

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000757-97.2024.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: DIEGO GONCALVES DOS SANTOS e outros Advogado (s): JOANDERSON ALMEIDA DOS SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros Advogado (s):JOANDERSON ALMEIDA DOS SANTOS ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. INGRESSO INDEVIDO NO DOMICÍLIO DE SUSPEITO. NÃO ACOLHIMENTO. JUSTA CAUSA PRESENTE. PRELIMINAR DE NULIDADE RECHAÇADA. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVA DEVIDAMENTE DEMONSTRADA. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELA PRISÃO EM FLAGRANTE DO ACUSADO. VALOR PROBANTE. TESE DEFENSIVA ISOLADA NOS AUTOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. LEI Nº 11.343/2006. PREPONDERÂNCIA DA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA SOBRE AS CIRCUNSTÂNCIAS PREVISTAS NO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. PENA BASILAR ADEQUADAMENTE FIXADA. ISENÇÃO DA PENA DE MULTA. ALEGADA HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. RECURSO DEFENSIVO PROVIDO EM PARTE. IMPROVIDO O APELO MINISTERIAL 1. Sentenciado condenado à pena de 08 anos 01 mês e 22 dias de reclusão, além de 527 dias-multa, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas (05 anos e 22 dias de reclusão, com 517 dias-multa) e no art. 16 da Lei nº 10.826/03 (03 anos e 01 mês de reclusão, com 10 dias-multa), em concurso material, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade. Segundo consta dos autos, fora o Sentenciado preso em flagrante, em 15/12/2023, portando uma Pistola, calibre 9 mm, marca Canik, modelo TP9SF, municiada, assim como “994 porções de maconha (cannabis sativa), 4.937 porções de cocaína, 703 pedras de crack (cocaína). E ainda, 4 balanças de precisão, 2 rádios comunicadores e uma balaclava tipo “touca ninja. Conforme Laudo Preliminar, a maconha pesava 3.949,69 gramas; a cocaína em pó, 3.718,88 gramas; e a cocaína em forma de pedras de crack, 137,75 gramas”. 2. Apesar dos argumentos despendidos pela Defesa, entendo que não houve nenhuma irregularidade no flagrante efetuado, pois os agentes policiais apresentaram justa causa para o ingresso no domicílio do Acusado, que empreendeu fuga logo após avistar a viatura. 3. Consta de sentença que: “a tentativa de fuga do réu, tentando voltar para o interior da apontada edificação, uma garagem, que fica ao lado da residência do pai do acusado, imóvel, este, onde também mora o réu, justifica a entrada dos policiais neste local (edificação e/ou garagem), sem mandado, dada a atitude suspeita do réu que, inclusive, após abordado e revistado, constatou-se que portava uma arma de fogo em sua cintura.” 4. Registre-se que o Apelante foi avistado em atitude suspeita, empreendendo fuga logo após avistar a viatura, sendo, pois, legítima a atuação policial, não havendo qualquer nulidade a ser reconhecida, devendo a condenação ser mantida, principalmente quando analisados os testemunhos dos policiais que efetuaram o flagrante do Sentenciado. Quanto ao ponto, é importante ressaltar que a jurisprudência do STJ é firme 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 compatíveis com os demais elementos de prova dos autos, e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação do investigado” (AgRg no AREsp nº 1.997.048 – ES, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, QUINTA TURMA, julgado em 15/02/2022, DJe 21/02/2022). 5. Portanto, entendo que o arcabouço probatório é mais do que suficiente para o édito condenatório, de modo que não merece amparo o pleito defensivo de absolvição do acusado. 6. Com relação à dosimetria da pena, Reclamou a Defesa o afastamento da pena de multa, por ser o Sentenciado

