

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300837-60.2019.8.05.0079

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: João Lenon Santos Silva e outros

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

APELAÇÃO CRIMINAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. IMPUTAÇÃO AOS RÉUS DA PRÁTICA DO DELITO INSCULPIDO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REDIMENSIONAMENTO DA PENA APLICADA NO JUÍZO DE ORIGEM AO APELANTE JOÃO LENON SANTOS SILVA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

I. Na hipótese sob descortino, adstringe-se o mérito deste recurso à insurgência da defesa contra a procedência parcial da denúncia, pugnando pelo redimensionamento da pena aplicada, a partir da fixação da pena-base no mínimo legal, aplicando-se, em seguida, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, para que seja alterado o regime para o regime de início de cumprimento de pena para semiaberto ou aberto.

II. No que diz respeito à dosimetria da pena, infere-se da sentença que o magistrado primevo, na primeira fase, valorou em desfavor dos réus a quantidade de droga apreendida, cuja circunstância judicial motivou a exasperação da pena-base, arbitrada em 08 (oito) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias multa para o réu JOÃO LENON SANTOS SILVA e 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias multa para a ré CRIVIA LIRA SOUZA.

Nesta senda, verifica-se da decisão supracitada que o magistrado especificou o motivo da majoração da reprimenda para ambos os réus, qual seja, quantidade de droga apreendida. Contudo, no momento da fixação do percentual de aumento, sem uma justificativa plausível, promoveu o aumento da pena-base do réu João Lenon Santos Silva em três anos, ao passo que

diante do mesmo quadro fático apurado, promoveu a exasperação da pena-base da ré Crivia Lira Souza, em apenas um ano. Logo, entendo assistir razão ao Apelante João Lenon Santos Silva no que tange à redução da pena-base, porém, para o mesmo patamar fixado para a corré Crivia Lira Souza, qual seja, 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, tendo em vista a necessidade de adequação ao princípio da proporcionalidade, considerando que não houve modificação na quantidade de droga apreendida (750g de maconha).

Por sua vez, no que tange ao pedido de redução da pena-base para o patamar mínimo, em relação à ré Crivia Lira Souza, entendo que não merece acolhimento, pois a sentença recorrida, ao ponderar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, em conjunto com o art. 42 da Lei nº 11.343/06, o fez dentro dos limites da legalidade e proporcionalidade, a partir da análise percuciente das circunstâncias fáticas e pessoais que envolveram a prática da conduta criminosa.

III. No que se refere ao pedido de aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, no percentual máximo de 2/3 (dois terços), não merece acolhimento a tese defensiva. Como destacou o magistrado sentenciante, constitui entendimento jurisprudencial que a quantidade de droga apreendida, em conjunto com as demais circunstâncias fáticas em que ocorreu a ação criminosa, permitindo verificar a dedicação ao crime, autoriza o afastamento do tráfico privilegiado sem caracterizar bis in idem.

Incabível, portanto, in casu, a aplicação da benesse prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em favor dos acusados, uma vez que restou demonstrado, in folio, de forma inequívoca, o não preenchimento dos requisitos para tal benefício, uma vez constatada a dedicação às atividades criminosas.

IV. Considerando o reconhecimento da necessidade de promover o redimensionamento da pena aplicada ao Apelante João Lenon Silva Santos, torna-se forçoso promover, na primeira fase da dosimetria, a fixação da pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias multa, mantendo-se o valor do dia-multa fixado na sentença, correspondente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. O Juiz a quo reconheceu as atenuantes correspondentes à menoridade do réu à época do fato e a confissão espontânea (art. 65, I e III, d, do CP), razão pela qual reduz-se às penas para 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, mantendo-se o valor do dia-multa fixado na sentença, correspondente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, tornada definitiva, em razão da ausência de causas especiais de aumento ou diminuição de pena.

V. No que tange à fixação do regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade pelos Apelantes, entendo que não merece reparo a conclusão do magistrado sentenciante ao fixar o regime fechado, ao considerar a quantidade de entorpecentes encontrado na posse dos apelantes, ou seja, 750 g de maconha, pois a jurisprudência autoriza constituir fator suficiente para o recrudescimento do regime prisional tal circunstância, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal.

