

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO CRIMINAL n. 8003864-05.2022.8.05.0201 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Defensora Pública: APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotor de Justiça: Procurador de Justiça: Assunto: Tráfico de Drogas ACORDÃO EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RÉU CONDENADO A PENA DE 05 (CINCO) ANOS E 03 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, E AO PAGAMENTO DE 525 (QUINHENTOS E VINTE E CINCO) DIAS MULTA, CADA UM NO VALOR EQUIVALENTE A UM TRIGÉSIMO DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO FATO DELITUOSO. 1. PRELIMINAR DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. JUNTADA DE LAUDO PERICIAL DEFINITIVO Nº 2022 24 PC 00109-04, QUE ATESTOU A SUBSTÂNCIA TETRAHIDROCANABINOL, APÓS A APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS SEM OPORTUNIZAR MANIFESTAÇÃO À DEFESA. REJEIÇÃO. MATERIALIDADE DELITIVA DEMONSTRADA POR OUTROS MEIOS. EXISTÊNCIA DE LAUDO PERICIAL Nº 2022 24 PC 00109-03, COMPLEMENTAR AO LAUDO DE CONSTATAÇÃO, QUE COMPROVA A SUBSTÂNCIA BENZOILMETILECGONINA E FOI JUNTADO AUTOS DURANTE A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO APTO A FULMINAR O DECISUM. 2. MÉRITO: 2.1. PLEITO PELA FIXAÇÃO DA PENA BASE EM PATAMAR MÍNIMO. PARCIAL PROVIMENTO. MANUTENÇÃO DA VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL DAS CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. ADOÇÃO DE CRITÉRIO DOSIMÉTRICO MAIS PROPORCIONAL. PENA REDIMENSIONADA. 2.2. PLEITO PELA REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA. PROVIMENTO. RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO DAS ATENUANTES DA MENORIDADE E DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. VEDAÇÃO À CONDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. SUMULA 231 DO STJ. PENA INTERMEDIÁRIA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. 2.3. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS, EM SEU GRAU MÁXIMO, 2/3 (DOIS TERÇOS). INVIABILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. RÉU DEDICADO À ATIVIDADES CRIMINOSAS. 2.4. PLEITO PELA FIXAÇÃO DA PENA DE MULTA NO MÍNIMO LEGAL. PROVIMENTO ANTE O REDIMENSIONAMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. MULTA QUE CONSTITUI SANÇÃO DE CARÁTER PENAL E SOBRE A QUAL DEVE INCIDIR A MESMA SEQUÊNCIA LÓGICA APLICADA PARA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. 2.5. PLEITO PELA APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL. IMPROVIMENTO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES FIRMES E SEGURAS. MELHOR ANÁLISE PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. 2.6. PLEITO PELO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. INVIABILIDADE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA INSTRUÇÃO PROCESSUAL. 2.7. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AOS DISPOSITIVOS APONTADOS. CONCLUSÃO: RECURSO CONHECIDO, PRELIMINAR REJEITADA E, NO MÉRITO, PARCIALMENTE PROVIDO PARA REDIMENSIONAR A PENA PARA 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, À RAZÃO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO FATO. Vistos, relatados e discutidos estes Autos de APELAÇÃO CRIMINAL sob nº 8003864-05.2022.8.05.0201, da Comarca de Porto Seguro/BA em que figura como APELANTE e APELADO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, pelo CONHECIMENTO DO RECURSO, REJEIÇÃO DA PRELIMINAR E, NO MÉRITO, PELO SEU PARCIAL PROVIMENTO PARA REDIMENSIONAR A PENA PARA 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, À RAZÃO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO FATO, nos termos do voto do Relator, consoante certidão de julgamento. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador Relator

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 10 de Julho de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE

JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO CRIMINAL n. 8003864-05.2022.8.05.0201 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Defensora Pública: APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotor de Justiça: Procurador de Justiça: Assunto: Tráfico de Drogas RELATÓRIO Trata-se de Apelação Criminal interposta por , em face de sentença condenatória prolatada pelo Juízo de Direito da 2ª Vara Criminal da Comarca de Porto Seguro/BA, nos autos da Ação Penal em epígrafe. Narra a inicial, ID 45479160, in verbis: (...) “No dia 02 de maio de 2022, por volta das 17h20min, na Rua dos Curiós, Bairro Vila Parracho, nesta cidade, o denunciado acima qualificado, trazia consigo 80 (oitenta) buchas de maconha e 31 (trinta e uma) pedras de crack, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar Segundo extrai-se dos autos, no dia, hora e local acima informados, policiais militares realizavam rondas de rotina quando avistaram o denunciado segurando uma sacola em uma área conhecida como “boca de fumo”, qual tentou empreender fuga ao perceber a aproximação da viatura, sendo perseguido pela guarnição. Em seguida, os policiais militares conseguiram alcançar o denunciado no momento em que o mesmo tentava entrar em um prédio e encontraram com ele uma sacola plástica contendo 80 (oitenta) buchas de maconha e 31 (trinta e uma) pedras de crack, além da quantia de R\$ 84,00 (oitenta e quatro reais) e 01 (um) aparelho celular moto e7, IMEI 352481782323980 e IMEI 2 352481782323980. Ao ser questionado sobre as drogas, o denunciado disse que comercializava os entorpecentes há cinco meses, sendo que vendia cada bucha de maconha e pedra de crack, adquiridas de um indivíduo de vulgo “Burro”, pelo valor de R\$ 10,00 (dez reais). Diante disso, o denunciado recebeu voz de prisão em flagrante e foi conduzido à unidade policial. Assim agindo, o denunciado está incurso nas sanções penais previstas no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, requerendo o Ministério Público Estadual a autuação e recebimento da presente DENÚNCIA, após a citação do denunciado para oferecer defesa no decêndio legal, e em seguida, sua intimação para interrogatório e demais termos do processo, inquirindo-se as testemunhas abaixo arroladas, praticando-se, enfim, todos os demais atos de direito necessários, até final condenação, tudo com o conhecimento deste Órgão Ministerial.” (...) O Réu foi notificado em 02/06/2022, ID 45481419, e apresentou Defesa Prévia, em 13/06/2022, ID 45481421. A denúncia foi recebida em 22/06/2022, ID45481425. O Auto de Exibição e Apreensão, ID 45479162, o Auto de Constatação Preliminar (Nomeados peritos “Ad Hoc” os IPCs e), ID 45479162, as fotografias da droga apreendida, ID 45479162, e os Laudos de Exames Periciais Definitivos nº 2022 24 PC 001019-03 e 2022 24 PC 001019-04, encontram-se no ID 45481431 (Benzoilmetilecgonina) e 45481465 (Δ-9 tetrahydrocannabinol – THC). As oitivas das testemunhas (Sd PM , Sd PM e Sd PM) e o interrogatório foram colacionados no ID 45481450, e armazenadas na plataforma Pje Mídias. As alegações finais, em memoriais, foram oferecidas no ID 45481459 e 45481462. Em 29/08/2022, ID 45481467, foi prolatada sentença que julgou procedente a denúncia para condenar o Réu pela prática do crime descrito no artigo 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, a uma pena de 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 525 (quinhentos e vinte e cinco) dias multa, cada um no valor equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. O decisum foi publicado em 29/08/2022 e registrado no livro de registro de sentenças da serventia sob nº 280/2022, ID 45481468. O Ministério Público foi intimado do decisum em 12/09/2022, ID 45481484, a Defesa, em 02/09/2022, ID

