

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma CLASSE: APELAÇÃO Nº 0501019-18.2020.8.05.0244 FORO: SENHOR DO BONFIM – 1ª VARA CRIMINAL ÓRGÃO: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA RELATOR: DES. JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA APELANTE: MÁRCIO GAMA DOS SANTOS ADVOGADO: PEDRO CORDEIRO (OAB/BA 21.394) APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTORA DE JUSTIÇA: ALINE CURVÊLO TAVARES DE SÁ PROCURADORA DE JUSTIÇA: TÂNIA REGINA OLIVEIRA CAMPOS ASSUNTO: TRÁFICO DE DROGAS E CONDUTAS AFINS EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. 1. QUESTÃO PRELIMINAR: ARGUIÇÃO DE NULIDADE DOS ELEMENTOS INFORMATIVOS DECORRENTES DE UMA DILIGÊNCIA POLICIAL AO DOMICÍLIO DO INSURGENTE, SEM MANDADO JUDICIAL. REJEIÇÃO. INDEPENDENTEMENTE DA COMPROVAÇÃO DE AUTORIZAÇÃO PARA O INGRESSO NO DOMÍLIO, REGISTRA-SE QUE O APELANTE FOI FLAGRADO NA VIA PÚBLICA EM ATIVIDADE DE TRAFICÂNCIA, EM CIRCUNSTÂNCIA QUE PERMITIU A ENTRADA DOS POLICIAIS NO SEU IMÓVEL, A FIM DE PROCURAR MAIS ENTORPECENTES. 2 – PLEITO PARA REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENDA APLICADA. PROVIMENTO PARCIAL. REDUÇÃO DA PENA-BASE COM A EXCLUSÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE, CONDUTA SOCIAL, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS, BEM COMO PELA EXCLUSÃO DA AGRAVANTE DA CALAMIDADE PÚBLICA, PREVISTA NO ART. 61, II, J, DO CP. 3 – CONCLUSÃO: VOTA-SE PELO CONHECIMENTO DO RECURSO, PELA REJEIÇÃO DA PRELIMINAR E PELO PROVIMENTO PARCIAL DA APELAÇÃO, PARA REDIMENSIONAR A REPRIMENDA DEFINITIVA APLICADA. ACÓRDÃO Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0501019-18.2020.8.05.0244 da Comarca de Senhor do Bonfim/Ba, sendo Apelante, MÁRCIO GAMA DOS SANTOS e Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER o Recurso, REJEITAR a preliminar e, no mérito, DAR PROVIMENTO PARCIAL à Apelação, redimensionando-se a reprimenda definitiva para 06 (seis) anos, 05 (meses) meses e 02 (dois) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, na forma do art. 33, § 2º, b do CP, cumulada à pena pecuniária proporcional de 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, restando mantida a prisão preventiva anteriormente fixada, a ser cumprida em estabelecimento compatível com o regime de cumprimento definido neste Acórdão, nos termos do voto do Relator, consoante certidão de julgamento. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 30 de Junho de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma CLASSE: APELAÇÃO Nº 0501019-18.2020.8.05.0244 FORO: SENHOR DO BONFIM – 1ª VARA CRIMINAL ÓRGÃO: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA RELATOR: DES. JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA APELANTE: MÁRCIO GAMA DOS SANTOS ADVOGADO: PEDRO CORDEIRO (OAB/BA 21.394) APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTORA DE JUSTIÇA: ALINE CURVÊLO TAVARES DE SÁ PROCURADORA DE JUSTIÇA: TÂNIA REGINA OLIVEIRA CAMPOS ASSUNTO: TRÁFICO DE DROGAS E CONDUTAS AFINS RELATÓRIO O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA ofereceu Denúncia contra MÁRCIO GAMA DOS SANTOS por entender que este teria infringido o disposto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. In verbis (id. 167637921): "(...) Segundo restou apurado, no dia 07 de agosto de 2020, por volta das 23h20min, Rua X, Quadra 05, Residencial cidade Nova I, nesta urbe, o denunciado vendia, expôs à venda, trazia consigo drogas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Emerge dos autos que no dia e hora