VI. PRONUNCIAMENTO DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO PROVIMENTO PARCIAL DO APELO.

VII. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO.

## ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº. 0300837-60.2019.8.05.0079, da 1ª Vara Criminal da Comarca de Eunápolis/BA, em que são partes, JOÃO LENON SANTOS SILVA E CRIVIA LIRA SOUZA como apelantes, e o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL, como apelado, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em CONHECER E DA PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DE APELAÇÃO, nos termos do voto do Desembargador Relator.  
Sala das Sessões, de de 2022.

DES. ABELARDO PAULO DA MATTA NETO  
RELATOR/ PRESIDENTE

PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA

## DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade  
Salvador, 17 de Maio de 2022.

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300837-60.2019.8.05.0079

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: João Lenon Santos Silva e outros

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

## RELATÓRIO

JOÃO LENON SANTOS SILVA E CRIVIA LIRA SOUZA, por meio da Defensoria Pública do Estado da Bahia, irresignados com a sentença prolatada pelo MM. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Eunápolis/BA, que os condenou, pela prática delitiva insculpida no art. 33 da Lei nº. 11.343/06, respectivamente, à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 532 (quinhentos e trinta e dois) dias multa, no valor de um trinta avos salário mínimo, e à 6 (seis) anos de reclusão e de 600 (seiscentos) dias multa, no valor de um trinta avos do salário mínimo, em regime fechado, concedendo-lhes o direito de recorrer em liberdade, interpuseram, tempestivamente, o presente recurso de APELAÇÃO objetivando reformar o decisor.

De logo, há de ser encampado o relatório albergado na sentença condenatória (ID 22722821), com espeque no princípio da economia processual, havendo de acrescentar o quanto segue explicitado.

Em razões de apelação (ID 22722864), a Defesa postula seja reformada a sentença penal condenatória, a fim de seja aplicada aos Apelantes a pena-base em seu patamar mínimo, bem como seja aplicada a causa especial de diminuição de pena inserida no art. 33, § 4º da Lei de drogas, em seu índice máximo, conduzindo, dessa forma, a alteração do regime inicial de cumprimento da pena para o semiaberto ou aberto.

Em contrarrazões (ID 22722867), o Ministério Público refuta as alegações da Defesa, manifestando-se pela preservação da condenação lançada aos autos.

Por fim, a douta Procuradoria de Justiça, roga pelo conhecimento do recurso e, no mérito, pelo provimento parcial.

Encaminhe-se o presente relatório, a ser submetido à apreciação do eminente Desembargador revisor, com as homenagens de estilo.

É, no essencial, o relatório.

Des. Abelardo Paulo da Matta Neto

Relator

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Primeira Câmara Criminal 2ª Turma  
APMN 04

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300837-60.2019.8.05.0079

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: João Lenon Santos Silva e outros

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

VOTO

Presentes os requisitos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, uma vez que o recurso é próprio, tempestivo, e interposto por parte legítima, que tem interesse jurídico na reforma da sentença prolatada, imperioso conhecer do Apelo manejado.

Ademais, inexistindo questões preliminares, tampouco nulidades a serem declaradas de ofício, passa-se, de logo, à análise do mérito recursal. O Ministério Público do Estado da Bahia, por um dos seus presentantes legais, ofereceu denúncia em face de JOÃO LENON SANTOS SILVA E CRIVIA LIRA SOUZA, nos seguintes termos:

“(...) que, no dia 01 de maio de 2019, por volta de 17h40min, os denunciados foram flagrados, por prepostos da Polícia Militar, trazendo consigo 08 (oito) tablets de "maconha", sem autorização e em desacordo com determinação legal e regulamentar. Na ocasião, a guarnição Falcão da Polícia Militar desenvolvia motopatrulhamento tático no bairro Moisés Reis, nesta urbe. Quando realizava o procedimento de abordagem de pedestres e veículos na Rua Lua Nova, avistaram o casal de denunciados a

bordo da motocicleta Honda POP 110, vermelha, placa policial PLQ8E88. Os milicianos estranharam o fato de a passageira estar sem capacete e trazer o equipamento de segurança nas mãos. Dadas às fundadas suspeitas, deram ordem de parada ao condutor do veículo, que desobedeceu a determinação policial e tentou escapar do bloqueio. O casal de denunciados, no entanto, foi contido, obrigado a desembarcar da moto, encostar no muro, de costas para a guarnição e com as mãos para cima. Contudo, antes de posicionar-se, o denunciado João Lennon colocou no chão dois capacetes de cor escura. Os Militares perceberam um volume estranho na cintura da denunciada Crivia e a indagou o que seria. Ela, então, retirou debaixo de suas vestes um tablete de 'maconha', ainda não fracionado, de 310g (trezentos e dez gramas), e o entregou aos Policiais, que também encontraram em poder da denunciada a quantia de R \$5,00 (cinco reais). Em um dos capacetes trazidos por João Lennon, havia um saco plástico de cor verde, em cujo interior estavam acomodados 07 (sete) tabletes de 'maconha', com o peso total de aproximadamente 440g (quatrocentos e quarenta gramas). Não bastasse, o denunciado trazia em sua cintura uma balança de precisão, da marca Tomate, e, no bolso, a quantia de R\$ 140,00 (cento e quarenta reais), em espécie, proveniente do comércio ilegal de drogas. João Lenon revelou aos milicianos, no palco dos acontecimentos, que havia adquirido a droga na Rua Lua Nova, pela quantia de R\$ 1.000,00 (mil reais), mas não informou o nome do seu fornecedor. Durante o interrogatório policial, a denunciada Crivia tentou esquivar-se de sua responsabilidade pelo crime ao afirmar que desconhecia o conteúdo da sacola. Suas palavras, contudo, foram contraditadas por seu próprio companheiro quando este afirmou que Crivia sabia que pegaria o entorpecente e que iria com ele fazer a entrega da droga. Ademais, também ficou comprovada a responsabilidade penal deste, pois, da mesma forma, a denunciada foi assertiva em dizer que tinha conhecimento de que o seu companheiro João Lenon desenvolvia a mercancia ilícita de substâncias estupefacientes. Assim, está nítido que os denunciados estenderam relação conjugal para o campo dos negócios espúrios e se uniram, de forma estável e permanente, impelidos pelo liame subjetivo e pelo animus associativo, para juntos dedicarem-se ao comércio ilegal de drogas. Restou patente também que o dois traziam consigo a mercadoria ilícita com o fim de comercializá-la, pois as circunstância do crime, as reações dos agentes diante da presença da Polícia, a natureza e a quantidade de droga, a forma como esta estava acondicionada, o apetrecho e o numerário apreendidos no contexto retratam situação típica de narcotraficância."

Após a instrução do feito, os Apelantes JOÃO LENON SANTOS SILVA E CRIVIA LIRA SOUZA foram condenados, respectivamente, à pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 532 (quinhentos e trinta e dois) dias multa, no valor de um trinta avos salário mínimo e à 06 (seis) anos de reclusão e de 600 (seiscentos) dias multa, no valor de um trinta avos do salário mínimo, em regime fechado, sendo-lhes concedido o direito de recorrer em liberdade, pela prática delitiva insculpida no art. 33 da Lei nº. 11.343/06.

No cerne do inconformismo recursal, constata-se não ter se estabelecido qualquer controvérsia acerca da materialidade e da autoria delitiva. A tese trazida com o apelo é no sentido de que seja promovido o redimensionamento da pena aplicada, a partir da fixação da pena-base no mínimo legal, aplicando-se, em seguida, a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, para que seja alterado o regime para o

regime de início de cumprimento de pena para semiaberto ou aberto.