pessoa pobre, bem como fixação da basilar no mínimo legal, registrando que “o MM. Juiz de primeiro grau, utilizou a natureza e a quantidade da droga para exasperar a pena-base e modular o grau de redução decorrente da causa de diminuição”, o que malferiria o quanto decidido pelo STF quando do julgamento do ARE nº 666.334. A seu turno, o MPBA requereu que a basilar seja fixada pelo menos em 08 anos, “diante da variedade e elevadíssima quantidade de drogas apreendidas, além de outras circunstâncias relevantes que envolveram a conduta criminosa do tráfico de drogas”. 7. No ponto, entendo que, ordinariamente, o critério de aumento da pena-base em 1/8 (um oitavo) sobre a diferença entre as penas mínima e máxima cominadas ao crime é o mais adequado, pois a reprimenda poderá ser fixada de forma justa e proporcional à gravidade do delito. Entretanto tal percentual não é absoluto, sendo certo que “a quantidade e a natureza dos entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes”(STJ – AgRg no AREsp n. 2.418.792/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/12/2023, DJe de 19/12/2023.) 8. Lado outro, nos casos envolvendo tráfico de drogas, diante da grande quantidade de entorpecente apreendida, a fração de aumento decorrente da análise negativa do art. 42 da Lei 11.343/2006, deve ser preponderante sobre aquela aplicada às circunstâncias do art. 59 do CP, tendo em vista a maior reprovabilidade da conduta, sendo válida e justa a majoração feita pela Sentenciante, que aplicou pena 01 ano e 09 meses superior ao mínimo legal. 9. Com relação ao percentual de diminuição da pena referente ao privilégio reconhecido, a Magistrada não fez nenhuma menção aos motivos que a levou a fixá-lo em  $\frac{1}{4}$ , limitando-se a dizer “Diminua-a em 1/4, em face da causa de diminuição de pena.” 10. Nessa vertente, a Terceira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do REsp nº 1.887.511/SP, definiu que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Definiu-se, na ocasião, que a utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa”. 11. Posteriormente, o entendimento foi aperfeiçoado pelo STJ, passando a adotar o posicionamento de que a quantidade e a natureza da droga apreendida podem servir de fundamento para a majoração da pena-base ou para a modulação da fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenham sido utilizadas na primeira fase da dosimetria. 12. Descabida a pretensão de que seja afastada a condenação do Apelante ao pagamento da pena de multa, já que o artigo 33, da Lei de Drogas, prevê a aplicação conjunta de pena privativa de liberdade e multa, independente da condição financeira do agente, sendo pacífica a jurisprudência pátria no sentido de que a impossibilidade financeira do réu não afasta a imposição da pena de multa, não havendo nenhuma previsão legal de isenção do preceito secundário do tipo penal incriminador. 13. Recursos conhecidos e improvido o apelo ministerial e provido em parte o recurso defensivo. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Criminal nº 8000757-97.2024.8.05.0001, da 1ª Vara de Tóxico da Comarca de Salvador – BA, sendo apelantes e apelados DIEGO GONÇALVES DOS SANTOS e o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Magistrados

integrantes da Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em conhecer e NEGAR PROVIMENTO ao apelo ministerial; e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso de DIEGO GONÇALVES DOS SANTOS, nos termos do voto do Relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Recursos simultâneos Por Unanimidade Salvador, 23 de Setembro de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000757-97.2024.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: DIEGO GONCALVES DOS SANTOS e outros Advogado (s): JOANDERSON ALMEIDA DOS SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros Advogado (s): JOANDERSON ALMEIDA DOS SANTOS RELATÓRIO Cuidam os autos de APELAÇÃO CRIMINAL interposta por DIEGO GONÇALVES DOS SANTOS e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA contra sentença proferida nos autos da AP nº 8000757-97.2024.8.05.0001, que condenou o acusado a uma pena de 08 anos 01 mês e 22 dias de reclusão, além de 527 dias-multa, em regime inicial fechado, pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas (05 anos e 22 dias de reclusão, com 517 dias-multa) e no art. 16 da Lei nº 10.826/03 (03 anos e 01 mês de reclusão, com 10 dias-multa), em concurso material, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade. Nas razões recursais de id. 65741172, sustenta o DIEGO GONÇALVES DOS SANTOS que a sentença deve ser reformada, pois as provas apontadas para a condenação seriam ilícitas, já que não houve autorização para ingresso no domicílio, ressaltando que “apesar de os policiais alegaram que não conhecia o réu, já sabia que na localidade havia pessoas que traficavam drogas, nunca havia sido feito campana ou algo do tipo naquela rua, para averiguar a procedência de mercantilização de drogas naquele local, fatos esses que podem ser observados do depoimento dos policiais. Por outro lado, as testemunhas arroladas pela defesa afirmaram que os Policiais chegaram na casa do pai do recorrente que também é a residência deste, entraram, sem autorização judicial, depois entram na casa da irmã e, por último, foram em direção a um outro imóvel/garagem, quebraram um cadeado e encontram a droga”. Concluiu que “tais circunstâncias (a entrada forçada em três imóveis distintos) demonstram claramente que os policiais não tinham qualquer informação prévia sobre eventual ocorrência de crime permanente no interior dos imóveis apontados, e que não havia, portanto, justa causa a permitir o ingresso deles sem prévia autorização judicial”, pugnando pela absolvição do Apelante. Alternativamente, reclamou a reforma da dosimetria, com o afastamento da pena de multa, por ser o Sentenciado pessoa pobre, bem como fixação da basilar no mínimo legal, registrando que “o MM. Juiz de primeiro grau, utilizou a natureza e a quantidade da droga para exasperar a pena-base e modular o grau de redução decorrente da causa de diminuição”, o que malferiria o quanto decidido pelo STF quando do julgamento do ARE nº 666.334. A seu turno, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, nas razões de id. 65741175, alega que a sentença deve ser parcialmente reformada, “exclusivamente, com o objetivo, quanto ao crime de tráfico de drogas, de promover a majoração da pena base num patamar superior ao praticado pela Nobre Magistrada.” Contrarrazões apresentada nos id’s. 65741176 e 66965057. Remetidos os autos a esta Corte, foram distribuídos por sorteio, cabendo a Relatoria ao Des. Luiz Fernando Lima, a quem estou substituindo. Ouvida, a Procuradoria de Justiça, por meio do parecer de id. 67240359, opinou pelo provimento parcial da apelação defensiva, “para que seja reconhecido o tráfico privilegiado em seu

patamar máximo". Após conclusão para análise, elaborou-se o relatório competente, que restou submetido ao crivo da revisão. É o que importa relatar. Salvador, documento datado e assinado eletronicamente. Álvaro Marques de Freitas Filho Juiz Substituto de 2º Grau / Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000757-97.2024.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: DIEGO GONCALVES DOS SANTOS e outros Advogado (s): JOANDERSON ALMEIDA DOS SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros Advogado (s): JOANDERSON ALMEIDA DOS SANTOS VOTO Conheço dos recursos, uma vez que atendidos os requisitos próprios da espécie. Segundo consta dos autos: "(...) no fim da manhã de 15 de dezembro de 2023, uma sexta-feira, uma guarnição de Policiais Militares averiguavam uma denúncia feita por populares de pessoas traficando drogas na Rua de Deus, no Bairro de Paripe, nesta cidade, quando se depararam com o acusado DIEGO, o qual ia saindo de uma edificação e ao avistar a Polícia tentou de maneira suspeita se esquivar de uma possível abordagem, mas sem êxito, porque ele foi abordado pelos Policiais que ao revistarem-no, encontraram em seu poder uma pistola, calibre 9 mm., marca Canik, modelo TP9SF, municada, arma de fogo esta que DIEGO portava ilegalmente. Em seguida, os PMs encontraram na edificação suspeita, onde DIEGO estava, um cooler com drogas ilícitas e apetrechos comumente usados para o cometimento do crime de tráfico de entorpecentes. Foram apreendidos nessas circunstâncias, 994 porções de maconha (cannabis sativa), 4.937 porções de cocaína, 703 pedras de crack (cocaína). E ainda, 4 balanças de precisão, 2 rádios comunicadores