acima supracitados, a guarnição da Polícia Militar estava fazendo deslocamento da cidade de Juazeiro/BA a Capim Grosso/BA e ao chegar neste município, próximo as casinhas, foi solicitada parada por um popular, o qual informou que na rua acima descrita havia uma grande movimentação e possivelmente estava ocorrendo comercialização de drogas. Ato contínuo, ao se deslocar até o local indicado, o denunciado ao perceber a presença da polícia dispensou uma mochila preta, (contendo 12 (doze) trouxinhas com pó branco, aparentando ser cocaína, uma quantidade de erva seca, aparentando ser maconha, uma balança de precisão da marca SF-400, cor branca e a quantia de R\$ 37,00 (trinta e sete reais) e empreendeu fuga, pulando vários muros de casas próximas, mas fora alcançado pelos prepostos da polícia. Diante da abordagem MARCIO confessou a propriedade das trouxinhas contendo pó branco e a balança de precisão, todavia negou a propriedade da mochila, alegando que pertenceria a uma pessoa conhecida por DJAN. Inquiridos em sede policial optou pelo direito constitucional de permanecer em silêncio. Imperioso ressaltar que o denunciado responde a outra ação penal (0501518-41.2016.8.05.0244-tráfico de drogas), conforme consulta ao Portal E-saj. A autoria e a materialidade restaram demonstradas através dos depoimentos dos policiais auto de exibição e apreensão de fl. 07, laudo de constatação provisório de fl. 19 Assim, atendidas as condições mínimas para oferecimento da denúncia vez que presentes provas da materialidade e indícios suficientes de autoria, esta é medida que se impõe. Com tal prática delituosa, a conduta de MÁRCIO GAMA DOS SANTOS incursos nos artigos 33, da Lei 11.343/06 (...)" A Resposta foi apresentada no id 167637940. A Denúncia foi recebida em 18/02/2021 (id 167637949). Encerrada a instrução, o Ministério Público e a Defesa apresentaram suas alegações finais de forma oral, na mídia constante no sistema Lifesize. (id 167638007). Em sentença prolatada em 20/05/2021 (id 167638026), julgou-se procedente a Denúncia para condenar Márcio Gama dos Santos pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, fixando-lhe a pena definitiva em 12 (doze) anos, 04 (quatro) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, em regime inicial fechado e cumulada ao pagamento da pena pecuniária de 1239 (mil duzentos e trinta e nove) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Ao final, negou-se o direito a recorrer em liberdade. A sentença foi publicada no DJE em 31/08/2018 (fl. 304). A Defensoria Pública (fls. 320/324) e o Ministério Público (fl. 326) tomaram ciência da sentença em 03/10/2018. O insurgente foi intimado pessoalmente da sentença em 12/08/2021 (id 167638067). O Ministério Público foi intimado do decisio pelo Portal eletrônico em 30/07/2021 (id 167638044). O insurgente foi intimado pessoalmente em 12/08/2021 (id 167638067). Em despacho constante no id 167638050 esclareceu-se sobre a tempestividade do recurso. Irresignada, a Defesa interpôs Recurso de Apelação (id 167638032). Em suas razões recursais, requereu-se, preliminarmente, a nulidade dos elementos informativos obtidos em uma diligência policial ao domicílio do réu, sem o respaldo de um mandado judicial de busca e apreensão. No tocante à dosimetria, pleiteou-se maior proporcionalidade na aplicação da pena-base e, em especial, o afastamento da agravante do delito praticado durante a calamidade pública. Em contrarrazões (id 167638096), o Parquet pugnou pela rejeição da preliminar e pelo improvimento do Recurso. Abriu-se vista à Procuradoria de Justiça que se manifestou no id 24607970 pelo conhecimento e provimento parcial do Recurso de Apelação, para redimensionar a pena-base e excluir a agravante da calamidade pública. É o relatório. Sala de Sessões, data constante da