45481472, e o Réu, em 02/09/2022, ID 45481474. Irresignada, a Defesa interpôs Recurso de Apelação em 02/09/2022, ID 45481472, com razões apresentadas no ID 45481492, pleiteando, em síntese: “1. Seja declarada nula a sentença, restando prejudicada a análise do mérito por evidente cerceamento de defesa em razão da inobservância do princípio da ampla defesa e contraditório. 2. Subsidiariamente, a fixação da pena em patamar mínimo, ausentes razões concretas para mais grave imposição; 3. Seja a pena diminuída, em razão das atenuantes genéricas previstas no art. 65, I e III, d do CP, e reduzida em grau máximo respeitando o preconizado no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006; 4. Seja fixada dias-multa no mínimo legal, considerando as atenuantes da confissão espontânea, da menoridade relativa e o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, preservando o valor unitário ao patamar mínimo diante da vulnerabilidade econômica do Apelante; 5. Por fim, o reconhecimento e aplicação da detração penal bem como o direito de recorrer em liberdade, não havendo razões concretas que justifiquem a manutenção da medida preventiva, nos termos do art. 5º, inciso LVII da Constituição Federal e art. 387, § 1º do Código de Processo Penal.” Prequestionou, ainda, para fins de interposição de recurso às superiores instâncias, os arts. 59, 65, I e III, d e 68, todos do Código Penal; os arts. 33, § 4º e 41, ambos da Lei 11.343/2006; o art. 315, § 1º, e 387, § 1º, ambos do Código de Processo Penal e os arts. 5º, incisos LIV, LV, LVII e 93, IX, ambos da Constituição da República. A Defesa impetrou em favor do réu o Habeas Corpus nº 8037869-74.2022.8.05.0000, ID 45481486, o qual teve a ordem denegada. Nas contrarrazões, ID 45481501, o órgão Ministerial pugnou pelo conhecimento e improvimento do recurso. Os autos foram distribuídos, por prevenção, em 30/05/2023, em razão da distribuição anterior do Habeas Corpus nº 8037869-74.2022.8.05.0000, ID 45494719. Em parecer, ID 46098155, a Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo “CONHECIMENTO do presente recurso e, no mérito, pelo seu PROVIMENTO, no sentido de que seja DECLARADA A NULIDADE DAS PROVAS COLHIDAS NOS AUTOS. E, caso assim não entenda essa Egrégia Corte, pelo PROVIMENTO, no sentido de que seja reformada a sentença proferida no primeiro grau para a ABSOLVIÇÃO DO RÉU, PELA AUSÊNCIA DE MATERIALIDADE DELITIVA.” Os autos vieram conclusos em 14/06/2022. É o relatório. Salvador/BA., data registrada em sistema. Desembargador RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO CRIMINAL n. 8003864-05.2022.8.05.0201 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Defensora Pública: APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotor de Justiça: Procurador de Justiça: Assunto: Tráfico de Drogas VOTO I – DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS Conhece-se do Recurso de Apelação, eis que presentes os requisitos objetivos e subjetivos para a sua admissibilidade. II – DA PRELIMINAR DA DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA SENTENÇA POR CERCEAMENTO DE DEFESA A Defesa alegou que não fora juntado aos autos o Laudo Pericial Definitivo acerca da substância THC (tetrahydrocannabinol), “o que impossibilita a condenação do acusado referente tal substância, por não restar demonstrada a materialidade delitiva e tipicidade da conduta”. Sustentou que “o entendimento jurisprudencial orienta ser obrigatória a apresentação de laudo definitivo, vedando a condenação do acusado apenas com laudo de constatação preliminar”. Aduziu que, após apresentadas as alegações finais pela Defesa, o Parquet colacionou aos autos o Exame Definitivo Complementar ao Laudo de Constatação e no mesmo dia fora prolatada sentença condenatória, e que “a Magistrada a quo não abriu prazo para manifestação defensiva sobre as novas provas juntadas aos autos,

proferindo sentença imediatamente após a juntada do laudo e utilizando-se do mesmo como fundamentação da materialidade do crime de tráfico". Dessa forma, sustentou ter havido cerceamento de defesa por violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório e requereu a declaração de nulidade do decisor. Pois bem. Da análise dos autos, observa-se que foi elaborado Auto de Constatação Preliminar pelos peritos "Ad Hoc", os IPCs e), nomeados para o ato, os quais constataram ser o material apreendido (80 buchas de maconha e 31 pedras de crack), as substâncias tetrahydrocannabinol e cocaína, ID 45479162. Ve-se, também, no ID 45481431, que, em 04/07/2022, foi juntado aos autos o Laudo Definitivo nº 2022 24 PC 001019-03, elaborado pela perita criminal oficial , que concluiu se tratar o material analisado de benzoilmetilecgonina (cocaína), substância entorpecente de uso proscrito no Brasil e constante da Lista F-1 da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde. Posteriormente, em 29/08/2022, e, somente após a apresentação das alegações finais defensivas, o Parquet colacionou aos autos o Laudo de Exame Pericial Complementar nº 2022 24 PC 001019-04, referente a análise do restante do material apreendido, no qual se atestou ser a substância Δ-9 tetrahydrocannabinol, ID 45481465. Em seguida, sem que, de fato, fosse oportunizado à Defesa se manifestar sobre o retromencionado Laudo Pericial, fora prolatada, em mesma data (29/08/2022), a sentença condenatória lastreada, além dos depoimentos das testemunhas, na própria confissão do acusado em Juízo, ID 45481467: (...) "A materialidade do crime de tráfico de drogas atribuído ao réu se encontra cabalmente comprovada por meio do auto de exibição e apreensão de ID 200585220 - Pág. 13, auto de constatação provisório de substância entorpecente de ID 200585220 - Pág. 21, laudos de exame pericial de ID 211770365, ID 228830334 e 228830335. (...) As coesas e consistentes declarações das testemunhas harmonizam-se com a confissão feita durante o interrogatório judicial, não havendo dúvidas quanto à prática do crime de tráfico de drogas por parte do réu." (...) In casu, em síntese, a Defesa objetiva a nulidade da sentença condenatória, em virtude da juntada tardia do Laudo Definitivo da substância entorpecente tetrahydrocannabinol, imediatamente, antes da prolação do édito, sem que ela pudesse exercer o contraditório. Em que pese restar comprovado que, após a juntada do Laudo de Exame Pericial Definitivo, referente a pesquisa da substância Δ-9 tetrahydrocannabinol, a Magistrada não determinou a abertura de prazo, a fim de que o Apelante pudesse se manifestar, a nulidade alegada não pode servir para aniquilar a decisão condenatória. Isso porque, apesar de ser o Laudo Toxicológico Definitivo essencial para a comprovação da substância entorpecente, há, nos autos, outros meios robustos de prova que evidenciam a materialidade do delito de tráfico de drogas. Relembre-se, de logo, que o Apelante, quando apreendido, trazia consigo 80 (oitenta) buchas de maconha e 31 (trinta e uma) pedras de crack, conforme descrito no Auto de Exibição e Apreensão, ID 45479162, e que o Auto de Constatação Preliminar, ID 45479162, assinado por peritos nomeados para o ato e não contestado pela Defesa, descreveu a quantidade e natureza do material submetido a exame, atestando serem as substâncias tetrahydrocannabinol e cocaína. Impende consignar, também, que foram produzidos por perito oficial 02 (dois) Laudos de Exames Periciais Definitivos acerca das drogas apreendidas: o Laudo nº 2022 24 PC 001019-03, no qual se atestou a substância benzoilmetilecgonina (cocaína) e foi juntado aos autos em 04/07/2022, ID 45481431, e o Laudo nº 2022 24 PC 001019-04, juntado tardiamente em 29/08/2022, o qual detectou a substância Δ-9 tetrahydrocannabinol. Saliente-

se, também, que a despeito de ter sido juntado aos autos na mesma data em que houve a prolação da sentença (29/08/2022), o Laudo Toxicológico Definitivo, do qual a Defesa alega não ter tido a oportunidade de se manifestar, foi elaborado em data anterior (08/06/2022) e confirmou que a substância encontrada em poder do réu era, de fato, maconha. É cediço que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus nº 350.996/RJ, da Relatoria do Ministro , reconheceu que a ausência do Laudo Definitivo Toxicológico implica a absolvição do acusado, em razão da falta de comprovação da materialidade delitiva. Também de conhecimento que, em situações excepcionais, admite-se que a materialidade do crime de tráfico de drogas seja feita por Laudo de Constatação provisório, desde que ele permita grau de certeza idêntico ao do Laudo Definitivo e tenha sido elaborado por perito oficial, embora não tenha sido essa a hipótese dos autos. A propósito, v. acórdão oriundo da 3ª Seção, que sedimentou a tese ora referida, in verbis: PROCESSUAL PENAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. ABSOLVIÇÃO QUE SE IMPÕE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. [...] 2. É imprescindível, para a condenação pelo crime de tráfico de drogas, que seja anexado o laudo toxicológico definitivo, concluindo que a falta desse laudo conduz à absolvição do acusado por falta de materialidade delitiva. Precedentes. 3. Somente em situação excepcional poderá a materialidade do crime de drogas ser suportada por laudo de constatação, quando permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões equivalentes. 4. A prova testemunhal não tem o condão de suprir a ausência do laudo definitivo, na medida em que somente tem relevância no que diz respeito à autoria e não à materialidade do delito, daí a imprescindibilidade. 5. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem, de ofício, para absolver o paciente dos delitos previstos nos arts. 33 e 35 da Lei n. 11.343/2006, a ele imputados na Ação Penal n. 0005247-21.2014.8.19.0016. (grifos acrescidos) (HC 350.996/RJ, Terceira Seção, Rel. Min. , DJe 29/08/2016). Além disso, quando do julgamento do EREsp nº 1.544.057/RJ, da relatoria do Ministro , a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça uniformizou o entendimento de que a ausência do laudo toxicológico definitivo implica a absolvição do acusado, por ausência de provas acerca da materialidade do delito, e não a nulidade da sentença. Confira-se o v. acórdão: PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO. AUSÊNCIA DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO: FALTA DE PROVA, E NÃO NULIDADE. POSSIBILIDADE EXCEPCIONAL DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DO DELITO POR LAUDO DE CONSTATAÇÃO PROVISÓRIO ASSINADO POR PERITO QUANDO POSSUI O MESMO GRAU DE CERTEZA DO DEFINITIVO. CASO DOS AUTOS. EMBARGOS PROVIDOS. 1. Nos casos em que ocorre a apreensão do entorpecente, o laudo toxicológico definitivo é imprescindível à demonstração da materialidade delitiva do delito e, nesse sentido, tem a natureza jurídica de prova, não podendo ser confundido com mera nulidade, que corresponde a sanção cominada pelo ordenamento jurídico ao ato praticado em desrespeito a formalidades legais. Precedente: HC 350.996/RJ, Rel. Min. , 3ª Seção, julgado em 24/08/2016, publicado no DJe de 29/08/2016. 2. Isso, no entanto, não elide a possibilidade de que, em situação excepcional, a comprovação da materialidade do crime de drogas possa ser efetuada pelo próprio laudo de constatação provisório, quando ele permita grau de certeza idêntico ao do laudo definitivo, pois elaborado por perito oficial, em procedimento e com conclusões

