

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Seção Criminal EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE n. 0506563-37.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Seção Criminal EMBARGANTE: Carlos Alberto Santos Novaes Advogado (s): ANDRÉ LUIS DO NASCIMENTO LOPES, ANDREIA LUCIARA ALVES DA SILVA LOPES EMBARGADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros ACORDÃO EMENTA: EMBARGOS INFRINGENTES. DELITOS PREVISTOS NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº. 11.343/2006 E ART. 16 DA LEI Nº. 10.826/2003. APELAÇÃO INTERPOSTA PELA DEFESA. COLENDIA SEGUNDA TURMA DA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL DESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE, À UNANIMIDADE, NÃO CONHECEU O RECURSO, REDIMENSIONANDO, DE OFÍCIO, AS PENAS DO APELANTE PARA ESTABELECEER UMA SANÇÃO DEFINITIVA, OBSERVADO O CÚMULO MATERIAL, DE 08 (OITO) ANOS DE RECLUSÃO, E, POR MAIORIA, FIXAR O REGIME INICIAL FECHADO PARA CUMPRIMENTO DA REPRIMENDA. PRETENSÃO RECURSAL: PREVALÊNCIA DO VOTO DIVERGENTE PARA MODIFICAR O REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA PARA O INICIAL SEMIABERTO. INACOLHIMENTO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 33 E 59, AMBOS DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA MAIS GRAVOSO DEFINIDO COM FUNDAMENTO EM ELEMENTOS CONCRETOS NOS AUTOS QUE EVIDENCIAM A GRAVIDADE DA PRÁTICA DELITIVA. APREENSÃO DE BALANÇA DE PRECISÃO, PINOS DE ARMAZENAMENTO, SUBMETRALHADORA; 237 (DUZENTOS E TRINTA E SETE) MUNIÇÕES DE CALIBRE 9MM QUE DEMONSTRAM A NECESSIDADE/SUFICIÊNCIA DE RECRUDESCIMENTO DO REGIME. INEXISTÊNCIA DE BIS IN IDEM. VETORIAL DESLOCADA PARA A TERCEIRA FASE DE APLICAÇÃO DA REPRIMENDA (MINORANTE). EXAME DO REGIME PRISIONAL QUE DEVE REFLETIR TODAS AS SITUAÇÕES, NA INDIVIDUALIZAÇÃO DA SANÇÃO, QUE DEMONSTREM A GRAVIDADE CONCRETA DO DLEITO. PRECEDENTES DO STJ. EMBARGOS INFRINGENTES REJEITADOS. Vistos, relatados e discutidos estes Autos de EMBARGOS INFRINGENTES em Apelação Criminal nº. 0506563-37.2020.8.05.0001, tendo como Embargante Carlos Alberto Santos Novaes e Embargado o Ministério Público do Estado da Bahia. Acordam, por maioria de votos, os Desembargadores integrantes da Seção Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em rejeitar os presentes Embargos Infringentes, nos termos do voto do Relator. Salvador/BA, data constante da assinatura eletrônica. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEÇÃO CRIMINAL DECISÃO PROCLAMADA Embargos Infringentes Rejeitados. Maioria. Sustentou Oralmente o advogado André Luís do Nascimento Lopes. Salvador, 16 de Novembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Seção Criminal EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE n. 0506563-37.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Seção Criminal EMBARGANTE: Carlos Alberto Santos Novaes Advogado (s): ANDRÉ LUIS DO NASCIMENTO LOPES, ANDREIA LUCIARA ALVES DA SILVA LOPES EMBARGADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros RELATÓRIO Cuidam os autos de Embargos Infringentes opostos pela Defesa de Carlos Alberto Santos Novaes, em face do Acórdão proferido pela Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, nos autos em epígrafe. Narra a Denúncia que: "(...) na data de 02 de junho de 2020, por volta das 08h40min, policiais militares realizavam ronda no bairro de São Cristóvão, nesta capital, quando se deslocaram para a Rua Oeste I, na localidade do Parque São Cristóvão, e avistaram um veículo, marca Gol VW, Placa Policial JRU 5294, na cor prata. Ato contínuo, os policiais perceberam que o motorista do veículo supracitado demonstrou nervosismo ao ver a viatura patronizada, motivo pelo qual os agentes públicos resolveram proceder a abordagem policial. Durante a revista no veículo, os policiais flagraram CARLOS ALBERTO SANTOS NOVAES portando: 01 (uma) submetralhadora artesanal com carregador, municiado com 22 (vinte e duas) munições calibre 9 (nove)

