, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 29/03/2021)” (grifos acrescidos) “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. INAPLICABILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O quantum de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito à prudente discricionariedade do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento nesta via. Ressalvados os casos de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena por esta Corte Superior. 2. Uma vez que o aumento da pena-base não está adstrito a critérios matemáticos e considerando-se o intervalo entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de furto qualificado (2 a 8 anos de reclusão), não se verifica desproporcionalidade na exasperação da pena em 6 (seis) meses de reclusão, em razão do reconhecimento dos maus antecedentes. (...) (grifos acrescidos) (AgRg no HC 618.167/SC, Rel. Ministra , SEXTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 05/04/2021)” Feito o necessário esclarecimento a respeito do tema presentemente abordado, retoma-se o cálculo da reprimenda basilar. Destarte, no caso do crime descrito no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, aplicando-se este entendimento, o limite máximo da pena-base é de 10 (dez) anos. Subtraindo deste valor a pena mínima – 05 (cinco) anos – encontra-se o intervalo de 05 (cinco) anos, a ser dividido pelo número de circunstâncias judiciais. Pontue-se, porém, que em situações como a dos autos, por tratar-se de delito de tráfico de drogas, deve-se levar em conta o disposto no art. 42 da Lei Tóxicos, que traz duas outras circunstâncias não elencadas no Código Penal, a saber, a quantidade e a natureza da droga comercializada, consideradas preponderantes pelo referido dispositivo, juntamente à conduta social e personalidade do agente – já elencada pelo art. 59 do CPB – totalizando, assim, não 08 (oito), mas 10 (dez) circunstâncias a serem analisadas. Outrossim, refletindo acerca da questão e visando dar efetividade à determinação de preponderância das 04 (quatro) circunstâncias judiciais citadas acima, trazida pelo já mencionado art. 42 da Lei de Drogas, impõe-se a atribuição de peso diverso a estas, em relação às demais elencadas no art. 59 do diploma repressivo. Assim, através de um juízo de razoabilidade e ponderação, revela-se coerente a atribuição de valor dobrado quando da análise da quantidade e natureza da droga, como também da personalidade e conduta social do agente, quando comparadas às outras seis circunstâncias a serem examinadas, a saber, consequências e circunstâncias do crime, comportamento da vítima, culpabilidade, antecedentes e motivos do delito. Logo, em um cálculo aritmético, buscando a objetivação de tal raciocínio, chega-se a conclusão de que, na análise de delitos envolvendo a Lei de Drogas, existem 04 (quatro) circunstâncias judiciais cujo peso de valoração seria 02 (dois), enquanto outras 06 (seis) com peso 01 (um). Nessa linha, dividindo-se o intervalo de 05 (cinco) anos supramencionado, por todas as circunstâncias judiciais referidas, e levando em consideração seus pesos diversificados, no esteio do quanto exposto acima, resulta o valor aproximado de 08 (oito) meses e 16 (dezesseis) dias para cada uma das circunstâncias

preponderantes do art. 42 da Lei de Drogas, bem como 04 (quatro) meses e 08 (oito) dias em relação às demais. Nos presentes autos, como deve ser valorada de forma negativa a natureza e a quantidade da droga, a pena-base deve ser fixada em 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 32 (trinta e dois) dias de reclusão. 2ª fase da dosimetria: Inexistiram atenuantes e agravantes. Logo, torna-se em intermediária a pena-base. 3ª fase da dosimetria: Não foram reconhecidas pela Magistrada majorantes e minorantes. Nesse ponto, a Defesa pleiteou a aplicação da minorante do § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, em sua fração máxima. DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06, EM SEU GRAU MÁXIMO, 2/3 Do exame do édito condenatório observa-se que a douta Magistrada a quo fundamentou a não aplicação da minorante nos seguintes termos, ID 190822682: (...) “Além disso, não há razão para que o agente seja beneficiado pelo parágrafo 4º do art. 33 da Lei De Drogas, mesmo sendo portador de bons antecedentes, o fato do agente ter sido encontrado na posse de 219 (duzentos e dezenove) poções de maconha e 08 (oito) porções de cocaína, mais uma balança digital, autoriza a conclusão de que o mesmo se dedique às atividades criminosas. Ao analisar o benefício, este seria concedido apenas