equivalentes. Isso porque, a depender do grau de complexidade e de novidade da droga apreendida, sua identificação precisa como entorpecente pode exigir, ou não, a realização de exame mais complexo que somente é efetuado no laudo definitivo. 3. Os testes toxicológicos preliminares, além de efetuarem constatações com base em observações sensoriais (visuais, olfativas e táteis) que comparam o material apreendido com drogas mais conhecidas, também fazem uso de testes químicos pré-fabricados também chamados "narcotestes" e são capazes de identificar princípios ativos existentes em uma gama de narcóticos já conhecidos e mais comercializados. 4. Nesse sentido, o laudo preliminar de constatação, assinado por perito criminal, identificando o material apreendido como cocaína em pó, entorpecente identificável com facilidade mesmo por narcotestes pré-fabricados, constitui uma das exceções em que a materialidade do delito pode ser provada apenas com base no laudo preliminar de constatação. 5. De outro lado, muito embora a prova testemunhal e a confissão isoladas ou em conjunto não se prestem a comprovar, por si sós, a materialidade do delito, quando aliadas ao laudo toxicológico preliminar realizado nos moldes aqui previstos, são capazes não só de demonstrar a autoria como também de reforçar a evidência da materialidade do delito. 6. Embargos de divergência providos, para reformar o acórdão embargado e dar provimento ao agravo regimental do Ministério Público Federal e, tendo em conta que a materialidade do delito de que o réu é acusado ficou provada, negar provimento a seu recurso especial. (REsp n. 1.544.057/RJ, relator Ministro , Terceira Seção, julgado em 26/10/2016, DJe de 9/11/2016.) Extrai-se que a condenação do Apelante se fundou em conjunto probatório que vai além do Laudo Definitivo acerca da comprovação da substância tetrahydrocannabinol, tendo em vista que a materialidade delitiva está amparada além do Boletim de Ocorrência Policial nº 00244867/2022, das fotografias acostadas ao IP, do Auto de Exibição e Apreensão e do Auto de Constatação Preliminar, todos no ID 45479162, especialmente, pelo Laudo Pericial Definitivo nº 2022 24 PC 001019-03, ID 45481431, que atestou a substância benzoilmetilecgonina e foi colacionado aos autos, ainda, durante a fase instrutória. É certo, também, que a Defesa não logrou demonstrar qual seria o prejuízo advindo da juntada do Laudo Toxicológico Definitivo referente a substância tetrahydrocannabinol após as alegações finais, mormente quando se observa que, no caso, há provas suficientes acerca da materialidade do delito de tráfico de drogas, bem como a autoria restou devidamente comprovada, não apenas pelos depoimentos das testemunhas, mas corroborada, inclusive, pela confissão do Apelante. Conclui-se, assim, que os autos se encontram devidamente instruídos e que, durante toda a persecução criminal, até a data da juntada do Laudo nº 2022 24 PC 001019-04, foi oportunizada a ampla defesa e o contraditório ao Apelante, de forma que não se evidencia prejuízo apto a fulminar o decisor. Dessa forma, rejeita-se a preliminar aventada. DA FIXAÇÃO DA PENA BASE EM PATAMAR MÍNIMO LEGAL A Defesa pleiteou o redimensionamento da pena, a fim de que seja fixada a pena base no seu mínimo legal, aduzindo que "ausentes razões concretas para mais grave imposição." Como se sabe, cabe ao Magistrado, no momento de fixação da reprimenda do delito de tráfico de drogas, primeiramente, o exame das circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB, bem assim do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, a fim de proceder ao estabelecimento da pena de partida. Na sequência, analisa as agravantes e atenuantes previstas respectivamente nos arts. 61 e 65 do mesmo diploma normativo, estabelecendo a sanção intermediária, e, por fim, verifica a presença de causas gerais e

específicas de aumento e diminuição de pena, impondo, então, a reprimenda definitiva. Por oportuno, transcreve-se excerto da sentença de ID 45481467: (...) “Passo à dosimetria das penas. CULPABILIDADE: normal à espécie, nada tendo a se valorar; ANTECEDENTES: nada a sopesar em seu desfavor; CONDOTA SOCIAL: não há registro; PERSONALIDADE: não há registros desfavoráveis nos autos; MOTIVO DO CRIME: nada a ponderar; CONSEQUÊNCIA DO CRIME: nenhum elemento a se valorar; CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME: considerando a quantidade e a diversidade de drogas apreendidas, em consonância com o artigo 42 da Lei de drogas, deve esta circunstância ser ponderada negativamente. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA: nada a valorar. Na primeira fase, ante a presença de uma circunstância judicial desfavorável, fixo a pena-base em 06 anos e 03 meses de reclusão. Na segunda fase, reconheço a presença das atenuantes da menoridade relativa, diante do documento de ID 200585220 – Pág. 20, e confissão espontânea, previstas no artigo 65, inciso I e inciso III, alínea 'd', do Código Penal, reduzindo a pena em 12 meses. Por não haver agravantes aplicáveis, fica a pena intermediária dosada em 05 anos e 03 meses de reclusão e 525 dias-multa. Na terceira fase, inexistindo causas de diminuição e aumento a serem aplicadas, fica a pena dosada definitivamente em 05 anos e 03 meses de reclusão. Guardando exata proporcionalidade com a pena privativa de liberdade dosada, fixo a pena de multa em 525 dias-multa, cada um no equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, na forma do artigo 43, caput, da Lei nº 11.343/06.” (...) Examinando o decisum guerreado, verifica-se que o douto Magistrado valorou apenas a circunstância judicial das circunstâncias do crime. Consignou o Magistrado: “considerando a quantidade e a diversidade de drogas apreendidas, em consonância com o artigo 42 da Lei de drogas, deve esta circunstância ser ponderada negativamente.” Para a configuração do aumento da pena-base com fundamento no artigo 42 da Lei nº 11343/2006, deve-se analisar conjuntamente a natureza e a quantidade dos entorpecentes apreendidos. Na hipótese, considerando que foram apreendidas com o Apelante 80 (oitenta) buchas de maconha e 31 (trinta e uma) pedras de crack, cabível o aumento da pena-base pela circunstância judicial negativa da quantidade e diversidade da droga, na primeira fase da pena. A Defesa alegou que “em nenhum momento foi demonstrado o peso líquido das drogas” e que “o acréscimo conferido ao Apelante pela presença de uma única circunstância está muito acima do indicado”. Verifica-se do Laudo de Constatação, ID 45479162, que é descrita a quantidade da droga, consistente em 80 (oitenta) buchas de maconha/tetracabinol e 31 (trinta e uma) pedras de crack/cocaína, bem como os Laudos Definitivos confirmaram serem as substâncias benzoilmetilecgonina (cocaína) e Δ-9 tetracabinol (Cannabis Sativa), informações que demonstram a quantidade e natureza das drogas apreendidas. Entretanto, entende-se ser devida a incidência de critério dosimétrico mais proporcional, de modo a considerar a média aritmética entre a pena máxima e a pena mínima abstratamente previstas no tipo penal como o patamar máximo que a pena-base pode alcançar, sendo devida a readequação da sanção mínima nesses termos. A partir desse raciocínio, caso todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP sejam valoradas negativamente, a pena-base será fixada na média aritmética entre os limites abstratos da sanção penal. Do contrário, a segunda fase de aplicação da pena pode não ter nenhuma eficácia, visto que não poderá superar o patamar máximo fixado em abstrato, à luz do entendimento sumulado do STJ, materializado no enunciado de nº 231. A respeito do tema em voga, revela-se oportuno trazer à baila o teor do julgamento do AgRg no Agravo em Recurso Especial nº