certidão de julgamento. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA Relator  
PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara  
Criminal 1ª Turma CLASSE: APELAÇÃO Nº 0501019-18.2020.8.05.0244 FORO:  
SENHOR DO BONFIM – 1ª VARA CRIMINAL ÓRGÃO: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL –  
PRIMEIRA TURMA RELATOR: DES. JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA APELANTE: MÁRCIO  
GAMA DOS SANTOS ADVOGADO: PEDRO CORDEIRO (OAB/BA 21.394) APELADO:  
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTORA DE JUSTIÇA: ALINE CURVÊLO  
TAVARES DE SÁ PROCURADORA DE JUSTIÇA: TÂNIA REGINA OLIVEIRA CAMPOS  
ASSUNTO: TRÁFICO DE DROGAS E CONDUTAS AFINS VOTO 1. PRESSUPOSTOS RECURSAIS  
Conhece-se do Recurso, eis que presentes os requisitos objetivos e  
subjetivos para a sua admissibilidade. 2 . PRELIMINAR DA ARGUIÇÃO DE  
NULIDADE DOS ELEMENTOS INFORMATIVOS OBTIDOS EM UMA DILIGÊNCIA POLICIAL COM  
SUPOSTA VIOLAÇÃO ILÍCITA AO DOMICÍLIO. A tese defensiva que sustenta a  
nulidade na obtenção dos elementos de informação obtidos em uma diligência  
policial realizada com suposta violação ao domicílio, sem mandado  
judicial, não merece prosperar. Isto porque, independentemente da  
autorização de ingresso dos policiais na residência deste insurgente, esta  
entrada no referido domicílio do apelante foi lastreada pela ocorrência do  
flagrante delito, previsto no art. 302 do CPP1 Vale esclarecer que o  
insurgente foi inicialmente abordado na via pública na posse de uma  
mochila com entorpecentes e balança de precisão. Após esta apreensão das  
drogas, os policiais, com a autorização do insurgente e de sua esposa, se  
dirigiram até a referida casa, onde não encontraram mais materiais  
ilícitos, como se observa dos excertos dos depoimentos prestados pelos  
policiais militares José Everson Soares Nascimento e Márcio Alves Ribeiro,  
a saber: “(...) após a prisão e a localização das drogas na bolsa, o réu deu  
autorização para ingressarem na residência; durante a fuga, ele quebrou o  
telhado de duas casas; depois que diligência começou, as pessoas saíram  
para a rua; nas abordagens policiais sempre têm populares fotografando e  
filmando a atuação policial; houve busca na casa do acusado, com  
autorização dele, mas nada foi encontrado; não arrancaram as câmeras da  
casa do réu (...) ” (Excerto do depoimento prestado em Juízo pelo policial  
militar José Everson Soares Nascimento, extraído da sentença constante no  
id 167638026). “(...) que estavam em deslocamento para Capim Grosso,  
quando apareceu um cidadão e informou que havia tráfico de drogas na rua  
dele; ao chegarem ao local, verificaram que o réu entrou em fuga e  
dispensou uma bolsa contendo drogas; ele saiu pulando muros; viram que  
havia drogas na bolsa; o réu permitiu a entrada dos policiais na  
residência dele; a quantidade de maconha era maior que a de cocaína; a  
quantidade era suficiente para venda e consumo; a cocaína estava embalada  
em “petecas” e a maconha não; havia uma balança de precisão dentro da  
bolsa; ele assumiu a propriedade da cocaína e falou que a maconha estava  
guardando para outra pessoa; ele pulou pelo telhado de várias residências;  
não arrombaram a residência do réu; fizeram um cerco na rua; a ocorrência  
policial se deu por volta das 22:00h; o réu e a esposa autorizaram o  
ingresso dos policiais no imóvel; não se recorda se havia mais alguém no  
imóvel; não sabe informar sobre a vida pregressa do réu, pois não conhecia  
anteriormente (...)” (Excerto do depoimento prestado pelo policial militar  
Márcio Alves Ribeiro, extraído da sentença constante no id 167638026).  
