

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8011556-24.2023.8.05.0103 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: e outros Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. PEDIDO DE GRATUIDADE JUDICIÁRIA. NÃO CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. ART. 66, III, f, LEP. PRECEDENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO DETALHANDO AS DROGAS QUE FORAM APREENDIDAS COM OS RÉUS. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS DETALHANDO A SITUAÇÃO. PALAVRA DOS AGENTES POSSUI FÉ-PÚBLICA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. PEDIDO DO RECORRENTE PARA O RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. ACOLHIDO. PROCESSOS EM ANDAMENTO NÃO PODEM AFASTAR A CAUSA DE DIMINUIÇÃO. ENTENDIMENTO DO STJ. PLEITO DO APELANTE APLICAR A PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CONSTATADOS OS MAUS ANTECEDENTES. RÉU QUE POSSUI CONDENAÇÕES CRIMINAIS TRANSITADAS EM JULGADO. REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE DE ACORDO COM OS PATAMARES FIXADOS PELA JURISPRUDÊNCIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO DA PRIMARIEDADE PARA FINS DE APLICAÇÃO DA MINORANTE. REDIMENSIONAMENTO DA PENA DO RECORRENTE. DIREITO DOS RÉUS DE RECORRER EM LIBERDADE. NÃO RECONHECIDO. PERIGO À ORDEM PÚBLICA. RECURSOS CONHECIDOS PARCIALMENTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDOS PARCIALMENTE. 1. De forma preliminar, os Apelantes solicitaram que lhes fosse concedida a benesse da assistência judiciária gratuita. Todavia, tal pleito não prospera, visto que o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução, nos termos do art. 66, III, alínea f, da Lei de Execução Penal, que dispõe sobre a competência para apreciar os pleitos relativos à gratuidade da justiça é do Juízo da Execução. 2. De acordo com a denúncia, no dia 09 de dezembro de 2023, por volta das 10h50min, no Alto do Coqueiro, e foram flagrados trazendo consigo uma quantidade considerável de droga para fins de mercancia, bem como a quantia total de R\$1.900,00 (mil e novecentos reais). Segundo a exordial, quando os policiais fizeram a revista pessoal no réus e no adolescente que estava com eles, encontraram na pochete de 30 (trinta) buchas de maconha, 155 (cento e cinquenta e cinco) pedras de crack e a quantia de R\$295,00 (duzentos e noventa e cinco reais), enquanto com acharam 355 (trezentos e cinquenta e cinco) pedras de crack, 89 (oitenta e nove) trouxinhas de cocaína e R\$1.605,00 (mil e seiscentos e cinco reais). 3. Vige, no direito brasileiro, o princípio da presunção da inocência, segundo o qual ninguém pode ser considerado culpado até que haja uma sentença condenatória final. Depreende-se, assim, que o réu presume-se inocente, incumbindo à acusação comprovar o cometimento do crime, deixando incontestes a autoria e materialidade. No caso dos autos, consoante já mencionado, o réu contesta a ausência de prova quanto a dois crimes: tráfico ilícito de drogas e posse irregular de arma de fogo. 4. No caso dos autos, o réu contesta a ausência de prova quanto à ocorrência do crime de tráfico ilícito de drogas. Consta do auto de exibição e apreensão (ID 65159567, fls. 28/29) os bens que foram apreendidos com os acusados, dentre os quais estão descritos as 30 (trinta) buchas de maconha, as 155 (cento e cinquenta e cinco) pedras de crack e os R\$295,00 (duzentos e noventa e cinco reais) que foram apreendidos com o recorrente. Atestando a natureza das substâncias, o laudo de constatação provisório (ID 65159567, fls. 116/117) e o laudo pericial definitivo (ID 65160569) constataram que fora positivo o resultado para tetrahydrocannabinol e para benzoilmetilecgonina,

substâncias proscritas e popularmente conhecidas como maconha e cocaína, respectivamente. Quanto à autoria, o réu fora flagrado por policiais, portando, em sua própria pochete, 30 (trinta) buchas de maconha e 155 (cento e cinquenta e cinco) pedras de crack. Ouvido em audiência, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, os policiais, e confirmaram, em Juízo, que as substâncias proscritas foram encontradas com o réu. Malgrado os policiais não tenham conseguido precisar as drogas específicas encontradas com cada acusado, entendendo ser natural, tendo em vista o decurso do tempo e que eles diariamente empreendem flagrantes similares. Mas, o que se deve ressaltar é que eles garantiram, com convicção, que os dois réus foram flagrados com quantia considerável de drogas e que elas estavam prontas para serem comercializadas.

5. Pretende o recorrente que seja reconhecida a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, tendo o Juízo Primevo afastado, em razão do processos penais a que o réu responde. Conforme já debatido supra, vige, no processo penal constitucional, o princípio da presunção da não culpabilidade, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado. Como consequência lógica do mencionado mandamento constitucional, não é cabível a utilização de processos em andamento para apontar se o réu dedica-se a atividade criminosa. Este, aliás, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, em sede de recurso repetitivo, tema repetitivo 1139, fixou a seguinte tese: “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06”.

6. A existência de processos penais em curso não podem ser utilizados como fundamento para o afastamento da causa de diminuição do tráfico privilegiado, razão pela qual o acusado faz jus à referida causa de diminuição. Ocorre que, levando em consideração que fora apreendida uma quantidade considerável de droga com o réu – 355 (trezentas e cinquenta e cinco) pedras de crack e 89 (oitenta e nove) trouxinhas de cocaína, fixo o patamar de redução em 1/6 (um sexto). Dessarte, tendo em vista que a pena definitiva arbitrada pelo Juízo a quo tinha sido 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, com a redução da causa de diminuição do tráfico privilegiado, passa a pena do acusado a 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicialmente semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

7. Há maus antecedentes a serem considerados em relação ao réu, tendo em vista que ele possui contra si algumas condenações com trânsito em julgado. Malgrado os maus antecedentes sejam mantidos, a Corte de Cidadania admitiu a utilização, para cada circunstância judicial reputada contraproducente, o uso da fração de 1/8 da diferença entre a pena mínima e máxima ou de 1/6 da pena mínima. Salienta o Superior Tribunal de Justiça, ainda, que o cálculo pode ser feito discricionariamente pelo Magistrado, desde que realizado de forma proporcional e fundamentada e não ultrapasse a fração de 1/6 da pena mínima. Assim, deve ser utilizada a fração de 1/6 sobre a pena mínima – 5 anos, redimensionando-se a pena-base do acusado em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses.

8. Em relação à causa de diminuição do tráfico privilegiado, o acusado não faz jus. Como requisitos para a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado tem-se: ser réu primário; ter bons antecedentes criminais; não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa. O acusado tem contra si algumas condenações com trânsito em julgado, de modo que não é primário. Desse modo, incabível a aplicação da causa de diminuição.

9. Levando em consideração que a pena-base do réu fora alterada para se adequar aos patamares jurisprudenciais, a pena definitiva fica redimensionada, passando de 10 (dez) anos, 10 (dez)

meses e 20 (vinte) dias de reclusão para 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 8 (oito) dias, em regime inicialmente fechado. RECURSOS CONHECIDOS PARCIALMENTE E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDOS PARCIALMENTE. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8011556-24.2023.8.05.0103, em que figuram como apelantes E e apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em CONHECER PARCIALMENTE E, NESSA EXTENSÃO, DAR PARCIAL PROVIMENTO a ambos os recursos de Apelação, nos termos do voto do Relator. Sala das Sessões, Presidente Des. Relator Procurador (a) de Justiça PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 15 de Agosto de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8011556-24.2023.8.05.0103 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: e outros Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Versam os presentes autos sobre Recursos de Apelação Criminal interpostos por E , contra a sentença proferida pela M.M Juíza de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ilhéus/BA que, nos autos da ação penal tombada sob o nº 8011556-24.2023.8.05.0103, julgou procedente a denúncia formulada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA para condenar os acusados pelo cometimento do crime descrito no art. 33 da Lei 11.343/2006 (tráfico ilícito de droga), fixando para a pena de 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, no regime inicialmente fechado, e 1088 (mil e oitenta e oito) dias-multa, e para a reprimenda de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Em suas razões recursais, requer, preliminarmente, que seja concedido o benefício da Justiça Gratuita, bem como que possua o direito de recorrer em liberdade, alegando que: “diante da ausência de provas contundentes e justificativa plausível na manutenção do denunciado preso, requer a concessão do direito em recorrer em liberdade”. Acrescenta que: “é réu primário sem qualquer outra condenação de qualquer outro crime, não faz parte de facção criminosa, nem organização criminosa e tem ocupação lícita”. No mérito, pleiteia o redimensionamento da pena, a fim de que não seja reconhecida a circunstância judicial relativa aos maus antecedentes e aplique-se a causa de diminuição correspondente ao tráfico privilegiado, explicando que: “Apesar de possuir outros processos em seu nome, sequer teve audiência e responde todos os processos em liberdade, ou seja, os juízes entenderam que o Apelante não faz risco a ordem pública”. Por sua vez, , ao interpor seu recurso de apelação, pugna, preliminarmente, pelo benefício da Justiça Gratuita. No mérito, alega a ausência de provas, esclarecendo que: “Os policiais militares nada contribuíram para o esclarecimento dos fatos, não foi possível atestar com segurança informações, já que não souberam precisar a quantidade de cocaína encontrada, afirmaram ainda que na localidade que o recorrente foi preso é comum o tráfico de drogas”. Subsidiariamente, pretende o redimensionamento da pena-base no mínimo legal e a aplicação da causa de diminuição referente ao tráfico privilegiado. Por fim, requer o direito de recorrer em liberdade. Devidamente intimado, o Ministério Público apresentou contrarrazões, pugnando pela manutenção da sentença em todos os seus termos. Vieram os autos à Segunda Instância, onde, distribuídos a esta Colenda Câmara Criminal, coube-me a relatoria. Remetidos os autos à Douta Procuradoria de