e uma balaclava tipo "touca ninja. Conforme Laudo Preliminar, a maconha pesava 3.949,69 gramas; a cocaína em pó, 3.718,88 gramas; e a cocaína em forma de pedras de crack, 137,75 gramas." A Magistrada primeva, após analisar a prova colhida, convenceu-se de que o acusado, efetivamente, estava realizando a traficância, razão pela qual deveria ser condenado, registrando que "as testemunhas ouvidas em Juízo ratificaram a prova produzida na fase inquisitorial em relação ao réu de forma que a condenação deste por tráfico de drogas se impõe, uma vez que nada existe para contrariar seriamente os depoimentos das testemunhas da denúncia, resultando na certeza necessária à condenação do acusado com acolhida da tese da acusação, porque a prova testemunhal produzida pelo Ministério Público se mostra mais em consonância com o contexto factual do que aquela apresentada pelo acusado e conduz, inexoravelmente, à condenação". Nessa vertente, apesar dos argumentos despendidos pela Defesa, entendo que não houve nenhuma irregularidade no flagrante efetuado, pois os agentes policiais apresentaram justa causa para o ingresso no domicílio do Acusado, que empreendeu fuga logo após avistar a viatura. Extraí-se da sentença que: "Ouvidas as testemunhas da defesa, em termo de declarações, Andréia Oliveira Gerson, por ser amiga do réu, Manoelito Vieira dos Santos, pai do acusado, e Adila Gerson, também amiga do réu, limitaram-se a informar que os policiais invadiram os imóveis apontados. Pontue-se que a tentativa de fuga do réu, tentando voltar para o interior da apontada edificação, uma garagem, que fica ao lado da residência do pai do acusado, imóvel, este, onde também mora o réu, justifica a entrada dos policiais neste local (edificação e/ou garagem), sem mandado, dada a atitude suspeita do réu que, inclusive, após abordado e revistado, constatou-se que portava uma arma de fogo em sua cintura. Ademais, extraí-se dos autos, inclusive, que os policiais se deslocaram para a localidade, onde o acusado foi preso, com o objetivo de averiguar a prática de tráfico de

drogas noticiada por populares. Frise-se que a testemunha Renê, por sua vez, acrescentou que já existiam informações de que o acusado utilizava a referida edificação para praticar tráfico de drogas, além de guardar “materiais”. Observe-se, por outro lado, que o desdobramento da diligência nas residências da irmã e do pai do acusado, não macula o flagrante inicial em frente a residência e, logo, em seguida, durante o flagrante inicial e permanente relacionado à arma de fogo, na citada garagem. Portanto, as circunstâncias que antecederam a entrada dos policiais no imóvel do acusado, evidenciam-se fundadas razões que justificaram a diligência policial que ocasionou na prisão em flagrante do réu, sob a posse e guarda de considerável quantidade de drogas, quatro balanças de precisão, além de material utilizado na prática de tráfico de drogas”. Registre-se que o Apelante foi avistado em atitude suspeita, empreendendo fuga logo após avistar a viatura, sendo, pois, legítima a atuação policial, não havendo qualquer nulidade a ser reconhecida. Conforme testemunhado pelo SD/PM RENÊ PINHO REIS, “a prisão do acusado ocorreu em um dia de operação da polícia denominada de Força Total, quando os policiais foram informados de que o réu estava praticando tráfico de drogas. Relatou que foram averiguar dita denúncia e ao chegar no local o acusado tentou evadir saindo da residência só que os policiais já estavam no local, razão pela qual o abordaram, sendo com este apreendida uma arma de fogo. Disse que já tinha a informação de que o acusado utilizava a edificação para realizar tráfico de drogas, além de guardar materiais. Declarou que conseguiram adentrar no local, e após buscas, os policiais encontraram drogas, do tipo maconha, cocaína, crack, bem como balaclava, rádio comunicador. Esta testemunha acrescentou que, quando capturaram o réu, este admitiu que o material apreendido lhe pertencia. Afirmou que, após a prisão do réu, os policiais obtiveram informações de que este era um dos líderes do tráfico de