

Tribunal de Justiça do Estado da Bahia Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma Origem do Processo: Comarca de Vitória da Conquista Apelação nº 8014852-26.2023.8.05.0274 Apelante/Apelado: Gustavo Pimentel de Sousa Advogado: Elias Sebastião Venâncio (OAB/BA 23.928) Apelante/Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotor de Justiça: Beneval Santos Mutim Procuradora de Justiça: Silvana Oliveira Almeida Relator: Mario Alberto Simões Hirs APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, C/C ART. 40, INCISO V, DA LEI 11.343/06). RECURSO DA DEFESA. AUTORIA E MATERIALIDADE INDIVIDUAIS. RÉU QUE FOI PRESO EM FLAGRANTE TRANSPORTANDO EXPRESSIVA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES, MEDIANTE TRANSPORTE COLETIVO INTERESTADUAL. ACERVO PROBATÓRIO QUE LEGITIMA A CONDENAÇÃO. ABSOLVIÇÃO INCABÍVEL. QUANTIDADE DE DROGA QUE FOI CONSIDERADA PARA EXASPERAR A PENA BASE E AFASTAR O TRÁFICO PRIVILEGIADO. BIS IN IDEM CONFIGURADO. PRECEDENTES DO STJ. IMPERIOSA REDUÇÃO DA PENA-BASE. TRÁFICO PRIVILEGIADO NÃO RECONHECIDO. ALTA QUANTIDADE DE DROGAS E DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS COMPROVADA. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. RÉU QUE NÃO ATENDE AOS REQUISITOS EXIGIDOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. APELAÇÃO DEFENSIVA CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO DE AUMENTO DE PENA NÃO ACOLHIDO. QUANTIDADE DO ENTORPECENTE QUE SÓ PODE SER CONSIDERADA EM UMA DAS FASES DA DOSIMETRIA, SOB PENA DE BIS IN IDEM. PRECEDENTES DO STJ. REGIME SEMIABERTO MANTIDO, EM OBSERVÂNCIA AO QUE DISPÕE O ART. 33, § 2º, ALÍNEA B DO CÓDIGO PENAL. RECURSO ACUSATÓRIO CONHECIDO E IMPROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação nº 8014852-26.2023.8.05.0274, em que são as partes acima citadas. Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, a unanimidade, em CONHECER E DAR PROVIMENTO PARCIAL ao apelo defensivo e em CONHECER E NEGAR PROVIMENTO ao apelo acusatório, nos termos do Voto do relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 25 de Março de 2024. RELATÓRIO Trata-se de Apelações, interpostas pelo Ministério Público e por Gustavo Pimentel de Sousa, tendo em vista suas respectivas irresignações com o conteúdo da Sentença proferida pelo Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Vitória da Conquista nos autos da ação penal nº 8014852-26.2023.8.05.0274, que julgou procedente a Denúncia proposta pelo Parquet, sendo o ora apelante condenado como incurso nos art. 33, caput, c/c art. 40, inciso V, da Lei 11.343/06. A fim de evitar desnecessária tautologia, adoto o relatório da Sentença de (Id: 56489890 – PJe 2º Grau), in verbis: [...] Inicialmente, registre-se que o processo foi concluso ao prolator da presente decisao em 19/12/2023, sobrevindo suspensão do expediente em decorrência do recesso forense, no período compreendido entre os dias 20/12/2023 até 06/01/2024. Trata-se de Ação Penal movida pelo Ministério Público em desfavor de GUSTAVO PIMENTEL DE SOUSA, qualificado na Denúncia, imputando-o a conduta tipificada no art. 33, caput, c/c o artigo 40, inciso V, todos da Lei 11.343/2006. Diz a denúncia, in verbis: "O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, por meio da Promotora de Justiça que esta subscreve, vem, legitimado pelo art. 129, I, CF, e com base no Inquérito Policial anexo registrado sob o n. 308/2023, provindo da Delegacia de Polícia de Vitória da Conquista, Bahia, oferecer DENÚNCIA contra: GUSTAVO PIMENTEL DE SOUSA, brasileiro, maior, solteiro, ajudante de pedreiro, nascido em 14/01/2002, natural de Araci/BA, inscrito no CPF sob nº 902.029.778-38, portador do RG nº 2421838320 SSP/BA, filho de Josefa Matos Pimentel e Edvaldo Matos de