#### I. DO PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL

No que diz respeito à dosimetria da pena, infere-se da sentença que o magistrado primevo, na primeira fase, valorou em desfavor dos réus a quantidade de droga apreendida, cuja circunstância judicial motivou a exasperação da pena-base, arbitrada em 08 (oito) anos de reclusão e 800 (oitocentos) dias multa para o réu JOÃO LENON SANTOS SILVA e 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias multa para a ré CRIVIA LIRA SOUZA. Vale colacionar trecho pertinente da decisão hostilizada:

"(...) Julgo procedente a ação penal em parte e, de um lado, (i) absolvo os réus João Lenon Santos Silva e Crivia Lira Souza do crime do art. 35, da Lei n.º 11.343/2006, e, de outro lado, (ii) condeno-lhes às penas do art. 33 da referida Lei n.º 11.343, de agosto de 2006, aplicando-lhes as seguintes penas, de acordo com as disposições do art. 59, do Código Penal e art. 42, da Lei Antitóxico.

Para João Lenon Santos Silva

Primeira fase (causas judiciais)

Das causas judiciais, milita em desfavor do réu as circunstâncias.

Observe-se que, de acordo com o 42, da Lei n.º 11.343, de agosto de 2006, são elementos que preponderam sobre o previsto no art. 59, do Código Penal, e revelam maior desvalor da conduta do denunciado, a quantidade e a natureza da substância objeto do crime.

Veja-se, ademais, que, consoante advertência advinda do STJ, "a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que"o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto (AgRg no REsp n. 143.071/AM, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 6/5/2015). É o caso, o crime praticado pelo réu envolveu elevadíssima quantidade de drogas, ou seja, 750 g (setecentos e cinquenta) gramas.

Além disso, esse acusado teve atuação preponderante na conduta criminosa, para a qual arrastou inclusive a sua companheira para junto consigo praticar o delito.

Desse modo, fixo as penas-base em 8 (oito anos) de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa. (...)

Para Crivia Lira Souza

Primeira fase (causas judiciais)

Das causas judiciais, milita em desfavor da ré as circunstâncias. Observe-se que, de acordo com o 42, da Lei n.º 11.343, de agosto de 2006, são elementos que preponderam sobre o previsto no art. 59, do Código Penal, e revelam maior desvalor da conduta da denunciada, a quantidade e a natureza da substância objeto do crime.

Veja-se, ademais, que, consoante advertência advinda do STJ, "a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não atribui pesos absolutos para cada uma delas a ponto de ensejar uma operação aritmética dentro das penas máximas e mínimas cominadas ao delito. Assim, é possível que" o magistrado fixe a pena-base no máximo legal, ainda que tenha valorado tão somente uma circunstância judicial, desde que haja fundamentação idônea e bastante para tanto "(AgRg no REsp n. 143.071/AM,

Sexta Turma, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. Maria Thereza de Assis Moura, DJe de 6/5/2015).

É o caso, o crime praticado pela ré envolveu elevadíssima quantidade de drogas, ou seja, 750 g (setecentos e cinquenta) gramas.

Desse modo, fixo as penas-base em 6 (seis anos) de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa." (ID 22722821)

É consabido que "...ao estabelecer a pena-base, deverá o julgador esclarecer quais as circunstâncias judiciais e as respectivas razões de fato e de direito que foram valoradas para a exasperação da sanção penal acima do mínimo legal previsto em abstrato para o tipo penal incriminador." (Sentença Penal Condenatória. Ricardo Augusto Schmitt – 10 ed. rev. e atual. – Salvador: Ed. JusPodivm, 2016. p. 164.

Nesta senda, verifica-se da decisão supracitada que o magistrado especificou o motivo da majoração da reprimenda para ambos os réus, qual seja, quantidade de droga apreendida. Contudo, no momento da fixação do percentual de aumento, sem uma justificativa plausível, promoveu o aumento da pena-base do réu João Lenon Santos Silva em três anos, ao passo que diante do mesmo quadro fático apurado, promoveu a exasperação da pena-base da ré Crivia Lira Souza, em apenas um ano. Logo, entendendo assistir razão ao Apelante João Lenon Santos Silva no que tange à redução da pena-base, porém, para o mesmo patamar fixado para a corré Crivia Lira Souza, qual seja, 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, tendo em vista a necessidade de adequação ao princípio da proporcionalidade, considerando que não houve modificação na quantidade de droga apreendida (750g de maconha).