Justiça, a ilustre Procuradora de Justiça opinou pelo Conhecimento e Desprovidimento de ambos os Recursos de Apelação, nos termos do parecer ministerial de ID 65510330. Assim, examinados os autos, lancei o presente relatório e o submeti à apreciação do eminente Revisor, que pediu a inclusão do feito em pauta de julgamento. Salvador, data da assinatura eletrônica. Des. Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8011556-24.2023.8.05.0103 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: e outros Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO 1. DA ADMISSIBILIDADE RECURSAL Com relação ao cabimento da apelação, Aury Lopes Júnior<sup>1</sup> afirma que: “é a exigência de que inexista uma decisão imutável e irrevogável, ou seja, não se tenha operado a coisa julgada formal. Uma decisão é apelável porque não preclusa.” Já com relação à adequação, é “vista como a correção do meio de impugnação eleito pela parte interessada, também abrange a regularidade formal da interposição do recurso.” Sobre o recurso de apelação, também assevera: “Na visão de DALIA e FERRAIOLI<sup>3</sup>, l’appello è il mezzo di impugnazione ordinário che consente ad un giudice di grado superiore di rivedere, in forma “critica”, il giudizio pronunciato dal giudice di primo grado. É um meio de impugnação ordinário por excelência (podendo ser total ou parcial), que autoriza um órgão jurisdicional de grau superior a revisar, de forma crítica, o julgamento realizado em primeiro grau. O “revisar de forma crítica” deve ser compreendido na mesma perspectiva de , anteriormente referida, de que os recursos são “la crítica a la decisión”, posto que, etimologicamente, criticar não significa outra coisa que julgar, e o uso deste vocábulo tende a significar aquele juízo particular que tem por objeto outro juízo, isto é, o juízo sobre o juízo e, dessa maneira, um juízo elevado à segunda potência.” Já para o Nucci<sup>4</sup>: “Cuida-se de recurso contra decisões definitivas, que julgam extinto o processo, apreciando ou não o mérito, devolvendo ao tribunal amplo conhecimento da matéria<sup>5</sup>. Essa seria, a nosso ver, a melhor maneira de conceituar a apelação, embora o Código de Processo Penal tenha preferido considerá-la como o recurso contra as sentenças definitivas, de condenação ou absolvição, e contra as decisões definitivas ou com força de definitivas, não abrangidas pelo recurso em sentido estrito.” acrescenta sobre o conceito e antecedentes históricos<sup>6</sup>: “A apelação é o recurso ordinário por excelência, visando à reapreciação de matéria de fato e de direito. É cabível, inclusive, quando houver provas novas. Sua finalidade é a correção de error in iudicando (reforma da decisão) ou error in procedendo (anula a decisão) das sentenças. Prevalece o entendimento de que sua origem histórica é a appellatio dos romanos. No regime português, a apelação ingressou por meio das querimas ou querimonias dos Foraes chegando às Ordenações Manuelinas, recebendo reformulações, até chegar ao modelo de t. 68 a 83 do L. III das Ordenações Filipinas. Entre nós, sua referência pode ser buscada no Regulamento 737, de 21.11.1950.” Em relação aos requisitos de admissibilidade, novamente assim dispõe<sup>7</sup>:

“=>Requisitos objetivos: → Cabimento e adequação: pode ser interposta por petição ou termo nos autos, nos casos previstos no art. 593. → Art. 593, II: é residual em relação à taxatividade do RSE, cabendo em relação às decisões interlocutórias mistas não abrangidas pelo art. 581. → Art. 593, III: o inciso III dirige-se exclusivamente às decisões proferidas pelo Tribunal do Júri. Nas alíneas a e d, se acolhido o recurso, a consequência será a realização de novo júri. Nas alíneas b e c, acolhendo o recurso, o tribunal faz a retificação se enviar a novo júri. → Art. 593,

§ 3º: decisão manifestamente contrária à prova dos autos é aquela completamente dissociada da prova dos autos, sem qualquer apoio no processo. O que se entende por “mesmo motivo”? Significa novo recurso com base na letra d, sendo irrelevante a tese sustentada. Quanto ao cabimento do recurso de apelação, por parte do acusador, com base no art. 593, III, d, quando o réu é absolvido no quesito genérico da absolvição, existe uma divisão no STJ e uma importante decisão do STF no sentido do não cabimento. → Tempestividade: 5 dias para interposição (art. 593) e 8 dias para razões. Assistente: 5 dias habilitado – 15 dias não habilitado. → Preparo: exige-se nas ações penais privadas. => Requisitos subjetivos: → Legitimidade (art. 577) e gravame/prejuízo.” Volvendo olhares para os autos, verificada a tempestividade dos recursos em tela. Em relação ao mérito do presentes recursos, impende destacar que estes devem ser parcialmente conhecidos, vejamos. Consoante adiantado alhures, de forma preliminar, os Apelantes solicitaram que lhes fosse concedida a benesse da assistência judiciária gratuita. Todavia, tal pleito não prospera, visto que o momento de se aferir a situação dos condenados para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução, nos termos do art. 66, III, alínea f, da Lei de Execução Penal, que dispõe sobre a competência para apreciar os pleitos relativos à gratuidade da justiça é do Juízo da Execução. Nesse contexto, o órgão com atribuição para analisar o pedido de assistência judiciária gratuita é o Juízo da Execução, o qual, diante de circunstâncias concretas, poderá verificar a hipossuficiência econômica do agente e outorgar-lhe o favor esculpido no artigo 5º LXXIV da Constituição Federal e no artigo 98 do CPC. Nesse sentido, este E. Tribunal de Justiça já se manifestou, vejamos: APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO PRIVILEGIADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA. NÃO COMPROVADO. PRELIMINAR REJEITADA. ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO. INCABÍVEL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DISPENSA DO PAGAMENTO DAS CUSTAS E MULTA. IMPOSSIBILIDADE. SANÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DE OFÍCIO, ALTERADA A PENA PECUNIÁRIA APLICADA. A ausência de comprovação do pagamento da pena pecuniária pelo agente inviabiliza o imediato reconhecimento da extinção da punibilidade pelo cumprimento da reprimenda. A reincidência delitiva demonstra, em geral, a existência de relevante grau de ofensividade e periculosidade social, requisitos necessários para o reconhecimento do princípio da insignificância. Inexiste previsão legal que fundamente a exclusão da pena de multa pelo juízo de conhecimento, por se tratar de sanção penal. Cabe ao juízo da execução a análise da eventual condição de miserabilidade do condenado, para fins de isenção das custas processuais e multa, ante a possibilidade de alteração da situação financeira daquele entre a data da condenação e a concreta execução da sentença condenatória. Deve a pena de multa deter como parâmetro a reprimenda corporal dosada ao agente, sob pena de mácula ao princípio da proporcionalidade. (TJ-BA – APL: 05308413920198050001, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 06/08/2021) APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03). RECURSO DA DEFESA. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. RECURSO CONHECIDO EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. I – A matéria atinente à isenção de custas e gratuidade da justiça está disposta no art. 12 da Lei nº 1.060/50, sendo de competência do Juízo da Vara das Execuções Penais. II – Em observância ao princípio do in dubio pro reo, não existindo certeza acerca da autoria

