

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300339-25.2015.8.05.0201 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Alcides Pinto Colares Neto Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. RECORRENTE SENTENCIADO À PENA DE 07 (SETE) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO, NO REGIME INICIAL SEMIABERTO, ALÉM DO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA. REDIMENSIONAMENTO DA DOSIMETRIA DA PENA. ACOLHIMENTO PARCIAL. EXCLUSÃO DOS VETORES JUDICIAIS VALORADOS INCORRETAMENTE (CONDUTA SOCIAL, PERSONALIDADE, MOTIVOS, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIA DO CRIME). AVALIAÇÃO DESFAVORÁVEL DAS QUANTIDADE EXPRESSIVA E DIVERSIDADE DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS QUE DEVE SER MANTIDA. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI 11.343/2006. RETIFICAÇÃO PROCEDIDA NA PENA-BASE PARA 06 (SEIS) ANOS E 03 (TRÊS) MESES DE RECLUSÃO. PRESENÇA DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA NA FASE INTERMEDIÁRIA. REDUÇÃO DA PENA EM 1/6 (UM SEXTO), TAL COMO UTILIZADO NA SENTENÇA GUERREADA. QUANTUM DA REPRIMENDA FIXADO EM 05 (CINCO) ANOS, 02 (DOIS) MESES E 15 (QUINZE) DIAS DE RECLUSÃO. NEGATIVA DA APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. FUNDAMENTAÇÃO SUCINTA, MAS CONCRETA. PROVA ORAL COLIGIDA IN FOLIOS DEMONSTRANDO QUE O APELANTE FAZ DO COMÉRCIO ESPÚRIO DE ENTORPECENTES O PRINCIPAL RECURSO PARA A SUA SOBREVIVÊNCIA. CASO DOS AUTOS QUE NÃO É UM FATO ISOLADO EM SUA VIDA, SENDO PESSOA JÁ CONHECIDA NO MUNDO DA TRAFICÂNCIA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO, AGREGADAS AOS DEMAIS ELEMENTOS PROBATÓRIOS, QUE SE MOSTRAM INCOMPATÍVEIS COM A FIGURA DO TRAFICANTE INICIAL OU DE PEQUENA MONTA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS INSERTOS NO ART. 33, PARÁGRAFO 4º, DA LEI ANTIDROGAS, VISTO QUE DEMONSTRADA A DEDICAÇÃO DO SENTENCIADO À ATIVIDADE CRIMINOSA. INEXISTINDO ALTERAÇÃO NA SANÇÃO CORPORAL DO RÉU, NÃO HÁ QUE SE FALAR EM SUBSTITUIÇÃO DO REGIME SEMIABERTO PARA O ABERTO, BEM COMO EM DETRAÇÃO PENAL, ATÉ PORQUE, DIANTE DA REGRA DO § 2º, DO ART. 387 DO CPP, COM REDAÇÃO DA LEI N. 12.736/2012, TORNA-SE RECOMENDÁVEL QUE TAL PROCEDIMENTO SEJA ANALISADO PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. NÃO CABIMENTO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL, EX VI DO ART. 44, I, DO CÓDIGO PENAL. PARECER MINISTERIAL PELO CONHECIMENTO E PARCIAL PROVIMENTO DO APELO. RECURSO CONHECIDO E, NO MÉRITO, PARCIALMENTE PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0300339-25.2015.8.05.0201, em que figuram, como Apelante, ALCIDES PINTO COLARES NETO, e, Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia em CONHECER do Recurso de Apelação e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, conforme os termos do voto do Relator. Salvador, data registrada no sistema. PRESIDENTE DES. JEFFERSON ALVES DE ASSIS RELATOR PROCURADOR (A) PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Provido em parte. Unânime. Salvador, 5 de Fevereiro de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300339-25.2015.8.05.0201 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Alcides Pinto Colares Neto Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de recurso de Apelação interposto por ALCIDES PINTO COLARES NETO, em face da sentença prolatada pelo MM. Juízo de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Porto Seguro-BA, que o condenou à pena de 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa,

no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas). Emerge da peça incoativa que: “[...] No dia 30 de dezembro de 2014, o Apelante mantinha em depósito e guardava 142 (cento e quarenta e dois) papelotes de cocaína, 238 (duzentos e trinta e oito) pedras de crack, 01 (uma) barra de maconha, pesando aproximadamente 380g e mais 22 (vinte e duas) porções da mesma substância, além de 17g de maconha in natura (sem prensar), e nas mesmas circunstâncias de tempo e lugar, foi encontrado na posse do mesmo 03 (três) munições de calibre 38, tudo sem autorização e em desacordo com a determinação legal ou regulamente [...]” – Ids ns. 31295333–31295335. Inquérito Policial de n. 171/2014 colacionado ao encarte processual (Ids ns. 31295336–31295354; 31295336; 31295355 à 31295497). Denúncia recebida em 11.03.2015 (Id n. 31295501). Laudo de constatação provisório (Ids ns. 31295509–31295511). Laudo de exame pericial toxicológico definitivo (Ids ns. 31295543–31295545). Ultimada a instrução criminal e apresentados os memoriais pelas partes, sobreveio a sentença que, julgando procedente a vestibular acusatória, condenou o Recorrente pela prática do crime e à reprimenda acima descritos. Irresignado com o desfecho processual, o Réu, ALCIDES PINTO COLARES NETO, interpôs a presente Apelação (Id n. 31295615), pretendendo, em suas razões recursais (Id n. 31295621), a fixação da pena-base no mínimo legal; o reconhecimento do tráfico privilegiado no patamar máximo e, por fim, a aplicação da detração penal para fins de estabelecer o regime inicial aberto para o cumprimento da sua reprimenda, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. A Promotoria de Justiça, por sua vez, opinou pelo desprovemento do Apelo defensivo (Id n. 31295624). Subindo os folios a esta instância, opinou a douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e provimento parcial do Recurso (Id n. 39906192). Examinados os autos e lançado este Relatório, submeto-os à apreciação do eminente Desembargador Revisor, ex vi do art. 166, I, do RITJBA. Salvador, de de 2023. DES. JEFFERSON ALVES DE ASSIS RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300339–25.2015.8.05.0201 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Alcides Pinto Colares Neto Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Preenchidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade e não havendo questões preliminares, passo à análise do mérito recursal. Cuida-se de recurso de Apelação interposto por ALCIDES PINTO COLARES NETO, postulando, em síntese, a reforma da sentença para que seja retificada a dosimetria da reprimenda contra si imposta, e, por consectário, se proceda a detração penal para fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Malgrado não seja objeto da insurgência recursal, verifica-se, no caso em liça, que a materialidade e a autoria delitivas restaram devidamente comprovadas, através dos elementos de prova que se mostraram correlatos e categóricos quanto à prática do ilícito penal. 1. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA SANÇÃO BASILAR NO MÍNIMO LEGAL E O TRÁFICO PRIVILEGIADO NO GRAU MÁXIMO. O Apelante entende ser devido o redimensionamento da reprimenda que lhe fora aplicada, notadamente porque a majoração da sanção basilar e a negativa do reconhecimento da minorante inserta no § 4º, da Lei n. 11.3433/2006 foram respaldadas em fundamentação equivocada, sem qualquer embasamento fático e/ou jurídico. A dosimetria da pena é o procedimento em que o Magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao montante ideal da

pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador. O procedimento de dosagem da sanção corporal é questão afeta ao livre convencimento do juiz, devendo, no entanto, ser resguardada a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da reprimenda. Sabe-se, ainda, que a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP, não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, mas um exercício de discricionariedade vinculada, que impõe ao Magistrado apontar, motivadamente, os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no citado artigo, e, dentro disso, eleger a pena que melhor servirá para a prevenção e repressão do crime praticado. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, deve-se considerar, para a fixação da pena-base e o reconhecimento do tráfico privilegiado, as condições insertas no art. 42 desta legislação, in verbis: Art. 42. O Juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente". Nessa diretiva é o posicionamento do STJ: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE PROPORCIONALIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O Juízo sentenciante, atado à discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar-se para as singularidades do caso concreto e, na primeira etapa do procedimento trifásico, guiar-se pelas circunstâncias relacionadas no caput do art. 59 do Código Penal. Tratando-se de crime previsto na Lei de Drogas, deve considerar, ainda, de forma preponderante, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, bem como a personalidade e a conduta social do agente, a teor do estabelecido no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. 2. Nos autos em exame, considerando que natureza e quantidade da substância apreendida constituem elementos preponderantes a serem considerados na dosimetria da reprimenda e que foi apreendida quantidade elevada de drogas diversas e de natureza mais deletéria, mostra-se insuficiente o aumento na pena-base realizado pela Corte de origem. 3. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp n. 2.340.245/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 19/9/2023, DJe de 2/10/2023.)- grifos nossos. Na casuística em tela, verifica-se que, na 1ª fase dosimétrica, a pena-base restou fixada em 09 (nove) anos de reclusão, tendo em vista a valoração negativa de vetores judiciais insertos no art. 59 do CP, não obstante considerar, também, a quantidade e a diversidade das drogas apreendidas. Cumpre, então, o traslado do excerto da decisão objurgada que trata das citadas circunstâncias judiciais: "[...] CULPABILIDADE. O réu, na oportunidade, tinha capacidade para querer, compreender e entender as circunstâncias do fato e a sua ilicitude. A culpabilidade está presente, não havendo qualquer causa que exclua os elementos que a integram. Ademais, agiu com culpabilidade normal a espécie, nada tendo a valorar. ANTECEDENTES CRIMINAIS. Não há registros de sentenças condenatórias transitadas em julgado. CONDOTA SOCIAL. Habitualmente voltada para práticas ilícitas. PERSONALIDADE DOS AGENTE voltada para o crime em razão da grave reiteração, respondendo o paciente há ações penais por delito de mesma natureza. MOTIVOS DO CRIME. O tráfico de drogas traz para os agentes a possibilidade de lucro fácil. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. As circunstâncias são reprováveis. CONSEQUÊNCIAS EXTRA PENAIAS DO CRIME. As vítimas Estado e a sociedade em nada contribuíram para a atuação do acusado, uma vez que se busca, constantemente, reprimir o tráfico de drogas. QUANTIDADE DA DROGA. 142 (cento e quarenta e dois) papelotes de cocaína, 238 (duzentos e trinta

e oito) pedras de crack, 01 (uma) barra de maconha e 22 (vinte e duas) porções de maconha. Pena-base. Pela análise das circunstâncias judiciais desfavoráveis, inclusive a grande quantidade e diversidade de drogas apreendidas, exaspero a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 09 (nove) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos dias-multa), valorando cada dia-multa em 1/30 do salário mínimo, em face da situação econômica do réu ser desconhecida, neste instante (art. 60, Código Penal) [...]”- Id n. 31295610. Ressoa indene de dúvida o equívoco na motivação utilizada pelo Magistrado Singular, pois o fato de o Apelante responder a ações penais, não autoriza a exasperação da sanção basilar. Em verdade, inexistente nos autos correlação entre tal circunstância judicial com o comportamento do agente no meio social, familiar e profissional. A conduta social não constitui elemento incriminador, jamais podendo ser utilizada para recrudescer a reprimenda, até porque diz respeito à inserção do agente em seu meio, ante seus parentes e vizinhança, não se confundindo com seu modo de vida no crime. Já a personalidade, deve abordar o caráter do agente e a sua índole, ou seja, o seu temperamento, devendo ser entendida como um “complexo de características individuais próprias, adquiridas, que determinam ou influenciam o comportamento do sujeito”(TELES, Ney Moura. Direito Penal. Parte Geral. v. II, p 125-126). A toda evidência que o Juízo a quo não dispunha de elementos suficientes para avaliar a personalidade do Recorrente, realizando uma vinculação que, na verdade, além de não encontrar respaldo na lógica de causa e efeito, contraria as respeitáveis doutrina e jurisprudência acerca do tema em discussão, na medida em que “é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”- Súmula n. 444 do STJ. Por outro lado, os motivos do crime não podem ser considerados desfavoráveis pelo fato de o tráfico de drogas trazer para os agentes a possibilidade de lucro fácil, eis que tal peculiaridade já está intrínseca no próprio tipo penal. Noutras palavras significa dizer que a obtenção do lucro fácil integra a prática delituosa da traficância, ou melhor, é inerente ao crime. No que tange à valoração negativa da vetorial “circunstâncias do crime, observa-se que o argumento utilizado pelo Togado Singular não se sustenta, posto que genérico, sem qualquer fundamento, limitando-se, tão somente, a afirmar que “são reprováveis”. De referência a análise desfavorável das consequências extra-penais do delito, nota-se do decisum objurgado que os termos ali constantes são inapropriados para justificar a exasperação da sanção basilar, inexistindo elementos que apontem para a perfectibilização de consequências excedentes àquelas inerentes ao crime de tráfico de drogas. Isso posto, cumpre reconhecer que apenas o desvalor da quantidade e diversidade dos entorpecentes apreendidos deve ser reputado para efeitos de majoração da pena-base, pois os demais vetores judiciais, porquanto sopesados incorretamente, devem ser neutralizados. Dessarte, conclui-se que a sanção basilar deve ser redimensionada, não para o mínimo legal, como ora pretende o Apelante, mas sim, para um quantum correspondente a 06 (seis) anos e 03 (três) meses de reclusão, por força de se considerar, unicamente, a valoração negativa das quantidade e natureza das drogas apreendidas. A orientação do Superior Tribunal de Justiça caminha no mesmo sentido do caso em voga, consoante se depreende do seguinte aresto: AGRADO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (22,3 KG DE MACONHA). VIOLAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA LEI DE DROGAS. NÃO RECONHECIMENTO. ALÉM DA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA, AS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS APRESENTARAM

FUNDAMENTOS QUE JUSTIFICAM, IDONEAMENTE, O NÃO RECONHECIMENTO DA MINORANTE, NOTADAMENTE A APREENSÃO DE APETRECHOS, 3 BALANÇAS DE PRECISÃO. REVISÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL FECHADO. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. PENA DEFINITIVA DISPOSTA ENTRE 4 E 8 ANOS DE RECLUSÃO. APLICAÇÃO DO ART. 33, § 3º, DO CP. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE. INOVAÇÃO NA PRESENTE VIA RECURSAL. INADMISSIBILIDADE. PRESENÇA DE MANIFESTA ILEGALIDADE NA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS VETORES JUDICIAIS DA CULPABILIDADE, DA PERSONALIDADE E DA CONDOTA SOCIAL. FUNDAMENTOS GENÉRICOS. EXCLUSÃO QUE SE IMPÕE. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. PENAS PRIVATIVA DE LIBERDADE E PECUNIÁRIA REDIMENSIONADAS."(...)". 8. Ao dosar a pena-base da agravante, a Corte paulista dispôs: na primeira fase, a pena-base pode ser elevada de 1/6, pois as circunstâncias judiciais não são totalmente favoráveis à apelante. Ela é primária e de bons antecedentes, de outro lado, guardava e mantinha em depósito quantidade elevada de maconha (totalizando mais de 22,3 Kg de drogas, fls. 29/30), isso mostra periculosidade, pela possibilidade de afetar milhares de usuários e viciados, bem como causar aflição a respectivas famílias, com prejuízo à saúde individual e da sociedade; culpa intensa, porque não se trata de um comércio individualizado e diretamente ao consumidor, " varejo ", mas a entrega para distribuição da maconha, com destino a vários pontos de tráfico; personalidade e conduta social desvirtuada, porque não se pensa em convivência harmônica, sem lesar terceiros, existe, sim, pensamento egoístico, para o " lucro fácil ", logo, elas podem ficar em cinco (5) anos e dez (10) meses de reclusão e quinhentos e oitenta e três (583) dias-multa (fl. 345). 9. Apenas se justifica o desvalor da quantidade de droga apreendida. Os fundamentos apresentados para a negativação das demais circunstâncias judiciais – culpabilidade, personalidade e conduta social – não se sustentam, pois são genéricos. Excluída a valoração dos referidos vetores, reduz-se a pena-base de 5 anos e 10 meses de reclusão, mais pagamento de 583 dias-multa, a 5 anos, 2 meses e 15 dias de reclusão, mais pagamento de 520 dias-multa, pena esta que se torna definitiva ante a preservação dos demais termos da dosimetria da pena efetuada pela Corte de origem. 10. Agravo regimental desprovido. Concedido habeas corpus de ofício para afastar a valoração negativa dos vetores judiciais da culpabilidade, da personalidade e da conduta social, redimensionando as penas privativa de liberdade e pecuniária da agravante (AgRg no REsp n. 2.018.047/SP, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 12/9/2023, DJe de 15/9/2023)– grifos aditados. Na fase intermediária, em vista do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, há de se reduzir a reprimenda do Acusado no mesmo percentual adotado pelo Juízo primevo (1/6-um sexto), de sorte a fixá-la, provisoriamente, em 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão. Debruçando-se na terceira e última etapa dosimétrica, constata-se que o Magistrado a quo deixou de reconhecer a incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas, em razão de considerar que o Réu se dedica a atividades criminosas. Pois bem, compulsando-se os folios, notadamente a prova oral encartada nas fases embrionária e judicial, esta última colhida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, depreende-se que, de fato, há evidências notórias de que o Apelante faz da mercância de entorpecentes o principal recurso para a sua sobrevivência. Em verdade, os policiais responsáveis pela sua prisão foram contundentes e uníssonos ao relatar que já tinham notícias, seja por meio de populares, seja através de ligações telefônicas ou denúncias, que Alcides (o Réu) vendia

drogas com habitualidade, visto que comandava o tráfico “na praça”. Demais disso, não se pode ignorar as circunstâncias do delito, dado ao acondicionamento da cocaína em papé debates e pedras de crack, ao passo em que a maconha se encontrava na forma de barra e, também, desmembrada em número significativo de porções, especificidades estas que, agregadas aos demais elementos probatórios, permitem aferir que o comércio espúrio de entorpecentes não era praticado, de forma isolada, pelo Acusado, o que desautoriza a aplicação da referida minorante, tal como decidido corretamente pelo Juízo Singular. Nesse tear, mostra-se elucidativo que o caso dos autos não é um fato isolado na vida do Apelante, pois, se assim o fosse, não seria tão conhecido por populares locais como traficante e, também, os agentes públicos responsáveis pelas diligências que resultaram na sua prisão não enfatizariam o seu envolvimento com o comércio de entorpecentes, tanto que lograram êxito em detê-lo depois que um receptor, autuado em flagrante, confessou a venda de uma televisão furtada a ele e parte do pagamento teria recebido em drogas– vide sentença constantes do Id n. 31295610. É cediço que o benefício em questão se destina à figura do traficante eventual ou de pequena monta, situação diversa da realidade retratada no encarte processual, frente ao contexto da prisão e a prova oral coligida in folios, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei Antidrogas, visto que demonstrada a dedicação do Sentenciado à atividade criminosa. Urge trazer à baila, nesse talante, os julgados do STJ: PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REVOLVIMENTO FÁTICO–PROBATÓRIO. SÚMULA 7 DO STJ. MAJORANTE DO ART. 40, V, DA LEI DE DROGAS. ESCOLHA DA FRAÇÃO. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. REGIME FECHADO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL. INVIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 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 organizações criminosas. 2. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC 401.121/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 27/6/2017, DJe 1º/8/2017 e AgRg no REsp 1.390.118/PR, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julga do em 23/5/2017, DJe 30/5/2017). 3. Os fundamentos utilizados pela Corte de origem para não aplicar o referido redutor ao caso concreto estão em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, na medida em que dizem respeito à dedicação do recorrente à atividade criminosa – tráfico de drogas –, evidenciado sobretudo pela quantidade de droga apreendida (21, 660 kg de maconha), aliada às circunstâncias da prisão: o agravante foi convocado por aplicativo de mensagens, dois dias antes, para o transporte das drogas, mediante pagamento, recebeu uma passagem aérea para se deslocar do RJ até MS, onde foi recebido por um indivíduo que o levou até o local onde estava um veículo com a droga camuflada e preparada para o transporte, tudo a indicar que não se trataria de traficante eventual. 4. Desse modo, para modificar o entendimento adotado nas instâncias inferiores de que a prática do tráfico de drogas e a dedicação em

atividade criminosa estão configuradas e aplicar a minorante prevista na Lei de Drogas, seria necessário reexaminar o conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível, a teor da Súmula 7 do STJ. Precedentes. 5. A jurisprudência desta Corte preceitua que a aplicação da causa de aumento do art. 40, V, da Lei de Drogas exige motivação concreta quando estabelecida acima da fração mínima (HC n. 217.548/MS, Relatora a Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe de 12/12/2013). 6. Hipótese em que a pena foi majorada em 1/2 mediante fundamento válido, consistente no fato de o agravante ter sido abordado próximo ao destino final da entrega dos entorpecentes, sobretudo se verificado que o percurso envolveu dois estados, a transposição de uma divisa e o trajeto de entrega da droga não foi concluído. Precedentes. 7. Embora a pena tenha sido estabelecida em patamar superior a 4 (quatro) anos e inferior a 8 (oito) anos, o regime inicial fechado é o adequado para o cumprimento da pena reclusiva, diante da existência de circunstância judicial desfavorável (art. 42 da Lei n. 11.343/2006), que serviu de lastro para elevar a pena-base acima do mínimo legal. 8. Não compete ao Superior Tribunal de Justiça o enfrentamento de dispositivos constitucionais, ainda que para efeito de prequestionamento da matéria, sob pena de invasão da competência do Supremo Tribunal Federal. 9. Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp n. 2.283.746/MG, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 12/6/2023)– grifos aditados. PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. PLEITO DE ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA GRAVIDADE CONCRETA DO DELITO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. I – A Terceira Seção desta Corte, seguindo entendimento firmado pela Primeira Turma do col. Pretório Excelso, firmou orientação no sentido de não admitir a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso adequado, situação que implica o não-conhecimento da impetração, ressalvados casos excepcionais em que, configurada flagrante ilegalidade apta a gerar constrangimento ilegal, seja recomendável a concessão da ordem de ofício. II – O parágrafo 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. III – Na espécie, houve fundamentação concreta e idônea para o afastamento do tráfico privilegiado, lastreada na quantidade e diversidade de entorpecentes apreendidos (1.013 kg de maconha na forma de oito tabletes e 1.017 kg de cocaína), além de serem conhecidos nos meios policiais pelo envolvimento com o tráfico, conforme se extrai dos relatos dos agentes policiais, corroborados pelos registros policiais nas Folhas de Antecedentes, elementos aptos a justificar o afastamento da redutora do art. 33, parágrafo 4º, da Lei n. 11.343/06, pois demonstram que os pacientes se dedicavam às atividades criminosas. Rever esse entendimento, para fazer incidir a causa especial de diminuição demandaria, necessariamente, amplo revolvimento da matéria fático-probatória,

procedimento que, a toda evidência, é incompatível com a estreita via do mandamus. Precedentes. (...)" (STJ, HC 684.832/SP, REL. MINISTRO JESUÍNO RISSATO, QUINTA TURMA, JULGADO EM 28.09.2021, DJE EM 05.10.2021) – grifos aditados. Com efeito, impõe-se reconhecer que agiu, acertadamente, o Togado de piso ao não reconhecer a incidência do tráfico privilegiado na espécie, porquanto o Apelante não preenche os requisitos insertos no parágrafo quarto, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, restando fixada, em definitivo, a sua reprimenda no quantum de 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, a ser cumprida no regime inicial semiaberto, à míngua de outras causas a considerar. A sanção pecuniária não sofrerá qualquer alteração, uma vez estabelecido o seu valor no mínimo legal – 500 (quinhentos) dias – multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato. 2. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL, E, POR CONSECTÁRIO, ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. A preceito, uma vez fixada a pena do Recorrente em 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, não há que se falar em substituição do regime semiaberto para o aberto, bem como em detração penal, até porque, diante da regra do § 2º, do art. 387 do CPP, com redação da Lei n. 12.736/2012, torna-se recomendável que tal procedimento seja analisado pelo Juízo da Execução Penal, o qual detém informações mais detalhadas acerca do preenchimento dos requisitos necessários à modificação do regime prisional. Concernente à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, estabelece o art. 44, I, do Código Penal que só faz jus o réu que for condenado “à pena inferior a 04 (quatro) anos de reclusão, o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)”. Na espécie, o Apelante fora sentenciado à pena definitiva de 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, o que comprova ser incabível o desiderato autoral, por expressa vedação legal. Ante o exposto, ancorado nas razões de fato e de direito explanadas, CONHEÇO DO RECURSO INTERPOSTO E, NO MÉRITO, DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO, para reformar a dosimetria da pena do Réu, fixando-a no quantum de 05 (cinco) anos, 02 (dois) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, no regime inicial semiaberto, permanecendo o pagamento de 500 (quinhentos) dias – multa, à base de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do evento delituoso, devendo a sentença farpeada ser mantida em seus demais termos. É como voto. Salvador, data registrada no sistema. DES. JEFFERSON ALVES DE ASSIS RELATOR