Nesse sentido, segue a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (em arestos não destacados no original):

"HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E DA NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal – STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça – STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal.

2. O aumento da pena-base em 1/6, com base na natureza e na quantidade das drogas (51 pedras de crack), constituem, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, elementos capazes de justificar o aumento da pena-base.

Habeas corpus não conhecido."

(HC 381.923/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2017, DJe 03/05/2017)

Por sua vez, no que tange ao pedido de redução da pena-base para o patamar mínimo, em relação à ré Crivia Lira Souza, entendo que não merece acolhimento, pois a sentença recorrida, ao ponderar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, em conjunto com o art. 42 da Lei nº 11.343/06, o fez dentro dos limites da legalidade e proporcionalidade, a partir da análise percuciente das circunstâncias fáticas e pessoais que envolveram a prática da conduta criminosa.

II. DO PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS, NO PATAMAR MÁXIMO

No que se refere ao pedido de aplicação da causa de diminuição do art. 33,



§ 4º, da Lei 11.343/2006, no percentual máximo de 2/3 (dois terços), não merece acolhimento a tese defensiva.

Cumprando, ressaltar, que a referida norma legal disciplina que a pena poderá ser reduzida de 1/6 a 2/3, “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”.

Sobre a matéria em análise, impende destacar que o motivo de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.

11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante.

Simplificando, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, que, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada Lei Federal.

A propósito, imperioso trazer o seguinte trecho do precedente do Superior Tribunal de Justiça: “A mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº

11.343/2006.” (AgRg no REsp n. 1.389.632/RS, Rel. Ministro Moura Ribeiro, 5ª T, DJe 14/01/2014).

Entretanto, no caso sub judice, asseverou o douto a quo, acerca da minorante do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, in verbis:

“(…) Como se sabe, a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, resulta, consoante entendimento firmado no Superior Tribunal de Justiça, da opção legal por uma “política criminal, surgida como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização (REsp 1329088/RS, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 13/3/2013, DJe 26/4/2013).

Nesse diapasão, no caso concreto destes autos não se deve sopesar as circunstâncias de que a conduta dos acusados envolve a apreensão de uma expressiva quantidade de entorpecente – 750 g (setecentos e cinquenta) gramas de maconha –, de apetrecho próprio para mercancia – uma balança de precisão – e transporte remunerado das substâncias ilícitas, de forma a se constituírem em vetores que determinam a concreta noção de que são habituais na prática do comércio ilícito, razão pela qual fica desautorizada a incidência da benesse legal.

Não se olvide, ademais, de que é do próprio Superior Tribunal de Justiça que advém o entendimento “no sentido de que a quantidade elevada de entorpecentes constitui elemento idôneo para aferir a traficância habitual e, conseqüentemente, afastar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. ((HC 537.499 – SP, Rel. Ministro JORGE MUSSI, SEXTA TURMA, julgado em 08/11/2019, DJe de 18/11/2019.)” – Id 22722821.

Não se olvida que os requisitos estabelecidos no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas se firmam em cunho cumulativo, sendo necessária a presença simultânea de todos eles para a obtenção da fração redutora ali prevista. Caso, por exemplo, não se possa considerar os Réus não dedicados a atividades delituosas, de fato, a redução apenadora torna-se inaplicável, eis que afastado um dos requisitos cumulativamente fixados.

No entanto, para que assim se proceda, torna-se imperativo que a habitualidade delitiva se assente em requisitos objetivos, que permitam a certeza de que o agente efetivamente se dedica ao crime de forma

rotineira.

Como destacou o magistrado sentenciante, constitui entendimento jurisprudencial que a quantidade de droga apreendida, em conjunto com as demais circunstâncias fáticas em que ocorreu a ação criminosa, permitindo verificar a dedicação ao crime, autoriza o afastamento do tráfico privilegiado sem caracterizar bis in idem. Confira-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. BIS IN IDEM. RECURSO NÃO PROVIDO.