milímetros, e 15 (quinze) munições soltas, calibre 09 (nove) milímetros, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, além de 01 (uma) faca tipo caça, consoante demonstra o auto de exibição e apreensão (fl. 12). Ao ser questionado pelos agentes públicos sobre a procedência dos materiais encontrados, o denunciado não soube explicar. Em sequência, CARLOS ALBERTO SANTOS NOVAES informou que possuía outros materiais em sua residência, localizada na Rua Oeste I, Qd. 19, Lote 25, no mesmo bairro. Ao se deslocarem até a residência, os policiais constataram que o denunciado também guardava, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar: 200 (duzentas) munições calibre 09 mm; 01 (uma) balança de precisão, 01 (uma) pedra de cocaína, totalizando a massa bruta de 48,94g (quarenta e oito gramas e noventa e quatro centigramas), distribuída em 01 (uma) porção acondicionada em saco plástico verde; 01 (um) caderno de anotações; 01 (um) frasco de fermento em pó branco; 01 (um) aparelho celular; 02 (duas) chaves de veículo, e certa quantidade de pinos plásticos vazios, consoante demonstram o auto de exibição e apreensão (fl. 12) e o laudo de constatação (fl. 24). A substância apreendida foi periciada em caráter preliminar, tendo o laudo concluído que se trata de cocaína (fl. 24). Considerando a natureza, a quantidade, a atitude suspeita do denunciado, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, tais circunstâncias, em seu conjunto, autorizam o enquadramento no tipo penal relativo à prática do delito de tráfico de drogas de substâncias entorpecentes de uso proscrito no Brasil. (...). Por tais crimes, o réu restou denunciado no “art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, c/c o art. 12 e art 16, caput, da Lei 10.826, na forma do artigo 69 do CP.” (sic). (Id nº. 167714473. Pje. 1ª Instância). Adota-se o Relatório do Acórdão de Apelação inserto no Id nº. 30399283 como parte integrante do presente Voto, acrescentando que a Colenda Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal deste Sodalício não conheceu, à unanimidade, o recurso de Apelação interposto por Carlos Alberto Santos Novaes, em razão da sua intempestividade, redimensionado, de ofício, “as penas definitivas para 08 (oito) anos de reclusão e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, no valor unitário mínimo; mantendo, por maioria de votos, o regime inicial fechado” (sic) (grifos acrescidos). No voto divergente relativo a presente impugnação (Embargos Infringentes), o Desembargador Baltazar Miranda Saraiva encaminhou o voto no sentido de “NÃO CONHECER do Recurso de Apelação, em razão de sua intempestividade, e, DE OFÍCIO, redimensionar as penas finais para 08 (oito) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, no valor unitário mínimo.” (sic) (grifos acrescidos) (Id nº. 29499539). O Desembargador entendeu que “não se afigura razoável a aplicação de regime inicial fechado para o Apelante, reconhecidamente primário e cujas penas, somadas em razão do concurso material do delito de tráfico de drogas e porte de arma de fogo de uso restrito, após o devido redimensionamento procedido pela eminente Relatora, não ultrapassam oito anos de reclusão.” (sic). Diante da divergência relativa ao regime inicial de cumprimento de pena, a Defesa opôs os presentes Embargos Infringentes para levar a matéria objeto da discordância para este órgão colegiado, pugnando a reforma do “respectivo Acórdão recorrido, fixando-se o regime semiaberto para cumprimento inicial da pena.” (sic). O juízo de admissibilidade do recurso foi realizado no Id nº. 31518335 pela eminente Desembargadora Rita de Cássia Machado Magalhães, Relatora do recurso de Apelação. A douta Procuradoria de Justiça, em opinativo (Evento nº. 33497742), manifestou-se pelo “pelo conhecimento e improvimento dos Embargos Infringentes, para que

seja mantido, na íntegra, o voto vencedor” (sic). Feito o relatório, passa-se ao voto. Salvador/BA, data constante da assinatura eletrônica. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Seção Criminal EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE n. 0506563-37.