delitiva, não há como manter a condenação do Apelante. (TJ-BA – APL: 05614986620168050001, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 12/05/2021) Pelo exposto, a análise do referido pedido ensejaria supressão de instância –, o que não se pode admitir –, razão pela qual não conheço dessa súplica dos recorrentes. Além do pedido de Justiça Gratuita, o apelante requerera que, na primeira fase da dosimetria da pena, fossem desconsiderados os maus antecedentes, a fim de que a pena-base fosse fixada no mínimo legal. Ocorre que, analisando a sentença, verifica-se que a pena-base fora arbitrada em 05 anos de reclusão, patamar mínimo fixado pela lei, de modo que não há qualquer interesse no pedido do recorrente. 2. DO PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DO APELANTE De pronto, calha destacar que a apelação interposta pelo réu tem como uma das questões nucleares a ausência de provas para amparar a condenação pelo crime de tráfico ilícito de drogas. De acordo com a denúncia, no dia 09 de dezembro de 2023, por volta das 10h50min, no Alto do Coqueiro, e foram flagrados trazendo consigo uma quantidade considerável de droga para fins de mercancia, bem como a quantia total de R\$1.900,00 (mil e novecentos reais). Segundo a exordial, quando os policiais fizeram a revista pessoal no réus e no adolescente que estava com eles, encontraram na pochete de 30 (trinta) buchas de maconha, 155 (cento e cinquenta e cinco) pedras de crack e a quantia de R\$295,00 (duzentos e noventa e cinco reais), enquanto com acharam 355 (trezentos e cinquenta e cinco) pedras de crack, 89 (oitenta e nove) trouxinhas de cocaína e R\$1.605,00 (mil e seiscentos e cinco reais). Pois bem. Vigê, no direito brasileiro, o princípio da presunção da inocência, segundo o qual ninguém pode ser considerado culpado até que haja uma sentença condenatória final. O princípio da presunção de inocência teve sua origem na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 1791, sendo posteriormente incorporado ao artigo 11 da Declaração Universal dos Direitos Humanos das Nações Unidas, que previu: “Toda pessoa acusada de delito tem direito que se presuma sua inocência, enquanto não se prova sua culpabilidade, de acordo com a lei e em processo público no qual se assegurem todas as garantias para a sua defesa.” No Brasil, a presunção de inocência é considerada um princípio fundamental do Estado Democrático de Direito, estando explicitamente consagrado no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal<sup>8</sup>, que estabelece: “Art. 5º, LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença condenatória.” O princípio da presunção de inocência, também denominado de presunção de não culpabilidade, é conceituado por senão após o término do devido processo legal, durante o qual o acusado tenha se utilizado de todos os meios de prova pertinentes para a sua defesa (ampla defesa) e para a destruição da credibilidade das provas apresentadas pela acusação (contraditório)”. Segue afirmando<sup>10</sup> que: “Comparando-se a forma como referido princípio foi previsto nos Tratados Internacionais e na Constituição Federal, percebe-se que, naqueles, costuma-se referir à presunção de inocência, ao passo que a Constituição Federal em momento algum utiliza a expressão inocente, dizendo, na verdade, que ninguém será considerado culpado. Por conta dessa diversidade terminológica, o preceito inserido na Carta magna passou a ser denominado de presunção de não culpabilidade”. Para Renato Brasileiro<sup>11</sup>, do princípio da presunção de inocência (ou presunção de não culpabilidade) derivam duas regras fundamentais: a regra probatória (também conhecida como regra de juízo) e a regra de tratamento. Acerca da regra probatória (in dubio pro reo), citando filhos, ressalta<sup>12</sup>: “Por força da regra probatória, a parte acusadora tem o ônus de demonstrar a culpabilidade do

acusado além de qualquer dúvida razoável, e não este de provar sua inocência. Como consectários dessa regra, destaca: a) a incumbência do acusador de demonstrar a culpabilidade do acusado (pertence-lhe com exclusividade o ônus dessa prova); b) a necessidade de comprovar a existência dos fatos imputados, não de demonstrar a inconsistência das desculpas do acusado; c) tal comprovação deve ser feita legalmente (conforme o devido processo legal); d) impossibilidade de se obrigar o acusado a colaborar na apuração dos fatos (daí o seu direito ao silêncio)". Na visão de , essa regra probatória deve ser utilizada sempre que houver dúvida sobre fato relevante para a decisão do processo. Dessa forma, afirma: "O in dubio pro reo não é, portanto, uma simples regra de apreciação das provas. Na verdade, deve ser utilizado no momento da valoração das provas: na dúvida, a decisão tem de favorecer o imputado, pois não tem ele a obrigação de provar que não praticou o delito. Enfim, não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se – para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica – em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelam-se capazes de informar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas que poderiam conduzir qualquer magistrado ou Tribunal a pronunciar o non liquet. O in dubio pro reo só incide até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória. Portanto, na revisão criminal, que pressupõe o trânsito em julgado de sentença penal condenatória ou absolutória imprópria, não há falar em in dubio pro reo, mas sim em in dubio contra reum. O ônus da prova quanto às hipóteses que autorizam a revisão criminal ( CPP, art. 621) recai única e exclusivamente sobre o postulante, razão pela qual, no caso de dúvida, deverá o Tribunal julgar improcedente o pedido revisional". Depreende-se, assim, que o réu presume-se inocente, incumbindo à acusação comprovar o cometimento do crime, deixando incontestes a autoria e materialidade. No caso dos autos, consoante já mencionado, o réu contesta a ausência de prova quanto à ocorrência do crime de tráfico ilícito de drogas. Para o cometimento do crime de tráfico de drogas, cuja natureza é de crime formal e de perigo abstrato, absolutamente presumido, basta que o agente realize qualquer das condutas nucleares do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, para que o tenha aperfeiçoado. Dispõe o texto legal: 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. Sobre este tipo penal, vaticina: "Consuma-se o crime com a prática de qualquer um dos núcleos trazidos pelo tipo, não se exigindo efetivo ato de tráfico." escreve: "Trata-se de crimes de perigo abstrato e coletivo. Como crimes de perigo abstrato, não necessitam da demonstração de que efetivamente alguém foi exposto a perigo de dano, que é presumido pela lei de forma absoluta, não admitindo prova em contrário. São, também, crimes de perigo coletivo (ou comum), uma vez que a saúde de um número indeterminado de pessoas é exposta a perigo de dano. Com efeito, a objetividade jurídica dos delitos descritos na Lei de Drogas é a saúde pública, ou seja, a saúde de toda a coletividade, que pode ser seriamente atingida quando circulam substâncias ou produtos capazes de levar à dependência física ou psíquica. Os crimes

descritos na Lei de Drogas prescindem da comprovação da ocorrência de perigo concreto, uma vez que a experiência tem demonstrado que a posse ou o porte, bem como o tráfico de drogas, são condutas nocivas não apenas em relação à saúde pública, mas também quanto à individualidade das pessoas.” Sobre o delito em comento, e lecionam:14 “Como deixa claro o caput do art. 3315 da Lei de Drogas, a traficância pode ocorrer ainda que gratuitamente, mas desde que a conduta seja praticada sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar (elementos normativos do tipo). Como se sabe, o tráfico de drogas é crime de ação múltipla, e não exige a prática de atos de mercancia para a sua configuração, bastando a realização de alguma das condutas previstas no tipo penal16. Com efeito, a conduta de vender materializa apenas uma das dezoito figuras típicas.” Logo, para que a conduta do Réu seja considerada tráfico ilícito de drogas, é suficiente que se adeque a um dos verbos mencionados no caput do art. 33 e que a finalidade seja o consumo de drogas por terceiros. Não é preciso o indivíduo ser flagrado vendendo as substâncias ilícitas para que o crime de tráfico esteja configurado. Basta que seja praticado um dos núcleos do tipo penal e exista o ímpeto de praticar a traficância. No que concerne à materialidade do crime, interessante entender o conceito de droga. O parágrafo único do art. 1º da Lei 11.346/06 preleciona: “Para fins desta Lei, consideram-se como drogas as substâncias ou os produtos capazes de causar dependência, assim especificados em lei ou relacionados em listas atualizadas periodicamente pelo Poder Executivo da União”. Trata-se de norma penal em branco, preenchida pelo teor da portaria Nº 344 da ANVISA, em que são elencadas quais as drogas proibidas. Somente constando nesta portaria e tendo o status de substância proibida é que o item poderá ser considerado droga nos termos da lei 11.346/06. In casu, consta do auto de exibição e apreensão (ID 65159567, fls. 28/29) os bens que foram apreendidos com os acusados, dentre os quais estão descritos as 30 (trinta) buchas de maconha, as 155 (cento e cinquenta e cinco) pedras de crack e os R\$295,00 (duzentos e noventa e cinco reais) que foram apreendidos com o recorrente. Atestando a natureza das substâncias, o laudo de constatação provisório (ID 65159567, fls. 116/117) e o laudo pericial definitivo (ID 65160569) constataram que fora positivo o resultado para tetrahydrocannabinol e para benzoilmetilecgonina, substâncias proscritas e popularmente conhecidas como maconha e cocaína, respectivamente. Quanto à autoria, o réu fora flagrado por policiais, portando, em sua própria pochete, 30 (trinta) buchas de maconha e 155 (cento e cinquenta e cinco) pedras de crack. Ouvido em audiência, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, os policiais, e confirmaram, em Juízo, que as substâncias proscritas foram encontradas com o réu. Veja-se: “[...] Nós estávamos em ronda na localidade próximo ao Alto do Coqueiro, já área conhecida pela movimentação em relação ao tráfico de droga; os abordados estavam na metade de uma sacada de escada, uma escada bem íngreme, a gente visualizou eles, mas eles não viram a guarnição, encostou a viatura mais a frente, incursionamos a pé pela escadaria, de uma forma que eles não conseguiram visualizar a gente, então a gente já conseguiu fazer abordagem em cima deles; o ainda tentou correr, mas ninguém evadiu, foram todos detidos; as drogas estavam, cada um tinha sua carga de droga, eram duas pochetes e uma sacola que foram apreendidas; sim (as drogas estavam dispostas para venda); sim, um terceiro que era menor, as drogas todas estavam prontas para ser comercializadas e bastante drogas, uma quantia considerável e dinheiro também, com cada um; bom porque inclusive já é procurado por suspeita de homicídio na cidade de