aqueles que não se dediquem à atividade criminosa, o legislador, inegavelmente, remete à ideia de que o infrator deva desempenhar atividade lícita e habitual, sendo o tráfico evento isolado da sua vida.” (...) Como cediço, a causa de diminuição em comento tem por objetivo beneficiar, apenas, pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida (AgRg no AREsp 648.408/SP, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015; AgRg no REsp 1423806/SP; Rel. Ministro , QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015). Nos termos do que dispõe o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para a incidência da causa especial de diminuição de pena aos condenados pelo delito de tráfico de drogas, faz-se necessário que o agente seja reconhecidamente primário, ostente bons antecedentes e não se dedique à atividades criminosas ou integre organização criminosa, ex vi: (...) “Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (...) § 4º 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.”(grifos acrescidos) Com efeito, como pontuou a Magistrada, o Recorrente não preenche os requisitos para a incidência da minorante, pois, embora seja tecnicamente primário, não possua registro de maus antecedentes ou informações de que integre organização criminosa, existem elementos que indicam que se dedica às atividades criminosas. No caso, da análise das provas constantes dos autos, verifica-se não se tratar de traficante eventual, mas que efetivamente se dedicava à atividade criminosa, especialmente tendo em vista terem sido apreendidos petrechos para a traficância (02 balanças de precisão/digitais), elementos que denotam a dedicação às atividades criminosas. A respeito do tema, os seguintes julgados: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. AFASTAMENTO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APREENSÃO DE PETRECHOS PARA A

TRAFICÂNCIA. DEMONSTRAÇÃO DE QUE O PACIENTE SE DEDICA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Não se verifica constrangimento ilegal a ser sanado no ponto em que foi afastada a incidência do redutor de pena, previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, ante a apreensão de petrechos para a traficância, circunstâncias fáticas que demonstram a dedicação do paciente às atividades criminosas. Precedentes. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifos acrescidos) (AgRg no HC n. 773.113/SP, relator Ministro, Quinta Turma, julgado em 4/10/2022, DJe de 10/10/2022.) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. REDUTOR DE PENA PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. REGISTRO DE ATOS INFRACIONAIS. PRECEDENTES DESTA CORTE. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 está condicionada ao preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos legais: primariedade, bons antecedentes, não dedicação a atividades criminosas ou integração a organização criminosa. 2. No caso, o redutor de pena previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi afastado pelas instâncias ordinárias, em razão das circunstâncias do caso concreto, tendo em vista não apenas a apreensão de drogas, mas especialmente de petrechos necessários ao tráfico. Dessa forma, para se desconstituir tal assertiva, como pretendido, seria necessário o revolvimento da moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes. 3. [...] 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (grifos acrescidos) (AgRg no HC n. 591.341/SP, relator Ministro, Quinta Turma, julgado em 4/8/2020, DJe de 13/8/2020.) Dessa forma, considerando que foram sopesadas pela Magistrada sentenciante as circunstâncias concretas, que além de observar a primariedade e bons antecedentes do Apelante, bem assim, que este não integra organização criminosa, consignou a apreensão, não apenas de 219 (duzentos e dezenove) porções de maconha e 08 (oito) de cocaína, mas, também, de petrechos para traficância (balanças de precisão/digital), restando fundamentada a dedicação à atividades criminosas, pelo que, tem-se por correto o afastamento do tráfico privilegiado. Logo, torna-se a pena intermediária em definitiva, ou seja, 06 (seis) anos, 04 (quatro) meses e 32 (trinta e dois) dias de reclusão. Em relação à pena de multa, registra-se que, caso fosse observada a proporcionalidade da pena pecuniária com a pena privativa de liberdade aplicada, esta seria fixada em 650 (seiscentos e cinquenta) dias-multa cada, contudo, tendo em vista haver somente Recurso interposto pela Defesa, mantém-se, em respeito ao princípio do non reformatio in pejus, cada pena pecuniária aplicada pelo