drogas do local. Pontuou, inclusive, que alguns dias após a esta prisão, houve um ataque a um indivíduo, porque o tráfico local julgou que dito indivíduo havia passado informações, de modo que essa pessoa tomou vários tiros e ficou semanas no hospital, contudo sobreviveu. Relatou que na rua onde ocorreu o fato, estava sendo iniciado o tráfico de drogas, e que na verdade o tráfico ocorre em frente aquele local. Afirmou que possivelmente o réu recebeu a informação de que a viatura estava no local, razão pela qual tentou sair. Asseverou que a pistola estava na cintura do acusado”. No mesmo sentido o depoimento do SD/PM SÉRGIO DE SOUSA AMORIM FILHO, segundo o qual “os policiais tomaram conhecimento de que havia tráfico de drogas na região, de modo que foram investigar, e quando chegaram no local, o acusado tentou evadir, mas foi abordado e em seu poder foi apreendida uma pistola e, na edificação de onde o acusado saiu, foi apreendida considerável quantidade de drogas. Declarou que, segundo relatos do colega que abordou o réu, este estava com a arma na cintura”. Quanto ao ponto, é importante ressaltar que a jurisprudência do STJ é firme 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 compatíveis com os demais elementos de prova dos autos, e ausentes quaisquer indícios de motivos pessoais para a incriminação do investigado” (AgRg no AREsp nº 1.997.048 – ES, Relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, QUINTA TURMA, julgado em 15/02/2022, DJe 21/02/2022). No mesmo sentido: AgRg no HABEAS CORPUS nº 716.902 – SP, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, SEXTA TURMA, julgado em 02/08/2022, DJe 04/08/2022; AgRg no AREsp nº 2.066.182 – SC, Relator Ministro Olindo Menezes, SEXTA TURMA,

julgado em 02/08/2022, DJe 05/08/2022; e AgRg no HABEAS CORPUS nº 740.458 – SP, Relator Ministro Jesuíno Rissato, QUINTA TURMA, julgado em 02/08/2022, DJe 16/08/2022. Portanto, entendo que o arcabouço probatório é mais do que suficiente para o édito condenatório, de modo que não merece amparo o pleito defensivo de absolvição do acusado. Com relação à reforma da dosimetria, analiso o pleito lançado tanto pela Defesa quanto pelo Ministério Público em sua apelação. Ao fixar as penas do Sentenciado, assim se manifestou a Magistrada de Piso: “Para aplicação da pena, de acordo com as regras do art. 59 do Código Penal, c/c art. 42 da Lei 11.343/06, em cotejo com os subsídios existentes nos autos, percebe-se que a culpabilidade é normal à espécie delitiva. A vida pregressa do Acusado não o desabona, existindo causa especial de diminuição de pena para ser reconhecida, de forma que faz jus ao benefício previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de drogas. Não há elementos nos autos, para que se possa aferir a personalidade do réu. Considerável foi a quantidade de drogas apreendidas, 3.949,69 (três mil novecentos e quarenta e nove gramas e sessenta e nove centigramas) de maconha, 3.718,88 (três mil, setecentos e dezoito gramas e oitenta e oito centigramas) de cocaína, sob a forma de pó, além de 137,75 (cento e trinta e sete gramas e setenta e cinco centigramas) de cocaína, sob a forma de pedras de crack. As consequências do crime são danosas, mas comuns ao tipo penal. Por tais motivos, fixo a pena-base em 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão. Diminua-a em 1/4, em face da causa de diminuição de pena, tornando definitiva a pena em 5 (cinco) anos e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, à falta de atenuantes ou agravantes e outras causas de aumento ou diminuição. A pena de multa, levando-se em consideração as mesmas circunstâncias acima descritas, é fixada em 690 dias multa, diminuindo em 1/4, em face da causa de diminuição de pena, tornando definitiva a pena de 517 dias multas cada uma no valor de 1/30 do salário mínimo vigente, em face da condição econômica do réu.” Reclamou a Defesa o afastamento da pena de multa, por ser o Sentenciado pessoa pobre, bem como fixação da basilar no mínimo legal, registrando que “o MM. Juiz de primeiro grau, utilizou a natureza e a quantidade da droga