Ilhéus; é o de blusa laranja; não foi ; comandante de guarnição; não vou lembrar precisamente, mas tinha maconha, crack e cocaína, agora não vou lembrar com quem estava, que tipo de droga não vou lembrar; tinha dinheiro com os três; não vou lembrar (a quantia que tinha com ); sim (se foi encontrado droga com o adolescente); não, tava só os três; sacola e pochete; tava na posse, a pochete na cintura e a sacola em posse de, só não vou lembrar de quem agora; isso, a gente fez a varredura no local, só tinha o que tava com eles mesmo; não (se conhecia ); não (se deram justificativas por estar ali); não, não teve, porque foi uma apreensão, vou dizer assim, muito clara, cada um tinha seu material em posse e o local já é de costureira prática; não (se reagiram a abordagem); então, eu não vou saber precisar, mensurar, quantidade de valores, mas se não engano ele tava com a maior quantidade, nem dizer qual quantidade de cada um; tinham duas pochetes e uma sacola, se não me engano, só que não me lembro quem tava com o quê, porque não tô com ocorrência agora em posse; balança não”. (SD/PM , testemunha de acusação, PJE MÍDIAS) “[...] o local é propício pra venda de droga, com certeza, enquanto a gente tá aqui nessa audiência aqui, já tem outro grupo lá, nesse local, traficando, passamos em ronda, avistamos os elementos, eles não viu a viatura chegar, paramos no local, incursionamos, chegamos até eles, um deles ainda tentou esboçar correr, conseguimos conter, depois de conter eles não reagiu mais, aí procedemos a busca pessoal em cada um deles, foi encontrado com cada um, uma quantidade que não me recordo, mas cada um tinha uma carga, eles costumam fazer isso, cada um fica com sua carga; sim, já separado pra venda; tinha três elementos, quando cheguei na delegacia, descobri que um era menor, todos os três estava com uma carga, cada um com uma certa quantidade de droga; não, foi o soldado J. Ferreira; isso (se é um local de intenso comércio de droga); sim, já, algum tempo atrás eu trabalhei nessa área, nessa mesma área da 68, que é responsabilidade da 68 CIPM, hoje eu atuo na RONDESP, que atua na região toda, na época que eu trabalhava mais ou menos 10 anos, já bati nesse local e na RONDESP também, é muito difícil pegar alguém, porque o local que eles escolheram é muito difícil de chegar, sempre que a gente bate ali tem os pinotes, que a gente chama de pinote, mas eu já apreendi drogas nesse mesmo local; o que foi encontrado com cada um especificamente eu não consigo recordar, me recordo que o de laranja é e o outro já tinha várias passagens também, eu vim conhecer nessa operação, depois alguns colegas da área de 68 chegaram, dizendo que tinha homicídio sobre responsabilidade dele, ele era o principal suspeito de alguns homicídios que estava ocorrendo na região; no momento da nossa chegada não, porém é costureiro, o que que acontece, a família já sabe que eles participam do tráfico, então quando a policia chega em algum deles acumula população, os moradores, pai, mãe, tio, irmãos, então quando a gente chegou até o momento só tinha os três, depois chegou familiares, eu conversei com cada um deles também, mãe de algum deles eu conversei, mas chegou depois, no momento só tinha os três sentados na escada; não, desceu uma moça, que a gente chama de “nóia”, com uma pedra na mão, só que a gente mandou passar, só tinha uma pedra, a gente jogou a pedra no chão e a gente incursionou pela escada, mas não tava no local não, já tava descendo; não, isso não vi não, qual foi que passou a droga pra ela; tava em sacola, não recordo bem, mas tinha dois que tava com sacola, sacola plástica, e um com a pochete, não vou recordar com quem tava a pochete ou com quem tava sacola; não, quem tentou correr foi , descobri depois o nome dele, na delegacia, como a gente já tava muito em cima, ele voltou atrás e não correu. [...]”. (SD/PM , testemunha

de acusação, PJE MÍDIA) “[...]sim recordo; nós estávamos em ronda na localidade citada, visualizamos alguns usuários de drogas, uma usuária descendo a escadaria, decidimos incursionar subindo a escadaria, eu e os colegas e sem que eles nos vissem subindo, nós fizemos a abordagem, estava três elementos, esses dois e mais um, cada um com estava com pochete, todos estavam portando drogas e dinheiro; bem propício e já conhecido por todos os colegas que trabalham naquela área, bem propício porque é difícil acesso; salvo engano, tinha um menor, um deles era menor, mas lá no momento só tinha os três mesmo; sim, fui eu; como foram três abordados e todos três estavam com droga, em pochetes, um era pochete, outro era bolsinha de ombro, aquelas bolsinhas lateral, então não recordo com qual deles foi pego cada quantidade de cada bolsinha, porque no momento da abordagem a gente só retirou as bolsinhas e acabou misturando, mas nós fizemos a revista e em todas as três bolsinhas tinha drogas; todas as três, tinha maconha, cocaína e salvo engano crack também, todas as bolsinhas tinha droga; tinha, foram três abordados; não, não tinha (se tinha mais alguém); no momento que a gente passou pelo acesso que dá a essa escadaria, tinha uma usuária descendo e ela estava portando droga; sim, questionamos e como já conhecíamos o local, sabíamos que ali havia tráfico de drogas constantemente; sim, sim (se havia uma usuária); não, ela não informou com quem, ela disse que tinha vindo lá de cima; não, não foi possível conduzir porque tivemos que fazer a incursão pela escadaria, não foi possível fazer a condução dela; salvo engano sim todos possuíam dinheiro; não me recordo, pelo que me lembro teve uma dificuldade lá pra pesar, mas não me recordo se acabaram conseguindo uma balança lá; não, nós estávamos com colega que já tinha trabalhado muito tempo naquela área, sabia que ali era um ponto de tráfico de drogas; talvez ele não tenha achado relevante, talvez pelo fato de ele já conhecer aquela área como uma área de tráfico, talvez não tenho recordado dessa usuária; talvez não tenha achado relevante, pela quantidade de drogas encontrada com os elementos, talvez ele não achou necessário ou não achou relevante mencionar a usuária; eu não conversei no momento, só perguntei se estavam armados, porque a droga a gente tinha visto, perguntei se tinha arma também, eles disseram que arma só a noite, por conta da guerra de facções, a noite eles ficavam armados lá; não recordo (se a sacola estava na mão); não recordo (a quantidade de drogas com ) [...]”. (SD/PM , testemunha de acusação, PJE MÍDIA) Malgrado os policiais não tenham conseguido precisar as drogas específicas encontradas com cada acusado, entendendo ser natural, tendo em vista o decurso do tempo e que eles diariamente empreendem flagrantes similares. Mas, o que se deve ressaltar é que eles garantiram, com convicção, que os dois réus foram flagrados com quantia considerável de drogas e que elas estavam prontas para serem comercializadas. Aqui, deve-se pontuar a fé-pública dos agentes, bem como que, no geral, são as únicas testemunhas dos crimes deste jaez, já que a população, moradora de lugares dominados pelo tráfico, tem medo de apresentar qualquer relato que seja desfavorável aos supostos traficantes. Interessante colacionar o entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça e dos demais tribunais pátrios sobre a relevância dos depoimentos dos policiais: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. TESTEMUNHO POLICIAL. SUFICIÊNCIA. RESSALVA DO PONTO DE VISTA DO RELATOR. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. O acórdão recorrido decidiu com base em elementos probatórios disponíveis nos autos. Reexaminá-los para atender ao pleito de absolvição