Assim, o flagrante da posse de drogas na via pública em circunstâncias que  
apontavam serem aqueles entorpecentes destinados à comercialização ilegal,  
bem como os indícios de que o mesmo delito permanecia sendo praticado no  
interior da residência já permitiam – independentemente da comprovação de  
autorização de entrada pelo apelante e sua esposa – o ingresso da polícia,

sem mandado judicial, no domicílio indicado. Neste diapasão, constatada a situação de flagrância na via pública por ocasião de cometimento de crime permanente, in casu, relativo ao art. 33 da Lei de Drogas, impunha-se aos policiais, ante os indícios de possível cometimento do mesmo delito no interior da residência, o dever de buscar a apreensão de possíveis entorpecentes, não havendo, portanto, nulidade na referida diligência. Harmoniza-se com este entender a jurisprudência do STF: "HABEAS CORPUS. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ORDINÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO. 1. (...) POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO E PORTE OU POSSE ILEGAL DE ARMA DE FORO DE USO RESTRITO (ARTIGOS 12 E 16 DA LEI 10.826/2003). ALEGADA NULIDADE DA PROVA OBTIDA COM A BUSCA E APREENSÃO REALIZADA. MANDADO REFERENTE À RESIDÊNCIA DE PESSOA DIVERSA DO PACIENTE. DOCUMENTO QUE JÁ ESTARIA VENCIDO. FLAGRANTE DE CRIME PERMANENTE. DESNECESSIDADE DE EXPEDIÇÃO DE MANDADO DE BUSCA E APREENSÃO. EIVA NÃO CARACTERIZADA. (...) É dispensável o mandado de busca e apreensão quando se trata de flagrante de crime permanente, podendo-se realizar as medidas sem que se fale em ilicitude das provas obtidas (Doutrina e jurisprudência). (...) Precedentes do STJ. (...) 4. Habeas corpus não conhecido." (STF, HC 108319/RJ, Min. Rel. Celso de Mello, DJe 09/09/2014) (grifos acrescidos). Reitere-se, por fim, que independentemente da comprovação de autorização para ingresso no domicílio do réu, este ingresso na sua residência, ante os indícios de prática delitiva no seu interior, representou a continuidade da ação policial, cuja legalidade tem sido confirmada na jurisprudência dos Tribunais Superiores, a saber: HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. PROTEÇÃO DO DOMICÍLIO (ART. 5º, XI, DA CF). ATUAÇÃO POLICIAL COM BASE EM FUNDADA SUSPEITA DE COMETIMENTO DE CRIME. LICITUDE DA PROVA. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. O Supremo Tribunal Federal definiu, em repercussão geral, que o ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial apenas se revela legítimo – a qualquer hora do dia, inclusive durante o período noturno – quando amparado em fundadas razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, que indiquem estar ocorrendo, no interior da casa, situação de flagrante delito (RE n. 603.616/R0, Rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 8/10/2010). 3. O ingresso regular em domicílio alheio depende, para sua validade e regularidade, da existência de fundadas razões (justa causa) que sinalizem para a possibilidade de mitigação do direito fundamental em questão. É dizer, somente quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência é que se mostra possível sacrificar o direito à inviolabilidade do domicílio. 4. No caso, a entrada dos policiais se deu em razão de severas suspeitas de que no interior da residência estava sendo praticado o delito de tráfico de drogas, situação ratificada com a fuga dos suspeitos e a apreensão de considerada porção de substância entorpecente (358 pedras de crack), o que afasta o apontado constrangimento ilegal. 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 436.718/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 24/05/2018, DJe 01/06/2018) Assim, em razão da existência do flagrante delito de tráfico de entorpecentes verificado já na via pública, entende-

se que a entrada, sem mandado judicial, naquela residência se revela legítimo, não inquinando os elementos informativos do vício de nulidade. Desta forma, por não visualizar mácula processual a ser sanada, rejeita-se a preliminar, passando-se para a análise do mérito recursal. 2. DOSIMETRIA