1.577.063, em qual a Corte Cidadã reafirmou orientação jurisprudencial no sentido de que não existem parâmetros legais aritméticos para a fixação da pena-base, devendo esta ser estabelecida conforme o princípio da discricionariedade motivada e dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. Conforme bem salientado no bojo do voto proferido pelo eminente Ministro, Relator do feito em comento, haja vista a ausência de determinação legal expressa acerca de eventual critério matemático a ser empregado para a fixação da pena base, ou para a aplicação de circunstâncias atenuantes e agravantes, caberá ao Julgador, dentro do âmbito da discricionariedade motivada e atento às balizas da razoabilidade e proporcionalidade, fixar o patamar que melhor se amolde à espécie. Confira-se, a seguir, a ementa do aresto supracitado, bem como o teor do brilhante voto proferido pelo ilustre Ministro Relator: “EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TESE DE FALTA DE PROPORCIONALIDADE NA FIXAÇÃO DA PENA-BASE. NÃO OCORRÊNCIA. DECISÃO QUE INADMITIU O RECURSO ESPECIAL. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não há parâmetros legais aritméticos para a exasperação da pena-base, devendo ser fixada à luz do princípio da discricionariedade motivada e dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Precedentes. 2. A exasperação da pena-base em 6 meses para cada vetorial negativa, patamar inferior a 1/8, não reflete desproporcionalidade, tendo em vista, inclusive, as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito – de 4 a 10 anos de reclusão. 3. Agravo regimental improvido. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros, , e votaram com o Sr. Ministro Relator. RELATÓRIO O EXMO. SR. MINISTRO (Relator): Trata-se de agravo interposto em face de decisão que negou provimento ao agravo em recurso especial. Sustenta a defesa que resta demonstrado neste especial que a conjugação dos arts. 59 e 68 do Código Penal está a exigir, e isto como forma de atendimento de parâmetros constitucionais e legais acerca do standard de fundamentação que deve conter qualquer decisão judicial, a demonstração, nela, dos critérios utilizados para o incremento da pena-base como consequência da negativação de circunstâncias judiciais, os quais devem ser referidos unicamente à quantidade de vetores negativados (fl. 297) e que a decisão da Corte local não atende ao standard de fundamentação esperado para uma decisão judicial de apenamento, porque não traz a justificação adequada para a exasperação da pena-base no montante por si operado segundo critérios mais precisos, em ordem a atender as implicações lógico-jurídicas da conjugação dos arts. 59 e 68 do Código Penal, cujos dispositivos, por isso mesmo, restaram por si violados (fl. 297). Defende a reconsideração da decisão agravada ou a apreciação do recurso pela Sexta Turma. Impugnação apresentada. É o relatório. VOTO O EXMO. SR. MINISTRO (Relator): A decisão agravada, que merece ser mantida por seus próprios fundamentos, foi assim proferida: O recurso é tempestivo e ataca os fundamentos da decisão agravada. Passo, portanto, à análise do mérito. Consta dos autos que a recorrente foi condenada à pena de 7 anos e 4 meses de reclusão, em regime fechado, mais 20 dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, II, do Código Penal. Interposto recurso de apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao apelo defensivo, assim consignando (fl. 213): Finalmente, a apelante se insurgiu contra a fração de aumento aplicada em razão do

reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis, pugnando pela sua redução. Neste contexto, consigno que, diferentemente das causas de aumento da pena, incidentes na terceira fase dosimétrica, não há na fixação da reprimenda basilar patamar legal pré-estabelecido de exasperação em razão da cada uma das circunstâncias tidas por desfavoráveis, devendo o quantum ser fixado de acordo com o prudente arbítrio do magistrado. No caso em análise, observada a discricionariedade do julgador quando da aplicação das penas, considero que o fixado, consistente em 6 meses acima do mínimo legal para quantum cada uma das circunstâncias judiciais tidas por desfavoráveis, além de 6 meses pela reincidência, é necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime em tela, não havendo razão para redução da pena. Por todo o exposto, em consonância com o parecer ministerial, nego provimento ao recurso, mantendo incólume a sentença condenatória. A propósito, a sentença condenatória referiu (fls. 147-148): Em observância as diretrizes dos arts. 59 e 68 do Código Penal, passo a dosar-lhe a pena. O Código Penal atribui para o crime, a pena de reclusão de 04 (quatro) a 10 (dez) anos, e multa. Verificando as condições da acusada e do crime, passo a dosimetria da pena, atento as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal. Culpabilidade – Entendo que não se desgarra da normalidade. Antecedentes – A ré registra maus antecedentes, já que possuía na época dos fatos ora em apuração, ao menos duas condenações definitivas, conforme se denota da certidão de antecedentes criminais em anexo, portanto, utilizo a condenação oriunda da ação penal de nº 7395-77.2014.811.0064, que estava juntado aos autos da execução penal de código 634471, que tramitou nesta Comarca, para valorar negativamente essa circunstância e outra condenação, oriunda da ação penal de nº 8311-37.2010.811.0037, que está juntado aos autos da execução penal de código 659286, em trâmite nesta Comarca, será considerada como circunstância agravante da reincidência. Sobre a utilização de uma condenação como circunstância judicial e outra como circunstância agravante, temos o seguinte julgado: 'APELAÇÃO CRIMINAL ROUBO MAJORADO E FALSA IDENTIDADE. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. USO DA MULTIRREINCIDÊNCIA PARA AUMENTAR A PENA INICIAL E DEPOIS AGRAVÁ-LA NA SEGUNDA FASE. OPERAÇÃO PERFEITAMENTE LEGAL RECURSO DESPROVIDO. A constatação da multirreincidência autoriza a exasperação da pena-base, como maus antecedentes, e o agravamento pela reincidência propriamente dita, quando pautada em condenações distintas, não havendo se falar em bis in idem ou ofensa à Súmula n. 241 do STJ. (11MT; APL 93775/2016; Capital; Rel. Des. ; Julg. 23/08/2016; DJMT 25 1081 2016; Pág. 80)". Conduta Social – Não restou demonstrada. Personalidade da Agente – Não há elementos para se aquilatar. Motivos – Não ficaram esclarecidos. As Circunstâncias no caso são desfavoráveis, tendo em vista que a ré praticou o fato utilizando-se de arma branca, tipo canivete e, apesar de ter ocorrido a revogação da causa de aumento de pena descrita no inciso 1, do 5º, do art. 157, do Código Penal, sob meu prisma, essa circunstância deve ser valorada de forma negativa, pois o roubo praticado com a utilização de qualquer tipo de arma imprópria ou branca, é mais grave que a simples ameaça verbal, portanto, merece a devida valoração. Consequências – A meu ver não foram graves. Comportamento da Vítima – Entendo que não contribuiu para a atividade criminosa. Após análise das circunstâncias judiciais, considero que elas são parcialmente desfavoráveis à ré, tendo em mira os maus antecedentes e as circunstâncias do crime, as quais valoro como negativas, portanto, fixo a pena base do delito em 05 (cinco) anos de reclusão. Como se vê, as instâncias

ordinárias exasperaram a pena-base em 1 ano, com apoio na valoração negativa de duas vetoriais: antecedentes e circunstâncias do crime. Vale destacar que a lei não fixa parâmetros aritméticos para a exasperação da pena-base ou para a aplicação de atenuantes e de agravantes, cabendo ao magistrado, utilizando-se da discricionariedade motivada, além de sempre se pautar por critérios de razoabilidade e proporcionalidade, fixar o patamar que melhor se amolde à espécie. Na hipótese, tem-se que o aumento de 6 meses em razão de cada vetorial negativa, patamar inferior a 1/8, não se revela desproporcional, tendo em vista as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito – de 4 a 10 anos de reclusão – e, sobretudo, considerando-se que Diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda-base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador (HC 531.187/MG, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 19/11/2019, DJe 26/11/2019.) Impõe-se, portanto, a manutenção do acórdão recorrido, incidindo, no ponto, o óbice contido na Súmula 83/STJ – também empregado em recursos interpostos com fulcro na alínea a do permissivo constitucional –, segundo a qual Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida. Ante o exposto, nego provimento ao agravo. Consoante relatado, a exasperação da pena-base em 1 ano, pela valoração negativa de duas vetoriais, não revela qualquer desproporcionalidade, considerando que, nos termos da jurisprudência desta Corte, não há parâmetros legais aritméticos para a exasperação da pena-base, devendo ser fixada à luz do princípio da discricionariedade motivada, e dos critérios de razoabilidade e proporcionalidade. Nesse contexto, o aumento de 6 meses em razão de cada vetorial negativa, patamar inferior a 1/8, não reflete qualquer desproporcionalidade a ser reparada na via do especial, tendo em vista, inclusive, as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito – de 4 a 10 anos de reclusão. A propósito: 'AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. JÚRI. AUSÊNCIA DE QUESITO. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULA N. 282 DO STF. DEFESA PRECÁRIA E FALTA DE ENTREVISTA PRÉVIA COM O DEFENSOR. NULIDADES SUSCITADAS. NÃO OCORRÊNCIA. PREJUÍZOS NÃO DEMONSTRADOS. QUALIFICADORAS. JULGAMENTO MANIFESTAMENTE CONTRÁRIO À PROVA DOS AUTOS. PRINCÍPIO DA SOBERANIA DO VEREDITO POPULAR. EXISTÊNCIA DE SUPORTE PROBATÓRIO A EMBASAR O ÉDITO REPRESSIVO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. [...] A jurisprudência deste Tribunal Superior é firme em garantir a discricionariedade do julgador, sem a fixação de critério aritmético, na escolha da sanção a ser estabelecida na primeira etapa da dosimetria da pena. Assim, o magistrado, dentro do seu livre convencimento motivado e de acordo com as peculiaridades do caso concreto, decidirá o quantum de exasperação da pena-base, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Hipótese em que foram utilizados elementos concretos e idôneos para justificar a desvalorização das vetoriais e a elevação da sanção. Agravo regimental não provido' (AgRg no AREsp 951.953/MG, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 17/12/2019, DJe 19/12/2019). 'AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1. A quantidade da droga apreendida constitui fundamento válido para a fixação da pena-base acima