do ora recorrente ou desclassificação do delito implicaria o revolvimento de matéria fática, inviável em sede de recurso especial, conforme orientação da Súmula 7/STJ. 2. O testemunho do policial é suficientemente para comprovar a autoria delitiva, consoante o entendimento predominante neste STJ, ressalvado o ponto de vista pessoal deste Relator. 3. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no AREsp: 2283182 PR 2023/0016973–4, Relator: , Data de Julgamento: 25/04/2023, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/04/2023) AGRADO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO. PRETENSÃO ABSOLUTÓRIA. REEXAME DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE NA VIA ELEITA. TESTEMUNHO DOS POLICIAIS. VALOR PROBANTE. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. 1. As instâncias ordinárias, soberanas na análise do material probatório da lide, entenderam comprovadas a autoria e a materialidade delitiva. Para que fosse possível a análise da pretensão absolutória, seria imprescindível o reexame dos elementos fáticos, o que não se admite na estreita via do habeas corpus, que possui rito célere e cognição sumária. 2. O pedido de absolvição por ausência de provas suficientes para sustentar a condenação implica no reexame aprofundado de todo o acervo fático– probatório, providência totalmente incompatível com os estreitos limites do habeas corpus ( AgRg no HC n. 650.949/RJ, Ministro , Quinta Turma, DJe 25/10/2021). 3. É pacífica a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que os depoimentos prestados por policiais têm valor probante, na medida em que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes [...] e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação injustificada do investigado, como na espécie. Precedentes. ( AgRg no AREsp n. 1.997.048/ES, Relator Ministro , Quinta Turma, DJe de 21/2/2022). 4. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no HC: 716902 SP 2022/0001609–8, Data de Julgamento: 02/08/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/08/2022) APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PALAVRA DOS POLICIAIS. FÉ PÚBLICA. ACERVO FIRME E SUFICIENTE. I – Inviável a absolvição do réu, quando os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante, aliados às circunstâncias do caso, evidenciam a materialidade e autoria do crime de tráfico de drogas. II – Segundo a jurisprudência consolidada, o depoimento de policiais constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, porquanto se trata de agente do Estado cuja atuação é dotada de fé pública, notadamente quando prestados sob o crivo do contraditório e da ampla defesa e inexistente dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova. III – Recurso conhecido e desprovido. (TJ-DF 07300708620208070001 DF 0730070–86.2020.8.07.0001, Relator: , Data de Julgamento: 04/11/2021, 3ª Turma Criminal, Data de Publicação: Publicado no DJE : 17/11/2021 . Pág.: Sem Página Cadastrada.) EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – ABSOLVIÇÃO – ATIPICIDADE DA CONDUTA – INADMISSIBILIDADE – DEPOIMENTO DE POLICIAIS DOTADOS DE FÉ PÚBLICA – VALIDADE – CONDENAÇÃO MANTIDA – RECURSO DESPROVIDO. Comprovadas a autoria e a materialidade do crime de tráfico, não há de se falar em absolvição por atipicidade da conduta ou insuficiência probatória. Incontroversa a posse da droga, é irrelevante o acusado ser flagrado em pleno ato mercantil. Os depoimentos de policiais civis são declarações dotadas de fé pública e, quando coerentes com o restante dos elementos probatórios, constituem prova idônea para embasar o juízo condenatório. (TJ-MG – APR: 10134210009244001 Caratinga, Relator: , Data de Julgamento: 03/03/2022, Câmaras Criminais / 8ª CÂMARA CRIMINAL, Data de Publicação: 08/03/2022) Na situação examinada,

os policiais estavam no local do crime e flagraram os acusados com as drogas, sendo os depoimentos prestados por eles coerentes. Não bastasse, não há qualquer elemento apto a revestir os relatos de parcialidade ou de dúvida quanto à ocorrência do delito. Deste modo, entendo pela manutenção da condenação pelo crime de tráfico ilícito de drogas.

### 3. DA DOSIMETRIA DA PENA

Por meio da dosimetria da pena, o Magistrado calcula a pena do acusado, levando em consideração as particularidades do caso concreto, o grau de lesividade da conduta do agente, bem como a personalidade dele. Ao compartilhar o resultado de suas pesquisas acerca da evolução do sistema adotado na fixação da pena, assim escreveu o jurisconsulto e Magistrado baiano Schmitt<sup>17</sup>: “No transcurso da história, o sistema de aplicação de penas passou por inúmeras transformações decorrentes de um longo processo evolutivo, que, de certo modo, operou um movimento pendular, variando da ampla e irrestrita liberalidade conferida ao julgador em aplicar medidas sancionadoras (penas indeterminadas), até a incidência de penas fixas (penas predeterminadas), desaguando no sistema vigente, que conduz à atribuição de maior margem de liberdade ao juiz, a partir de um sistema com parâmetros legais preestabelecidos. Portanto, no período medieval, encontramos um movimento reativo ao excessivo arbítrio concedido aos juízes, quando as penas eram absolutamente indeterminadas, tendo surgido uma nova concepção do direito penal que se contrapunha ao sistema anterior, passando para um sistema punitivo pautado em penas fixas. O referido movimento preconiza que ao juiz não deveria ser admitida a interpretação da lei, pois a sua atuação deveria se restringir à mera aplicação da normatização em vigor. Sem dúvidas, porém, a pena absolutamente indeterminada deixava demasiado arbítrio ao julgador, enquanto que a pena absolutamente determinada impedia o seu ajustamento pelo juiz, de acordo com a realidade fática concreta evidenciada. Os modelões, por lógica, não se mostraram eficazes em busca da incansável perseguição pela fixação da pena justa. A aplicação da pena não pode se converter em instrumento de opressão judicial, nem traduzir exercício arbitrário do poder, eis que o magistrado sentenciante, em seu processo decisório, deverá estar necessariamente vinculado aos fatores e aos critérios, que, em matéria de dosimetria penal, limitam-lhe a prerrogativa de definir a pena aplicável ao condenado. Igualmente, no entanto, a possibilidade de valoração de circunstâncias fáticas concretas que conduzem o magistrado à escolha da adequada sanção penal impede o exercício do consagrado e necessário ajuste da reprimenda ao fato ilícito praticado pelo agente; portanto, a existência de pena previamente definida, em caráter imutável, não possibilita que o decreto sancionador alcance os fins sociais visados pelo julgamento. Em decorrência disso, fez-se imperativa a evolução do sistema, com a permissão de elevado crédito à livre dosagem das penas, a partir do estabelecimento de limites mínimos e máximos pela lei, pelos quais, com fundamento no princípio do livre convencimento, o juiz, motivadamente, estabelecerá a pena cabível para o caso concreto. É exatamente nesses limites preestabelecidos que se pauta hoje o sistema jurídico brasileiro no exercício do juiz sobre a fixação da pena em concreto. Trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada em busca da pena necessária e suficiente para a prevenção e reprovação da infração penal. (...).”

Aplica-se, assim, o princípio da individualização da pena, evitando-se a padronização da sanção. Sobre o referido princípio, Nucci<sup>18</sup> ensina que: “individualizar significa tornar individual uma situação, algo ou alguém, quer dizer particularizar o que antes era genérico, tem o prisma de

especializar o geral, enfim possui o enfoque de, evitando estandardização, distinguir algo ou alguém, dentro de um contexto". Ao destacar a relevância da motivação de cada uma das conclusões do magistrado quando da prolação de um comando sentencial, Schmitt<sup>19</sup> assim escreve: "(...) A motivação explícita do julgador oferece garantia contra os excessos, os erros de apreciação, as falhas de raciocínio ou de lógica, e os eventuais vícios no julgamento. É por isso que se mostra como obrigação instituída pela Constituição Federal, em seu artigo 93, inciso IX, que determina que todas as decisões judiciais devem ser fundamentadas, sob pena de nulidade. Configura-se a motivação como dever que tem o magistrado de expor as razões do seu convencimento, por meio de um ato complexo, permeado por questionamentos críticos, históricos e racionais. Ao explicitar o seu entendimento, o juiz deverá expor sua motivação e todo o horizonte dentro qual se desenvolveu. A motivação é, portanto, uma exigência do próprio Estado. Em sendo a decisão judicial uma resposta à sociedade, é imperativo que se dê a publicidade das razões que conduziram o magistrado a decidir de determinado modo e não de outro, bem como avaliá-las. A motivação exala a necessidade de se permitir acesso às partes das razões do convencimento do julgador, pois, a partir dela, poderá surgir o eventual inconformismo em relação à decisão prolatada, já que, optando pela possibilidade de reformá-la ou cassá-la, será com base na motivação do julgado que as partes poderão exercitar seus direitos recursais." No Direito Penal Brasileiro, a dosimetria da pena é dividida em três fases. Na primeira, analisa-se as circunstâncias judiciais do crime; na segunda, as atenuantes e as agravantes; por fim, na terceira, considera-se quais são as causas de aumento e de diminuição. Nestas fases do cálculo da pena, o Magistrado atém-se a elementos que caracterizaram o crime, ao histórico e às características do agente.