1. A razão de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, ao cometer um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal.

2. Este Superior Tribunal possui o entendimento de que a apreensão de grande quantidade de drogas, a depender das peculiaridades do caso concreto, é hábil a denotar a dedicação do acusado a atividades criminosas e, conseqüentemente, a impedir a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, porque indica maior envolvimento do agente com o mundo das drogas. [...] 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1390118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 30/05/2017)

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTUM RAZOÁVEL. PRECEDENTES DESTA CORTE SUPERIOR. CAUSA DE DIMINUIÇÃO ESPECIAL DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. COMPROMETIMENTO COM A ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO. INVIABILIDADE. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. RESTITUIÇÃO DO VEÍCULO E DO NUMERÁRIO APREENDIDOS. REEXAME. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

[...] 2. O atual entendimento desta Corte Superior é no sentido de que a quantidade da droga apreendida, juntamente com as circunstâncias do delito, de forma a indicar o envolvimento ou a dedicação à atividade criminosa, representa fundamento válido para o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Do mesmo modo, a utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para a elevação da pena-base, na primeira fase da dosimetria, e para o afastamento da incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, na terceira fase, por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, não configura bis in idem. Precedentes.

[...] 5. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 857.658/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 18/11/2016)

PENAL E PROCESSUAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. PRETENDIDA APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. PRESENÇA DE INDICATIVOS NOS AUTOS DE DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REVISÃO. VIA IMPRÓPRIA. IMPOSIÇÃO DE REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO PELA NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA (9 PORÇÕES DE CRACK E 15 PORÇÕES DE COCAÍNA). POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

[...] 2. Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando demonstrarem a dedicação à atividade criminosa. Precedentes. 3. Evidenciado que a aplicação do benefício foi afastado em virtude das circunstâncias do caso – em especial, a quantidade e a qualidade das drogas –, as quais evidenciariam o não preenchimento dos requisitos legais, por se tratar de réu que se dedica à traficância, inexistente constrangimento ilegal a ser sanado, sendo que a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do habeas corpus. Precedentes.

[...] 5. Habeas corpus não conhecido. (HC 352.207/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 17/05/2016, DJe 25/05/2016)

Incabível, portanto, in casu, a aplicação da benesse prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 em favor do acusado, uma vez que restou demonstrado, in folio, de forma inequívoca, o não preenchimento dos requisitos para tal benefício, uma vez constatado sua dedicação à atividades criminosas, mantendo-se, portanto a sentença objurgada neste ponto.

### 3. DO REDIMENSIONAMENTO DA PENA DO APELANTE JOÃO LENON SILVA SANTOS

Diante do exposto, considerando o reconhecimento da necessidade de promover o redimensionamento da pena aplicada ao Apelante João Lenon Silva Santos, torna-se forçoso promover, na primeira fase da dosimetria, a fixação da pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e ao pagamento de 600 (seiscentos) dias multa, mantendo-se o valor do dia-multa fixado na sentença, correspondente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso.

O Juiz a quo reconheceu as atenuantes correspondentes à menoridade do réu à época do fato e a confissão espontânea (art. 65, I e III, d, do CP), razão pela qual reduz-se às penas para 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, mantendo-se o valor do dia-multa fixado na sentença, correspondente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, tornada definitiva, em razão da ausência de causas especiais de aumento ou diminuição de pena.

### 4. DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE

No que tange à fixação do regime inicial para o cumprimento da pena privativa de liberdade pelos Apelantes, entendo que não merece reparo a conclusão do magistrado sentenciante ao fixar o regime fechado, ao considerar a quantidade de entorpecentes encontrado na posse dos apelantes, ou seja, 750 g de maconha, pois a jurisprudência autoriza constituir fator suficiente para o recrudesimento do regime prisional tal circunstância, a teor do disposto no art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal:

“(...) Fixo como regime inicial de cumprimento da pena, atento ao disposto no art. 33 do Código Penal e art. 42, da Lei n.º 11.343, de agosto de 2006, o fechado, dada as circunstâncias judiciais negativas que foram reconhecidas em desfavor dos réus e a demonstração do alto envolvimento com o crime de tráfico de drogas.” (ID 22722821)