No tocante à dosimetria, pleiteou-se redimensionamento da pena-base e em, especial, a exclusão da agravante da calamidade pública. Para uma melhor análise destes pleitos, colaciona-se, a seguir, o capítulo de sentença questionado: "(...) DA DOSIMETRIA DA PENA: Em razão da condenação do réu, passo-lhe a dosar as penas a serem aplicadas, em estrita observância ao disposto pelo art. 68, caput, do CP. Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, verifico que o condenado ostenta culpabilidade, conduta social, circunstâncias e consequências do crime desfavoráveis, tendo em vista que praticou as condutas delitivas em plena via pública, por volta das 18:00 horas, agravando sobremaneira a paz e a saúde públicas em pleno horário de movimentação popular durante o retorno dos seus expedientes, agindo, assim, com dolo intenso; a conduta social do réu é desajustada, pois, conforme demonstrado acima, desde o idos de 2015 é envolvido com organizações criminosas voltadas à comercialização de substâncias entorpecentes, cuja conduta é de extrema danosidade para a sociedade; as circunstâncias do crime foram graves, considerando a natureza e quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas – 1.820 (um quilograma e oitocentos e vinte gramas) de maconha, 9,97g (nove gramas e noventa e sete centigramas) de cocaína –, com capacidade de distribuição para inúmeras pessoas e a última de alto poder de dependência e de destruição da saúde humana; por fim, a conduta do réu acarretou consequências extrapenais para terceiros, visto que empreendeu fuga e destruiu parte dos telhados das residências vizinhas, conforme declarado pelas testemunhas acima. As demais circunstâncias são neutras. Desse modo, em razão das circunstâncias judiciais desfavoráveis, da natureza e da quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas, conforme determina o art. 42 da Lei nº 11.343/2006 e, da sua preponderância sobre as circunstâncias do art. 59 do CP, fixo a PENA-BASE privativa de liberdade em 10 (dez) anos, 7 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 1062 (mil e sessenta e dois) dias-multa, cada dia ao valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, devidamente atualizados ( CP, art. 49). Não concorre circunstância atenuante. Concorrendo a circunstância agravante do crime praticado durante o estado de calamidade pública (art. 61, II, j, CP), conforme fundamentado acima, agravo as penas anteriormente estabelecidas e FIXO A PENA DEFINITIVA do réu, MÁRCIO GAMA DOS SANTOS, em 12 (doze) anos, 4 (quatro) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão e 1.239 (mil duzentos e trinta e nove) dias-multa, cada dia em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato (art. 49, § 1º, c/c 60, ambos do CP), devidamente atualizado quando do pagamento. (...)".(sic) Observa-se do excerto colacionado que o Magistrado valorou negativamente as circunstâncias judiciais da culpabilidade, conduta social, circunstâncias, consequências, natureza e quantidade do entorpecente apreendido, fixando a pena-base em 10 (dez) anos, 07 (sete) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 1062 (mil e sessenta e dois) dias-multa. Todavia, ao se observar a fundamentação adotada para a circunstância da culpabilidade, entende-se que o fato do crime de tráfico de drogas ter sido praticado na via pública não é suficiente pra tornar o delito mais reprovável, sendo uma realidade comum da traficância. Assim, exclui-se esse desvalor, tornando-se a circunstância neutra. Por sua vez, a conduta social não demonstrou como

era o comportamento do insurgente em seu meio de convivência com vizinhos e familiares, razão pela qual também deve ser excluído o desvalor imputado. As circunstâncias do crime foram corretamente valoradas, contudo, trouxeram em seu conteúdo fundamentação acerca da natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos, o que também se valorou nas circunstâncias judiciais preponderantes do art. 42 da Lei de Drogas. Assim, ante a incidência de bis in idem, exclui-se essa imputação negativa. As conseqüências relatadas acerca de destruição de telhados durante a fuga não possuem evidências concretas que permitam avaliar a relevância desse suposto dano, impedindo, assim a elevação da pena-base por este motivo. Desta forma, mantidas apenas as circunstâncias preponderantes da natureza e quantidade, impõe-se a readequação da reprimenda inicial. Para tanto, entende-se ser devida a incidência de critério dosimétrico mais proporcional, de modo a considerar a média aritmética entre a pena máxima e a pena mínima abstratamente previstas no tipo penal como o patamar máximo que a pena-base pode alcançar, sendo devida a readequação da sanção mínima