**3.1. DA DOSIMETRIA QUANTO AO RÉU** o decreto condenatório, observa-se que o Magistrado, na primeira fase da dosimetria, fixara a pena-base no mínimo legal – 05 anos de reclusão, e, na segunda fase, não reconheceu qualquer circunstância agravante ou atenuante. Por outro lado, na terceira fase, além de o Juiz ter reconhecido a causa de aumento do art. 40, VI, da Lei 11.343/2006, correspondente à participação do adolescente na atividade criminosa, deixou de aplicar a causa de diminuição do tráfico privilegiado – art. 33, 4º, da Lei 11.343/2006, sob o argumento de que o acusado responde a outros processos criminais e fora flagrado com quantidade considerável de droga. Nesse contexto, a pena definitiva fora arbitrada em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. Em relação ao não reconhecimento do tráfico privilegiado que surge a irresignação. Prescreve o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006: "Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". Da norma se extraem os seguintes requisitos: ser réu primário; ter bons antecedentes criminais; não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa. Nesta trilha, impende trazer a lição de sobre a temática: "De maneira inovadora, a Lei nº 11.343/06 passou a prever uma causa de diminuição de pena em seu art. 33, § 4º (...)

Apesar de muitos se referirem a este dispositivo com a denominação de tráfico privilegiado, tecnicamente não se trata de privilégio, porquanto o legislador não inseriu um novo mínimo e um novo máximo de pena privativa de liberdade. Limitou-se apenas a prever a possibilidade de diminuição da pena de um sexto a dois terços. Logo, não se trata de privilégio, mas sim de verdadeira causa de diminuição de pena, a ser sopesada na terceira fase

de cálculo da pena, no sistema trifásico de ( CP, art. 68).” Conforme já debatido supra, vige, no processo penal constitucional, o princípio da presunção da não culpabilidade, segundo o qual ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado. Sobre o citado princípio, explica Mirabete<sup>21</sup>: “nossa Constituição Federal não “presume” a inocência, mas declara que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória (art. 5º, LVII), ou seja, que o acusado é inocente durante o desenvolvimento do processo e seu estado só se modifica por uma sentença final que o declare culpado”. Filho<sup>22</sup>: “Traduz uma norma de comportamento diante do acusado, segundo a qual são ilegítimos quaisquer efeitos negativos que possam decorrer exclusivamente da imputação, antes da sentença final; toda antecipação de medida punitiva, ou que importe o reconhecimento da culpabilidade, viola esse princípio fundamental”. Como consequência lógica do mencionado mandamento constitucional, entendo não ser cabível a utilização de processos em andamento para apontar se o réu dedica-se a atividade criminosa. Este, aliás, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça que, em sede de recurso repetitivo, tema repetitivo 1139, fixou a seguinte tese: “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06”. Calha à fiveleta colacionar a ementa do recurso especial paradigma: RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais. 2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso. 3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza. 4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena. 5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a

análise de nenhum deles. 6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante. 7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis. 8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto. 9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para fins penalógicos. 10. Não se deve confundir a vedação à proteção insuficiente com uma complacência diante da atuação insuficiente dos órgãos de persecução penal. É certo que não podem ser criados obstáculos injustificáveis à atuação do Estado na defesa dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada, todavia isso não legitima a dispensa do cumprimento dos ônus processuais pelos órgãos de persecução penal, não autoriza a atuação fora da legalidade e não ampara a vulneração de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir provas concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice. 11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma "análise de contexto" para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, não há que se recorrer a inquéritos e ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e ações penais em curso na tentativa de demonstrar a dedicação criminosa, é porque os demais elementos de prova são insuficientes, sendo necessário formular a ilação de que o Acusado "não é tão inocente assim", o que não se admite

em nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a ilicitude do fundamento, que decorre do raciocínio presuntivo contra o Réu que ele encerra, não se altera em face de outros elementos dos autos. 12. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06". A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017). 13. Recurso especial provido. (REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022.) Ressalte-se que na mesma linha também entende o Supremo Tribunal Federal: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIMINAL. INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE. RE 591.054-RG/SC. AGRAVO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. Precedente. II – A aplicação da causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal. III– Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – RE: 1283996 DF 0722122–30.2019.8.07.0001, Relator: , Data de Julgamento: 11/11/2020, Segunda Turma, Data de Publicação: 03/12/2020) Assim, a existência de processos penais em curso não podem ser utilizados como fundamento para o afastamento da causa de diminuição do tráfico privilegiado, razão pela qual o acusado faz jus à referida causa de diminuição. Ocorre que, levando em consideração que fora apreendida uma quantidade considerável de droga com o réu – 355 (trezentas e cinquenta e cinco) pedras de crack e 89 (oitenta e nove) trouxinhas de cocaína, fixo o patamar de redução em 1/6 (um sexto). Dessarte, tendo em vista que a pena definitiva arbitrada pelo Juízo a quo tinha sido 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, com a redução da causa de diminuição do tráfico privilegiado, passa a pena do acusado a 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicialmente semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal. 3.2. RÉU efeito, trazendo os parâmetros do Código Penal quanto à aplicação da pena, sem, contudo, objetivar sumariá-la à mera operação aritmética, observa-se que o julgador de primeiro grau, ao proferir a sentença vergastada, reconheceu, na primeira fase da dosimetria da pena, a incidência de circunstância desfavorável ao recorrente – maus antecedentes criminais –, estabelecendo, por consequência, uma pena-base acima do mínimo legal. Insta trazer trecho da sentença combatida, especificamente o capítulo da análise da dosimetria da pena, senão vejamos: “O Réu agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar. Possui maus antecedentes, já tendo sido condenado definitivamente nos autos nº 0000047–58.2011.8.05.0103 (ID 426479199). Não há maiores elementos sobre a sua personalidade e conduta social. O motivo do crime é a possibilidade de lucro fácil e suas consequências são danosas para a sociedade, deixando-se de considerar por ora essa circunstância, já que é inerente ao tipo penal.



O Estado e a sociedade em nada contribuíram para a atuação do acusado, uma vez que se busca, constantemente, reprimir o tráfico de drogas. Foram apreendidos em poder do acusado 30 buchas de maconha e 155 pedras de crack, essa última, droga de alta lesividade à saúde dos usuários, circunstância que merece especial valoração nesta fase". Neste trilhar, permaneceu a irresignação do ora apelante em relação à valoração negativa dos antecedentes criminais. Neste diapasão, sobre os maus antecedentes, impende colacionar a doutrina de Schmitt<sup>23</sup>: "(...) "A valoração negativa da circunstância judicial dos antecedentes implica em afirmar que a condenação anterior não cumpriu seu papel reabilitador frente ao agente, o que conduz a necessidade de exasperação da pena do mínimo legal previsto em abstrato, desde que não incida ao mesmo tempo em reincidência (Súmula 241 do STJ). (...) Inserido na discussão em torno da matéria, defendemos que somente revela ser possuidor de antecedentes criminais o agente que possui contra si sentença penal condenatória transitada em julgado. Trata-se da aplicação fiel do princípio constitucional da presunção de inocência ou da não-culpabilidade (art. 5º, LVII, da CF). (...) Com maior eloquência podemos afirmar, ainda, que inquéritos policiais e processos crimes já arquivados (sem que tenha havido uma sentença penal condenatória transitada em julgado), igualmente, não podem ser levados em consideração para justificar a existência de antecedentes criminais." O professor e promotor de justiça, por sua vez, leciona que: "Os antecedentes dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência. Entendemos que, em virtude do princípio constitucional da presunção de inocência, somente as condenações anteriores com trânsito em julgado, que não sirvam para forjar a reincidência, é que poderão ser consideradas em prejuízo do sentenciado, fazendo com que a sua pena-base comece a caminhar nos limites estabelecidos pela lei penal."Volvendo ao caso alhures, de fato, há maus antecedentes a serem considerados, tendo em vista que o réu em questão possui contra si algumas condenações com trânsito em julgado. Fazendo uma relação das condenações, o Juízo a quo fez a seguinte menção: "I) Ação penal de n. 0300514-56.2014, em que o sentenciado foi condenado à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, por infringência ao disposto no art. 33, caput da Lei 11343/06 (Lei de Drogas). II) Ação penal de n. 0000047-58.2011, em que o sentenciado foi condenado à pena de 06 anos e 2 meses, sendo 4 anos pelo delito descrito no art. 33, § 4º da Lei de Drogas e 2 anos e 2 meses por infringência ao art 14, caput da Lei de Armas. III) Ação penal de n. 0000339-09.2012, em que o sentenciado foi condenado à pena de 02 anos, por infringência ao disposto no art. 14 da Lei de Armas. IV) Ação penal de n. 0301408-95.2015, em que o sentenciado foi condenado à pena de 8 anos e 2 meses de reclusão, pelo delito descrito no art. 33, caput da Lei de Drogas". Assim, mantenho a valoração negativa dos antecedentes criminais. Na hipótese de alguma circunstância judicial ser valorada negativamente, a legislação penal não estabeleceu nenhum critério matemático para fixação da pena-base, tendo a Corte de Cidadania admitido a utilização, para cada circunstância judicial reputada contraproducente, o uso da fração de 1/8 da diferença entre a pena mínima e máxima ou de 1/6 da pena mínima. Salienta o Superior Tribunal de Justiça, ainda, que o cálculo pode ser feito discricionariamente pelo Magistrado, desde que realizado de forma proporcional e fundamentada e não ultrapasse a fração de 1/6 da pena mínima. Veja-se: PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. LATROCÍNIOS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. INEXISTÊNCIA DE DIREITO SUBJETIVO DO RÉU A