No particular, veja-se precedente do STJ, ajustável à espécie solvenda (arestos não destacados no original):

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE NÃO SE TRATAVA DE TRAFICANTE EVENTUAL. NÃO ATENDIMENTO DAS DIRETRIZES EXIGIDAS PARA O RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA PROCESSUAL ELEITA. PRECEDENTES. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE INFERIOR A OITO ANOS DE RECLUSÃO. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO. POSSIBILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE E NATUREZA DAS DROGAS APREENDIDAS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

Nos termos do art. 33, § 4º da Lei n.º 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa.

A causa especial de diminuição de pena pelo tráfico privilegiado foi negada ao paciente, porque as instâncias de origem reconheceram expressamente que ele não se tratava de traficante eventual, haja vista não apenas a expressiva quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos em seu poder – aproximadamente 100g de maconha (em 4 tabletes), aproximadamente 5g de cocaína (em 17 buchas) e aproximadamente 5g de crack (em 36 pedras), além de R\$ 112,00 em espécie (e-STJ, fl. 307) –, mas principalmente devido às circunstâncias que culminaram em sua prisão em flagrante – quando em patrulhamento de rotina em local conhecido pela intensa traficância, os policiais o avistaram em atitude suspeita com uma sacola nas mãos e se aproximaram, momento em que ele jogou a sacola no chão e tentou se evadir [...] posteriormente, já dentro da viatura, ele informou aos policiais onde estava escondido o restante das drogas armazenadas e que seriam utilizadas para reabastecer o ponto – 391g de maconha em 16 tabletes, 157 comprimidos de ecstasy, 503g de maconha em 500 porções e cerca de 2.032g de maconha em 4 tijolos (e-STJ, fl. 322) –; Some-se a isso o fato de ele ser conhecido do meio policial por já haver sido detido e denunciado em duas funções, olheiro e traficante, sendo que pouco mais de dez dias de sua soltura, em razão de absolvição pelo crime de tráfico de drogas, haver sido novamente preso em flagrante praticando a mercancia ilícita.

Desconstituir tal assertiva, como pretendido, demandaria, necessariamente, a imersão vertical na moldura fática e probatória delineada nos autos, inviável na via estreita do habeas corpus. Precedentes.

A dosimetria da pena e seu regime de cumprimento inserem-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

Ademais, em se tratando de crime de tráfico de drogas, como ocorre in casu, o Juiz, ao fixar a pena, deve considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do estatuto repressivo, a natureza, e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente, consoante o disposto no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006.

Na espécie, verifico que apesar de o montante da pena – 7 anos e 6 meses de reclusão –, admitir, em tese, a fixação do regime intermediário, deve ser mantido o regime mais gravoso haja vista a gravidade concreta da conduta perpetrada, consubstanciada na expressiva quantidade e diversidade de drogas apreendidas – 3.023 gramas de maconha; 157 comprimidos de ecstasy; 5 gramas de cocaína e 5 gramas de crack (e-STJ, fl. 309) –; 0 que

está em harmonia com a jurisprudência desta Corte de Justiça que que é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, ou ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, como in casu, são condições aptas a recrudescer regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta, de modo que não existe ilegalidade no resgate da reprimenda do paciente no regime inicial fechado, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal. Precedentes.

Agravo regimental não provido.”

(AgRg no HC 718.910/SC, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 22/03/2022, DJe 25/03/2022)

#### 5. CONCLUSÃO

Diante de todo o exposto, voto no sentido de CONHECER do recurso para, no mérito, DAR PROVIMENTO PARCIAL AO APELO, apenas para promover o redimensionamento da pena aplicada ao Apelante João Lenon Santos Silva, para 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, mantendo-se o valor do dia-multa fixado na sentença, correspondente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, em regime inicialmente fechado, pela prática do crime do art. 33, da Lei nº 11.343/06.

É o voto.

Des. Abelardo Paulo da Matta Neto  
Relator