para exasperar a pena-base e modular o grau de redução decorrente da causa de diminuição”, o que malferiria o quanto decidido pelo STF quando do julgamento do ARE nº 666.334. A seu turno, o MPBA requereu que a basilar seja fixada pelo menos em 08 anos, “diante da variedade e elevadíssima quantidade de drogas apreendidas, além de outras circunstâncias relevantes que envolveram a conduta criminosa do tráfico de drogas”. Nesse ponto, como se sabe, a individualização da pena é uma atividade em que o magistrado está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, contudo, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, não se exigindo, na fixação da pena-base, a escolha de 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: “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE ENTORPECENTES. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. DOSIMETRIA. PENA-BASE. PATAMAR DE AUMENTO. FRAÇÃO DE 1/8 SOBRE A DIFERENÇA ENTRE AS PENAS MÍNIMAS E MÁXIMAS COMINADAS AO DELITO PARA CADA CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVADA. CRITÉRIO PROPORCIONAL. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

ADMISSÃO DA PROPRIEDADE DA DROGA PARA USO PRÓPRIO. AUSÊNCIA DE CONFISSÃO ACERCA DA TRAFICÂNCIA. NÃO INCIDÊNCIA. SÚMULA 630/STJ. ILEGALIDADES NÃO CONFIGURADAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 2. A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade. 3. A legislação brasileira não prevê um percentual fixo para o aumento da pena-base em razão do reconhecimento de uma circunstância judicial desfavorável, cabendo ao julgador, dentro do seu livre convencimento motivado, sopesar as circunstâncias e quantificar a pena, observados os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Precedentes. (...)” (STJ – AgRg no HC n. 837.756/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 25/9/2023, DJe de 27/9/2023) No ponto, entendo que, ordinariamente, o critério de aumento da pena-base em 1/8 (um oitavo) sobre a diferença entre as penas mínima e máxima cominadas ao crime é o mais adequado, pois a reprimenda poderá ser fixada de forma justa e proporcional à gravidade do delito. Entretanto, repita-se, tal percentual não é absoluto, sendo certo que “a quantidade e a natureza dos entorpecentes constituem fatores que, de acordo com o art. 42 da Lei 11.343/2006, são preponderantes para a fixação das penas relacionadas ao tráfico ilícito de entorpecentes”(STJ – AgRg no AREsp n. 2.418.792/MS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 12/12/2023, DJe de 19/12/2023.) Lado outro, nos casos envolvendo tráfico de drogas, diante da grande quantidade de entorpecente apreendida, a fração de aumento decorrente da análise negativa do art. 42 da Lei 11.343/2006, deve ser preponderante sobre aquela aplicada às circunstâncias do art. 59 do CP, tendo em vista a maior reprovabilidade da conduta, sendo válida e justa a majoração feita pela Sentenciante, que aplicou pena 01 ano e 09 meses superior ao mínimo legal. Com relação ao percentual de diminuição da pena referente ao privilégio reconhecido, a Magistrada não fez nenhuma menção aos motivos que a levou a fixá-lo em  $\frac{1}{4}$ , limitando-se a dizer: “Por tais motivos, fixo a pena-base em 6 (seis) anos e 9 (nove) meses de reclusão. Diminua-a em 1/4, em face da causa de diminuição de pena, tornando definitiva a pena em 5 (cinco) anos e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, à falta de atenuantes ou agravantes e outras causas de aumento ou diminuição.” Nessa vertente, a Terceira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do REsp nº 1.887.511/SP, definiu que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Definiu-se, na ocasião, que a “utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa”. Posteriormente, o entendimento foi aperfeiçoado pelo STJ, passando a adotar o posicionamento de que a quantidade e a natureza da droga apreendida podem servir de fundamento para a majoração da pena-base ou para a modulação da fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenham sido utilizadas na primeira fase da dosimetria: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. DIRETRIZES FIRMADAS NO ERESP 1.887.511/