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Seção Criminal EMBARGANTE: Carlos Alberto Santos Novaes Advogado (s): ANDRÉ LUIS DO NASCIMENTO LOPES, ANDREIA LUCIARA ALVES DA SILVA LOPES EMBARGADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros VOTO Os Embargos Infringentes é um recurso exclusivo da Defesa, que visa reexaminar as decisões não unânimes proferidas por órgãos jurisdicionais de segunda instância que sejam desfavoráveis aos acusados. Se o desacordo entre os membros do órgão for apenas parcial, a matéria recursal é restrita à divergência. A matéria divergida pela Segunda Turma da Primeira Câmara deste Egrégio Tribunal, diz respeito a imposição do regime inicial fechado para cumprimento da pena em reprimenda não superior a 08 (oito) anos de reclusão. O voto condutor da maioria defende que deve ser aplicado “o regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda, nos termos do art. 33, §§ 1º a 3º do Código Penal, uma vez que presente circunstância judicial desfavorável em ambos os delitos, valorada em relação ao crime de tráfico na terceira fase” (sic) (Id nº. 30399283, fl. 34). O voto dissidente por sua vez, que “não se afigura razoável a aplicação de regime inicial fechado para o Apelante, reconhecidamente primário e cujas penas, somadas em razão do concurso material do delito de tráfico de drogas e porte de arma de fogo de uso restrito, após o devido redimensionamento procedido pela eminente Relatora, não ultrapassam oito anos de reclusão.” (sic). (Id nº. 29499539). Pois bem. Ab initio, como já declinado, salienta-se que, nos termos do parágrafo único do art. 609 do Código de Processo Penal, o exame da matéria devolvida nos presentes Embargos Infringentes subsume-se apenas ao objeto da divergência, qual seja, a imposição de regime inicial mais gravoso, pugnando a Defesa a prevalência do voto vencido, que aplica o regime semiaberto para cumprimento da pena. Analisando os autos, precisamente as dosimetrias das penas realizadas no Acórdão hostilizado, bem como, levando em consideração a existência de motivação concreta a justificar a adoção de regime carcerário mais gravoso, há de se concordar com a maioria da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal. Isto porque, inobstante o Embargante tenha sido condenando pela prática dos crimes previstos no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006 e 16, caput, da Lei nº. 10.826/2003, observado o cúmulo material, a uma reprimenda de 08 (oito) anos de reclusão, o regime inicial de cumprimento da pena dever ser, de fato, o fechado, haja vista a existência de elementos concretos nos autos, devidamente elencados no exame das dosimetrias dos delitos, os quais revelam, sem dúvida, a necessidade de um regime mais gravoso, nos termos do art. 33, § 3º, do CPB, como bem examinado no Acórdão vergastado. Senão veja-se: “(...) No que concerne às circunstâncias em que ocorreu o tráfico de drogas, verifica-se que a Magistrada singular apresentou fundamentação idônea para valorá-las como desfavoráveis, destacando, com esteio nas particularidades do evento criminoso, que “além da grande quantidade de cocaína presente no flagrante, havia balança de precisão, pinos para armazenamento e caderno de anotações, além da posse de uma submetralhadora e 237 cartuchos de calibre 9mm”. Todavia, motivação similar foi utilizada, na terceira fase, para indeferir o pleito de incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 e concluir que o Réu é “altamente perigoso e extremamente envolvido na prática de atividades

criminosas, sobretudo voltadas ao tráfico”, de maneira que resta flagrante a ocorrência de bis in idem. “(...) Nesse viés, embora não se olvide que a cocaína se trata de psicotrópico de maior nocividade, tem-se que a quantidade de substância apreendida e contida em uma pedra, a saber, 48,94g (quarenta e oito gramas e noventa e quatro centigramas) – IDs. 167714474, pág. 27 e 167714533, PJe 1º Grau –, não justifica, por si só, a separação de tal circunstância preponderante das demais pontuadas pela Juíza de origem, seja para exasperar as penas-base, seja para afastar o redutor do privilégio, com o fim de afastar o bis in idem e manter a sanção estabelecida em 1º grau. Com efeito, tendo em vista que a natureza e a quantidade de drogas aliadas à existência de apetrechos destinados à mercancia (balança de precisão, pinos de armazenamento e caderno de anotações), bem assim a apreensão de uma submetralhadora e 237 (duzentos e trinta e sete) munições de calibre 9mm (IDs. 167714640 a 167714643, PJe 1º Grau) evidenciam, de fato, a dedicação do ora Apelante a atividades criminosas, sendo mister desconsiderar a valoração negativa operada na primeira fase para exasperar a