nesses termos. A partir desse raciocínio, caso todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP sejam valoradas negativamente, a pena-base será fixada na média aritmética entre os limites abstratos da sanção penal. Do contrário, a segunda fase de aplicação da pena pode não ter nenhuma eficácia, visto que não poderá superar o patamar máximo fixado em abstrato, à luz do entendimento sumulado do STJ, materializado no enunciado de nº 231. A respeito do tema em voga, revela-se oportuno trazer à baila o teor do julgamento do AgRg no Agravo em Recurso Especial nº 1.577.063, em qual a Corte Cidadã reafirmou orientação jurisprudencial no sentido de que não existem parâmetros legais aritméticos para a fixação da pena-base, devendo esta ser estabelecida conforme o princípio da discricionariedade motivada e dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. Conforme bem salientado no bojo do voto proferido pelo eminente Ministro Nefi Cordeiro, Relator do feito em comento, haja vista a ausência de determinação legal expressa acerca de eventual critério matemático a ser empregado para a fixação da pena base, ou para a aplicação de circunstâncias atenuantes e agravantes, caberá ao Julgador, dentro do âmbito da discricionariedade motivada e atento às balizas da razoabilidade e proporcionalidade, fixar o patamar que melhor se amolde à espécie. Confira-se, a seguir, a ementa do aresto supracitado, bem como o teor do brilhante voto proferido pelo ilustre Ministro Relator: "EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TESE DE FALTA DE PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO ESPECIAL. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não há parâmetros legais aritméticos para a exasperação da pena-base, devendo ser fixada à luz do princípio da discricionariedade motivada e dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes. 2. A exasperação da pena-base em 6 meses para cada vetorial negativa, patamar inferior a 1/8, não reflete desproporcionalidade, tendo em vista, inclusive, as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito – de 4 a 10 anos de reclusão. 3. Agravo regimental improvido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator. RELATÓRIO O EXMO. SR.

MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator): Trata-se de agravo interposto em face de decisão que negou provimento ao agravo em recurso especial. Sustenta a defesa que resta demonstrado neste especial que a conjugação dos arts. 59 e 68 do Código Penal está a exigir, e isto como forma de atendimento de parâmetros constitucionais e legais acerca do standard de fundamentação que deve conter qualquer decisão judicial, a demonstração, nela, dos critérios utilizados para o incremento da pena-base como consequência da negativação de circunstâncias judiciais, os quais devem ser referidos unicamente à quantidade de vetores negativados (fl. 297) e que a decisão da Corte local não atende ao standard de fundamentação esperado para uma decisão judicial de apenamento, porque não traz a justificação adequada para a exasperação da pena-base no montante por si operado segundo critérios mais precisos, em ordem a atender as implicações lógico-jurídicas da conjugação dos arts. 59 e 68 do Código Penal, cujos dispositivos, por isso mesmo, restaram por si violados (fl. 297). Defende a reconsideração da decisão agravada ou a apreciação do recurso pela Sexta Turma. Impugnação apresentada. É o relatório. VOTO O EXMO. SR. MINISTRO NEFI CORDEIRO (Relator): A decisão agravada, que merece ser mantida por seus próprios fundamentos, foi assim proferida: O recurso é tempestivo e ataca os fundamentos da decisão agravada. Passo, portanto, à análise do mérito. Consta dos autos que a recorrente foi condenada à pena de 7 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, mais 20 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II, do Código Penal. Interposto recurso de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo, assim consignando (fl. 213): Finalmente, a apelante se insurgiu contra a fração de aumento aplicada em razão do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, pugnando pela sua redução. Neste contexto, consigno que, diferentemente das causas de aumento da pena, incidentes na terceira fase dosimétrica, não há na fixação da reprimenda basilar patamar legal pré-estabelecido de exasperação em razão da cada uma das circunstâncias