FRAÇÃO ESPECÍFICA POR CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. AUMENTO DE 1/6 SOBRE A PENA-BASE. PARÂMETRO ADMITIDO POR ESTE SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. EMBARGOS ACOLHIDOS. EFEITOS INFRINGENTES. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. A teor do disposto no art. 619 do Código de Processo Penal, os embargos de declaração, como recurso de correção, destinam-se a suprir omissão, contradição, ambiguidade ou obscuridade existente no julgado. 2. A fixação da pena-base não precisa seguir um critério matemático rígido, de modo que não há direito subjetivo do réu à adoção de alguma fração específica para cada circunstância judicial, seja ela de 1/6 sobre a pena-base, 1/8 do intervalo entre as penas mínima e máxima ou mesmo outro valor. Tais frações são parâmetros aceitos pela jurisprudência do STJ, mas não se revestem de caráter obrigatório, exigindo-se apenas que seja proporcional e devidamente justificado o critério utilizado pelas instâncias ordinárias. 4. A majoração da pena-base efetivada pelo Juízo singular e mantida pela Corte Estadual, no patamar de 1/6 sobre a mínima cominada ao delito por cada uma das duas circunstâncias judiciais desfavoráveis não se mostra ilegal, até porque é um dos critérios admitidos por este Tribunal Superior para a fixação da pena-base. 5. Forçoso reconhecer a existência de vício a ser integrado em sede de aclaratórios, eis que o critério de aumento de pena empregado pelas instâncias ordinárias para majorar a pena-base do embargante não demonstra qualquer tipo de arbitrariedade, ao contrário, vai ao encontro da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça. 6. Embargos de declaração acolhidos, para sanar omissão no julgado e cassar a decisão impugnada, mantendo inalterada a pena fixada ao embargante na sentença condenatória. (STJ – EDcl no AgRg no HC: 701231 SC 2021/0335410-7, Data de Julgamento: 07/06/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/06/2022) AGRADO REGIMENTAL EM AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. UTILIZAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/8 SOBRE O INTERVALO ENTRE AS PENAS MÍNIMA E MÁXIMA. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA N. 83 DO STJ. INCIDÊNCIA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Para elevação da pena-base, podem ser utilizadas as frações de 1/6 sobre a pena-mínima ou de 1/8 sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima, exigindo-se fundamentação concreta e objetiva para o uso de percentual de aumento diverso de um desses. 2. Não se conhece de recurso especial quando o acórdão recorrido encontra-se em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Súmula n. 83 do STJ). 3. Agrado regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp: 1799289 DF 2020/0298098-7, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 03/08/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 06/08/2021) AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO TENTADO. RES FURTIVA. VALOR SUPERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO. RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO DO ARTIGO 155, § 2º, DO CP. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DA SÚMULA Nº 511 DO STJ. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. DOSIMETRIA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO DESPROPORCIONAL. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO USUAL DE 1/6. CABIMENTO. PRECEDENTES. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. AGRADO REGIMENTAL PARCIALMENTE PROVIDO. [...] IV – A jurisprudência dominante desta Corte firmou-se no sentido de que, na falta de razão especial para afastar esse parâmetro prudencial, a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve obedecer à fração de 1/6 para cada circunstância judicial negativa, fração que se firmou em observância aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

O aumento de pena superior a esse quantum, para cada vetorial desfavorável, deve apresentar fundamentação adequada e específica, a qual indique as razões concretas pelas quais a conduta do agente extrapolaria a gravidade inerente ao teor da circunstância judicial. V – Na hipótese, na primeira fase da dosimetria, foi aplicado o acréscimo à pena-base em fração superior a 1/6 apenas pelo emprego da qualificadora do rompimento de obstáculo para fundamentar a negativação da vetorial circunstância do crime, sendo necessária a redução da exasperação, para se adequar aos parâmetros usualmente utilizados pela jurisprudência desta Corte.[...]

Agravo regimental parcialmente provido apenas para aplicar o aumento da pena-base na fração de 1/6 (um sexto), em razão da presença de circunstância judicial desfavorável, e redimensionar a pena do agravante para 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, mais pagamento de 9 (nove) dias-multa, mantidos os demais termos da condenação. (AgRg no HC 471.157/SC, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 27/11/2018, DJe 03/12/2018) AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. POSSE SEXUAL MEDIANTE FRAUDE. DOSIMETRIA. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. QUANTUM DE AUMENTO DA PENA. DESPROPORCIONALIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL PASSÍVEL DE CORREÇÃO POR ESTA CORTE. AGRADO IMPROVIDO. 1. A fixação da pena-base acima do mínimo legal em razão das consequências do delito, cuja avaliação negativa se ampara nas circunstâncias particulares de cometimento do crime, especialmente a premeditação do agente e o abalo psicológico ocasionado nas vítimas, mostra-se adequada. 2. O quantum de elevação comporta reparo pois, apesar de ter indicado corretamente os fundamentos para majorar a pena-base, verifica-se que majorar a sanção em metade nesta etapa, em razão da presença de uma circunstância judicial desfavorável mostra-se, por certo, desproporcional, sendo devida a redução para um patamar adequado e razoável ao caso. 3. A jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que a exasperação da pena-base, pela existência de circunstâncias judiciais negativas, deve seguir o parâmetro da fração de 1/6 para cada fator desfavorável, exceto quando houver fundamentação concreta que justifique o aumento em patamar superior, o que não ocorre no caso destes autos. [...] 2. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1277816/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 23/08/2018, DJe 31/08/2018) No caso dos autos, utilizo a fração de 1/6 sobre a pena mínima – 5 anos. Busca-se um critério objetivo para encontrar o índice valorativo correspondente a cada circunstância judicial. Assim, fica a pena-base do acusado em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses. Na segunda fase, fora reconhecida a agravante da reincidência. Ao contrário do que acontece com as causas de aumento e de diminuição, a legislação penal não estabelece quanto deve aumentar ou diminuir na hipótese de incidência de agravante ou atenuante. Explica Bitencourt<sup>24</sup>: “O Código não estabelece a quantidade de aumento ou de diminuição das agravantes e atenuantes legais genéricas, deixando ao prudente arbítrio do juiz, ao contrário do que faz com as majorantes e minorantes, para as quais estabelece os parâmetros de aumento ou de diminuição”. Não havendo uma fração para aumentar ou diminuir, a jurisprudência fixou o patamar básico de 1/6 quando existente agravante ou atenuante, podendo o Magistrado alterar esse quantum justificadamente. Veja-se: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO PARCIAL. TESE SUSCITADA DURANTE O INTERROGATÓRIO DO RÉU. RECONHECIMENTO. POSSIBILIDADE. REDUÇÃO NO PATAMAR DE 1/6. 1. Nos termos da orientação desta Casa," a confissão, ainda que parcial, ou mesmo qualificada – em que o agente admite a autoria dos