Sousa, com endereço residencial na Fazenda Sem Freio, zona rural, CEP 48790000, Tucano/BA; pela prática do FATO PUNÍVEL a seguir narrado, de acordo com os requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal Pátrio. De acordo com o Inquérito Policial anexo, no dia 1º de setembro de 2023, por volta das 17h50min, no KM 830 da BR 116, no Posto da Polícia Rodoviária Federal, unidade do município de Vitória da Conquista/BA, o denunciado foi preso em flagrante delito por transportar, para fins de tráfico, 2 (dois) tabletes inteiros, 2 (duas) frações de tabletes e 3 (três) porções prensadas e embaladas em plástico da substância entorpecente análoga à maconha, com peso total de 2.953,15 g (dois mil novecentos e cinquenta e três gramas e quinze centigramas) sem que tivesse autorização legal ou regulamentar para tanto, acondicionadas em uma mochila de cor predominantemente preta com detalhes nas cores rosa e amarelo, que se encontrava no compartimento de bagagem do inferior do ônibus da empresa de transportes Cetro, com itinerário Guarulhos/SP a Araci/BA, caracterizando, assim, o tráfico entre Estados da Federação. Conforme ressoa do caderno investigativo, no dia e horários mencionados, a equipe de policiais rodoviários federais realizava operação de fiscalização de combate ao tráfico de drogas, quando abordou o ônibus da empresa R. TUR Transporte Rodoviário de Passageiro e Fretamento, Mpolo Paradiso, placa policial CUE2B07, com itinerário Guarulhos /SP a Araci/BA. Realizada vistoria no bagageiro externo do ônibus, com apoio de cão farejador, logrou-se acusar a possível existência de drogas em uma mochila de cor predominantemente preta com detalhes nas cores rosa e amarelo, marca DENLEX/BACK PACS, ticket nº 032657. Procedida revista, foram encontrados, no interior da mochila, 02 (dois) tabletes inteiros, 02 (duas) frações de tabletes e 3 (três) porções prensadas da substância entorpecente análoga à maconha, vestimentas e embalagens de pó de café, estes transportados no intuito de inibir o cheiro característicos da droga, bem como uma carteira de trabalho em nome de GUSTAVO PIMENTEL DE SOUSA, em um dos bolsos da mochila. As bagagens foram identificadas como pertencentes ao referido nacional, ora denunciado, passageiro da poltrona nº 25, o qual, ao ser indagado, confessou a prática do delito aos agentes rodoviários, alegando que havia aceitado uma proposta de um indivíduo desconhecido na cidade de Guarulhos/SP para transportar as substâncias ilícitas até local não informado, e que receberia o pagamento da passagem, no valor de R\$ 411,75 (quatrocentos e onze reais e setenta e cinco centavos) acrescido do valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) pelo transporte da droga. Diante do exposto, GUSTAVO PIMENTEL DE SOUSA, resultou incurso no artigo 33, caput, c/c art. 40, inc. V, da Lei 11.343/06. Por esta razão, vem o Ministério Público do Estado da Bahia DENUNCIÁ-LO, para o fim de instauração da competente ação penal, determinando-se inicialmente a notificação do denunciado para apresentar, no prazo de lei, a sua defesa prévia e, em seguida, após o recebimento da denúncia, a sua citação para ser interrogado e, querendo, acompanhar o processo-crime, dando-se em seguida prosseguimento ao feito até os seus ulteriores termos. Requer a produção de prova por todos os meios em direito admitidos, pericial, documental e, inclusive, testemunhal, conforme rol abaixo das testemunhas a serem intimadas para deporem em juízo sob as cominações dos artigos 218 e 219 do CPP." Auto de Exibição e Apreensão de substância aparentando ser maconha acostado nos autos (ID nº 413585718 – fls. 31). Laudo Pericial provisório atestando 2953,15g (dois mil novecentos e cinquenta e três gramas e quinze centigramas) de maconha (ID nº 413585718 – fls. 38). Laudo Pericial definitivo no ID nº 423691097,

atestando ser maconha a substância apreendida. Notificado (ID nº 414638239) o acusado apresentou Defesa Prévia (ID nº 419090249) seguindo-se recebimento da denúncia (ID nº 419995710). No decorrer da instrução processual penal, foi inquirida uma testemunha arrolada na Denúncia, duas arroladas pela defesa, bem como, interrogado o réu (ID nº 424409388). Em Alegações Finais o Ministério Público pugnou pela condenação do Réu nos termos da peça acusatória (ID nº 424990361). A Defesa do Acusado, em alegações finais requereu, in verbis: "a) Que sejam observadas as atenuantes de: menoridade penal (art. 65, I, CP); confissão espontânea (art. 65, III, d, CP); causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, fixando no mínimo legal, convertendo-a em restritivas de direitos, conforme entendimento pacificado do Supremo Tribunal Federal. b) Que o denunciado possa apelar em liberdade nos termos do art. 283, CPP, por preencher os requisitos objetivos para tal objetivo. c) A substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e/ou a fixação do regime inicial aberto. d) A imposição de pena mínima ao denunciado GUSTAVO PIMENTEL DE SOUSA; caso lhe seja imposta pena in concreto acima do mínimo legal, a aplicação no cálculo da pena da atenuante da confissão; imposição de regime de cumprimento de pena menos severo ou substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a isenção das custas processuais, por ser o denunciado pessoa pobre, na forma da lei. e) Caso a pena seja adversa da requerida o que não se espera, requer a V. Exa., a transferência do acusado, para o estabelecimento prisional de Conjunto Penal de Feira de Santana ou Conjunto Penal de Serrinha, que fica situado próximo a residência da família do requerente, Tal pedido é motivado na dificuldade de a família poder visitá-lo, por conta da distância e dificuldade financeiras para se deslocar até a cidade de Vitória da Conquista com uma distância de quase 600 km" (ID nº 425207467). [...] Concluída a instrução, foi prolatada a Sentença Condenatória em desfavor de Gustavo Pimentel de Sousa, julgando procedente a Denúncia, impondo-lhe a pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, à base de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do delito, sanção penal decorrente do crime previsto nos art. 33, caput, c/c art. 40, inciso V, da Lei 11.343/06. Registra-se que o direito de recorrer em liberdade foi negado ao réu. O réu foi pessoalmente intimado acerca da Sentença em seu desfavor (Id: 56489899 – PJe 2º Grau). Inconformada com a condenação, a Defesa interpôs Recurso (Id: 56489909 – PJe 2º Grau). Em suas razões recursais, postulou a absolvição em virtude de ausência de provas. Alternativamente, pediu a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, em patamar máximo e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Em sede de Contrarrazões, o Ministério Público refutou as alegações defensivas e manifestou-se pelo improvimento da Apelação (Id: 56715318 – PJe 2º Grau). Insatisfeito com o teor da Sentença, o Ministério Público interpôs Recurso de Apelação (Id: 56489902 – PJe 2º Grau). Em suas razões recursais, pleiteou a exasperação da pena-base e fixação da pena definitiva do réu em patamar não inferior a 10 (dez) anos, em face da grande quantidade de drogas apreendidas em poder do réu. Ainda requereu a modificação do regime prisional para o fechado. Decisão que recebeu o recurso do Ministério Público (Id: 56489903 – PJe 2º Grau) Em sede de Contrarrazões, a Defesa refutou as alegações acusatórias e manifestou-se pelo improvimento da Apelação (Id: 56489908 – PJe 2º Grau). Instada a se pronunciar, a Procuradoria de Justiça, em Parecer da

Dra. Silvana Oliveira Almeida, posicionou-se pelo conhecimento e improvimento das Apelações, opinando pela manutenção da Sentença em todos os seus termos (Id: 57512677 – PJe 2º Grau). É o relatório. VOTO Presentes os pressupostos recursais objetivos (previsão legal, adequação, regularidade, tempestividade, inexistência de fato impeditivo ou extintivo de direito de recorrer) e subjetivos (interesse e legitimidade), nada obsta que sejam conhecidos os recursos interpostos. Exsurge dos autos a imputação do crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, c/c art. 40, inciso V, da Lei 11.343/06), contra Gustavo Pimentel de Sousa, julgada procedente, impondo-lhe pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa. Irresignada com a condenação, a Defesa interpôs o presente Recurso de Apelação. Em suas razões recursais, postulou a absolvição em virtude de ausência de provas. Alternativamente, pediu a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, em patamar máximo. Por fim, requereu a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Insatisfeito com o teor da Sentença, o Ministério Público interpôs o presente Recurso de Apelação. Em suas razões recursais, pleiteou a exasperação da pena-base e fixação da pena definitiva do réu em patamar não inferior a 10 (dez) anos, em face da grande quantidade de drogas apreendidas em poder do réu. Ainda requereu a modificação do regime prisional para o fechado. DO RECURSO DEFENSIVO De início, cumpre elucidar que a materialidade foi suficientemente comprovada através do Auto de Prisão em Flagrante (Id: 56489765/fl. 02 – PJe 2º Grau), Auto de Exibição e Apreensão (Id: 56489765/fl. 31 – PJe 2º Grau) no qual consta que foi apreendido 2 tabletes inteiros, 2 frações de tablete e 3 porções de substância prensada análoga a erva maconha. Destaca-se ainda o Laudo de Constatação (Id: 56489765/fl. 38 – PJe 2º Grau), no qual pode ser verificado que a quantidade de entorpecentes correspondem a 2953,15Kg (dois mil novecentos e cinquenta e três gramas e quinze centigramas) de maconha, sendo a natureza ilícita confirmada mediante o Laudo Definitivo (Id: 56489811 – PJe 2º Grau). No tocante a autoria do crime, ao analisar o teor probatório dos autos, constata-se que existem provas suficientes para imposição da condenação, tendo em vista que além da confissão do réu, os depoimentos da testemunha arrolada pela acusação (policia rodoviário federal), colhidos nas fases investigativa e judicial, apresentam-se uníssonos e seguros ao descreverem as circunstâncias da prisão prisão em flagrante. Ao ser ouvido perante autoridade judicial (gravação audiovisual via PJe Mídias), a testemunha PRF, Elisson Bezerra de Melo, relatou pormenorizadamente como foi a operação policial, deixando claro que foi apreendida uma mochila contendo drogas e a carteira de trabalho do acusado, sendo localizada no bagageiro de um ônibus, ação que contou com auxílio de um cão farejador: [...] Que se recorda dos fatos. Que estava de serviço, que é de Pernambuco mas estava designado para trabalhar em Vitória da Conquista na operação da polícia rodoviária federal denominada Argos, na segunda etapa. Que junto à outras equipes, essa ação era voltada justamente ao tráfico de drogas e armas, com foco em transporte coletivo de passageiros, de ônibus que fazem essa linha interestadual. Que na base em Vitória da Conquista, no km-830, na BR-116, estava a desempenhar suas funções com auxílio de cão farejador. Que eram realizadas abordagens aos ônibus e inspecionadas as bagagens que são despachadas na parte debaixo do bagageiro, eram colocadas em fileiras para que o cão pudesse fazer a inspeção das bagagens. Que caso apontasse a presença de alguma substância ilícita, era feita a verificação manual para

confirmar o que o cão teria indicado. Que foi o que aconteceu no dia dos fatos com essa mochila, que o cão indicou a presença do entorpecente e ao ser vistoriada a mochila foi encontrada a maconha, prensada. Que também foi encontrada uma carteira de trabalho em nome do Sr. Gustavo dentro da mochila. Que as bagagens são etiquetadas, então subiram no ônibus com o ticket de bagagem, e identificaram a poltrona do passageiro, que pediram para que ele descesse. Que o sr. Gustavo confirmou que a mochila era dele e que tinha conhecimento de que estava a transportar o entorpecente. Que ele disse que receberia o valor da passagem como pagamento mais quinhentos reais. Que não informou quem a receberia e nem pra onde estava indo. Que o ônibus fazia a linha de São Paulo com destino à Bahia. Que o motorista do ônibus presenciou a abordagem. [...] Ao ser interrogado durante a fase judicial (gravação audiovisual via PJe Mídias), o réu, Gustavo Pimentel de Sousa, admitiu que aceitou levar as drogas de São Paulo para Araci-BA, em troca da passagem e mais quinhentos reais: [...] Que pegou o ônibus em Guarulhos e foi parado em Vitória da Conquista. Que estava no ônibus e que foi parado ali na PRF. Que tiraram as mochilas de baixo e depois passou o cão farejador. Que depois subiram e pediram o RG de todo mundo. Que foram até o réu. Que perguntaram se o declarante tinha mochila lá embaixo, que respondeu que sim. Que quando chegou lá embaixo tinham achado a droga. Que perguntaram se era do declarante, e que disse que sim. Que levaria a droga para Araci. Que já foi preso por porte de arma e três bucinhas de maconha. Que prometeram pagar a passagem e mais quinhentos reais. [...] A testemunha, Normandio Santana dos Santos, arrolada pela Defesa, ao ser ouvida em juízo (gravação audiovisual via PJe Mídias) limitou-se em falar sobre a conduta social do acusado. Afirmou que é amigo do pai do réu, trabalhavam juntos numa roça. Que conhece o acusado há muito tempo, desde criança. Que o réu trabalhava na roça com o pai, mas saiu para trabalhar em São Paulo. A testemunha, Luiz Goes, arrolada pela Defesa, perante autoridade judicial (gravação audiovisual via