

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000886-35.2021.8.05.0122 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: EDERVALDO DA SILVA ROCHA Advogado (s): AGEU DE CARVALHO PIMENTEL APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): I ACÓRDÃO EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IRRESIGNAÇÃO DEFENSIVA. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. IMPROVIMENTO. MATERIALIDADE COMPROVADA POR MEIO DE PROVAS DOCUMENTAL, PERICIAL E TESTEMUNHAL. AUTORIA IGUALMENTE DEMONSTRADA. POLICIAIS QUE, INQUIRIDOS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO, RELATARAM TODA A DINÂMICA DO FLAGRANTE E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS DE MANEIRA SEGURA E HARMÔNICA, DESCREVENDO A EFETIVA APREENSÃO DE DROGAS E ARMA NA POSSE DO ACUSADO. EFICÁCIA PROBATÓRIA DOS DEPOIMENTOS POLICIAIS, MÁXIME QUANDO FIRMES E CONVERGENTES, ALÉM DE NÃO EXISTIR INDICATIVO DE ABUSOS NA REALIZAÇÃO DA DILIGÊNCIA OU INTERESSE NA FALSA INCRIMINAÇÃO DO ACUSADO. CONDENAÇÃO MANTIDA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, COM A CONSEQUENTE REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA PARA PATAMAR AQUÉM DO MÍNIMO. INACOLHIMENTO. INCIDÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA LEGAL INSCRITA NO ART. 65, INCISO III, ALÍNEA "D", DO CP, QUE SE IMPÕE. INVIÁVEL REDUÇÃO DA SANÇÃO FÍSICA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. SÚMULA N.º 231 DO STJ. PEDIDO DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NO ARTIGO 33, §4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. CABIMENTO. INQUÉRITOS POLICIAIS E/OU AÇÕES PENALIS EM CURSO NÃO CONSTITUEM FUNDAMENTO IDÔNEO PARA PROVOCAR O AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. HODIERNA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. IMPOSITIVO RECONHECIMENTO DA MINORANTE NA FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA DE $\frac{1}{2}$ (METADE). NOCIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. PENAS REDIMENSIONADAS PARA 02 (DOIS) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E 250 (DUZENTOS E CINQUENTA) DIAS-MULTA, CADA UMA NO MENOR VALOR LEGAL. CONSEQUENTE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O ABERTO, COM FULCRO NO ARTIGO 33, § 2.º, "C", DO CP, E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, COM ESTEIO NO ARTIGO 44 DO MESMO DIPLOMA LEGAL. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 8000886-35.2021.8.05.0122, oriunda da Vara Criminal da Comarca de Itambé/BA, figurando como Apelante o Réu EDERVALDO DA SILVA ROCHA, e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1.ª Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Apelo, reformando a sentença no capítulo dosimétrico, nos termos do voto desta Relatora. IVONE BESSA RAMOS Desembargadora Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 10 de Setembro de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000886-35.2021.8.05.0122 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: EDERVALDO DA SILVA ROCHA Advogado (s): AGEU DE CARVALHO PIMENTEL APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): I RELATÓRIO Trata-se de recurso de apelação interposto pelo réu EDERVALDO DA SILVA ROCHA, por intermédio de advogado particular, contra a sentença proferida pelo MM. Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Itambé/BA, que, julgando procedente a pretensão acusatória, condenou-o pela prática dos crimes previstos no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, impondo-lhe as penas totais de 05