pena, utilizando tais circunstâncias apenas na terceira etapa, a fim de afastar a minorante do tráfico privilegiado, a qual o Recorrente não faz jus e, por conseguinte, sanar o bis in idem. (...) Imperioso salientar que não há óbice na menção à arma de fogo e às munições apreendidas para, em acréscimo às demais peculiaridades do contexto fático (apreensão de cocaína e presença de balança de precisão, pinos de armazenamento e caderno de anotações), fundamentar o não reconhecimento da causa especial de diminuição elencada no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ainda que o porte de arma e munições caracterize delito autônomo, não havendo que se falar, nesse aspecto, em bis in idem. (...) Portanto, redimensiona-se, de ofício, as penas-base do delito de tráfico de drogas para o mínimo legal, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, reprimenda esta que fica estabelecida como definitiva, diante da ausência de agravantes e atenuantes, na etapa intermediária, e de causas de aumento ou diminuição de pena, na terceira fase. Relativamente ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, observa-se que a Juíza singular, na primeira fase, exasperou as penas-base em 06 (seis) meses e 01 (um) dia-multa, aumento que não se afigura desproporcional, considerando que, além da submetralhadora, foi apreendida expressiva quantidade de munições (237), de modo que a valoração negativa das circunstâncias do delito foi realizada de forma idônea. Na etapa intermediária, não havendo agravantes, foi reconhecida, acertadamente, a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do Código Penal), reduzindo as penas ao mínimo legal, a saber, 03 (três) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, em estrita observância à Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, que veda a incidência de atenuantes genéricas para diminuir a pena aquém do mínimo. Inexistindo causas de aumento ou diminuição a serem sopesadas na terceira fase, foi fixada como definitiva a pena aplicada na fase antecedente, o que ora se ratifica. Assim, somadas as penas dos crimes de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo, em razão do concurso material, retifica-se a reprimenda final para 08 (oito) anos de reclusão e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, no valor unitário mínimo, mantendo-se, entretanto, o regime inicial fechado para cumprimento da reprimenda, nos termos do art. 33, §§ 1º a 3º do Código Penal, uma vez que presente circunstância judicial desfavorável em ambos os delitos, valorada em relação ao crime de tráfico na terceira fase. (...).” (sic). Como ensina José Antônio Paganella Boschi: “A determinação da pena definitiva finaliza as etapas do método trifásico,

mas não exaure o processo de individualização judicial da pena, globalmente considerado. Após a opção qualitativa e a concreta determinação da medida da pena, tocará ao juízo da condenação explicitar, ainda, o regime de execução da reclusão ou detenção, a eventual substituição por espécie de pena restritivas de direitos ou multa, a suspensão ou não da execução da pena privativa de liberdade, mediante condições (...)" (Das penas e seus critérios de aplicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, fl. 337) (grifos acrescidos). Não é sem razão que tanto o art. 33, caput, § 2º quanto o inciso III, do art. 59, ambos do Código Penal Brasileiro, dispõem que na individualização do regime de cumprimento de pena devem ser analisadas as circunstâncias judiciais, ex vi: "Art. 33 – A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (...) § 3º – A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (...) "Art. 59 – O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (...) III – o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) (...)". Desse modo, a individualização do regime inicial de cumprimento de pena não dispensa o exame das circunstâncias judiciais, como se infere claramente dos artigos acima transcritos. Ao contrário, resulta da sua análise, refletindo assim, como adverte Ricardo Augusto Schmitt, "não somente na fixação da pena-base, mas também na fixação do regime inicial da pena, conforme disposições encartadas, respectivamente, nos incisos II e III, do art. 59, do Código Penal (art. 33, parágrafo 3º, do CP)". (Sentença Penal Condenatória. Aspectos Práticos e Teóricos à Elaboração. Salvador: JusPODIVM, 2006, fl. 150). Como bem afirma, portanto, o já citado autor José Antônio Paganella Boschi, o réu não tem "direito subjetivo público a determinado regime de execução. " (Das penas e seus critérios de aplicação. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, fl. 340). É preciso que se esclareça, mais uma vez, que o voto dissidente entende que "não houve a valoração negativa das circunstâncias do crime na primeira fase da dosimetria da pena com relação ao delito de tráfico. Apenas na terceira fase, é que se utilizou destas circunstâncias, para afastar o tráfico privilegiado. E tendo sido utilizado este argumento para deixar de aplicar a minorante do § 4º, não se reputa razoável a sua utilização, novamente, desta feita para aplicar o regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso" (sic). (Id nº. 29499539). Nesse ponto é preciso fazer um recorte para deixar assente que o Embargante também foi condenado pela prática do crime previsto no art. 16 da Lei nº. 10.826/2003, tendo a nobre Relatora do voto prevalente fundamentado a manutenção da exasperação realizada pelo juízo de primeiro grau no édito condenatório nos seguintes termos: "Relativamente ao crime de porte ilegal de arma de fogo de uso restrito, observa-se que a Juíza singular, na primeira fase, exasperou as penas-base em 06 (seis) meses e 01 (um) dia-multa, aumento que não se afigura desproporcional, considerando que, além da submetralhadora, foi apreendida expressiva quantidade de munições (237), de modo que a valoração negativa das circunstâncias do delito foi

realizada de forma idônea.” Do mesmo modo, a nobre Relatora entendeu que a aludida circunstância judicial também era desfavorável no tocante ao crime capitulado no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006, optando, contudo, por deslocar a vetorial para a terceira fase de aplicação da reprimenda, afastando a minorante prevista no § 4º do citado artigo – “a natureza e a quantidade de drogas aliadas à existência de apetrechos destinados à mercancia (balança de precisão, pinos de armazenamento e caderno de anotações), bem assim a apreensão de uma submetralhadora e 237 (duzentos e trinta e sete) munições de calibre 9mm (IDs. 167714640 a 167714643, PJe 1º Grau)” (sic). Como bem advertido pelo Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, no julgamento do AgRg no HC 645357/SP, “a presença de uma circunstância judicial desfavorável (deslocada para a terceira fase), o concurso de agentes, também autoriza o recrudesimento do regime prisional inicial originariamente recomendado para a quantidade da reprimenda corporal imposta ao agravante – 2 anos e 6 meses de reclusão – em um patamar, nos termos do art. 33, § 2.º e § 3.º, do Código Penal, não havendo que se falar em bis in idem nesse procedimento” (sic). (AgRg no HC n. 645.357/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 2/3/2021, DJe de 8/3/2021). O entendimento da maioria da Segunda Turma da Primeira Câmara deste Egrégio Tribunal de Justiça encontra-se, portanto, devidamente espelhado na jurisprudência do Tribunal da Cidadania. Ademais, como já declinado alhures, o recrudesimento do regime prisional não é realizado apenas em detrimento do quantum de pena imposta, devendo refletir também o critério necessidade e suficiência da pena, observadas, assim, todas as situações, na individualização da sanção, que demonstrem a gravidade concreta do delito, não havendo o que se falar em bis in idem no caso vertente. A propósito: “(...) 1. O Tribunal de origem entendeu não ser aplicável a causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 em razão de o recorrente ter praticado o delito em local conhecido como ponto de tráfico, trazendo consigo quantidade razoável de drogas, circunstâncias concretas que levariam à conclusão de que recebia com habitualidade os entorpecentes e estaria envolvido com atividades criminosas. Esse entendimento não diverge daquele amparado na jurisprudência desta Corte de que é fundamento concreto para a não aplicação da minorante o fato de se comercializar drogas em pontos considerados de domínio de organização criminosa. 