PJe Mídias), também limitou-se em falar sobre a conduta social do acusado. Disse que conhece o Gustavo há muito tempo, desde criança. Como visto, ao compulsar as provas dos autos, restou comprovado que o acusado transportou expressiva quantidade de drogas, partindo de São Paulo em direção a cidade de Araci, utilizando transporte público interestadual, sendo interceptado por agentes da Polícia Rodoviária Federal, enquanto trafegava pelo município de Vitória da Conquista. Ainda não se pode olvidar que o próprio réu admitiu que transportou os entorpecentes em troca da passagem e quinhentos reais, o que somente reforça a ocorrência do crime de tráfico de drogas. É cediço que a doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de admitir a validade do testemunho dos policiais, sobretudo quando os depoimentos dos agentes que participaram da prisão em flagrante são amparados pelos demais elementos probatórios (laudos periciais e auto de exibição e apreensão), o que ocorreu no caso dos autos. Acerca da validade dos depoimentos de policiais que realizaram a prisão em flagrante, oportuno trazer o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO EM SEGUNDA INSTÂNCIA. CERTIFICAÇÃO DO TRÂNSITO EM JULGADO. DISCUSSÃO SOBRE A DESTINAÇÃO DA DROGA APREENDIDA. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. NECESSÁRIO REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO/PROBATÓRIO. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS ENVOLVIDOS NA PRISÃO. VALIDADE. COTEJO COM OUTROS ELEMENTOS PROBATÓRIOS. PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO EM GRAU DE APELAÇÃO FAVORÁVEL AO ACUSADO. AUSÊNCIA DE CARÁTER VINCULANTE. CARÁTER OPINATIVO DA MANIFESTAÇÃO MINISTERIAL. PRECEDENTES DO STJ. AGRADO IMPROVIDO. (...) 2. Ressalte-se,

además, que esta Corte Superior já se manifestó no sentido de que não há óbice que a condenação seja embasada nos depoimentos de policiais responsáveis pela investigação, mormente quando colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de prova, como se verifica no caso concreto. (...) 4. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 712.305/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 8/2/2022, DJe de 15/2/2022.) Además, cumple elucidar que o crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/06, se perfaz com a prática de quaisquer das condutas nele elencadas. In casu, o réu trazia consigo com fito de comercialização, adequando-se com a conduta prevista no referido artigo da Lei de Drogas. É recorrente no Superior Tribunal de Justiça que o tipo penal descrito no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, não faz nenhuma exigência no sentido de que, para a caracterização do crime de tráfico de drogas, seja necessária a demonstração de dolo específico, notadamente quanto ao fim de comercialização do entorpecente, eis que para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito na lei é suficiente a existência do dolo, assim compreendido com a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente. Corroborando com o entendimento exposto, extrai-se precedente da Corte Superior: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS, ASSOCIAÇÃO PARA O NARCOTRÁFICO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA N. 7 DO STJ. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) 3. Para a configuração do delito de tráfico de drogas, não é necessária prova da mercancia, tampouco que o agente seja surpreendido no ato da venda do entorpecente – até porque o próprio tipo penal aduz "ainda que gratuitamente" –, bastando, portanto, que as circunstâncias em que se desenvolveu a ação criminosa denotem a traficância, tal como ocorreu no caso. (...) 