(cinco) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente semiaberto, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, sendo o valor de cada dia-multa corresponde a um trigésimo do salário mínimo vigente à época do fato e absolveu o acusado João Paulo de Jesus Cerqueira. Narrou a Denúncia (ID 52558546, p. 2/4) que: [...] De acordo com o Inquérito Policial anexo, no dia 27 de setembro de 2017, por volta das 17h15min, a Delegacia Territorial de Itambé em conjunto com a Guarda Civil Municipal receberam a informação de que uma casa localizada na Rua José Casales, n.º 309, bairro Felipe Achy, nesta cidade, indivíduos estariam “cortando” e embalando drogas. Sendo assim, a guarnição policial deslocou-se ao local informado, ocasião em que encontraram os ora denunciados, agachados em círculo em meio a drogas, pratos, bacias, balanças de precisão e outros objetos voltados para a embalagem e comercialização de substâncias entorpecentes, culminando com a prisão em flagrante de Edervaldo da Silva Rocha, proprietário da residência, e Daniel de Jesus Pacheco, tendo os demais, quais sejam, João Paulo Ferreira Santos de Almeida, vulgo “Joãozinho” e João Paulo de Jesus Cerqueira, com o adolescente J.C.S.F, conseguido evadir do local no momento da abordagem. Foram arrecadados na abordagem policial: 409 (quatrocentos e nove) porções, em forma de “pedras”, e aproximadamente 110g (cento e dez gramas) em porção “a granel”, de substância análoga ao “crack”; 42 (quarenta e duas) porções, em forma de “buchas”, e aproximadamente 109g (cento e nove gramas), de substância análoga a “maconha”, e 176 (cento e setenta e seis) porções, acondicionadas em recipientes plásticos, e, aproximadamente 55g (cinquenta e cinco gramas) de substâncias em forma de pó, análoga a “cocaína”, 02 (duas) balanças de “precisão”, 01 (uma) faca, tipo “peixeira”, 08 (oito) lâminas de GILLETTE, 02 (duas) colheres untadas de suposta “cocaína”, 02 (dois) pratos de vidro, tipo “duralux”, sendo um azul e outro transparente, 02 (duas) bacias confeccionadas em alumínio, 03 (três) aparelhos celulares, diversas embalagens plásticas e recipientes vazios utilizados para acondicionamento de drogas (Auto de Exibição e Apreensão de fls. 20 e laudo de constatação de fls. 21)”. A Denúncia foi recebida em 24.01.2018 (ID 52558553, p. 9/12). Finalizada a instrução criminal e apresentadas as alegações finais da Acusação (ID 52558556, p. 3/10) e da Defesa (ID 52558562, p. 1/4), foi proferida sentença acima mencionada (ID 52560890). O Réu, inconformado, manejou o recurso de apelação (ID 52560895). Em suas razões, pugna a sua absolvição do delito de tráfico de drogas, sustentando a fragilidade do acervo probatório coligido ao caderno processual, na forma do art. 386 do CP. No tocante a dosimetria, pleiteia pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, mesmo resultando em condenação aquém do mínimo, bem como pela incidência da figura do tráfico privilegiado (§4.º do art. 33 da Lei de drogas). (ID 52560898). Em contrarrazões, o Parquet pleiteou pelo não conhecimento dos pedidos de absolvição e reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e, na parte conhecida, pelo improvimento da Apelação interposta (ID 52560904). Nesta instância, oportunizada a sua manifestação, a Procuradora de Justiça opinou pelo conhecimento parcial e, nessa extensão, pelo desprovemento do Apelo (ID 54121904). É, em síntese, o relatório, que submeto à apreciação da Eminentíssima Desembargadora Revisora com as homenagens de estilo. IVONE BESSA RAMOS Desembargadora Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000886-35.2021.8.05.0122 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: EDERVALDO DA SILVA ROCHA Advogado (s): AGEU DE CARVALHO PIMENTEL APELADO: MINISTÉRIO

PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): I VOTO I. Do juízo de admissibilidade Inicialmente, verifica-se que o presente Recurso de Apelação é próprio e tempestivo, tendo sido manejado, ademais, por quem exhibe legítimo interesse na reforma do Édito Condenatório. Portanto, é medida de rigor o conhecimento deste inconformismo, passando-se, de logo, ao exame de suas questões de fundo. II. Do mérito recursal II.a. Do pleito de absolvição Passando-se ao mérito recursal, o Acusado pugna a absolvição da imputação de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n.º 11.343/2006), alegando fragilidade probatória e consequente aplicação do princípio do in dubio. Tal alegação, porém, não merece guarida. De logo, observa-se que a comprovação da efetiva apreensão da droga e de sua natureza proscriita repousam, em suma, no Auto de Exibição e Apreensão (ID 52558548, p. 11), laudo de constatação (ID 52558548, p. 12), laudo de exame pericial (ID 52558551, p. 12/14), que apontaram que os materiais encontrados na posse do Apelante se referiam a “166,92g (cento e sessenta e seis gramas e noventa e dois centigramas) de massa bruta acondicionado em embalagem plástica transparente na cor branca sob a forma de pó e 189,86g (cento e oitenta e nove e oitenta e seis gramas) de massa bruta acondicionado em embalagem plástica transparente sob a forma de “pedras” na cor amarelada, ambas substâncias positivas para cocaína. Além de 158,86g (cento e cinquenta e oito gramas e oitenta e seis centigramas) acondicionadas em 42 (quarenta e duas) porções de embalagem plástica transparente, apresentada de forma semiprensada, na cor marrom esverdeada, onde constatou-se referir-se ao vegetal “cannabis sativa”, popularmente conhecido com maconha. Em relação às circunstâncias do flagrante e à concreta vinculação das drogas ao Acusado, cuida-se de aspectos devidamente esclarecidos em juízo, de maneira segura, precisa e detalhada, pelos depoentes Paulo Rucas Brito Achy e Gilberto da Silva, respectivamente Policial Civil e Guarda Civil Municipal, que participaram da diligência e bem relataram as condições da abordagem e a subsequente apreensão de drogas em poder do Acusado. Confirmam-se os seus testemunhos firmados sob o crivo do contraditório: “[...] que participou da diligência que culminou na prisão dos acusados. Disse que os fatos ocorreram em uma quarta a tarde, e que já vinham investigando, porque em Itambé existe uma associação criminosa que possui como chefe “Leandrinho”, e os envolvidos fazem parte desta organização, ressaltando que um deles já havia sido preso com drogas antes. Afirmou que recebeu um informe de que os indivíduos estavam cortando drogas em uma casa. Contou que chegaram à casa e tiveram apoio da Guarda Municipal. Disse que quando entraram no imóvel estavam os cinco sentados em volta, com uma quantidade muito grande de drogas, que estava sendo cortada, e havia balança de precisão. Afirmou que três indivíduos conseguiram fugir. Aduziu que Daniel e Edervaldo foram presos e passaram informação sobre os demais. Contou que viram três pulando o muro. Relatou que, dentro da casa, foi encontrada cocaína, muito material de embalagem, bacia. Disse que, para o cotidiano de Itambé, era muita droga. Relatou que também tinham embalagem plásticas, pinos, facas, duas balanças de precisão, colheres, e que estava tudo sujo. Declarou que a cocaína estava machucada, sendo colocada em saquinho e pinos. Contou que os presos relataram que a droga era de “Joãozinho” e “Leandrinho”. Afirmou que Edervaldo já havia sido preso por tráfico de drogas, e que todos já vinham sendo investigados. Contou que a residência era do cabeludo, Edervaldo e nela tinha poucos moveis, era um ponto de venda de drogas. Disse que a porta da residência estava aberta, os chamaram, e os viram cortando a droga. Contou que Edervaldo abriu a porta. Disse que Edervaldo não correu