2. A pena-base foi fixada no mínimo legal, mas o regime imposto tomou por base a gravidade concreta da conduta. A quantidade da droga apreendida (150 g de cocaína e 6,9 g de crack), aliada aos outros elementos probatórios coligidos aos autos (venda em ponto de tráfico), demonstram a gravidade substancial do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena. 3. Não é possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto não preenchidos os requisitos dispostos nos arts. 44, I e III, e 77, caput, todos do CP. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.934.025/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/4/2022, DJe de 3/5/2022.) (grifos acrescidos). “AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE REDUÇÃO DE PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. OUTRAS CIRCUNSTÂNCIAS. CONCLUSÃO QUANTO À DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA OU PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. POSSIBILIDADE DE AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REGIME MAIS GRAVOSO. QUANTIDADE DE DROGAS. DECISÃO FUNDAMENTADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, utilizando–

se do sistema trifásico de cálculo, chega ao quantum ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador. 2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão em habeas corpus somente nos casos de notória ilegalidade, para resguardar a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da pena. 3. A aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com o consequente reconhecimento do tráfico privilegiado, exige que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. 4. A tese firmada no REsp n. 1.887.511/SP foi flexibilizada para admitir a modulação da fração de redução do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 na terceira fase da dosimetria, com base na quantidade e natureza das drogas apreendidas, desde que não tenham sido consideradas na fixação da pena-base (HC n. 725.534/SP, Terceira Seção do STJ). 5. A natureza e a quantidade das drogas apreendidas podem ser utilizadas, supletivamente, na terceira fase da dosimetria da pena, para afastamento da diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2016, apenas quando esse vetor for conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou a integração a organização criminosa. 6. Consideram-se como outros elementos para afastar a minorante o modus operandi, a apreensão de apetrechos relacionados à traficância, por exemplo, balança de precisão, embalagens, armas e munições, especialmente quando o tráfico foi praticado no contexto de delito de armas ou quando ficar evidenciado, de modo fundamentado, o envolvimento do agente com organização criminosa. 7. O juiz pode fixar regime inicial mais gravoso do que aquele relacionado unicamente com o quantum da pena ao considerar a natureza ou a quantidade da droga ou outros elementos que evidenciem a maior gravidade da prática delitiva, desde que fundamente sua decisão. 8. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 732.006/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 2/8/2022, DJe de 8/8/2022.) (grifos acrescidos). “(...) 4. A aplicação de pena no patamar mínimo previsto no preceito secundário na primeira fase da dosimetria não conduz, obrigatoriamente, à fixação do regime indicado pela quantidade de sanção corporal, sendo lícito ao julgador impor regime mais rigoroso do que o indicado pela regra geral do art. 33, §§ 2º e 3º, do CP, desde que mediante fundamentação idônea (Precedentes). 5. Ordem não conhecida (HC n. 356.868/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 17/11/2016, DJe 23/11/2016). Logo, apesar de o novo quantum de pena estabelecido no Acórdão objurgado – 08 (oito) anos de reclusão –, em tese, admitir a fixação do regime inicial semiaberto para cumprimento da reprimenda, restou devidamente fundamentado pela Relatora do voto prevalente a necessidade de imposição de regime mais gravoso, na forma do art. 33, § 3º, do Codex Penal, devendo ser integralmente mantido o decisorio embargado. Ante todo o exposto, vota-se pela rejeição dos Embargos Infringentes, nos termos expendidos ao longo deste Acórdão. Salvador/BA, data constante da assinatura eletrônica. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA RELATOR