

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500468-72.2019.8.05.0244 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JENIVALDO DE JESUS DIAS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA ACORDÃO EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL INTERPOSTA PELA DEFENSORIA PÚBLICA. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. 1) PLEITO PELA ATIPICIDADE DA CONDUTA. IMPROVIMENTO. QUANTIDADE DE CRACK E FORMA DE ACONDICIONAMENTO QUE APONTAM PARA O TRÁFICO DE DROGAS E NÃO PARA CONSUMO PESSOAL. NATUREZA DA DROGA EXCESSIVAMENTE NOCIVA. RECORRENTE QUE CONFESSOU A VENDA DE DROGAS EM FASE INQUISITORIAL. 2) PEDIDO DE MODIFICAÇÃO DA DOSIMETRIA. PARCIAL PROVIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME VALORADOS ERRONEAMENTE. MANUTENÇÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DA MINORANTE RELATIVO AO TRÁFICO PRIVILEGIADO. SENTENÇA QUE MENCIONA EXPRESSAMENTE O DESEJO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA. 3) PLEITO DE MODIFICAÇÃO DO REGIME PRISIONAL PARA O SEMIABERTO. PROVIMENTO. NOVO PATAMAR DE PENA FIXADO CONJUGADO PELA EXISTÊNCIA DE VALORAÇÃO NEGATIVA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS PREPONDERANTES. ARTIGO 33, § 3º, DO CP. ADEQUAÇÃO AO REGIME SEMIABERTO. 4) CONCLUSÃO: CONHECIMENTO E PARCIAL PROVIMENTO. Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0500468-72.2019.8.05.0244, da Comarca de Senhor do Bonfim/BA, sendo Apelante Jenivaldo de Jesus Dias 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, à unanimidade de votos, em CONHECER e julgar PARCIALMENTE PROVIDO o recurso interposto, alterando-se a Pena Definitiva para 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 12 (doze) dias de reclusão, e 175 (cento e setenta e cinco) dias-multa, a ser cumprida em regime aberto, com base no artigo 33, §§ 2º e 3º, do CP. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA RELATOR (ASSINADO ELETRONICAMENTE) 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 APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500468-72.2019.8.05.0244 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JENIVALDO DE JESUS DIAS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA RELATÓRIO Cuidam os autos de Apelação Criminal interposta por Jenivaldo de Jesus Dias, em face de sentença condenatória proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Senhor do Bonfim/BA, nos autos da ação penal em epígrafe. Narra a inicial que (fl. 01/03): “No dia 19 de junho de 2019, por volta das 06h, policiais civis em cumprindo mandato de Busca e apreensão contra Jenivaldo em sua residência se depararam com a negativa do mesmo em abrir a porta para os policiais, sendo necessário que a porta fosse arrombada. Consta dos autos que, ao entrar na residência notaram que Jenivaldo estava fugindo pelo telhado. Entretanto, o indivíduo não obteve êxito em sua fuga sendo capturado na rua Engenheiro Silva Lima, nesta cidade. Apurou-se que, no interior da residência foram encontrado 14 pedras de crack, e no telhado por onde tentou fugir o individuo mais 23 pedras crack, totalizando 37 pedras de crack. A materialidade da prática da conduta delituosa está devidamente positivada, conforme laudo de constatação de fl. 23. A autoria da prática da conduta delituosa está devidamente comprovada através dos depoimentos colhidos durante a feitura da peça inquisitorial. A prisão em flagrante foi convertida em preventiva nas fls. 36/43. Por tais fatos, restou

denunciado o recorrente nos termos do artigo 33, caput, da lei 11.343/06. A Denúncia foi recebida em 20 de novembro de 2019 (fls. 74/75). Ultimada a instrução processual penal, o insurgente foi condenado pelo delito previsto no artigo 33, § 4, da lei 11.343/06. A pena foi fixada em 05 (cinco) anos e 28 (vinte e oito) dias de reclusão e 507 (quinhentos e sete) dias-multa, a ser cumprido em regime fechado, com a denegação do direito de recorrer em liberdade. Inconformada, a Defesa do recorrente interpôs recurso de Apelação, com razões recursais apresentadas às fls. 200/208, requerendo (i) a absolvição do recorrente, baseada na atipicidade da conduta, alegando que a droga estava em casa para consumo, de modo que não a portava; (ii) o redimensionamento da dosimetria; (iii) a fixação do regime prisional no semiaberto. Em contrarrazões (fls. 213/222), o Ministério Público manifestou-se pelo improvimento do recurso de apelação interposto pela Defesa. No ID nº 24531731, a Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento. É o relatório. Passa-se ao voto. Salvador/BA., data registrada em sistema. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA RELATOR (ASSINADO ELETRONICAMENTE) PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500468-72.2019.8.05.0244 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JENIVALDO DE JESUS DIAS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA VOTO Conhece-se do recurso interposto, eis que presentes os requisitos objetivos e subjetivos para a sua admissibilidade. Passa-se à sua análise. DA ABSOLVIÇÃO POR ATIPICIDADE A Defesa requereu a absolvição do recorrente, baseada na atipicidade da conduta, alegando que a droga estava em casa para consumo, de modo que não a portava. Sem razão. De acordo o artigo 28, § 2º, da Lei 11.343/2006: "Art. 28 (...) (...) § 2º. Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente." Considerando os parâmetros legais estabelecidos pelo próprio legislador, não se vislumbra que a droga se destinava à consumo pessoal, tampouco visualiza-se a atipicidade da conduta. Com efeito, o Auto de Exibição e Apreensão (fl. 10 do Sistema SAJ) certificou: "- (37) trinta e sete pedras de uma substância, aparentando serem pedras de crack, acondicionadas em saco plástico preto amarradas com linhas preta de costura" Por sua vez, o Laudo de Constatação Provisória (fl. 26 do Sistema SAJ) atestou positivamente a presença da substância entorpecente Benzoilmetilecgonina no material analisado. Igualmente, o Laudo de Exame Pericial (fls. 58/60) também atestou positivamente para a presença da substância psicotrópica Benzoilmetilecgonina. Nessa medida, o cenário delitivo aponta a existência do crime de tráfico de drogas. Primeiramente, pela natureza do entorpecente (cocaína encontrada tanto na forma de pó quanto na de pedras friáveis). Em segundo lugar, pela quantidade e forma de acondicionamento (divididas em trinta e sete sacos plásticos) Inclusive, em fase inquisitorial, o recorrente confessou que embalara as drogas com destinação para a venda, conforme colaciona-se abaixo (fl. 11): "O que tem o (a) interrogado (a) para alegar em sua defesa, face a acusação de ter no dia de hoje (19/06/2019), por volta das 06h, ter sido preso em Flagrante Delito em sua residência na posse de (37) trinta e sete pedras de uma substância, aparentando serem pedras de crack, além de da quantia em espécie no valor de R\$ 252,30 (duzentos e cinquenta e dois reais de trinta centavos), em várias cédulas de diferentes valores ? RESP: Que são verdadeiras as acusações feitas ao interrogado, pois comprou um pedra de

crack no dia de ontem e cortou a mesma em cinquenta e sete pedaços pequenos, os quais embalou para a venda em saco plástico preto amarrados com linhas preta de costura; Que o interrogado guardou quatorze pedras de crack em uma cômodo em seu quarto, que quando a Polícia chegou o interrogado tentou fugir pelos fundos e levou vinte e três pedras de crack no bolso envoltos em um plástico preto; Que o interrogado subiu nos telhados das casas vizinhas e enquanto tentava fugir a droga caiu do seu bolso no telhado; Que quando caminhava pelos telhados da casa e pulou de uma altura de mais ou menos doze metros e caiu em um quintal de uma casa vizinha, machucando o seu pé, quando tentava fugir; Que tentou sair caminhando pela rua, mas foi alcançado pelos policiais que o prenderam; Que a quantia em dinheiro apreendida é referente a droga vendida crack pela quantia de R\$ 10. vendida no dia de ontem; Que vendia cada pedra de (dez reais). comprou a pedra de crack para revender na mão de uma pessoa que não sabe dizer o nome; Que só vendeu crack porque estava you.00 (de lá mas estava precisando; Que pagou a quantia de R\$ 170,00 (cento e setenta reais) pela pedra de crack, Que começou a vender a droga no dia de ontem: Que já foi preso processado pelo crime de Tráfico de Drogas e tem cinco meses que saiu do presídio; Que o interrogado tem uma filha menor de sete anos de nome VITORIA e está aos cuidados de uma tia dela; Que a interrogado recebeu atendimento na UPA desta cidade; Ademais, em juízo, a testemunha policial Adolfo Lira da Silva confirmou a apreensão de drogas, detalhando que foram encontradas 14 (catorze) pedras de crack na residência e mais 23 (vinte e três) no telhado, após o recorrente empreender fuga. Outrossim, em juízo, a testemunha policial Ailton Ferreira Braga ratificou o encontro dos entorpecentes, narrando que, após o apelante empreender fuga, dispensou um sacola preta contendo 23 (vinte e três) “pedrinhas” (sic). Nesse contexto, conforme entendimento jurisprudencial consolidado, os depoimentos de testemunhas policiais, em regra, possuem plena eficácia probatória, sendo tal presunção afastada apenas na presença de motivos concretos que coloquem em dúvida a veracidade de suas declarações. Nesse sentido, já se manifestou o Supremo Tribunal Federal: VALIDADE DO DEPOIMENTO TESTEMUNHAL DE AGENTES POLICIAIS. O valor do depoimento testemunhal de servidores policiais – especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório – reveste-se de inquestionável eficácia probatória, não se podendo desqualificá-lo pelo só fato de emanar de agentes estatais incumbidos, por dever de ofício, da repressão penal. – O depoimento testemunhal do agente policial somente não terá valor, quando se evidenciar que esse servidor do Estado, por revelar interesse particular na investigação penal, age facciosamente ou quando se demonstrar – tal como ocorre com as demais testemunhas – que as suas declarações não encontram suporte e nem se harmonizam com outros elementos probatórios idôneos. (HC 73518/SP, 1ª T., Relator: Ministro Celso de Mello, j. 26-03-1996, DJe 18-10-1996). No mesmo raciocínio, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: “(...) (a) Ademais, os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções. Em sendo assim, tais depoimentos revestem-se de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes do STJ e do STF (Resp. 604815/BA, 5ª T., Relatora: Ministra Laurita Vaz, j. 23-08-2005, DJe 26-09-2005); (b) (...) Os policiais que participaram da custódia em flagrante podem figurar como testemunhas. (HC 45653/PR, 6ª T., relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, j. 16-02-2006, DJe 13-03-2006).” Desse

modo, resta configurada a tipicidade objetiva e subjetiva do tráfico de drogas, tendo em vista que o recorrente guardou e manteve em depósito, de forma consciente e voluntária, a substância ilícita de entorpecentes, nos termos previsto no caput do artigo 33 da lei 11.343/2006. Ante o exposto, nega-se provimento ao pleito. DA DOSIMETRIA A Defesa requereu a reforma da dosimetria, inclusive pleiteando a aplicação do quantum máximo da minorante do tráfico privilegiado. Com razão. A Autoridade Judiciária realizou a dosimetria da pena nos seguintes termos (fls. 174/176 do Sistema SAJ): “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. Verifico que o acusado ostenta circunstâncias e consequências do crime desfavoráveis, considerando a quantidade (37 pedras) e a espécie de substância entorpecente comercializada “crack” de alto poder de dependência química e de destruição da saúde humana; bem como pelo fato de ter tentado evadir-se à prisão e destruído todo o telhado da residência vizinha, acarretando prejuízo a terceiros, conforme narrado pelo testemunha Victor Alves, acima. As outras circunstâncias são favoráveis ou neutras. Portanto, considerando as circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como a quantidade e a natureza da substância entorpecente apreendida (crack) e as circunstâncias da conduta, 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 do réu em 8 (oito) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de reclusão e 812 (oitocentos e doze) dias-multa, cada dia ao valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato, devidamente atualizados ( CP, art. 49). Presentes a atenuante disposta pelo art. 65, III, # d# , do CP, atenuo a pena do réu, passando a dosá-la em 6 (seis) anos, 9 (nove) meses e 7 (sete) dias mais 676 (seiscentos e setenta e seis) dias-multa, no mínimo legal já fixado. Ausente causa de aumento de pena. Presente a causa de diminuição do § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, aplico a minorante no seu patamar máximo, reduzindo em 1/4 (um quarto) o quantum da pena aplicada na fase anterior, pelo que TORNO A PENA DEFINITIVA de JENIVALDO DE JESUS DIAS em 5 (cinco) anos e 28 (vinte e oito) dias de reclusão e 507 (quinhentos e sete) 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. Da leitura da dosimetria realizada, percebe-se que, quanto à primeira fase, a Autoridade Judiciária valorou a (i) a circunstâncias do crime; (ii) as consequências do delito; (iii) a natureza da droga; e (iv) a quantidade do entorpecente. Nesse contexto, verifica-se que as circunstâncias do crime e as consequências do delito foram valoradas negativamente de forma errônea. Isso porque a fundamentação utilizada