tidas por desfavoráveis, devendo o quantum ser fixado de acordo com o prudente arbítrio do magistrado. No caso em análise, observada a discricionariedade do julgador quando da aplicação das penas, considero que o fixado, consistente em 6 meses acima do mínimo legal para quantum cada uma das circunstâncias judiciais tidas por desfavoráveis, além de 6 meses pela reincidência, é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime em tela, não havendo razão para redução da pena. Por todo o exposto, em consonância com o parecer ministerial, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença condenatória. A propósito, a sentença condenatória referiu (fls. 147-148): Em observância as diretrizes dos arts. 59 e 68 do Código Penal, passo a dosar-lhe a pena. O Código Penal atribui para o crime, a pena de reclusão de 04 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. Verificando as condições da acusada e do crime, passo a dosimetria da pena, atento as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Culpabilidade – Entendo que não se desgarra da normalidade. Antecedentes – A ré registra maus antecedentes, já que possuía na época dos fatos ora em apuração, ao menos duas condenações definitivas, conforme se denota da certidão de antecedentes criminais em anexo, portanto, utilizo a condenação oriunda da ação penal de nº 7395-77.2014.811.0064, que estava juntado aos autos da execução penal de código 634471, que tramitou nesta Comarca, para valorar negativamente essa circunstância e outra condenação, oriunda da ação penal de nº 8311-37.2010.811.0037, que está juntado aos autos da execução penal de código 659286, em trâmite nesta Comarca, será considerada como

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



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

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

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

como foram valoradas negativamente as circunstâncias preponderantes da natureza e da quantidade, a reprimenda-base do crime de tráfico de drogas deve ser redimensionada para 06 (seis) anos, 05 (meses) meses e 02 (dois) dias de reclusão, valor para o qual se readequa a sanção imposta na sentença. Na segunda fase da dosimetria não foram reconhecidas atenuantes, mas apenas a agravante da calamidade pública, em decorrência da pandemia do COVID-19, prevista no art. 61, II, j, do CP. Observa-se, entretanto, que o reconhecimento dessa agravante foi incorreto, tendo em vista que não houve a demonstração de que o agente se valeu do contexto de pandemia para prática do delito. Portanto, diante da ausência de comprovação de nexo entre a infração penal praticada e a situação de pandemia, a referida agravante não deve ser aplicada. Esse é o entendimento do STJ: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (16,8 G DE COCAÍNA E 35,3 G DE MACONHA). FIXAÇÃO DA PENA-BASE. DOSIMETRIA DA PENA. ARTS. 59 E 68 DO CP. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE LIMITES LEGAIS MÁXIMOS E MÍNIMOS. PATAMAR DE EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. AGRAVANTES E ATENUANTES. ART. 61, II, J, DO CP. CALAMIDADE PÚBLICA. CONTEXTO DE PANDEMIA. NECESSIDADE DE DEMONSTRAÇÃO DA MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA. MAUS ANTECEDENTES. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. [...] 2. A incidência da agravante do art. 61, II, j, do Código Penal exige demonstração de que o agente se valeu do contexto de pandemia para prática do delito. [...] (HC 654.255/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 25/05/2021, DJe 07/06/2021) Na terceira fase, não foram reconhecidas causas de aumento nem de diminuição, registrando-se que o insurgente não faz jus ao benefício do tráfico privilegiado pelo fato de ser pessoa dedicada às atividades criminosas, inclusive já tendo sido condenado na Ação Penal nº 0501518-41.2016.805.0244 pela prática de tráfico de drogas e associação ao tráfico. Dessa forma, ante a ausência de causas de aumento e de diminuição de pena, a reprimenda definitiva relativa ao tráfico de entorpecentes passa a ser fixada em 06 (seis) anos, 05 (meses) meses e 02 (dois) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, na forma do art. 33, § 2º, b do CP, cumulada à pena pecuniária proporcional de 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Deixa-se, ainda, de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em