do mínimo legal, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2003. 2. Não há falar em ofensa à proporcionalidade, diante do quantum da pena aplicado pelas instâncias ordinárias na exasperação da pena-base, tendo em vista, sobretudo, o mínimo e o máximo das penas cominadas abstratamente ao delito de tráfico de drogas (de 5 a 15 anos de reclusão), uma vez fundamentado em elementos concretos e dentro do critério de discricionariedade vinculada do magistrado. 3. Na espécie, o aumento da pena-base em 3 anos acima do mínimo legal ocorreu dentro dos patamares de razoabilidade e proporcionalidade, porquanto presentes elementos concretos que evidenciam maior culpabilidade e maior reprovação da conduta em vista da expressiva quantidade de drogas apreendidas, somando quase 5 kg de maconha. 4. Agravo regimental improvido (AgRg no HC 522.081/SP, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 18/10/2019). ' Ante o exposto, voto por negar provimento ao agravo regimental.' (AgRg no AREsp 1577063/MT, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 03/03/2020, DJe 09/03/2020 – Grifos acrescidos) Destaque-se, neste diapasão, não se tratar de um entendimento isolado deste julgador, mas aquele que é elencado, de modo ostensivo, pelas Cortes Superiores de Justiça. Observe-se, pois, a jurisprudência ATUALIZADA DE AMBAS AS TURMAS DO PRETÓRIO EXCELSO sobre o assunto: “EMENTA AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. WRIT SUCEDÂNEO DE RECURSO OU REVISÃO CRIMINAL. INADMISSIBILIDADE. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. NULIDADE PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PREMISSAS FÁTICAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE. (...) 4. A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena. 5. A exasperação da pena-base foi devidamente fundamentada em critérios racionais e judicialmente motivados, e cuja resultante não se mostra flagrantemente desproporcional, pois lastreada nos parâmetros de discricionariedade reconhecidos na jurisprudência desta Suprema Corte. (...) (HC 185183 AgR, Relator (a): , Primeira Turma, julgado em 08/03/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-046 DIVULG 10-03-2021 PUBLIC 11-03-2021)”(grifos acrescidos) “EMENTA: PROCESSUAL PENAL. AGRADO 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^a. Min^a.). (...) (HC 188621 AgR, Relator (a): , Primeira Turma, julgado em 15/09/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-233 DIVULG 21-09-2020 PUBLIC 22-09-2020)”(grifos acrescidos) “EMENTA: AGRADO 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. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O julgador, nas instâncias ordinárias, possui discricionariedade para proceder à dosimetria da pena, cabendo aos Tribunais Superiores o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados na fixação da sanção. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. (...) (HC 171539 AgR, Relator (a): , Segunda Turma, julgado em 13/12/2019, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-019 DIVULG 31-01-2020 PUBLIC 03-02-2020)”(grifos acrescidos) Outrossim, é o que preleciona a JURISPRUDÊNCIA ATUALIZADA DE AMBAS AS TURMAS DA CORTE CIDADÃ: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRADO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. USURA E EMBARAÇO À

INVESTIGAÇÃO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INQUÉRITO INSTAURADO PELO MP/RS CONTRA POLICIAL CIVIL, E NÃO PELA CORREGEDORIA RESPECTIVA. INEXISTÊNCIA DE NULIDADE. CONDENAÇÃO EMBASADA EM PROVAS PRODUZIDAS EM JUÍZO, BEM COMO EM INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA (PROVA IRREPETÍVEL). OFENSA AO ART. 155 DO CPP NÃO CONFIGURADA. SUPOSTO NÃO PREENCHIMENTO DOS ELEMENTOS DO TIPO DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 12850/2013. ALEGADA GENERALIDADE DO PERDIMENTO DE BENS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO DO ART. 384 DO CPP. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 282 E 356/STF. FIXAÇÃO DA PENA-BASE. PRETENDIDA VINCULAÇÃO DO JULGADOR AO AUMENTO DE 1/6 DA PENA MÍNIMA, PARA CADA VETORIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. DESCABIMENTO. TESE DE ILEGALIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA DO CRIME DE USURA. INOVAÇÃO RECURSAL. POSSIBILIDADE, PORÉM, DE ESTENDER AO AGRAVANTE OS EFEITOS DO PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL DO CORRÉU, PARA SANAR O EQUÍVOCO COMETIDO PELA CORTE DE ORIGEM. ART. 580 DO CPP. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO EM PARTE, APENAS PARA REDUZIR A PENA DO CRIME DE USURA, COM ESPEQUE NO ART. 580 DO CPP.(...) 6. Sobre a dosimetria da pena, observa-se que, diante do silêncio do legislador, a jurisprudência e a doutrina passaram a reconhecer como critério ideal para individualização da reprimenda base o aumento na fração de 1/8 por cada circunstância judicial negativamente valorada, a incidir sobre o intervalo de pena abstratamente estabelecido no preceito secundário do tipo penal incriminador. 7. Contudo, a posição dominante nesta Corte, embora não impeça o cálculo matemático rigoroso e exato, não chega ao ponto de obrigá-lo, predominando o entendimento de não ser ele absoluto, havendo uma discricionariedade regrada e motivada. Justamente por isso, não existe um direito subjetivo do acusado de ter 1/6 de aumento da pena mínima para cada circunstância judicial valorada negativamente. (...) (AgRg nos EDcl na PET no REsp 1852897/RS, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 23/03/2021, DJe 29/03/2021)" (grifos acrescidos) "AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CRITÉRIO MATEMÁTICO. INAPLICABILIDADE. DESPROPORCIONALIDADE. INEXISTÊNCIA. PENA INFERIOR A QUATRO ANOS DE RECLUSÃO. REGIME PRISIONAL FECHADO. POSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. MAUS ANTECEDENTES. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. REINCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O quantum de aumento a ser implementado em decorrência do reconhecimento das circunstâncias judiciais desfavoráveis fica adstrito à prudente discricionariedade do juiz, não havendo como proceder ao seu redimensionamento nesta via. Ressalvados os casos de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena por esta Corte Superior. 2. Uma vez que o aumento da pena-base não está adstrito a critérios matemáticos e considerando-se o intervalo entre as penas mínima e máxima abstratamente cominadas ao delito de furto qualificado (2 a 8 anos de reclusão), não se verifica desproporcionalidade na exasperação da pena em 6 (seis) meses de reclusão, em razão do reconhecimento dos maus antecedentes. (...) (AgRg no HC 618.167/SC, Rel. Ministra , 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. Destarte, no caso do crime descrito no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, aplicando-se este entendimento, o limite máximo da pena-base é de 10 (dez) anos. Subtraindo deste valor a pena mínima – 05 (cinco) anos – encontra-se o intervalo de 05 (cinco) anos, a ser dividido pelo número de circunstâncias judiciais. Pontue-se, porém, que em situações como a dos autos, por tratar-se de delito de tráfico de drogas, deve-se levar em conta o disposto no art. 42

da Lei Tóxicos, que traz duas outras circunstâncias não elencadas no Código Penal, a saber, a quantidade e a natureza da droga comercializada, consideradas preponderantes pelo referido dispositivo, juntamente à conduta social e personalidade do agente – já elencada pelo art. 59 do CPB – totalizando, assim, não 08 (oito), mas 10 (dez) circunstâncias a serem analisadas. Outrossim, refletindo acerca da questão e visando dar efetividade à determinação de preponderância das 04 (quatro) circunstâncias judiciais citadas acima, trazida pelo já mencionado art. 42 da Lei de Drogas, impõe-se a atribuição de peso diverso a estas, em relação às demais elencadas no art. 59 do diploma repressivo. Assim, através de um juízo de razoabilidade e ponderação, revela-se coerente a atribuição de valor dobrado quando da análise da quantidade e natureza da droga, como também da personalidade e conduta social do agente, quando comparadas às outras seis circunstâncias a serem examinadas, a saber, consequências e circunstâncias do crime, comportamento da vítima, culpabilidade, antecedentes e motivos do delito. Logo, em um cálculo aritmético, buscando a objetivação de tal raciocínio, chega-se a conclusão de que, na análise de delitos envolvendo a Lei de Drogas, existem 04 (quatro) circunstâncias judiciais cujo peso de valoração seria 02 (dois), enquanto outras 06 (seis) com peso 01 (um). Nessa linha, dividindo-se o intervalo de 05 (cinco) anos supramencionado, por todas as circunstâncias judiciais referidas, e levando em consideração seus pesos diversificados, no esteio do quanto exposto acima, resulta o valor aproximado de 08 (oito) meses e 16 (dezesseis) dias para cada uma das circunstâncias preponderantes do art. 42 da Lei de Drogas, bem como 04 (quatro) meses e 08 (oito) dias em relação às demais. Nos presentes autos, como deve ser valorada de forma negativa apenas uma circunstância judicial preponderante, a pena-base deve ser fixada em 05 (cinco) anos, 08 (oito) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão e 566 (quinhentos e sessenta e seis) dias-multa. DA REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA Na segunda fase da dosimetria, a Defesa pleiteou a redução da pena, em razão do reconhecimento das circunstâncias atenuantes genéricas previstas no art. 65, I e III, d do CP. Considerando-se o quantum de pena fixada após a adoção do critério dosimétrico mais proporcional e aplicando-se a redução referente ao reconhecimento das circunstâncias atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, alcança-se a pena intermediária de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, restando, dessa forma, acolhido o pleito defensivo. Ressalta-se, entretanto, que conforme pacífica jurisprudência, consolidada no enunciado 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (STJ), “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. O fundamento é que o Legislador, ao fixar abstratamente a pena mínima e máxima para os crimes, obriga o Juiz a respeitar esses patamares, salvo quando o próprio tipo penal estabelece causas especiais de aumento ou de diminuição, a serem sopesadas na terceira fase dosimétrica. Nesse sentido: RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ESTUPRO. PENAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ENUNCIADO DA SÚMULA N.º 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIOLAÇÃO AOS ART. 59, INCISO II, C.C. ARTS. 65, 68, CAPUT, E 213 DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DIMINUIÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. É firme o entendimento que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior. 2. O critério trifásico de individualização da pena, trazido

pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal. 3. Cabe ao Juiz sentenciante oferecer seu arbitrium iudicis dentro dos limites estabelecidos, observado o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, sob pena do seu poder discricionário se tornar arbitrário, tendo em vista que o Código Penal não estabelece valores determinados para a aplicação de atenuantes e agravantes, o que permitiria a fixação da reprimenda corporal em qualquer patamar. 4. Recurso especial conhecido e provido para afastar a fixação da pena abaixo do mínimo legal. Acórdão sujeito ao que dispõe o art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n.º 08, de 07 de agosto de 2008. (grifos acrescidos) (Resp 1117073/PR, Rel. Ministra, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 29/06/2012) EMENTA ENTENDIMENTO DA SÚMULA 231 DO STJ. MAJORANTE E CONCURSO FORMAL. CONTINUIDADE DELITIVA. NÃO REALIZAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA DA EXECUÇÃO PENAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O apelante foi condenado nas sanções dos art. 157, § 2º, inc. II, c/c art. 70 (02 vezes), e art. 157, § 2º, inc. II (02 vezes), do Código Penal Brasileiro, ambos na forma do art. 71, do mesmo Diploma substantivo, à pena total de 10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, em regime inicialmente fechado. 2. A pena base foi fixada em 06 (seis) anos de reclusão, vez que o juízo sentenciante considerou desfavoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, referente à conduta social e personalidade do agente. 3. Tais fundamentações não se mostram suficientes para supedanejar a valoração negativa de sobreditos vetores, uma vez que é necessária a presença de elementos concretos para a sua aferição negativa. 4. Assim, considerando a neutralização dos vetores conduta social e personalidade, impõe-se a fixação da pena-base no mínimo legal de 04 (quatro) anos de reclusão, e 10 (dez) dias multa, com o valor do dia-multa arbitrado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato delituoso. 5. Na segunda fase, mantida a presença da atenuante da confissão espontânea, a qual já foi devidamente reconhecida pelo juiz a quo, no entanto deixo de aplicá-la já que a pena foi estabelecida no mínimo legal, em observância ao que diz a Súmula nº 231, do Superior Tribunal de Justiça, in verbis: 'A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal'. 6. Por fim, na terceira fase da dosimetria, mantém-se a elevação da reprimenda em 1/3 (um terço), patamar mínimo, em razão da circunstância majorante do concurso de pessoas, além do reconhecimento do concurso formal dos crimes, majorando a pena em 1/6 (um sexto), ficando a pena definitivamente em 06 (seis) anos 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, com o valor do dia multa arbitrado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato delituoso. 7. Acertado também o reconhecimento da continuidade delitiva, por serem crimes da mesma espécie e praticados nas mesmas condições, portanto, mantenho o aumento da pena em 1/4 (um quarto), o mesmo aplicado pela juíza sentenciante, ante a prática de 04 (quatro) infrações. 8. Refazendo a dosimetria, a pena passa a ser de 07 (sete) anos 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa, que a torno definitiva. 9. O regime prisional inicial de cumprimento de pena deverá ser alterado para o semiaberto (art. 33, §, 2º, b, do CP). 10. Deixo de realizar a detração, referente ao tempo de segregação cautelar, por entender que compete à Execução Penal proceder às devidas atualizações no cálculo das penas impostas ao apelante, cabendo, no entanto, à Coordenadoria de Apelação-Crime comunicar ao Juízo de

Execução sobre as reformas realizadas. 11. Recurso conhecido e parcialmente provido. (grifos acrescidos) (TJ-CE – Apelação APL 06742387620128060001 CE 0674238-76.2012.8.06.0001 (TJCE) Data de publicação: 09/07/2019) Na terceira e derradeira fase, não foram reconhecidas causas de aumento e de diminuição de pena. Nesse ponto, a Defesa pleiteou a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, em seu grau máximo. DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06, EM SEU GRAU MÁXIMO, 2/3 Não merece ser acolhido. A Magistrada primeva ao afastar a sua aplicação, o fez de forma fundamentada e legítima, entendendo ser o Recorrente dedicado a atividades criminosas, considerando que faz do tráfico o seu meio de vida, bem como tendo em vista a quantidade e variedade de drogas apreendidas. Veja-se: (...) “Ainda, extrai-se do conjunto probatório delineado que o acusado fazia do comércio proscrito de entorpecente meio de vida, como reconhecido pelo próprio em juízo, e corroborado pela quantidade e variedade de drogas em sua posse, o que figura como impedimento legal à incidência do redutor do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06.” (...) (ID 45481467) Dispõe o artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06: “Art. 33 (...) § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.” Da leitura da norma, extrai-se que para a incidência do referido redutor é necessário o preenchimento dos requisitos legais: a) o agente seja primário; b) com bons antecedentes; c) não se dedique às atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa. Como cediço, a causa de diminuição em comento tem por objetivo beneficiar, apenas, pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida (AgRg no AREsp 648.408/SP, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015; AgRg no REsp 1423806/SP; Rel. Ministro , QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015). Com efeito, extrai-se dos depoimentos das testemunhas SD/PM , SD/PM e SD/PM , que o Apelado já era conhecido nos meios policiais: (...) que “era um saco com bastante entorpecente; que as drogas estavam porcionadas em embalagens prontas para a comercialização; que acusado informou, ainda, o valor de mercado de cada substância, sendo 10 reais qualquer uma delas; que informou que comercializava as substâncias ilícitas de 14h às 17h; que disse que vendia as drogas para outra pessoa, chamada de “Burro”; que o “Burro” comanda o tráfico de drogas daquela região; que esse local é conhecido pelo tráfico de drogas; que o acusado é conhecido da polícia de outras operações; que pessoas que moram no local afirmaram que o acusado costumava agredir os populares do bairro” (...) (sic) (Declarações da testemunha SD/PM , ID 45479162) (...) “o réu indicou que estava com substâncias na mão e disse “perdi”; que tinha uma boa quantidade de maconha, crack e não sabe se tinha cocaína; que era um saco com bastantes substâncias; que estavam em saquinhos prontas para venda e o réu falou o valor de venda de cada substância; que o réu falou que o valor era R\$10,00 qualquer substância; que o réu falou que vendia nos horários das 14:00h às 15:00h; que o réu falou que vendia para outra pessoa mas não falou quem era; que é o vulgo quem comanda aquela região; que o local da abordagem é um local de venda de drogas constante; que os colegas que estavam junto na abordagem já conheciam o réu como traficante (...) que o réu confessou de forma espontânea” (...) (sic) (Declarações da testemunha SD/PM , 45481450) (...) “que já conhecia o acusado, pois há haviam informações que ele era o responsável pelo tráfico de drogas naquela rua;