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1802964/SC, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 08/06/2021, DJe 30/06/2021) Com tais considerações, rejeito o pedido de absolvição sustentado pela Defesa. Quanto ao pleito de reconhecimento da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, de antemão, forçoso reconhecer a ocorrência de bis in idem, tendo em vista que a quantidade de entorpecentes apreendidos em poder do réu foi considerado para exasperar a pena-base e obstar o reconhecimento do tráfico privilegiado. Assim foi fundamentado pelo juízo sentenciante: [...] Por outro lado, no tocante ao disposto no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, pleiteado pela defesa o Superior Tribunal de Justiça já pacificou o assunto, no tocante ao cabimento ou não da causa de diminuição, nos seguintes termos, in verbis: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME FECHADO. NÃO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CIRCUNSTÂNCIAS QUE DENOTAM QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. ELEVADA QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. REGIME PRISIONAL FECHADO MANTIDO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. NÃO APLICAÇÃO DO ART. 44 DO CP, ANTE A MANUTENÇÃO DO MONTANTE DA PENA APLICADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. – O Superior Tribunal de Justiça, seguindo entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal, passou a não admitir o conhecimento de habeas corpus substitutivo de recurso previsto para a espécie. No entanto, deve-se analisar o pedido formulado na inicial, tendo em vista a possibilidade de se conceder a ordem de ofício, em razão da

existência de eventual coação ilegal. – Esta Corte vem decidindo que a quantidade da droga apreendida, por indicar a dedicação às atividades criminosas, pode embasar o não reconhecimento do tráfico privilegiado. – Hipótese em que não foi aplicada a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 com base no fato de o paciente dedicar-se à atividade criminosa, o que ficou evidenciado pelas circunstâncias em que o delito ocorreu, notadamente diante das investigações que o apontaram como o responsável pelo abastecimento de pontos de tráfico e da elevada quantidade e variedade das drogas apreendidas (1.100 invólucros de cocaína, com peso 968,49 g; 1.300 trouxinhas de maconha, pesando 5.783g; 4 tijolos de maconha, totalizando 4.341g; e 2001 g de maconha em um balde). Alterar a conclusão das instâncias ordinárias implica, sem dúvida, revolver o acervo fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. – Fica prejudicado o pleito de substituição da pena corporal por medidas restritivas de direitos, uma vez que a sanção aplicada é superior a 4 anos de reclusão e, por tal razão, não atende ao requisito objetivo do art. 44, I, do Código Penal. – A manutenção do regime prisional mais gravoso para cumprimento inicial da reprimenda advém da quantidade elevada e nociva das substâncias apreendidas, a evidenciar a existência de circunstância judicial desfavorável ao paciente, tanto que a pena-base foi estabelecida acima do mínimo legal, consoante o disposto no art. 33, § 3º, do CP e no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. – Habeas corpus não conhecido. (HC 351.133/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 28/06/2016, DJe 01/08/2016). Ainda, relevante esclarecer que a quantidade de substância entorpecente apreendida é significativa, aproximadamente 3 (três) quilos de substância entorpecente. Neste sentido não cabe falar em causas de diminuição da pena. Diz o Egrégio Superior Tribunal de Justiça, in verbis: AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. DROGAS. DOSIMETRIA. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. PENA-BASE. CAUSA DE REDUÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. BIS IN IDEM NÃO CONFIGURADO. 1. A elevada quantidade da substância apreendida (quase 50 kg de maconha) justifica a não aplicação do redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, bem como a elevação da pena-base. Bis in idem não configurado. 2. Não se constatando nenhum abuso ou irregularidade na dosimetria, inviável o enfrentamento do tema em sede de habeas corpus. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC 264.118/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 26/02/2013, DJe 08/03/2013). (...) DOSIMETRIA E FIXAÇÃO DA PENA CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (art. 59 CP e art. 42 da Lei 11.343/2006) Delito tipificado no art. 33 da Lei 11.343/2006 Culpabilidade: o acusado não agiu com dolo que ultrapasse os limites da norma penal, o que torna sua conduta inserida no próprio tipo; Antecedentes: não há antecedentes desfavoráveis nos autos, na forma preconizada pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal que estabeleceu não poder ser valorada em desfavor do