diz respeito, na verdade, às circunstâncias preponderantes da natureza e quantidade de droga, previstas no artigo 42 da Lei 11.343/2006. Desse modo, devem ser afastadas. Por outro lado, as circunstâncias preponderantes da natureza e quantidade da droga deve ter sua valoração negativa mantida. Isso porque foram encontradas 37 (trinta e sete) pedras de crack, sendo esta uma substância de elevada nocividade e produtora de excessiva dependência. Entende-se, portanto, 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. Desta forma, é imprescindível destacar a inexistência de parâmetros legais aritméticos para a fixação da pena-base, a qual deve ser estabelecida conforme o princípio da discricionariedade motivada e dos critérios da razoabilidade e da proporcionalidade. Ao perfilhar por esta linha de inteligência, notabiliza-se, ainda, a ausência de determinação legal expressa sobre eventual exigência matemática a ser empregada para o quantitativo da reprimenda basilar, ou, ainda, para as circunstâncias atenuantes e agravantes, cabendo, então, ao Julgador, fixá-las consoante a especificidade de cada caso. 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, Relª. Minª. 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 em epígrafe, 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 tanto a natureza quanto a quantidade da droga, a pena-base deve ser fixada em 06 (seis) anos, 05 (cinco) meses e 02 (dois) dias de reclusão e 641 (seiscentos e quarenta e um) dias-multa. Quanto a segunda fase da dosimetria, embora não existam agravantes, o Juiz aplicou a atenuante da confissão espontânea (artigo 65, III, d, do CP). Nesse sentido, a sanção penal deve ser atenuada no patamar de 1/6 (um sexto). Desse modo, a pena intermediária deve ser fixada em 05 (cinco) anos, 04 (quatro) meses e 06 (seis) dias de reclusão, e 533 (quinhentos e trinta e três) dias-multa. Por sua vez, quanto a terceira fase da dosimetria, embora não haja causa de aumento de pena, a Autoridade Judiciária aplicou a minorante prevista no § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas, com o quantum de redução em  $\frac{1}{4}$  (um quarto). Entretanto, de fato, verifica-se que o Magistrado, na realização da dosimetria, mencionou expressamente a sua posição de aplicar a fração máxima do tráfico privilegiado, conforme se colaciona abaixo: “Ausente causa de aumento de pena. Presente a causa de diminuição do § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, aplico a minorante no seu patamar máximo, reduzindo em 1/4 (um quarto) o quantum da pena aplicada na fase anterior, pelo que TORNO A PENA DEFINITIVA de JENIVALDO DE JESUS DIAS em 5 (cinco) anos e 28 (vinte e oito) dias de reclusão e 507 (quinhentos e sete) 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.” Desse modo, considerando a premissa de que, na hipótese de divergência, a fração mais favorável deve ser aplicada ao recorrente, baseado no princípio do in dubio pro reo, o quantum de 2/3 (dois terços) será aplicado. Portanto, a pena definitiva deve ser fixada em 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 12 (doze) dias de reclusão, e 175 (cento e setenta e cinco) dias-multa. Ante o exposto, concede-se provimento ao pedido. DO REGIME PRISIONAL A Defesa pediu a modificação do regime prisional para o semiaberto. Com razão. Considerando o novo patamar de pena fixado em 01

(um) anos, 09 (nove) meses e 12 (doze) dias de reclusão, e 175 (cento e setenta e cinco) dias-multa, o regime prisional adequado é o semiaberto. Isso porque, considerando o teor do § 3º do artigo 33 do CP, a fixação do regime prisional deve ser realizada com observância das circunstâncias judiciais, como colaciona-se abaixo: “Art. 33. [...] [...] § 3º – A determinação do regime inicial de cumprimento da pena far-se-á com observância dos critérios previstos no art. 59 deste Código. Desse modo, conjugando o quantum de pena estabelecido com a valoração negativa das circunstâncias judiciais preponderantes, o regime prisional idôneo é o semiaberto. Ante o exposto, concede-se provimento ao pleito. CONCLUSÃO Ante o exposto, vota-se pelo CONHECIMENTO do recurso interposto e pelo seu PARCIAL PROVIMENTO, alterando-se a Pena Definitiva para 01 (um) ano, 09 (nove) meses e 12 (doze) dias de reclusão, e 175 (cento e setenta e cinco) dias-multa, a ser cumprida em regime aberto, com base no artigo 33, §§ 2º e 3º, do CP. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA RELATOR (ASSINADO ELETRONICAMENTE)