que o acusado agredia populares daquela área com o objetivo de amedrontá-los;" (Declarações da testemunha SD/PM , ID 45479162) (...) "encontraram o réu com uma sacola de drogas na mão; que o réu começou a gritar"perdi, perdi, perdi"; que realizaram a busca no réu no local; que em seguida foram para 1ª DT de Porto Seguro; que já conhecia o réu; que já tinham informações que o réu era responsável por traficar na rua dos Curiós e também por informações dos populares o réu chegava agredir os moradores naquele local; (...) que as drogas estavam em um saco na mão do réu; (...) que na delegacia o réu admitiu que estava vendendo as drogas e o valor que vendia era R\$10,00; que já tinham abordado outras vezes o réu mas não prendido" (...) (sic) (Declarações da testemunha SD/PM , ID 45481450) (...) "que já conhecia o acusado; que certa vez estava em ronda na Vila Valdete, momento em que um morador lhe parou e disse que o acusado ficava batendo em moradores, a fim de amedrontá-los" (...) (sic) (Declarações da testemunha SD/PM , ID 45479162) (...) "avistaram o réu com uma sacola na mão e ele mesmo gritou "perdi, perdi, perdi"; que deram a voz de abordagem e fizeram a busca pessoal; que na sacola encontraram o material ilícito para comercialização e o próprio réu assumiu os fatos de traficar para poder ajudar a família; que após o réu foi conduzido a delegacia da Polícia Civil; que lembra que tinha maconha e cocaína mas não lembra se tinha crack; que o réu falou que vendia a bucha de maconha por R\$10,00; que já tinham informações do réu que traficava na Vila Parracho; que certa feita estavam de ronda pela Vila Valdete e um morador do bairro falou que tinha um galego traficante que batia em alguns bêbados e nos moradores; que perguntaram o nome e a moradora afirmou que era o réu" (...) (sic) (Declarações da testemunha SD/PM , ID 45481450) Ademais, o próprio Apelante admitiu que "estava traficando, alegando que não tinha outra forma de sustentar a sua família", ID 45479162, e confirmou em Juízo, "que traficar era a única opção de sustentar a família porque estava desempregado no momento", ID 45481450. Dessa forma, vê-se que não bastasse a apreensão das 80 (oitenta) buchas de maconha e 31 (trinta e uma) pedras de crack e de ser ele conhecido nos meios policiais, a confissão do Apelante reforça a conclusão de que ele vem se dedicando ao comércio ilegal, fazendo da atividade ilícita seu meio de vida. Nesse sentido: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE. FUNDAMENTO IDÔNEO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. 1. A jurisprudência desta Corte Superior entende não haver ilegalidade no afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com fundamento na dedicação à atividade criminosa evidenciada por outros meios idôneos. 2. Na hipótese, as instâncias ordinárias, de forma fundamentada, afastaram a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, não apenas considerando a quantidade de drogas, mas destacando"que os envolvidos se valiam de 'delivery' para realizar a entrega das drogas". 3. Apesar de se tratar de paciente primário e sem antecedentes, não há ilegalidade no afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com fundamento na dedicação à atividade criminosa evidenciada por outros meios idôneos e concretos, como no caso. Precedentes. 4. [...] 6. Agravo regimental improvido. (grifos acrescidos) (AgRg no HC n. 695.763/SC, relator Ministro (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 15/2/2022, DJe de 21/2/2022) AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS (5,326 KG DE MACONHA). TESE DE INOBSERVÂNCIA DA RECOMENDAÇÃO N. 62/CNJ. INOVAÇÃO. INADMISSIBILIDADE. REDUTOR ESPECIAL DA PENA (ART. 33, § 4º, DA LEI N.

11.343/2006). INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS DO CASO CONCRETO. REVOLVIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. 5 ANOS DE RECLUSÃO. REGIME INICIAL FECHADO. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. OBSERVÂNCIA DA SÚMULA 440/STJ. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. ÓBICE OBJETIVO. 1. [...] 2. Deve ser mantida, por seus próprios fundamentos, a decisão monocrática que denegou a ordem de habeas corpus quanto à aplicação do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, uma vez que a Corte originária afastou a incidência do benefício, por entender que o réu se dedicava a atividades criminosas, considerando as particularidades do caso concreto. A pretensão em sentido contrário, a infirmar a conclusão do Tribunal a quo, implicaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento inviável na sede estreita do habeas corpus. Precedentes. 3. [...] 5. Agravo regimental improvido. (grifos acrescidos) (AgRg no HC n. 567.604/SP, relator Ministro, Sexta Turma, julgado em 30/6/2020, DJe de 4/8/2020) Nessa linha, considerando a existência de elementos concretos suficientes o bastante, resta evidenciada a dedicação do Apelante a atividades criminosas, não fazendo ele jus a concessão da benesse, devendo ser rechaçado o pleito defensivo para aplicar a minorante prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº. 11.343/2006, restando, assim, o réu, condenado a uma pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei de Drogas. Mantêm-se o regime inicial de cumprimento em semiaberto, a teor do que dispõe a alínea b, do § 2º, do art. 33, do CP. Inviável a substituição da pena, conforme artigo 44, I, do Código Penal. DA FIXAÇÃO DA PENA DE MULTA NO MÍNIMO LEGAL Em relação à pena de multa, a Defesa pleiteou a fixação no seu mínimo legal, aduzindo a vulnerabilidade econômica do Apelante. A pena de multa constitui sanção de caráter penal e sobre ela deve incidir a mesma sequência lógica aplicada para a pena privativa de liberdade. Nas lições do doutrinador (in Sentença Penal Condenatória: teoria e prática/. Ed. Rev. e atual. – Salvador: Jus PODIVM, 2019), “a pena de multa é o espelho da pena privativa de liberdade”, o que significa dizer que a quantidade de dias-multa deverá sempre guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade. Dispõe o artigo 33, da Lei nº 11.343/06, que a pena de multa será de “500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa”. Dessa forma, para estabelecer a quantidade de dias-multa é preciso observar a variação entre as penas mínima e máxima – 500 (quinhentos) a 360 1.500 (mil e quinhentos) dias – de maneira proporcional ao intervalo de variação da pena privativa de liberdade – 05 (cinco) a 15 (quinze) anos, no caso do tráfico de drogas. Após a reforma da dosimetria implementada, vê-se que a pena privativa de liberdade foi fixada em seu patamar mínimo, 05 (cinco) anos de reclusão, o que faz com que a pena de multa seja, igualmente, estabelecida no patamar mínimo de 500 (quinhentos) dias, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. DA DETRAÇÃO PENAL A Defesa pleiteou a realização da detração penal. Não merece guarida. Isso porque não há nos autos informações seguras e firmes suficientes para realizar a contagem abstrata do tempo de prisão provisória na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, de modo a confirmar que o apelante ficou preso durante todo o período, sem efetuar uma eventual fuga, por exemplo. Desse modo, a prudência impõe que o Juízo da Execução Penal seja o competente para a realização desta avaliação de forma segura. Portanto, à míngua de elementos suficientemente seguros, deixa-se de realizar a detração,

negando-se provimento ao pedido formulado pelo apelante, sem prejuízo de que a competente Vara das Execuções Penais, uma vez munida das informações necessárias, venha a realizá-la. DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE A Defesa requereu o direito do Apelante recorrer em liberdade, aduzindo que não há razões concretas que justifiquem a manutenção da medida preventiva, nos termos do art. 5º, inciso LVII da Constituição da República e do art. 387, § 1º do Código de Processo Penal. Insta consignar, preliminarmente, que a prisão cautelar se trata de exceção, sendo certo que tal medida constritiva somente se justifica quando, a par de indícios do cometimento do delito (*fumus commissi delicti*), estiver concretamente comprovada a existência do *periculum libertatis*, a demonstrar a sua real indispensabilidade para garantia da ordem pública, econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar aplicação da lei penal, ex vi do art. 312 do Código de Processo Penal. A prisão preventiva, portanto, enquanto medida de natureza cautelar, não pode ser utilizada como instrumento de punição antecipada do indiciado ou do réu. Com efeito, o Juízo a quo manteve a custódia preventiva antes decretada, pautando-se nas seguintes premissas, ID 45481467: (...) “Indefiro o direito de apelar em liberdade porque ainda subsistem os requisitos da prisão preventiva decretada nos autos, recomendando-se a prisão cautelar, pois o réu demonstrou que, estando em liberdade, estará suscetível aos mesmos estímulos relacionados à infração pela qual vê-se condenado.” (...) Da leitura do trecho acima transcrito, tem-se que a negativa do direito de recorrer em liberdade, mantendo-se a prisão preventiva do Recorrente, encontra-se devidamente fundamentada na garantia da ordem pública. Segundo o disposto no art. 387, § 1º, do Código de Processo Penal, “o juiz decidirá, fundamentadamente, sobre a manutenção ou, se for o caso, a imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento de apelação que vier a ser interposta”. Com efeito, a preservação da ordem pública se justifica pelo risco de reiteração delitiva, tendo em vista a dedicação do Apelante a atividade criminosa, o qual admitiu que faz da traficância o seu meio de vida. Ademais, pelo que se extrai dos autos, o Apelante permaneceu custodiado durante todo o curso do processo, sem que, de lá para cá, tenham ocorrido alterações fáticas substanciais, que justifiquem a modificação da sua situação prisional. De fato, a manutenção da custódia cautelar ganha reforço com a prolação da sentença condenatória do Recorrente que permaneceu preso durante toda a instrução processual, posto que mantidas as circunstâncias que justificaram a decretação da prisão preventiva. Veja-se, nesse sentido, recentes decisões do STJ: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO. VIOLAÇÃO AO ART. 316 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CPP. PAI DE MENOR DE 12 ANOS. TESES NÃO ANALISADAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO EM LIBERDADE INDEFERIDO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERICULOSIDADE CONCRETA DO AGENTE. MODUS OPERANDI DO DELITO. RISCO AO MEIO SOCIAL. NECESSIDADE DE GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE A INSTRUÇÃO DO PROCESSO. CONDIÇÕES PESSOAIS FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA. MEDIDAS CAUTELARES ALTERNATIVAS. RISCO DE CONTAMINAÇÃO PELA COVID19. GRUPO DE RISCO. NÃO COMPROVAÇÃO DE DEFICIÊNCIA ESTRUTURAL DO PRESÍDIO. FLAGRANTE ILEGALIDADE NÃO EVIDENCIADA. IMPETRAÇÃO NÃO CONHECIDA. 1.[...] 3. Em vista da natureza excepcional da prisão preventiva, somente se verifica a possibilidade da sua imposição quando evidenciado, de forma fundamentada e com base em dados concretos, o preenchimento dos pressupostos e requisitos previstos no art. 312 do