SP. USO APENAS SUPLETIVO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DA DROGA NA TERCEIRA FASE. PROPOSTA DE REVISÃO DE POSICIONAMENTO. MANUTENÇÃO DO ENTENDIMENTO CONSOLIDADO HÁ ANOS PELAS CORTES SUPERIORES. ACOLHIDO NO ARE 666.334/AM PELO STF. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO REDUTOR EM 1/6. ORDEM CONCEDIDA. (...) 6. Portanto, diante da orientação consolidada há tempos pelas Cortes Superiores, proponho mantermos o posicionamento anterior, conforme acolhido no ARE 666.334/AM, sobre a possibilidade de valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena. 7. Precedentes recentes do STF no mesmo sentido: RHC 207256 AgR, Relator (a): ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/12/2021; RHC 192.643 AgR, Relator: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 24/5/2021). (...) (STJ – HC n. 725.534/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1/6/2022.) Desse modo, deve o redutor do tráfico ser reconhecido na fração máxima (2/3), pois, além da quantidade e da natureza dos entorpecentes não constituírem elementos suficientes para afastar a referida minorante, constitui bis in idem a sua utilização tanto na primeira etapa da dosimetria para elevar a pena-base quanto na terceira para modular a redutora do tráfico privilegiado. Assim, a pena definitiva do Apelante, quanto ao tráfico de drogas, deve ser estabelecida em 02 anos e 03 meses de reclusão, com 230 dias-multa. Descabida, por fim, a pretensão de que seja afastada a condenação do Apelante ao pagamento da pena de multa, já que o art. 33, da Lei de Drogas, prevê a aplicação conjunta de pena privativa de liberdade e multa, independente da condição financeira do agente, sendo pacífica a jurisprudência pátria no sentido de que a impossibilidade financeira do réu não afasta a imposição da pena de multa, não havendo nenhuma previsão legal de isenção do preceito secundário do tipo penal incriminador: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENA DE MULTA. ISENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não se admite a isenção da pena de multa prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora, por falta de previsão legal. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no REsp n. 1.708.352/RS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 17/11/2020, DJe de 4/12/2020.) PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGA E PORTE ILEGAL DE ARMA COM NUMERAÇÃO RASPADA. DOSIMETRIA DAS PENAS IMPOSTAS. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. PACIENTE COM DUAS CONDENAÇÕES ANTERIORES, TRANSITADAS EM JULGADO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTOS VÁLIDOS. ISENÇÃO DA PENA DE MULTA. HIPOSSUFICIÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. FIXAÇÃO DE REGIME MAIS BRANDO. REINCIDÊNCIA. PEDIDO SUBSIDIÁRIO PREJUDICADO. WRIT NÃO CONHECIDO. (...). 5. Esta Corte Superior firmou o entendimento de que não é viável a isenção da pena de multa imposta ao acusado, sob o argumento de que não teria condições econômico-financeiras de efetuar o seu pagamento, uma vez que tal pleito não possui previsão no ordenamento jurídico. 6. Mantido o quantitativo de pena imposto pelas instâncias ordinárias, fica prejudicado o pedido subsidiário de fixação de regime inicial mais brando (art. 33, § 2º, a, do Código Penal). 7. Habeas Corpus não conhecido. (STJ – HC n. 295.958/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 28/6/2016, DJe de 3/8/2016.) Firme em tais considerações, conheço dos recursos e NEGO PROVIMENTO ao apelo ministerial e DOU PARCIAL PROVIMENTO



ao recurso de DIEGO GONÇALVES DOS SANTOS, para fixar a pena definitiva, após soma da reprimenda referente ao crime do art. 16, da Lei nº 10.826/03, em 05 anos e 04 meses de reclusão, além de 240 dias-multa, no valor estabelecido na sentença primeva, a ser cumprida em regime inicial semiaberto. Salvador, documento datado e assinado eletronicamente. Álvaro Marques de Freitas Filho Juiz Substituto de 2º Grau / Relator A07-LV