fatos, alegando, porém, ter agido sob o pálio de excludentes de ilicitude ou de culpabilidade –, deve ser reconhecida e considerada para fins de atenuar a pena "( HC n. 350.956/SC, relator Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 2/8/2016, DJe 15/8/2016). 2. De mais a mais, tratando-se" de julgamento realizado perante o Tribunal do Júri, todavia, considerando a dificuldade em se concluir pela utilização pelos jurados da confissão espontânea para justificar a condenação, este Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é suficiente que a tese defensiva tenha sido debatida em plenário, seja arguida pela defesa técnica ou alegada pelo réu em seu depoimento "(AgRg no AREsp n. 1.754.440/MT, relator Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 2/3/2021, DJe 8/3/2021). 3. A redução da reprimenda em razão da incidência de circunstância atenuante deve respeitar, em regra, o limite de 1/6 (um sexto), tal como operado na decisão agravada. Na hipótese, não foram declinados argumentos suficientes que pudessem justificar, com razoabilidade, a adoção de patamar inferior. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no REsp: 1664126 AL 2017/0075270–4, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 14/10/2021, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/10/2021) AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL AGRAVANTE. PATAMAR DE AUMENTO ACIMA DE 1/6 (UM SEXTO). FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. 1. O entendimento majoritário sobre o tema neste Superior Tribunal firmou-se no sentido de que o aumento por cada agravante ou atenuante deva ser equivalente a 1/6 da pena-base (menor montante fixado para as causas de aumento ou diminuição da pena), a fim de se evitar a aplicação em quantidades aleatórias, ao arbítrio do magistrado. 2. Consoante a jurisprudência desta Corte Superior, o aumento da pena em razão das agravantes genéricas em patamar superior a 1/6 demanda fundamentação concreta e específica, o que não foi observado pelas instâncias ordinárias na hipótese em apreço. 3. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no HC: 634754 RJ 2020/0339883–7, Relator: Ministro (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 17/08/2021, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/08/2021) ENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE AMEAÇA. REINCIDÊNCIA. AUMENTO ACIMA DE 1/6. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. ILEGALIDADE FLAGRANTE. PRECEDENTES DO STJ. AGRADO IMPROVIDO.[...]2. Apesar de a lei penal não fixar parâmetro específico para o aumento na segunda fase da dosimetria da pena, o magistrado deve se pautar pelo princípio da razoabilidade, não se podendo dar às circunstâncias agravantes maior expressão quantitativa que às próprias causas de aumentos, que variam de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços). Portanto, via de regra, deve se respeitar o limite de 1/6 (um sexto) (HC 282.593/RR, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2014, DJe 15/08/2014).3. Hipótese em que pena foi elevada em 100%, na segunda fase, em face de circunstância agravante, sem fundamentação, o que não se admite, devendo, pois, ser reduzida a 1/6, nos termos da jurisprudência desta Corte.4. Agravo regimental improvido.(AgRg no HC 373.429/RJ, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 01/12/2016, DJe 13/12/2016) In casu, malgrado o acusado seja multireincidente, entendendo adequada a fração de 1/6 da pena-base, uma vez que algumas de suas condenações foram utilizadas para valorar os antecedentes criminais e outras para a análise da aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado. Desse modo, a pena intermediária fica em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 20 (vinte) dias. Na terceira fase, o Magistrado reconheceu a causa de aumento do art. 40, VI, da Lei 11.343/2006, correspondente à participação do adolescente

na atividade criminosa, cuja fração de aumento é de 1/6, ficando a pena, por conseguinte, em 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 8 (oito) dias. Em relação à causa de diminuição do tráfico privilegiado, o acusado não faz jus. Passo a explicar. Consoante já destacado supra, prescreve o art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006: “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Do dispositivo, extraem-se os seguintes requisitos para a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado: ser réu primário; ter bons antecedentes criminais; não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa. Já fora repetidamente enfatizado que o acusado tem contra si algumas condenações com trânsito em julgado, de modo que não é primário. Desse modo, incabível a aplicação da causa de diminuição. Dessarte, a pena definitiva do réu é 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 8 (oito) dias, em regime inicialmente fechado, em razão da reincidência.

4. DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE Pretendem os apelantes, ainda, o direito de recorrer em liberdade. Observa-se que não há como prosperar o pleito defensivo, uma vez que o Magistrado de primeiro grau, quando do édito condenatório, negou o direito de recorrer em liberdade, como garantia da ordem pública, nos seguintes termos: “Vê-se que o perigo gerado pelo estado de liberdade dos réus é incontestado, pois o acusado já responde a outra ação penal em que é acusado da prática dos crimes de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo de uso permitido, além de ser formalmente investigado pelo suposto envolvimento em dois homicídios perpetrados nesta cidade e, em liberdade, tornou a se envolver em nova ocorrência policial, impondo-se, desta feita, a manutenção da prisão preventiva. Já o acusado é multirreincidente e, em liberdade, encontrou novamente estímulos para voltar a delinquir, sendo de rigor sua manutenção no cárcere, até mesmo pela quantidade de pena aplicada e seu regime de cumprimento” Entende-se por ordem pública a imprescindibilidade da manutenção da ordem na sociedade que, como regra, sofre abalos por conta da prática de um delito. Assim, sendo este grave, de invulgar repercussão, com reflexos negativos e traumáticos na vida de muitas pessoas, de forma a propiciar àqueles que ficam sabendo da sua realização um farto sentimento de impunidade e de insegurança, cabe ao Judiciário a determinação do recolhimento do agente, conforme se observa do caso em epígrafe. Sobre a temática, leciona Garcia<sup>25</sup>: “para a garantia da ordem pública, visará o magistrado, ao decretar a prisão preventiva, evitar que o delinquente volte a cometer delitos, ou porque é acentuadamente propenso a práticas delituosas ou porque, em liberdade, encontraria os mesmos estímulos relacionados com a infração cometida. Trata-se, por vezes, de criminosos habituais, indivíduos cuja vida é uma sucessão interminável de ofensas à lei penal: contumazes assaltantes da propriedade, por exemplo. Quando outros motivos não ocorressem, o intuito de impedir novas violações da lei determinaria a providência”. Nestor Távora e de Alencar<sup>26</sup> asseveram que: “a ordem pública é expressão de tranquilidade e paz no seio social. Em havendo risco demonstrado de que o infrator, se solto permanecer, continuará delinquindo, é sinal de que a prisão cautelar se faz necessária, pois não se pode esperar o trânsito em julgado da sentença condenatória”. In casu, a materialidade e autoria dos crimes em questão já foram reconhecidas, sendo os réus os autores do crime, e, como bem destacado pelo Juízo Primevo, um dos acusados responde a outras ações penais, uma delas correspondente ao crime de tráfico, e o outro é multireincidente. Não bastasse, a quantidade e variedade de drogas

com que foram flagrados, demonstram o risco à sociedade. In terminis, por tudo quanto exposto, inclina-se este Relator pelo acerto do decisor proferido pelo Juízo a quo, que não merece qualquer reprimenda. 3. DA CONCLUSÃO Diante do exposto, voto no sentido de CONHECER PARCIALMENTE E, nessa extensão, DAR PARCIAL PROVIMENTO a ambos os recursos de Apelação para redimensionar a pena de de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão para 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, no regime inicialmente semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, e a de de 10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão para 07 (sete) anos, 11 (onze) meses e 8 (oito) dias, em regime inicialmente fechado, mantendo incólume a sentença objurgada nos demais termos. Salvador, data da assinatura eletrônica. Des. Relator GLRG III 241 1Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo: Saraiva Educação, 2020, p. 1597. 2Idem, p. 1596. 3DALIA, Andrea Antonio; . Manuale di Diritto Processuale Penale. Milano, CEDAM, 1997. p. 685. 4Curso de direito processual penal / . – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 1418. 5“O termo apelação deriva do vocábulo latino *appellationem*, no sentido de recurso de juiz inferior para superior, oriundo do verbo *appellare*, recorrer a tribunal superior. A apelação sempre teve como característica a natureza definitiva da sentença de que se recorre para instância superior e nisso se distingue do recurso em sentido estrito, que é interposto, em regra, das decisões interlocutórias” (Câmara Leal, Comentários ao Código de Processo Penal, v. IV, p. 78). Na mesma ótica, (Comentários ao Código de Processo Penal, v. V, p. 280). 6Manual dos recursos penais / . – 2. ed. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2017, p.235. 7Direito processual penal / Aury Lopes Junior. – 17. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2020., p. 1709–1710. 8 BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Presidência da República, [2024]. 9 LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 8. ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2020. 10 op.cit. 11 op.cit. 12 op.cit. 13op.cit. 14 Lei de Drogas: aspectos penais e processuais / Cleber Masson, . – [2. Reimp.] – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2019, pp. 40–41. 15 “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 (...)” 16 “A legislação penal brasileira não faz qualquer distinção, para efeito de configuração típica do delito de tráfico de entorpecentes, entre o comportamento daquele que fornece gratuitamente e conduta do que, em caráter profissional, comercializa a substância tóxica. A cessão gratuita de substância canábica (‘maconha’) equivale, juridicamente, ao fornecimento oneroso de substância tóxica, pelo que ambos os comportamentos realizam, no plano da tipicidade penal, a figura delituosa do tráfico de entorpecentes” (STF, HC 69.806/GO, rel. Min. , 1ª Turma, j. 04.06.1993).” 17SCHMITTI, . Sentença penal condenatória: teoria e prática. 18. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024. 18 . Individualização da pena, p. 30. 19SCHMITTI, . Sentença penal condenatória: teoria e prática. 18. ed. São Paulo: Editora JusPodivm, 2024 20 Legislação criminal especial comentada: volume único / – 8. ed. rev., ampl. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2020, p. 1069. 21MIRABETE, J. F. Processo Penal. 14ed. São Paulo: Editora Atlas. 2003. p.41–42 22GOMES FILHO, . A Presunção de Inocência na Constituição de 1988 e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), artigo

na Revista do Advogado nº 42. São Paulo: AASP, 1994 23SCHMITT, . Sentença Penal Condenatória – Teoria e Prática. 8. ed. Salvador: Juspodivm, 2013. p. 117 e 119. 24 BITENCOURT, . Tratado de Direito Penal – Parte Geral. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 775 25Apud Curso de direito processual penal / . – 17. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2020, p. 997. 26Apud Idem, pp. 997–998.