porque estava aparentemente debilitado, e Daniel escorregou, sendo alcançado. Afirmou que todos estavam sentados em círculo, ao redor das drogas. Salientou que a porta estava encostada, e, quando Edervaldo destravou e falou polícia, os demais saíram em fuga. Reafirmou que conseguiu visualizar os cinco cortando a droga. Disse que os réus informaram para o depoente que “Leandrinho” era o proprietário da droga. Afirmou que Daniel já havia sido abordado outras vezes, mas não se recorda de ter encontrado algo com ele, mas que já vinha sendo investigado por tráfico de drogas”. (Depoimento PC Paulo Rucas Brito Achy, conforme PJe Mídias) “[...] que participou da diligência. Contou que recebeu uma denúncia, através do número de emergência da guarda, informando que, em uma determinada casa, no bairro Felipe Achy, estava ocorrendo manipulação de drogas para a distribuição, com vários elementos dentro da casa. Afirmou que foram verificar e pediram apoio ao policial Paulo Lucas, que, junto com a guarnição da Guarda, foram até o local. Disse que, chegando ao local, averiguaram e constataram a existência de muita droga, que estava sendo cortada e armazenada. Afirmou que havia embalagens, objetos para cortar, balança de precisão. Relatou que os tipos de drogas eram maconha, crack e cocaína. Disse que tinha bastante cocaína, crack e tinha porções embaladas. Aduziu que, quando chegaram ao local, os acusados estavam em área do quintal coberta. Disse que os que conseguiram capturar estavam ao lado da droga, foram Daniel e Edervaldo. Afirmou que os que fugiram não deu para observar porque já tinham pulado o muro. Contou que os colegas do depoente, que ficaram do lado da rua, identificaram três indivíduos correndo. Relatou que, posteriormente, os réus capturados, informaram quem eram os outros que fugiram, quais sejam, João Paulo, Tin e Joãozinho. Afirmou que conhecia os réus, e que Edervaldo tinha passagem, havia saído a pouco tempo da cadeia por tráfico. Disse que Daniel e João Paulo também tinham envolvimento com o tráfico. Contou que, na diligência, quem entrou na casa foi o depoente e Paulo. Afirmou que não se recorda se os réus falaram de quem era a droga. Contou que se recorda que eles citaram o nome de “Leandrinho”. Disse que tinha no local balança de precisão. Contou que a residência era de Edervaldo. Relatou que a porta estava encostada e quem os recebeu foi o dono da casa”. (Depoimento do Guarda Civil Municipal Gilberto da Silva Leite, conforme PJe Mídias) Assim, constata-se que as suprarreferidas testemunhas não tiveram dificuldade em indicar a apreensão de munições e drogas diversificadas durante a diligência, como também reconheceram o ora Apelante como o indivíduo à época capturado. Portanto, certo é que nada autoriza a presunção da inverdade ou parcialidade de tais testemunhos, à míngua de qualquer indicativo concreto do suposto interesse dos Agentes Públicos em incriminarem falsamente o Réu, além de não haver comprovação de eventual abuso ou irregularidade na concretização do flagrante, porventura apto a subsidiar, ainda que por hipótese, a percepção do seu caráter artificioso. Cabe assinalar, ainda, que a condição funcional dos Policiais não os impede de depor acerca dos atos de ofício dos quais tenham participado, tampouco possuindo o condão de suprimir ou fragilizar a credibilidade de suas assertivas; pelo contrário, essas testemunhas foram inquiridas sob o crivo do contraditório e mediante o devido compromisso, e mantiveram contato direto com o delito e seu autor no exercício de atividade intrinsecamente estatal, estando aptas a contribuírem de modo decisivo, portanto, para a elucidação do fato e dos seus meandros. Quanto à eficácia probatória dos depoimentos prestados por Policiais, vale conferir, a título ilustrativo, precedentes do Superior Tribunal de Justiça: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO.

NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO COM BASE NO DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE DE DROGAS. REEXAME PROBATÓRIO. REDUÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PATAMAR DIVERSO DE 2/3. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA. ILEGALIDADE. CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. REDIMENSIONAMENTO. 1. [...]. 2. O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso. 3-5. [...]. 6. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para reduzir a pena do paciente para 3 anos e 4 meses de reclusão e 500 dias-multa, e para que o juízo das execuções proceda à nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, bem como examine a possibilidade da concessão da substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos. (STJ, 6.ª Turma, HC 165.561/AM, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 02.02.2016, DJe 15.02.2016) (grifos acrescidos) HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA PARA SUSTENTAR A ACUSAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE PROBATÓRIA. 1. [...]. 2. 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, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes. 3. Ordem denegada. (STJ, 5.ª Turma, HC 115.516/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 03.02.2009, DJe 09.03.2009) (grifos acrescidos) Destarte, queda irretocável a Sentença recorrida quanto ao reconhecimento da incursão do Réu nas previsões do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006. II.b. Da aplicação da pena Da leitura sentença objurgada, depreende-se que, na primeira fase, a Magistrada singular fixou a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo. Na segunda fase do processo dosimétrico, acertadamente, a Julgadora primeva reconheceu, mas não valorou a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP)É que, a despeito do correto reconhecimento da citada atenuante já na Sentença objurgada, a pena-base do Acusado foi fixada no mínimo quantum legal, fator que obsta qualquer redução da sanção na segunda fase da dosimetria, diante do teor da Súmula n.º 231 do STJ, da qual esta Turma Criminal se perfilha. Veja-se que a aplicação da atenuante não pode ensejar a diminuição da pena para patamar abaixo do quantum mínimo previsto no preceito secundário do tipo na segunda fase da dosimetria, como também a eventual presença de agravante não possibilitaria o agravamento da pena para além do máximo legal, tudo por inexistir expresso permissivo legal. Esse é o entendimento vastamente firmado pelos Tribunais e pela doutrina pátrios, e assim sumulado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, in verbis: “STJ – Súmula n.º 231 – 22/09/1999 – DJ 15.10.1999 – Circunstâncias Atenuantes – Redução da Pena – Mínimo Legal – A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.” Outro não é o entendimento do Notável Supremo Tribunal Federal: EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PENAL. LATROCÍNIO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO

MÍNIMO LEGAL, NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA, PELO RECONHECIMENTO DE ATENUANTE GENÉRICA: INVIABILIDADE. AUSÊNCIA DE TERATOLOGIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (HC 229357 AgR, Relator (a): CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 15-08-2023, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-s/n DIVULG 16-08-2023 PUBLIC 17-08-2023) O pleito em testilha, em verdade, encontraria subsídio na técnica conhecida como over hulling tendo como parâmetro o entendimento fixado na Súmula n.º 231 do STJ, mercê o Apelante não tenha indicado qualquer contexto normativo ou legislativo distinto daquele já apreciado pelo referido Tribunal de sobreposição para consolidar a sua hermenêutica sobre o alcance do caput do art. 65 do Código Penal. De mais a mais, o argumento interpretativo baseado no alcance da expressão "sempre atenuam a pena", constante no caput do art. 65 do Código Penal, já fora analisado pelo Superior Tribunal de Justiça quando da edição da Súmula colacionada alhures, cabendo ao referido Tribunal a função de orientar a interpretação da Lei Federal, consoante estabelece o art. 105, inciso III, alínea c, da Constituição da Republica, evitando-se a prolação de decisões judiciais contraditórias pelos diversos Tribunais, sendo inoportuna a superação dos precedentes por esta Corte Estadual, mormente quando assentados sobre os mesmos pressupostos normativos. Desta feita, nenhuma reforma na sanção intermediária do Réu deve ser feita. Noutro giro, na terceira fase, a defesa sustenta a possibilidade de incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006. Na hipótese, a Julgadora primeva rejeitou a possibilidade de enquadramento da conduta do Réu nas prescrições do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, ao considerar ser o Apelante dedicado a atividades criminosas em razão da existência de processos criminais pretéritos, nos seguintes termos: "EDERVALDO DA SILVA ROCHA responde por outro processo, anterior aos fatos aqui apurados, também pelo crime de tráfico de drogas (0000382-44.2016.8.05.0122). Ora, para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser dessa causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante. Outrossim, a "dedicação à atividade criminosa" é uma avaliação subjetiva que compete ao julgador fazer à luz do caso concreto, não podendo se aplicar o tráfico privilegiado indistintamente. Assim, deixo de aplicar o redutor". Trata-se de argumentação, todavia, hodiernamente repelida pela jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, que passou a compreender pela impossibilidade de utilização de ações penais em andamento e investigações preliminares como fundamento exclusivo à aplicação da referida minorante do tráfico privilegiado: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] II – A Quinta Turma desta Corte, alinhando-se ao entendimento sufragado no Supremo Tribunal Federal, além de buscar nova pacificação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, compreende que a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal. [...] Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no HC n. 757.256/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto,

Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 3/5/2023.) (grifos acrescentados) AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. EXISTÊNCIA DE AÇÕES PENAIS EM CURSO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. UTILIZAÇÃO PARA O AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. "O mais recente posicionamento de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, em regra, inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem fundamentação idônea apta a respaldar a não aplicação do redutor especial de redução de pena relativa ao reconhecimento da figura privilegiada do crime de tráfico de drogas" (AgRg no HC n. 560.561/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/2/2021, DJe 17/2/2021). 2. Segundo a orientação adotada pela Terceira Seção desta Casa, a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Com efeito, a quantidade e natureza do material tóxico somente poderão justificar o afastamento do benefício de forma supletiva e quando o contexto em que se deu a sua apreensão evidenciar a dedicação à atividade criminosa. 3. Nessa esteira de entendimento, constata-se que as instâncias ordinárias não apresentaram fundamentação válida para afastar a causa especial de redução de pena, razão pela qual se conclui pela incidência da referida minorante. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp n. 2.177.914/AM, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 9/3/2023.) (grifos acrescentados) Logo, na esteira dos atuais precedentes do Tribunal da Cidadania, há de ser provido o pleito recursal para reconhecer a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006. Sob outro viés, observe-se que o legislador, ao criar a figura do Tráfico Privilegiado, dispôs somente os percentuais mínimo e máximo de diminuição da pena, deixando, por outro lado, de estabelecer quais os critérios a serem utilizados na eleição do percentual de redução. Desta feita, as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, e a quantidade e a natureza da droga devem ser sopesadas para se definir a fração redutora aplicável ao caso concreto, conforme prevê o art. 42, da Lei n.º 11.343/06. Ainda sobre o tema, leciona Guilherme de Souza Nucci: Critérios para a diminuição da pena: o legislador não estipulou quais seriam, apenas mencionando dever o magistrado reduzir a pena de um sexto a dois terços. Cremos que, como sempre, deve o julgador pautar-se pelos elementos do art. 59 do Código Penal, com a especial atenção lançada pelo art. 42 desta Lei: "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". (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas, 4ª ed., rev. atual. e ampl. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 361). Isto posto, considerando a quantidade e diversidade das drogas apreendidas (maconha e cocaína), justificada a aplicação da fração redutora em patamar médio (1/2), alcançando, assim, a sanção corporal definitiva de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, à míngua da existência de causas de aumento ou de outra causa de diminuição de pena. Considerando que representaria contradição diminuir-se o montante atinente à pena privativa de liberdade, ou seja, a mais gravosa, e manter-se intacta a reprimenda de índole meramente pecuniária,

e analisando, principalmente, a situação econômica do Réu e a proporção das circunstâncias judiciais e legais anteriormente ponderadas, a teor do disposto no art. 60 do CPB, reduz-se a pena de multa ao patamar de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, cada um no valor de um trinta avos do salário mínimo vigente à época dos fatos. Ante a diminuição da pena corporal acima operada, faz-se imprescindível observar que, no julgamento do Habeas Corpus n.º 111.840/ES, o Supremo Tribunal Federal declarou incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1.º do art. 2.º da Lei n.º 8.072/90, que instituiu a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da pena de crimes hediondos e equiparados. Atento à referida declaração de inconstitucionalidade, o Tribunal da Cidadania já vem posicionando-se em idêntico sentido: [...] 2. No julgamento do HC 111.840/ES, Rel. Min. Dias Toffoli, em sessão realizada em 27.6.2012, este Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do § 1º do artigo 2º da Lei 8.072/90, com a redação dada pela Lei 11.464/07, que instituiu a obrigatoriedade de imposição do regime inicial fechado para o cumprimento da pena de crimes hediondos e equiparados. 3. