

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO CRIMINAL nº. 0308816-78.2013.8.05.0113 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: LOURIVAL DE SOUZA CASSIANO Advogados: Maria Rita Alencar Araújo de Sá – OAB/PE 49012-A e Raimundo Tadeu Araújo de Sá – OAB/PE 14913-A APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotor de Justiça: Renata Caldas Sousa Lazzarini Procuradora de Justiça: Maria de Fátima Campos da Cunha Assunto: Tráfico de Drogas ACORDÃO EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. 1. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPROVIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS NOS AUTOS. TESTEMUNHOS LINEARES E COERENTES, QUE LEGITIMAM A CONDENAÇÃO. QUANTIDADE, NATUREZA DAS DROGAS, CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO, QUE REVELAM A CONFIGURAÇÃO DO CRIME DESCRITO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI DE TÓXICOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. 2. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS, EM SEU GRAU MÁXIMO, 2/3 (DOIS TERÇOS). INVIABILIDADE. MAGISTRADO QUE FUNDAMENTOU ADEQUADAMENTE A FRAÇÃO APLICADA, 1/6 (UM SEXTO), CONSIDERANDO A QUANTIDADE E O PODER NOCIVO DA DROGA APREENDIDA. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR PARA APLICAR, DE FORMA FUNDAMENTADA, A REDUÇÃO NO PATAMAR QUE ENTENDA NECESSÁRIO E SUFICIENTE PARA REPROVAÇÃO E PREVENÇÃO DO CRIME. 3. PLEITO PELO DECOTE DA MAJORANTE DO ART. 40, INCISO III, DA LEI Nº 11.343/2006. PROVIMENTO. NÃO COMPROVAÇÃO DA COMERCIALIZAÇÃO OU OFERTA DO ENTORPECENTE NO TRANSPORTE PÚBLICO. 4. PLEITO PELA APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL PARA FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO PARA O CUMPRIMENTO DA PENA. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE INFORMAÇÕES FIRMES E SEGURAS. MELHOR ANÁLISE PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. CONCLUSÃO: RECURSO PARCIALMENTE CONHECIMENTO E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO, PARA REDIMENSIONAR A PENA AO APELANTE PARA 04 (QUATRO) ANOS E 02 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, E AO PAGAMENTO DE 416 (QUATROCENTOS E DEZESSEIS) DIAS-MULTA, À RAZÃO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO EVENTO DELITUOSO. Vistos, relatados e discutidos estes Autos de APELAÇÃO CRIMINAL sob nº 0308816-78.2013.8.05.0113, da Comarca de Itabuna/BA em que figura como Apelante LOURIVAL DE SOUZA CASSIANO e APELADO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma da 2ª Câmara Criminal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, pelo PARCIAL CONHECIMENTO E, NESTA EXTENSÃO, PELO PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO, PARA REDIMENSIONAR A PENA DO APELANTE PARA 04 (QUATRO) ANOS E 02 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, E AO PAGAMENTO DE 416 (QUATROCENTOS E DEZESSEIS) DIAS-MULTA, À RAZÃO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO EVENTO DELITUOSO, nos termos do voto do Relator, consoante certidão de julgamento. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 15 de Junho de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO CRIMINAL nº. 0308816-78.2013.8.05.0113 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: LOURIVAL DE SOUZA CASSIANO Advogados: Maria Rita Alencar Araújo de Sá – OAB/PE 49012-A e Raimundo Tadeu Araújo de Sá – OAB/PE 14913-A APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotor de Justiça: Renata Caldas Sousa Lazzarini Procuradora de Justiça: Maria de Fátima Campos da Cunha Assunto: Tráfico de Drogas RELATÓRIO Trata-se de Apelação Criminal

interposta por Lourival de Souza Cassiano, em face de sentença condenatória prolatada pelo Juízo de Direito da 2ª Criminal da Comarca de Itabuna/BA, nos autos da Ação Penal em epígrafe. Narra a inicial, ID 36470843, in verbis: (...) “Consta dos autos que no dia 30 de novembro de 2013, por volta das 10h, policiais rodoviários federais que estavam de serviço no posto policial, na BR 101, KM 503, deram ordem para que o ônibus da Viação São Geraldo, que faz a linha São Paulo/SP para Santana do Ipanema/AL, parasse. Durante a abordagem realizada dentro do ônibus visualizaram o denunciado e o acharam suspeito. Ao perguntarem ao denunciado se o mesmo tinha mais bagagens, receberam resposta negativa. Ato contínuo, os policiais ao verificarem a passagem do denunciado, juntamente com o motorista do ônibus, perceberam que Lourival tinha outra mala no compartimento de bagagens. Ao abrirem a mala do ora denunciado, encontraram 8 (oito) tabletes grandes de crack. Segundo confessado pelo denunciado, ele estava desde o dia 25/11 em Itabuna/BA, à passeio, e naquela data estava aguardando o ônibus para retornar para a cidade de Carnaubeiras da Penha/PE, onde reside, tendo, na própria rodoviária recebido uma proposta para entregar a dita mala na cidade de Paulo Afonso/BA. Posteriormente, no laudo de exame pericial, foi constatado que a substância apreendida tratava-se de cocaína, tendo um peso bruto de 8,287 KG (oito quilos e duzentos e oitenta e sete gramas). Assim agindo, livre e conscientemente, encontra-se o denunciado incurso nas penas do art. 33 da Lei 11.343/2006.” O Réu apresentou Defesa Prévia no ID 36470856. A denúncia foi recebida em 10/12/2013, ID 36470845. O Auto de Exibição e Apreensão, os Laudos de Constatação, Definitivo e de Exame Pericial encontram-se no ID 36470767, 36470820, 36470848, 36470863. O Réu foi citado em 13/12/2013, ID 36470867. A decisão de ID 36470941 relaxou a prisão preventiva imposta ao réu. As oitivas das testemunhas e o interrogatório foram colacionados no ID 36470916, 36471031 e 36471102 e armazenados na plataforma Lifesize, ID 36471132. As alegações finais, em memoriais, foram oferecidas no ID 36471106 e 36471117. Em 10/10/2022, ID 36471135, foi prolatada sentença que julgou procedente a denúncia para condenar o Réu pela prática do crime descrito no artigo 33, caput, e § 4º, c/c artigo 40, III, ambos da Lei n.º 11.343/2006, a pena de 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime inicial fechado, e 487 (quatrocentos e oitenta e sete) dias-multa, cada um no valor equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. O Ministério Público foi intimado do decisum em 13/10/2022, ID 36471149, a Defesa, através da relação nº 0260/2022, ID 36471144. Irresignada, a Defesa interpôs Recurso de Apelação em 24/10/2022, ID 36471152, com razões apresentadas neste Eg. Tribunal de Justiça, no ID 40816940, pleiteando: “Seja decretada a absolvição do réu, forte no artigo 386, inciso IV (negativa da autoria), do Código de Processo Penal, sopesadas Por ser medida da mais completa JUSTIÇA, ante a anemia probatória que acontece, requer então seja o acusado absolvido do crime previsto no embutido na Denúncia, no caso, do crime previsto no artigo 33 e 40 da Lei 11.343\06, sopesadas as considerações dedilhadas linhas volvidas. No entanto, caso seja condenado, que seja reduzida a aplicado da pena no máximo legal previsto, ou seja, em 2\3, conforme estatuí o artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343\06. Ainda assim, ao ser aplicada a pena, que se processe Excelência, com a DETRAÇÃO DA PENA, visto que o acusado cumpriu cárcere correspondente a TREZENTOS E CICOENTA DIAS e com isso que se estabeleça como cumprimento de pena o REGIME ABERTO.” (sic) A certidão de ID 36471154 certificou a tempestividade do recurso. Os

autos foram distribuídos, por livre sorteio, em 03/11/2022, ID 36908615. Nas contrarrazões, ID 40816943, o órgão Ministerial pugnou pelo conhecimento e improvimento do recurso. Em parecer, ID 42186304, a Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do Apelo, para que seja mantida, na íntegra, o decism. Os autos vieram conclusos em 23/03/2023. É o relatório. Salvador/BA., data registrada em sistema. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELAÇÃO CRIMINAL nº. 0308816-78.2013.8.05.0113 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: LOURIVAL DE SOUZA CASSIANO Advogados: Maria Rita Alencar Araújo de Sá – OAB/PE 49012-A e Raimundo Tadeu Araújo de Sá – OAB/PE 14913-A APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotor de Justiça: Renata Caldas Sousa Lazzarini Procuradora de Justiça: Maria de Fátima Campos da Cunha Assunto: Tráfico de Drogas VOTO I – DOS PRESSUPOSTOS PROCESSUAIS Conhece-se do recurso, eis que presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade. II – DO MÉRITO DA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS A Defesa pugnou pela absolvição do Recorrente, sob argumento de insuficiência probatória, aduzindo que “a prova judicializada é completamente estéril e infecunda no sentido de corroborar a Denúncia”. Segundo a exordial, o Apelante foi preso em flagrante delito, por trazer consigo substâncias entorpecentes. O Apelante se encontrava transportando, da cidade de Itabuna/BA a Paulo Afonso/BA, 08 (oito) tablets grandes de “crack”, equivalentes a 8,287 kg (oito quilos e duzentos e oitenta e sete gramas), dispostos numa mala, dentro do bagageiro do ônibus da Viação São Geraldo, que fazia a linha São Paulo-SP/ Santana do Ipanema-AL. A sentença penal condenatória é a que julga procedente a pretensão acusatória por considerar que, após a instrução processual conduzida sob o crivo da norma-princípio constitucional do devido processo legal, configurou-se a certeza de que o fato delitivo narrado na exordial existiu e que foi praticado pelos denunciados. Inexiste, a esta altura, o mero juízo de admissibilidade da propositura da ação penal, quando se fazem suficientes a aferição de meros indícios de autoria por parte dos acusados, aliada à demonstração inequívoca da materialidade do fato criminoso, para dar início ao trâmite do processo penal. Afinal, neste momento, está-se diante da possibilidade de o Estado imputar pena privativa de liberdade a determinado indivíduo, cerceando um dos seus bens jurídicos mais valiosos, sendo inadmissível, destarte, que isso ocorra sem que restem inequivocamente configuradas sua autoria e a existência do fato delitivo. Nas palavras da doutrina: “Sentença penal condenatória é a decisão judicial que atesta a responsabilidade criminal de acusado em virtude do reconhecimento categórico da prática da conduta típica, ilícita e culpável a ele imputada na peça acusatória (ou aditamento), impondo-lhe, em consequência, uma pena privativa de liberdade, restritiva de direitos ou multa. Para tanto, há necessidade de um juízo de certeza acerca da existência da infração penal e da respectiva autoria e/ou participação, sendo inviável a prolação de um decreto condenatório com base em um mero juízo de possibilidade e/ou probabilidade, sob pena de violação à regra probatória que deriva do princípio da presunção de inocência.” (Lima, Renato Brasileiro de. Curso de Processo Penal, Volume Único, 1ª Edição, 2013. Pág. 1.513) Nessa linha de intelecção, compulsando os fólios com percuciência, constata-se, de logo, ser descabida a pretensa absolvição do Apelante. Com efeito, da análise dos autos, constata-se que a materialidade delitiva restou

consubstanciada através do Auto de Prisão em Flagrante, ID 36470761, da Certidão de Boletim de Ocorrência Policial 17-00062, do Auto de Exibição e Apreensão, ID 36470767, e dos Laudos Periciais, ID 36470820 e 36470848, que atestam o caráter ilícito da substância apreendida (Benzoilmetilecgonina), bem assim a sua quantidade e modo de acondicionamento. A prova oral colhida na fase instrutória, por seu turno, além de ratificar a materialidade delitiva, demonstra, em conjunto com os elementos de informação produzidos na etapa policial, a autoria. A testemunha, o PRF Elmo Silva de Souza, ID 36471102, "disse que estava em serviço, realizando fiscalização de rotina. O ônibus (da empresa São Geraldo) foi parado, ocasião em que o compartimento de bagagem foi vistoriado. Houve desconfiança quanto à bagagem etiquetada em nome de Lourival (réu). Questionado sobre a existência de bagagem em seu nome, ele negou a existência, mas havia no bagageiro uma mala com etiqueta em seu nome. Procedida a inspeção na bagagem, foi encontrada a droga em questão, conformada por crack. Lourival disse que havia pego a droga em Itabuna e a levaria para Alagoas. Segundo Lourival, este ganharia um valor pelo transporte da mala (agindo como "mula"). Não se recorda se Lourival disse que sabia da existência de droga dentro da mala. Havia peças de roupas dentro da mala. Não se lembra o destino apontado na passagem portada por Lourival. Acha que o ônibus iria para Alagoas, mas não tem certeza. A droga era conformada por tabletas de crack, algo em torno de oito quilos." (Trecho extraído da peça de ID 36471135 e verificado na Plataforma Pje Mídias, através do link de ID 36471132) A testemunha, o PRF Leonardo Santana Fontoura, ouvido por Carta Precatória, ID 36470916, "disse que participava de uma operação policial destinada a evitar que alguns índios obstruíssem a rodovia. Em razão disso, a equipe passou a abordar alguns ônibus. Assim, o ônibus no qual o ora réu viajava foi parado. Durante a abordagem ao ônibus, o acusado apresentou-se muito nervoso. Por isso, a equipe passou a se concentrar na entrevista à sua pessoa. Os tíquetes de bagagem do ora denunciado foram solicitados. Conferindo-se a sua bagagem disposta no compartimento bagageiro do ônibus, verificou-se que a mala por ele transportada apresentava tabletas de crack, pesando entre oito e nove quilos. O acusado disse que havia pego a droga e estava passando um tempo em Itabuna, aguardando o melhor momento para transportá-la, até Juazeiro ou Paulo Afonso, não se lembra." (Trecho extraído da peça de ID 36471135 e verificado na Plataforma Pje Mídias, através do link de ID 36471132) Atente-se que os depoimentos prestados pelas 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: EMENTA: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. NULIDADE DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. INSUFICIÊNCIA DAS PROVAS DE ACUSAÇÃO. DEPOIMENTOS PRESTADOS EM JUÍZO POR AUTORIDADES POLICIAIS. VALIDADE. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. É da jurisprudência desta Suprema Corte a absoluta validade, enquanto instrumento de prova, do depoimento em juízo (assegurado o contraditório, portanto) de autoridade policial que presidiu o inquérito policial ou que presenciou o momento do flagrante. Isto porque a simples condição de ser o depoente autoridade policial não se traduz na sua automática suspeição ou na absoluta imprestabilidade de suas informações. Tratando-se de sentença condenatória escorada não apenas nos depoimentos prestados em Juízo pelos policiais, como também nos esclarecimentos feitos pelas próprias testemunhas da defesa, não é possível rever todo o acervo fático-

probatório do feito criminal para perquirir se as provas a que se referiu o magistrado de primeira instância são ou não suficientes para produzir uma condenação. O habeas corpus, enquanto remédio constitucional, cumpre a função de pronto socorro à liberdade de locomoção. Daí que o manejo dessa via expressa ou por atalho passe a exigir do acionante a comprovação, de pronto, da ilegalidade ou abusividade de poder imputada à autoridade coatora. Ordem denegada. (grifos acrescentados) ( HC 87662, Relator (a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 05/09/2006, DJ 16-02-2007)

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. (grifos acrescentados) (STF HC 73518/SP, 1ª T., Relator: Ministro Celso de Mello, j. 26-03-1996, DJe18-10-1996). No mesmo sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA USUÁRIO (ART. 28, LAD). DESCABIMENTO. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE DA VIA ELEITA. DOSIMETRIA. REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. GRAVIDADE CONCRETA DA CONDUTA. MEDIDA NÃO RECOMENDÁVEL (ART. 44, INC. III, CP). WRTI NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 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 – Segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. III – Afastar a condenação ou mesmo desclassificar a conduta, em razão do depoimento dos agentes, demandaria o exame aprofundado de todo conjunto probatório, como forma de desconstituir a conclusão feita pelas instâncias ordinárias, soberano na análise dos fatos, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória. IV – Não se pode olvidar que, uma vez reconhecida, incidentalmente, a inconstitucionalidade do óbice contido no § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/1990 (STF, HC n. 111.840/ES, DJe 17/12/2013), a escolha do regime inicial de cumprimento de pena deve levar em consideração a quantidade da reprimenda imposta, a eventual existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, bem como as demais peculiaridades do caso concreto (como, por exemplo, a quantidade, a natureza e/ou a diversidade de drogas apreendidas), para que, então, seja fixado o regime carcerário que se mostre o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33 e parágrafos do Código Penal – com

observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. V – A luz das particularidades do caso concreto, entendo que o regime inicial semiaberto é, efetivamente, o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal e do disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. VI – Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, consoante disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para, confirmando a liminar anteriormente concedida (fls. 73-75), fixar o regime semiaberto para o início de cumprimento da pena, mantidos os demais termos da condenação. (grifos acrescentados) ( HC 449.657/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 07/08/2018, DJe 14/08/2018) “(...) (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.” (grifos acrescentados) ( HC 45653/PR, 6ª T., relator Ministro Hélio Quaglia Barbosa, j. 16-02-2006, DJe 13-03-2006). Vale frisar que, no caso dos autos, não há nenhum elemento indicativo de que os policiais arrolados como testemunhas pela Acusação teriam razão para imputar falsamente o cometimento do crime ao Apelante, motivo pela qual deve dar-se especial relevância às suas declarações. In casu, os policiais asseveraram não conhecer o Apelante, bem como se encontravam em fiscalização de rotina, participando de uma operação policial destinada a evitar obstrução à rodovia, quando passaram a abordar alguns ônibus. A testemunha Gilberto Gomes da Silva, ID 36471031, não presenciou o fato e pouco acrescentou acerca da elucidação do crime, limitando-se, basicamente, a abonar a conduta do acusado. (Plataforma Pje Mídias, link de ID 36471132) Em interrogatório, ID 36471102, o Apelante negou a autoria do delito, tendo, contudo, admitido que a droga apreendida estava em seu poder, mas alegou não ter conhecimento sobre o conteúdo do que transportava. “Disse que estava na Estação Rodoviária de Itabuna, aguardando o ônibus que lhe levaria a Paulo Afonso-BA, de onde, posteriormente, iria, de van, para a sua cidade de origem, em Pernambuco. Enquanto esperava o ônibus, um homem estranho se aproximou e passou a conversar consigo, perguntando-lhe se poderia levar uma bolsa e uma maletinha a Paulo Afonso, para ser entregue ao filho dele. Foi tal rapaz quem colocou a bagagem no ônibus. O réu veio a Itabuna visitar um tio, chamado "Cabocliquinho". Não sabe o nome exato do seu tio, acha que ele se chama Manoel. Seu tio teve a casa inundada, razão pela qual veio a Itabuna para ajudá-lo. Porém, houve um desencontro, pois quando o denunciado chegou em Itabuna, seu tio já se encontrava em Pernambuco. O denunciado chegou num dia e retornou no outro, pegando o ônibus. Esclarece que, em verdade, "Cabocliquinho" é primo do seu pai, tratando-o como tio. Não sabe onde "Caboclinho" morava em Itabuna. O dinheiro portado pelo acusado à época da prisão era para o custeio das despesas com a viagem. Quando o denunciado chegou na região, em verdade, desembarcou em Ilhéus, depois vindo a Itabuna. Em Itabuna, ficou num hotel somente uma noite, tendo chegado tarde e deixado a cidade no outro dia de manhã. Nunca havia sido preso nem processado criminalmente. Não é verdade que tenha recebido dinheiro do tal rapaz para transportar a bolsa. Ele

apenas pagou a passagem do acusado. O acionado é indígena da tribo Pankará. O réu estudou, sabendo ler e escrever, tendo retomado os estudos. O acusado trabalha como motorista de transporte escolar. Nunca tinha visto a droga em tela em toda a sua vida. Na aldeia onde mora não há esse tipo de droga. O acusado sempre morou em aldeia indígena. Atualmente sabe o que são drogas, na época dos fatos não. Depois da prisão sua vida foi tumultuada, tendo sofrido depressão por ter ficado quase um ano preso em Itabuna. Reafirma que não sabia do conteúdo da mala. Se soubesse que na mala havia drogas jamais a teria transportado.” (Trecho extraído da peça de ID 36471135 e verificado na Plataforma Pje Mídias, através do link de ID 36471132) Em sede policial, ID 36470765, disse que: (...) “QUE o interrogado reconhece que estava com a mala encontrada pelos policiais rodoviários federais, no bagageiro do ônibus da empresa São Geraldo. PERG.: Essas drogas encontradas na mala lhe pertencem? RESP.: Negativamente. QUE reside na cidade de Carnaubeira da Penha/PE, e veio a Itabuna/Ba, no dia 25/11/2013, cm férias, para conhecer a cidade e as praias de Ilhéus/Ba. QUE hoje, dia 30/11/2013, iria retornar para a sua cidade, e quando estava na rodoviária de Itabuna/Ba, um indivíduo desconhecido, de cor parda, alto, forte e cabelos crespos de cor castanha, aproximou-se e perguntou se o interrogado poderia levar uma mala para ele até a cidade de Paulo Afonso/Ba. QUE esse indivíduo disse que uma pessoa pegaria com o interrogado na rodoviária da cidade de Paulo Afonso/Ba. QUE esse indivíduo também lhe ofereceu um dinheiro, não dizendo a quantia, por esse favor. PERG.: Sabia o que tinha dentro da mala? RESP.: Negativamente. QUE o indivíduo desconhecido não lhe disse o que tinha dentro. QUE perguntou ao desconhecido o que tinha na mala, e ele respondeu que eram roupas. PERG.: Teve a curiosidade de verificar o que tinha dentro? RESP.: Negativamente. PERG.: Porque ao ser perguntado pelos: policiais se estava com mais alguma bagagem no ônibus, durante a abordagem, o interrogado negou? RESP.: QUE negou porque não sabia o que tinha dentro da mala, e por isso ficou com receio de dizer que era sua, pois na verdade a mala não lhe pertence. PERG.: Onde ficou hospedado em Itabuna/Ba? RESP.: QUE ficou, alguns dias, na casa de uns parentes do seu tio, e depois foi para um hotel. QUE o interrogado veio para Itabuna/Ba, com seu tio apelidado de “Caboquinho”. QUE não sabe o endereço dos parentes do seu tio, onde ficou hospedado. QUE saiu logo por causa das chuvas, pois o imóvel ficou impossibilitado de alguém permanecer nele. QUE o interrogado foi para um hotel e ficou 04 (quatro) dias. Hospedado.” (...) (sic) Vê-se que, em Juízo, o Recorrente negou os fatos criminosos, afirmando que se encontrava aguardando o ônibus que lhe levaria a cidade de Paulo Afonso/BA, quando um homem teria se aproximado e lhe perguntando se poderia levar a bagagem (onde se encontravam as drogas) para a cidade de Paulo Afonso, a fim de ser entregue ao seu filho e, em troca, pagou-lhe a passagem. Em que pese o acusado ter negado o conhecimento sobre o conteúdo da bagagem, a sua versão é pouco crível. Ademais, há contradições entre suas declarações prestadas em fase inquisitiva e judicial. Em Juízo, o Recorrente alegou que foi até a cidade de Itabuna, a fim de ajudar um tio, “Cabocliquinho”, que teve a sua casa inundada, entretanto, não soube sequer declinar o nome do suposto tio, limitando-se a dizer que “acha que ele se chama Manoel”. Em seguida contou que houve “um desencontro”, pois quando chegou em Itabuna, seu tio já estava no estado de Pernambuco, tendo permanecido na cidade por apenas um dia. Em sede policial, entretanto, apresentou uma versão diferente. Afirmou que “ficou, alguns dias, na casa de uns parentes do seu tio, e depois foi para um hotel. QUE o interrogado veio para

Itabuna/Ba, com seu tio apelidado de "Caboquinho". QUE não sabe o endereço dos parentes do seu tio, onde ficou hospedado. QUE saiu logo por causa das chuvas, pois o imóvel ficou impossibilitado de alguém permanecer nele." (sic) Também sob o crivo do contraditório, o Recorrente sustentou que "não é verdade que tenha recebido dinheiro do tal rapaz para transportar a bolsa. Ele apenas pagou a passagem do acusado." Contudo, quando ouvido na delegacia, disse que o indivíduo lhe ofereceu um dinheiro, "por esse favor." Em qualquer hipótese, causa bastante estranheza o fato do acusado aceitar transportar uma mala para um desconhecido sem que tivesse qualquer desconfiança do seu conteúdo. Ressalte-se, que os policiais que o prenderam em flagrante delito afirmaram que o Recorrente aparentava estar "muito nervoso" e que, quando questionado sobre a existência de bagagem em seu nome, teria negado a possuir. Saliente-se, também, que as testemunhas asseveraram que, quando da abordagem, o Apelante admitiu ter pego a droga na cidade de Itabuna para fazer o seu transporte. O PRF Leonardo Santana Fontoura, ainda disse que o acusado afirmou estar "aguardando o melhor momento para transportá-la". Constata-se que os agentes públicos responsáveis pela prisão em flagrante foram firmes, uníssonos e coerentes em seus depoimentos. As pequenas divergências nos seus depoimentos ou esquecimentos em razão da rotina de trabalho e do decurso do tempo, apontadas pela Defesa, não são hábeis a invalidar todo conjunto probatório exposto. Nesse sentido: PENAL. DELITO DE TRÂNSITO. EMBRIAGUEZ AO VOLANTE. DEPOIMENTOS POLICIAIS E AUTO DE CONSTATAÇÃO DE SINAIS DE ALTERAÇÃO DA CAPACIDADE PSICOMOTORA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. SENTENÇA MANTIDA. 1. As pequenas contradições entre as declarações das testemunhas são naturais quando referentes a meros detalhes sobre a dinâmica dos fatos, logo não invalidam o conjunto probatório, quando os depoimentos convergem em pontos essenciais e as divergências se limitam a detalhes de menor importância. [...] 3. Recurso conhecido e desprovido (TJ-DF 20180610014219 DF 0001393-43.2018.8.07.0006, Relator: JESUINO RISSATO, Data de Julgamento: 28/02/2019, 3ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: Publicado no DJE: 18/03/2019. Pág.: 169/175) "TRÁFICO DE DROGAS – RÉU FORAGIDO – DROGAS ENCONTRADAS DEBAIXO DA CAMA DO RÉU – DEPOIMENTO DOS POLICIAIS COERENTES E HARMÔNICOS ENTRE SI – PEQUENAS DIVERGÊNCIAS QUE NÃO INVALIDAM OS DEPOIMENTOS – PROVA DE PARCIALIDADE INSUFICIENTE – SENTENÇA MANTIDA – RECURSO IMPROVIDO. (TJ-SP – ACR: 990080177788 SP, Relator: Lúcio Alberto Eneas da Silva Ferreira, Data de Julgamento: 12/12/2008, 11ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 30/01/2009" "Apelação da Defesa – Tráfico de Drogas – Provas suficientes à condenação – Materialidade e autoria comprovadas – Circunstâncias reveladoras do crime de tráfico de entorpecentes – Apreensão significativa quantidade de maconha – Réu surpreendido enquanto repartia a droga e a embalava em porções individuais – Pequenas divergências nos depoimentos dos policiais militares que não enfraquecem o conjunto probatório – Negativa do acusado isolada do contexto probatório – Fatores que, associados à prova produzida, levam à conclusão de que os entorpecentes eram destinados ao consumo de terceiros – Pena-base corretamente fixada acima do mínimo legal – Apreensão de significativa quantidade de entorpecentes – Circunstância atenuante da menoridade relativa, bem reconhecida – Inaplicabilidade do redutor previsto no artigo 33, § 4º da Lei antidrogas – Impossibilidade da fixação de regime aberto e da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos – Mercês incompatíveis com delitos de singular gravidade – Necessidade de maior repressão ao tráfico de entorpecentes – Regime fechado compatível com a conduta – Recurso de



apelação desprovido. (TJ-SP – APL: 00001828720178260196 SP 0000182-87.2017.8.26.0196, Relator: Cesar Augusto Andrade de Castro, Data de Julgamento: 12/12/2018, 3ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 12/12/2018) Por outro lado, a versão sustentada pelo acusado visa, apenas, eximir-se da responsabilidade criminal. É cediço que o réu não possui compromisso com a verdade, sendo-lhe assegurado, constitucionalmente, inclusive, o direito de permanecer em silêncio, resultando ser natural que negue a prática delitiva a si atribuída, com vistas a evitar a condenação. Os policiais, entretanto, prestam depoimento sob compromisso e pena de falso testemunho. Diante desse contexto, observa-se que os relatos das testemunhas arroladas pela acusação, aliados às circunstâncias da prisão e demais provas obtidas no curso da persecução penal, reputam-se suficientes para comprovar a autoria e justificar a condenação do Recorrente, não havendo que se cogitar em insuficiência de provas. Nesse sentido: Ementa: APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LITISPENDÊNCIA. INOCORRÊNCIA. PEDIDOS DE ABSOLVIÇÃO IMPROCEDÊNCIA. PROVAS SUFICIENTES DA MATERIALIDADE E AUTORIA. EMENDATIO LIBELLI MANTIDA. APREENSÃO DE ARMA DE FOGO. MAJORANTE DO CRIME DE TRÁFICO. DOSIMETRIA INALTERADA. RECURSOS NÃO PROVIDOS. 1. A presença de provas robustas da materialidade e autoria impõe a condenação dos acusados pelos crimes de tráfico e associação para o tráfico. 2. Na hipótese, a autoria re-soa através dos depoimentos firmes, uníssonos e coerentes dos policiais – compromissados na forma da lei –, os quais se revestem de legitimidade e alto valor probatório. 3. [...] (grifos acrescidos) (TJ AM Apelação Nº 0221324-18.2016.8.04.0001. Data da publicação: 10/12/2018) Ademais, sabe-se que para se configurar o delito de tráfico de drogas, basta que a conduta do agente se encaixe em um dos verbos mencionados no caput do art. 33 e que a finalidade seja o consumo de drogas por terceiros. Ou seja, não importa, sequer, que o agente seja surpreendido comercializando efetivamente a droga, bastando que haja nos autos provas robustas e demais elementos que denotem a finalidade de uso das drogas por terceiros. Isto porque a prova da mercancia não necessita ser direta, devendo ser firmada quando os indícios e presunções formam um conjunto harmônico e demonstram a distribuição comercial do entorpecente. In casu, além dos depoimentos anteriormente colacionados, as circunstâncias da prisão, a quantidade e a forma de acondicionamento de 8.287 kg (oito quilos e duzentos e oitenta e sete gramas) em forma de tabletes, envoltos em plástico, indicam que a droga não seria destinada ao consumo próprio, mas sim ao comércio ilegal, o que inviabiliza o pleito de absolvição da Apelante. DO AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DE PENA PREVISTO NO ARTIGO 40, INCISO III, DA LEI 11.343/06 A Defesa pleiteou o decote da causa de aumento do art. 40, III, da Lei nº. 11.343/2006, aduzindo que o simples fato de o acusado carregar o entorpecente em transporte público não conduz ao reconhecimento da referida majorante, sendo imprescindível “que se comprove a existência do elemento subjetivo, qual seja, a intenção incontestável de vender substâncias entorpecentes”. No que se refere a incidência da causa de aumento, dispõe o inciso III, do artigo 40, da Lei nº 11.343/2006, da seguinte forma: Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: (...) III – a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas

ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos; (...) (grifos acrescentados) A intenção do legislador ao instituir o retromencionado dispositivo foi coibir, de forma mais severa, o agente que se beneficia do aglomerado de pessoas presentes nos estabelecimentos, no seu entorno ou em transportes públicos, facilitando a disseminação da mercancia ilícita. Nas lições do doutrinador Renato Brasileiro de Lima (in Legislação Criminal Especial Comentada. 4ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016), “a justificativa para a existência desta majorante diz respeito à enorme facilidade de disseminação do consumo de drogas nesses locais em virtude da maior concentração de pessoas, o que acaba por representar maior risco à saúde pública.” Nesse sentido nos ensina Guilherme de Souza Nucci (in Leis Penais e Processuais Penais comentadas. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012), que, “quanto maior for a aglomeração de pessoas, mais fácil, ágil e disseminado torna-se a mercancia da droga”. É de se observar, contudo, que, para o reconhecimento da majorante prevista no inciso III, do art. 40, da Lei de Drogas, no caso do cometimento da infração em transporte público, é necessária a efetiva oferta ou a comercialização da droga no interior do veículo público. Esse é o entendimento da jurisprudência: “PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AGENTE NA CONDIÇÃO DE “MULA”. AUSÊNCIA DE PROVA DE QUE INTEGRA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. APLICAÇÃO EM MENOR EXTENSÃO. AFASTAMENTO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, III DA LEI DE DROGAS. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE COMERCIALIZAÇÃO OU OFERTA DO ENTORPECENTE NO TRANSPORTE PÚBLICO. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. FALTA DO PREENCHIMENTO DO REQUISITO OBJETIVO. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA, EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. [...] 4. O entendimento deste Superior Tribunal é de que, para a caracterização da majorante do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, é necessária a efetiva oferta ou a comercialização da droga no interior do veículo público, não bastando, para a sua incidência, o só fato de o agente ter se utilizado dele como meio de locomoção e transporte da substância ilícita. 5. Embora o paciente seja primário e a pena definitiva tenha sido estabelecida em patamar inferior a 8 anos, o regime fechado é o adequado para o cumprimento da pena privativa de liberdade, em razão da aferição da quantidade e da natureza da droga (6 tijolos de maconha, pesando mais de 8 kg), na primeira etapa da dosimetria para exasperar a pena-base. 6. É inadmissível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I, do Código Penal). 7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para afastar a causa de aumento do art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, bem como para fazer incidir em 1/6 a minorante do art. 33, § 4º, da referida norma, resultando a pena definitiva do paciente em 4 anos, 10 meses e 10 dias de reclusão e pagamento de 485 dias-multa, mantido o regime fechado. (grifos acrescentados) ( HC n. 455.652/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 4/9/2018, DJe de 14/9/2018.) HABEAS CORPUS. SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. MAJORANTE PREVISTA NO ART. 40, INCISO III, DA LEI N. 11.343/06. INAPLICABILIDADE SE NÃO DEMONSTRADA A EFETIVA MERCANCIA ILÍCITA NO INTERIOR DO TRANSPORTE PÚBLICO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. PENA REDIMENSIONADA. ORDEM CONCEDIDA. 1. [...] 2. Extrai-se do texto legal que a incidência da

majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06 pressupõe que o crime efetivamente seja praticado no interior do transporte público, em razão do maior risco ao meio social que representa a disseminação das drogas ilícitas em ambientes com grande circulação e concentração de pessoas. Partindo dessa diretriz, ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal firmaram o entendimento de que a mera utilização do transporte público pelo suposto criminoso, sem indícios de prática da mercancia ilícita no interior do veículo, não justifica a aplicação da causa de aumento de pena prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, todavia, prevalecia o entendimento contrário, o que perdurou até o julgamento do REsp 1345827/AC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, em 18.3.2014, ocasião em que esta Corte Superior passou a alinhar-se à jurisprudência da Corte Suprema, afastando a incidência da causa de aumento de pena quando não evidenciado o uso do transporte público para mercancia ilícita de drogas. No caso concreto, as instâncias ordinárias aumentaram a pena do paciente, na terceira fase da dosimetria, na fração de 1/6 (um sexto), pelo simples fato de que foi flagrado portando os entorpecentes no interior de veículo de transporte público urbano. Assim, em atenção à jurisprudência dos Tribunais Superiores, impõe-se o afastamento da aludida majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06. (grifos acrescidos) Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida de ofício para afastar a majorante do art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06, redimensionando a pena do paciente para o patamar de 5 anos de reclusão, mantido o regime inicial semiaberto, e ao pagamento de 500 dias-multa. ( HC n. 329.560/RJ, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 2/8/2016, DJe de 10/8/2016.) Ao incidir a referida majorante, consignou o Magistrado, ID 36471135: (...) “Da causa de aumento de pena relativa ao transporte público (art. 40, III, da lei nº 11.343/2006). Incidência. Como se sabe, o réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não da capitulação jurídica nela inserta, cabendo ao Magistrado promover a devida adequação da acusação, em obediência ao princípio da correlação ou da correspondência (narra mihi factum dabo tibi jus) [arts. 383 e 385 do CPP]. No caso, embora o MP não a tenha capitulado inicialmente nem pleiteado a sua aplicação nas alegações finais, a denúncia satisfatoriamente narra que o tráfico se valeu do transporte público para transportar a droga, do que decorre o reconhecimento da causa de aumento de pena descrita no art. 40, III, da lei nº 11.343/2006.” (...) Analisando o conjunto fático probatório, restou claro que o Apelante não estava realizando a comercialização no interior do coletivo, mas se utilizando de transporte público no tráfico de drogas. Dessa forma, considerando que o simples fato de o agente utilizar-se de transporte público para conduzir a droga não atrai a incidência da majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, como na espécie, impõe-se o seu afastamento, devendo, portanto, ser acolhido o pleito defensivo. DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º, ARTIGO 33, DA LEI 11.343/06 Pleiteia o Apelante, a aplicação da minorante do § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06, em sua fração máxima. Do exame do édito condenatório observa-se que o douto Magistrado a quo fundamentou a aplicação da minorante nos seguintes termos, ID 36471135: (...) “Causa especial de diminuição de pena (art. 33, § 4º, da lei nº 11.343/2006). Incidência. Em virtude da ausência de antecedentes criminais e de elementos que indiquem tratar-se o réu de indivíduo dedicado à atividade criminosa ou integrante de organização criminosa, importa a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, §

4º, da lei nº 11.343/2006. (...) Em face da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da lei nº 11.343/2006, verifica-se que a espécie de droga apreendida (crack) é de acentuado poder nocivo, além de ser conformada por quantidade bastante elevada (8,287kg) e em estado bruto. Além disso, a despeito de não demonstrada exatamente a sua integração a organização criminosa, evidentemente que o réu possui alguma relação com integrantes de grupo criminoso minimamente organizado, tendo agido como "mula", em atuação revestida de certo grau de sofisticação. Por tudo isso, diminuo a pena provisória na proporção mínima de 1/6, estabelecendo-a em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão. Nesse sentido (destaques deste Magistrado): “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA MESMA LEI. (...) INCIDÊNCIA DA MINORANTE NA FRAÇÃO MÍNIMA. CONDIÇÃO DE MULA. FUNDAMENTO CONCRETO. PRECEDENTES. CABÍVEL O REGIME INICIAL FECHADO, EM RAZÃO DA QUANTIDADE/ NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. DETRAÇÃO PENAL. INOVAÇÃO RECURSAL. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, DESPROVIDO. 1. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 27/04/2022, no julgamento do HC n. 725.534/SP, de relatoria do Ministro RIBEIRO DANTAS, reafirmou o entendimento exposto no REsp n. 1.887.511/SP, no sentido de que a quantidade e a natureza da droga apreendida não permitem, por si sós, afastar a aplicação do redutor especial. 2. Foi ressaltada, contudo, a possibilidade de valoração de tais elementos, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena. 3. Na hipótese, quanto à fração de redução da minorante, a expressiva quantidade de entorpecente apreendida – não valorada na primeira fase para exasperar a pena-base –, aliada ao fato de o Acusado ostentar a condição de “mula” do tráfico justifica a aplicação da fração mínima (1/6). 4. Não obstante a fixação da pena em patamar inferior a 8 (oito) anos de reclusão, a gravidade concreta do delito, evidenciada pela natureza e elevada quantidade de droga apreendida, autoriza o estabelecimento do regime inicial fechado. 5. Mantida a reprimenda final em quantum superior a 4 (quatro) anos, inviável a substituição por penas restritivas de direitos, pelo não preenchimento do requisito objetivo (art. 44, inciso I, do Código Penal). 6. No âmbito do agravo regimental, não se admite que a Parte, pretendendo a análise de teses anteriormente omitidas, amplie objetivamente as causas de pedir formuladas na petição inicial ou no recurso. 7. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.” (STJ: AgRg no HC n. 746.156/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 21/6/2022).” Como cediço, a causa de diminuição em comento tem por objetivo beneficiar, apenas, pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida ( AgRg no AREsp 648.408/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015; AgRg no REsp 1423806/SP; Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015). Nos termos do que dispõe o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para a incidência da causa especial de diminuição de pena aos condenados pelo delito de tráfico de drogas, faz-se necessário que o agente seja reconhecidamente primário, ostente bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, ex vi: (...) “Art. 33. Importar, exportar, remeter,

preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (...) § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas 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." Com efeito, infere-se dos autos que o Recorrente preenche os requisitos para a incidência da minorante, tendo em vista que é tecnicamente primário, não possui registro de maus antecedentes, tampouco existem elementos que indiquem que se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa. Por outro lado, é cediço que a análise da dosimetria penal, em todas as suas fases, goza de certa discricionariedade do Julgador, sempre limitada aos parâmetros do ordenamento jurídico e da razoabilidade, aos elementos presentes nos autos, e desde que devidamente fundamentada, requisito que, como se vê, foi atendido pelo Magistrado. Como se verifica, para a eleição da fração de redução da pena, o Julgador considerou os requisitos autorizadores, bem como a quantidade e a nocividade da droga apreendida, in casu, 8.287 kg (oito quilos, duzentos e oitenta e sete gramas) de "cocaína", e aplicou o patamar de 1/6 (um sexto). A respeito do tema a Suprema Corte, no julgamento do HC 115.149/SP assentou que "o juiz não está obrigado a aplicar o máximo da redução prevista quando presentes os requisitos para a concessão desse benefício, possuindo plena discricionariedade para aplicar, de forma fundamentada, a redução no patamar que entenda necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime". No mesmo sentido, o Ministro Relator Gilmar Mendes, no julgamento do HC 110.516 AgR, reconheceu que "o tráfico privilegiado, como minorante aplicável na terceira fase da dosimetria, pode ter sua extensão definida à luz do montante da droga apreendida, permitindo ao magistrado movimentar a redução dentro da escala penal de um sexto a dois terços, mediante o reconhecimento do menor ou maior envolvimento do agente com a criminalidade". Dessa forma, considerando que foram sopesadas pelo Magistrado sentenciante as circunstâncias concretas, que apontam para primariedade e bons antecedentes do Apelante, bem assim, que este não se dedica a atividades criminosas, nem integra organização criminosa e, ainda, restando fundamentada na quantidade e nocividade da droga apreendida, a modulação do redutor na fração de 1/6 (um sexto), tem-se por proporcional e adequada a incidência da minorante. DA DOSIMETRIA DA PENA Assim, tendo em vista o afastamento da majorante prevista no art. 40, inciso III, da Lei n. 11.343/06, impõe-se o refazimento da dosimetria da pena. Verifica-se que a pena-base foi estabelecida no patamar mínimo legal, de 05 (cinco) anos de reclusão e no pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Na segunda fase, por ausentes agravantes e atenuantes, manteve-se a pena-base, convertendo-a em provisória. Na terceira etapa, em face da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, verifica-se que a pena foi reduzida na proporção de 1/6 (um sexto), estabelecendo-a em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão. Considerando, ainda, que foi afastada a majorante prevista no art. 40, III, da Lei n. 11.343/2006, torna-se a referida pena em definitiva. Assim, considerando a ausência de qualquer outra causa de aumento ou de diminuição, fica a reprimenda definitivamente estabelecida em 04 (quatro)

anos e 02 (dois) meses de reclusão e no pagamento de 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do evento delituoso. REGIME PRISIONAL No que se refere ao regime prisional, a Defesa requereu, considerando a possibilidade do provimento de seus pleitos, quanto ao afastamento da causa de aumento do artigo 40, inciso III, e a redução na fração máxima da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, ambos da Lei nº 11.343/06, a fixação do regime inicial aberto para o cumprimento da pena. Contudo, tendo em vista que, após a reforma implementada, a pena definitiva restou no patamar superior a 04 (quatro) anos, fixa-se o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena, a teor do artigo 33, § 2º, alínea b, do CP. DA APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL A Defesa pleiteia a aplicação do instituto da detração penal (art. 387, § 2º do CPP), objetivando a mudança do regime inicial fixado para o aberto, argumentando que o Apelante esteve em prisão cautelar por onze meses e quinze dias. Importa registrar, a princípio, que a detração penal não se confunde com o benefício da progressão de regime prisional, cuja competência para analisar é do Juízo da Execução Penal. Nas lições do doutrinador Guilherme de Souza Nucci (in Código de Processo Penal Comentado. 14. ed. rev. atual. e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015), o § 2º, do artigo 387, do CPP, "permite que o julgador promova o desconto pertinente à detração para escolher o regime inicial apropriado ao réu, em caso de condenação. Não significa, de modo algum, transformar o juiz da condenação num juiz de execução penal; concede-se autorização legislativa para que o magistrado, ao condenar, leve em consideração o tempo de prisão cautelar. (...) Não está o julgador obrigado a conceder sempre o regime mais favorável; pode fixar o regime fechado inicial, se considerar o mais adequado, nos termos do art. 59 do Código Penal, indicado pelo art. 33, § 3º. Afinal, somente o juiz da execução penal possui o quadro completo das condenações daquele réu, do seu comportamento carcerário e do seu merecimento." In casu, não há nos autos informações seguras e firmes suficientes para realizar a contagem abstrata do tempo de prisão provisória na fixação do regime inicial de cumprimento de pena, de modo a confirmar que o Apelante ficou preso durante todo o período, sem efetuar uma eventual fuga, por exemplo. Desse modo, a prudência impõe que o Juízo da Execução Penal seja o competente para a realização desta avaliação de forma segura. Portanto, à míngua de elementos suficientemente seguros, deixa-se de realizar a detração, não se conhecendo do pedido formulado pelo Apelante, sem prejuízo de que a competente Vara das Execuções Penais, uma vez munida das informações necessárias, venha a realizá-la. CONCLUSÃO Ante o exposto, vota-se pelo PARCIAL CONHECIMENTO E, NESTA EXTENSÃO, PELO PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO, PARA REDIMENSIONAR A PENA DO APELANTE PARA 04 (QUATRO) ANOS E 02 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, E AO PAGAMENTO DE 416 (QUATROCENTOS E DEZESSEIS) DIAS-MULTA, À RAZÃO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO EVENTO DELITUOSO. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador JULIO CEZAR LEMOS TRAVESSA Relator