Código de Processo Penal – CPP. Deve, ainda, ser mantida a prisão antecipada apenas quando não for possível a aplicação de medida cautelar diversa, nos termos previstos no art. 319 do CPP. A prisão preventiva foi adequadamente mantida pelo Magistrado sentenciante que entendeu estarem mantidos os fundamentos que deram suporte à prisão preventiva. Isso porque ficaram demonstradas, com base em elementos colhidos dos autos, a gravidade concreta da conduta e da periculosidade do paciente, que se aproveitava da condição de pai da ofendida – com menos de 14 anos de idade à época do início dos fatos – para praticar atos libidinosos consistentes em passar a mão no seu corpo, alisar, beijar sua boca, inserindo a mão dentro de seu short, dizendo sempre que isso era normal, e a chamava para "namorar". Assim, a custódia cautelar resta devidamente fundamentada na necessidade de garantir a ordem pública. 4. Tendo o paciente permanecido preso durante toda a instrução processual, não deve ser permitido recorrer em liberdade, especialmente porque, inalteradas as circunstâncias que justificaram a custódia, não se mostra adequada sua soltura depois da condenação em Juízo de primeiro grau. 5. É entendimento do Superior Tribunal de Justiça que as condições favoráveis do paciente, por si sós, não impedem a manutenção da prisão cautelar quando devidamente fundamentada. 6. Inaplicável medida cautelar alternativa quando as circunstâncias evidenciam que as providências menos gravosas seriam insuficientes para a manutenção da ordem pública. 7. [...] 8. Habeas corpus não conhecido. (grifos acrescentados) (STJ HC 585.711/RJ, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2021, DJe 26/04/2021) AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ALEGADA OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. INOCORRÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. RÉU QUE PERMANECEU PRESO DURANTE TODA INSTRUÇÃO E FOI CONDENADO À PENA DE 11 ANOS E 8 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. RÉU REINCENTE E LÍDER DE UM DOS NÚCLEOS DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. PERICULOSIDADE SOCIAL. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. COVID-19. QUESTÃO NÃO ANALISADA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. [...] 3. Para a decretação da prisão preventiva, é indispensável a demonstração da existência da prova da materialidade do crime, da presença de indícios suficientes da autoria e do perigo gerado pelo estado de liberdade do imputado. Exige-se, mesmo que a decisão esteja pautada em lastro probatório, que se ajuste às hipóteses excepcionais da norma em abstrato (art. 312 do CPP), demonstrada, ainda, a imprescindibilidade da medida. Precedentes do STF e STJ. 4. [...] 5. O entendimento abraçado pelas instâncias ordinárias encontra-se em harmonia com a jurisprudência desta Corte, no sentido de que, tendo o recorrente permanecido preso durante todo o andamento da ação penal, não faria sentido, ausentes alterações nas circunstâncias fáticas, que, com a superveniência da condenação, fosse-lhe deferida a liberdade. 6. [...] 7. Agravo regimental improvido. (grifos acrescentados) (AgRg no HC 568.997/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 19/05/2020, DJe 27/05/2020) Esse também é o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, “considerando que o réu permaneceu preso durante toda a instrução criminal, não se afigura plausível, ao contrário, se revela um contrassenso jurídico, sobrevivendo sua condenação, colocá-lo em liberdade para aguardar o julgamento do apelo” (HC 110.518/MG) Insta salientar, ainda, que de acordo com a jurisprudência das Cortes Superiores, não há incompatibilidade entre a negativa do direito de recorrer em liberdade e o regime semiaberto, quando preenchidos os requisitos do art. 312 do Código

de Processo Penal, como ocorre na hipótese. Nesse sentido: Ementa: PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS. APELO EM LIBERDADE NEGADO. REITERAÇÃO DELITIVA DO AGENTE. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. REGIME SEMIABERTO ESTABELECIDO NA SENTENÇA. COMPATIBILIDADE COM A CUSTÓDIA PREVENTIVA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. [...] 2. Conforme preconiza o § 1º do art. 387 do CPP, o magistrado, ao proferir sentença condenatória, decidirá fundamentadamente sobre a manutenção ou, se for o caso, imposição de prisão preventiva ou de outra medida cautelar, sem prejuízo do conhecimento da apelação que vier a ser interposta. 3. Hipótese em que a custódia cautelar está suficientemente fundamentada na garantia da ordem pública, haja vista a reiterada conduta delitiva do paciente, pois ele responde a dois processos em curso, sendo um deles por receptação e outro pelo delito de tráfico de drogas, decorrente de prisão em flagrante ocorrida em 2/8/2020, portanto, pouco mais de trinta dias antes dos fatos ora apurados – no qual agora foi surpreendido novamente na posse de 41g de cocaína. 4. A jurisprudência dessa Corte já se manifestou pela compatibilidade entre a prisão preventiva e a fixação de regime semiaberto estabelecido para o cumprimento da pena reclusiva, desde que adequada a segregação à modalidade prisional imposta na condenação. 5. Habeas corpus não conhecido. (grifos acrescidos) (STJ HC 670.189/SC, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 24/08/2021, DJe 30/08/2021) Ementa: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. LESÃO CORPORAL QUALIFICADA. MARIA DA PENHA. PRISÃO PREVENTIVA. SENTENÇA SUPERVENIENTE SEM NOVOS FUNDAMENTOS. CONDENAÇÃO EM REGIME INICIAL SEMIABERTO. SEGREGAÇÃO FUNDADA NA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RISCO DE REITERAÇÃO E MODUS OPERANDI. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. COAÇÃO ILEGAL NÃO DEMONSTRADA. NECESSIDADE DE SE COMPATIBILIZAR A PRISÃO PREVENTIVA AO REGIME INICIAL APLICADO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA ADEQUAR A CUSTÓDIA AO REGIME PRISIONAL. 1. [...] 2. A privação antecipada da liberdade do cidadão acusado de crime reveste-se de caráter excepcional em nosso ordenamento jurídico, e a medida deve estar embasada em decisão judicial fundamentada (art. 93, IX, da CF), que demonstre a existência da prova da materialidade do crime e a presença de indícios suficientes da autoria, bem como a ocorrência de um ou mais pressupostos do artigo 312 do Código de Processo Penal. Exige-se, ainda, na linha perfilhada pela jurisprudência dominante deste Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, que a decisão esteja pautada em motivação concreta, vedadas considerações abstratas sobre a gravidade do crime. 3. No presente caso, a prisão preventiva está devidamente justificada para a garantia da ordem pública, já que a liberdade prematura do paciente demonstra real risco social. Nesse sentido, a decisão que converteu a prisão em flagrante em preventiva, aduziu o real risco de reiteração delitiva, além do peculiar modus operandi da conduta do paciente, o qual supostamente arrastou sua ex-companheira pelos cabelos e a agrediu em via pública com soco em seu rosto, o que fez a vítima cair no chão e quase perder os sentidos. 4. Não há incompatibilidade entre a negativa do direito de recorrer em liberdade e a fixação do regime semiaberto, caso preenchidos os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, como ocorre in casu. Entretanto, faz-se necessário compatibilizar a manutenção da custódia cautelar com o regime inicial determinado na sentença condenatória, sob pena de estar impondo ao condenado modo de execução mais gravoso tão somente pelo fato de ter optado pela interposição de recurso, em flagrante ofensa ao princípio da razoabilidade. 5. Ante o exposto, não conheço do habeas corpus. Contudo, concedo a ordem de ofício para

determinar que o paciente aguarde o julgamento de eventual recurso em estabelecimento adequado ao regime fixado na condenação. (grifos acrescidos) (HC n. 504.409/SP, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 6/6/2019, DJe de 27/6/2019.) Assim, inviável o acolhimento do pleito do Apelante de recorrer em liberdade, devendo-se, entretanto, ressaltar que deverá ser compatibilizada a manutenção da custódia cautelar com o regime inicial semiaberto determinado na sentença condenatória. PREQUESTIONAMENTO Em relação ao pedido de manifestação para o fim de prequestionamento, tem-se que não houve ofensa aos dispositivos elencados, bem como as matérias levantadas já foram discutidas e analisadas de modo satisfatório, devendo o prequestionamento ser admitido tão somente para efeito de assegurar eventual interposição de recurso em instância superior. CONCLUSÃO Ante o exposto, vota-se pelo CONHECIMENTO, REJEIÇÃO DA PRELIMINAR E, NO MÉRITO, PELO SEU PARCIAL PROVIMENTO PARA REDIMENSIONAR A PENA PARA 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, À RAZÃO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO FATO. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador Relator