decorrência do não preenchimento dos requisitos previstos no art. 44, do CP. Por fim, a despeito da mudança do regime inicial de cumprimento de pena para o semiaberto, ESCLARECE-SE QUE RESTA MANTIDA A PRISÃO PREVENTIVA FIXADA NA SENTENÇA, pois não se vislumbra a demonstração de qualquer alteração da situação fática que justifique a modificação da situação prisional do apelante, sobretudo na fase processual atual, tendo o Julgador primevo fundamentado a prisão deste no cárcere em razão da persistência, até o momento, dos requisitos que ensejaram a decretação da segregação cautelar, como se observa do excerto de seu decisio, a seguir transcrito: “(...) DENEGO ao condenado o direito de recorrer em liberdade, visto subsistirem razões para a decretação da prisão, uma vez que a liberdade do condenado põe em risco a ordem pública e a aplicação da lei penal, com possibilidade de retorno ao empreendimento de comercialização de substâncias entorpecentes, sobretudo considerando a quantidade de substâncias entorpecentes apreendidas com o réu. Conforme disposto acima, o acusado possui conduta reiterada em práticas delitivas de tráfico de drogas e associação ao tráfico, respondendo a três ações penais neste

Juízo por tais infrações, de forma que a sua liberdade implica em sério risco à ordem pública, com grande probabilidade de continuidade do seu empreendimento de comercialização das substâncias entorpecentes. O Réu se encontrava respondendo a ação penal 0501518-41.2016.805.0244 em liberdade, apesar de condenada à pena privativa de liberdade de 17 (dezessete) anos, 1 (um) mês e 20 (vinte) dias de reclusão, mesmo assim continuou o seu empreendimento de comercialização de substâncias entorpecentes, tanto que, recentemente, o fora preso e denunciado nos autos da ação penal nº 0700013-55.2021.805.0244, oriunda da operação denominada GUNSMITH, juntamente com mais 43 três acusados, por supostamente integrarem organização criminosa para o fim disseminação de substâncias entorpecentes neste município. Portanto, não tenho a menor sombra de dúvida de a prisão do réu neste momento se apresenta necessária à garantia da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal. Dessa forma, considero subsistentes os requisitos autorizadores da decretação da segregação cautelar corporal dos acusados, nos termos do art. 312 do CPP, restabeleço a prisão preventiva do réu, consoante permissão do art. 316, caput, do CPP, diante dos fatos novos aqui declinados. (...)” (sic). Contudo, ainda que mantida pelos próprios termos da sentença a prisão preventiva decretada, ressalve-se que tal cárcere cautelar deverá ser necessariamente cumprido em estabelecimento prisional compatível ao regime inicial semiaberto definido neste Acórdão. Neste sentido, é o entendimento veiculado no Informativo 540 do STJ, a saber: DIREITO PROCESSUAL PENAL. COMPATIBILIDADE ENTRE A PRISÃO CAUTELAR E O REGIME PRISIONAL SEMIABERTO FIXADO NA SENTENÇA. Há compatibilidade entre a prisão cautelar mantida pela sentença condenatória e o regime inicial semiaberto fixado nessa decisão, devendo o réu, contudo, cumprir a respectiva pena em estabelecimento prisional compatível com o regime inicial estabelecido. Precedentes citados: HC 256.535-SP, Quinta Turma, DJe 20/6/2013; e HC 228.010-SP, Quinta Turma, DJe 28/5/2013. HC 289.636-SP, Rel. Min. Moura Ribeiro, julgado em 20/5/2014. CONCLUSÃO Ante o exposto, vota-se pelo CONHECIMENTO do Recurso, pela REJEIÇÃO da preliminar e, no mérito, pelo PROVIMENTO PARCIAL da Apelação, redimensionando-se a reprimenda definitiva para 06 (seis) anos, 05 (meses) meses e 02 (dois) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, na forma do art. 33, § 2º, b do CP, cumulada à pena pecuniária proporcional de 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, restando mantida a prisão preventiva anteriormente fixada, a ser cumprida em estabelecimento compatível com o regime de cumprimento definido neste Acórdão. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA Relator 1 Art. 302, CPP: Considera-se em flagrante delito quem: I – está cometendo a infração penal; II – acaba de cometê-la; III – é perseguido, logo após, pela autoridade, pelo ofendido ou por qualquer pessoa, em situação que faça presumir ser autor da infração; IV – é encontrado, logo depois, com instrumentos, armas, objetos ou papéis que façam presumir ser ele autor da infração.