condenado eventuais inquéritos policiais e ação penais – não transitadas em julgado; Conduta social: trata-se de averiguar, através dessa circunstância, o seu desempenho na sociedade, em família, no trabalho, no grupo comunitário, formando um conjunto de fatores que serve para avaliar o modo pelo qual o agente tem se conduzido na vida de relação. Neste sentido poucos elementos foram colhidos nos autos para indicar a conduta social do réu, motivo pelo qual, não lhe sendo desfavorável o quesito “conduta social”, vislumbra-se a conduta social do “homem médio”, ou seja, aquela da pessoa cumpridora de seus deveres em sociedade; Personalidade do agente: refere-se ao seu caráter, índole, sensibilidade emocional. Neste quesito, também, poucos elementos

foram trazidos aos autos, motivo pelo qual não lhe sendo desfavorável, adota-se a personalidade do “homem médio”, ou seja, do ser humano emocionalmente estável e de boa índole; Motivos do crime: promessa de pagamento para transporte; Circunstâncias do crime: desfavoráveis, pois surpreendido com elevada quantidade de substância entorpecente (aproximadamente 3 quilos); As consequências do crime: não foram graves, na medida em que o Estado conseguiu apreender o bem criminoso, evitando seu uso em sociedade. Situação econômica do agente: nos autos constata-se a ausência de demonstração de boa condição financeira do réu. Assim, adotando o princípio do “in dubio pro reo”, considero como não tendo boa condição financeira, resultando assim, em menor expressão monetária de condenação. Assim, atento as circunstâncias judiciais fixo a pena-base, próximo ao mínimo legal, em 05 (cinco) anos e 05 (cinco) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, a razão de 1/30 do salário mínimo vigente. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES, AGRAVANTES, CAUSAS DE DIMINUIÇÃO E AUMENTO DA PENA (ART. 68 CP). Verifica-se a incidência da atenuante prevista no inciso III, alínea d (confissão), do art. 65 do Código Penal, bem como da menoridade, motivo pelo qual reduz a pena para o patamar mínimo de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa à razão de 1/30 do salário mínimo vigente. Considerando a presença de causa de aumento de pena constante no inciso V da Lei de Drogas (tráfico entre Estados) aumento a pena, no mínimo legal, em 1/6 (um sexto), para torná-la definitiva em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa à razão de 1/30 de salário mínimo vigente. [...] Conforme pôde ser visto, a quantidade de entorpecentes foi considerada, de forma concomitante, para aumentar a pena-base e para vedar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Portanto, tal situação caracteriza o indevido bis in idem, a ser resolvido com a incidência da referida circunstância apenas em uma das fases da dosimetria. Quanto à natureza e quantidade de droga apreendida, o Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral, tema 712, que diz respeito à possibilidade de se considerar a quantidade e a qualidade da droga apreendida tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, firmou a seguinte tese: “As circunstâncias da natureza e da quantidade da droga apreendida devem ser levadas em consideração apenas em uma das fases do cálculo da pena.” Ao vedar a aplicação cumulativa, restou consignado pela Corte Superior que caberá ao juiz escolher em qual momento da dosimetria a quantidade de entorpecentes vai ser levada em conta, seja na primeira, seja na terceira, observando sempre a vedação ao bis in idem. Logo, visando afastar a incidência cumulativa da circunstância em apreço, excluo das circunstâncias judiciais a quantidade de droga apreendida, considerando-a apenas para efeito de afastar a minorante do tráfico privilegiado. Analisando os fatos, constata-se que o réu transportou uma carga de 2953,15Kg (dois mil novecentos e cinquenta e três gramas e quinze centigramas) de maconha, do estado de São Paulo para a Bahia. Ainda deve ser considerado que o próprio acusado, ao ser ouvido perante autoridade judicial, afirmou que recebeu dinheiro de um terceiro pelo transporte das drogas, o que demonstra que se trata de traficante que se dedica a atividades criminosas. Versando sobre situação análoga, cumpre trazer o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. TRÁFICO PRIVILEGIADO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. IMPOSSIBILIDADE DE



REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. As instâncias ordinárias, além da expressiva quantidade de droga apreendida, referiram-se a diversas outras circunstâncias fáticas demonstrativas de sua dedicação à atividade delitiva, tendo sido considerado o fato de que o entorpecente seria transportado entre estados da Federação em ônibus coletivo, com o envolvimento de outros indivíduos para contratação e entrega da substância. 2. A via eleita não se mostra adequada a afastar as conclusões das instâncias ordinárias a respeito da dedicação do paciente à atividades criminosas diante da impossibilidade de revolvimento fático-probatório. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 811.507/MS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 26/6/2023, DJe de 29/6/2023.) Com tais considerações, na primeira fase da dosimetria, fixo a pena-base no mínimo legal, a saber, 05 (cinco) anos de reclusão e em 500 (quinhentos) dias-multa por considerar todas as circunstâncias judiciais neutras, com a utilização da quantidade dos tóxicos apreendidos somente na terceira fase. Na etapa intermediária, mantenho o reconhecimento da atenuante de confissão, todavia, sem reflexo para reduzir a pena, em observância ao que estabelece a Súmula nº 231 do STJ, razão pela qual estabeleço a pena provisória em 05 (cinco) anos de reclusão e em 500 (quinhentos) dias-multa. Na terceira fase da dosimetria, tendo como base as justificativas apresentadas ao longo do Voto, deixo de aplicar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Pontua-se ainda que a majorante prevista no art. 40, inciso V, da Lei 11.343/06, reconhecida pelo juízo a quo, deve ser mantida. Conforme extrai-se das provas dos autos, o acusado foi flagrantado com as drogas enquanto trafegava numa Rodovia, utilizando transporte público interestadual que se deslocava de São Paulo-SP para Araci-BA, sendo abordado pelos agentes policiais em Vitória da Conquista-BA, contexto delitivo que viabiliza a aplicação da referida causa de aumento, adotando-se a fração de 1/6 (um sexto). Diante do exposto, estabeleço a pena definitiva do réu 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, sanção penal decorrente do crime previsto no art. 33, caput, c/c art. 40, inciso V, da Lei 11.343/06. Por fim, em que pese a Defesa tenha pleiteado a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, cumpre esclarecer que o réu não atende, integralmente, aos requisitos elencados no art. 44 do Código Penal, tendo em vista que sua pena foi fixada acima do limite previsto na referida disposição legal. DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO Como visto, o Ministério Público pleiteou a exasperação da pena-base e fixação da pena definitiva do réu em patamar não inferior a 10 (dez) anos, em face da grande quantidade de drogas apreendidas em poder do réu. Ademais, postulou a modificação do regime prisional para o fechado. Conforme fundamentado ao longo do Voto, a quantidade de droga foi restritamente considerada na terceira fase da dosimetria, obstando a aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas. Deste modo, torna-se inviável a pretensão ministerial de elevar a pena do réu em face da quantidade de entorpecentes encontrados consigo, sob pena de incorrer em bis in idem. Ademais, quanto ao pedido de modificação do regime prisional para o fechado, também não merece prosperar. Importante salientar que se trata de réu primário, que teve sua pena definitiva fixada em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, inexistindo circunstâncias judiciais em seu desfavor. Portanto, em observância ao que dispõe o art. 33, § 2º, alínea b do Código Penal, deve ser mantido o regime semiaberto. CONCLUSÃO

Em conclusão, exaurida a análise das questões invocadas pela Defesa, o Voto é para CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL, reduzindo a pena-base para o mínimo legal em virtude de bis in idem. Quanto ao Recurso do Ministério Público, o Voto é pelo CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO do Recurso de Apelação, nos termos expostos. Salvador, data registrada no sistema

\_\_\_\_\_  
Presidente \_\_\_\_\_ Relator  
\_\_\_\_\_  
Procurador (a) de Justiça