Magistrado em 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. O Regime prisional idôneo é o semiaberto, nos moldes do artigo 33, § 2º, b, do CP. DA CONVERSÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS A Defesa requer a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Por consequência, tendo em vista a inviabilidade de acolhimento do pleito defensivo de aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e mantida a pena cominada superior a 4 (quatro) anos de reclusão, resta prejudicado o pedido de substituição da sanção corporal por pena restritiva de direitos, pois não preenchidos os requisitos estabelecidos no art. 44 do Código Penal. Nesse sentido: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO

ILÍCITO DE ENTORPECENTES. AFASTAMENTO DA AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE. CONDENAÇÃO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. INVIABILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA SUPERIOR A 4 ANOS E PACIENTE REINCENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO VERIFICADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. – O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da existência de eventual coação ilegal. – Nos termos do art. 63 do Código Penal, somente se verifica a reincidência quando o agente comete novo crime depois de transitar em julgado a sentença que o tenha condenado por crime anterior. – Analisando as informações trazidas nos autos, verifico que o paciente possui uma condenação com trânsito em julgado ocorrido em 9/4/2012. Tendo em vista que o fato ora imputado ao paciente ocorreu em 25/2/2015, após o trânsito em julgado da condenação anterior, não há ilegalidade no reconhecimento da agravante da reincidência. – Não há se falar em aplicação da redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, porquanto um dos requisitos necessários para a sua aplicação é o acusado ser primário, o que não se verifica nos autos. – Em relação ao regime, tendo em vista a reincidência do paciente e a pena ter ficado no patamar acima de 4 anos, nos termos do art. 33, § 2º, alínea b, do Código Penal, deve ser mantido o fechado. – Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, em razão do quantum da pena, superior a 4 anos. – Habeas corpus não conhecido. (grifos acrescidos) (HC 381.789/MG, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2017, DJe 24/02/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. INVIABILIDADE DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. QUANTIDADE DAS DROGAS APREENHIDAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou-se no sentido de que não há ilegalidade na negativa de aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando as circunstâncias do delito permitem aferir que o agente se dedica a atividades criminosas. 3. No caso, extrai-se que o Tribunal a quo formou sua convicção com base nos elementos fáticos constantes dos autos para não aplicar a redutora do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, por entender que o paciente se dedicava ao tráfico de forma habitual. Assim, desconstituir tais assertivas demandaria, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório, inviável na via estreita do habeas corpus. 4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, em 27/7/2012, ao julgar o HC 111.840/ES, por maioria, declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, com a redação que lhe foi dada pela Lei n. 11.464/2007, afastando, dessa forma, a obrigatoriedade do

regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados. 5. O regime de cumprimento de pena mais gravoso do que a pena comporta pode ser estabelecido, desde que haja fundamentação específica, com base em elementos concretos extraídos dos autos, a teor das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF. 6. No caso, sendo a pena superior a 4 anos, a quantidade das drogas apreendidas justifica a fixação do regime fechado. 7. Não há se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, pois o quantum da pena supera o limite previsto no art. 44, inciso I, do Código Penal. 8. Habeas corpus não conhecido. (grifos acrescidos) (HC 448.346/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 12/06/2018, DJe 20/06/2018) CONCLUSÃO Ante o exposto, vota-se pelo PARCIAL CONHECIMENTO E, NESTA EXTENSÃO, PELO PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO, PARA REDIMENSIONAR A PENA PARA 06 (SEIS) ANOS, 04 (QUATRO) MESES E 32 (TRINTA E DOIS) DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, À RAZÃO DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador RELATOR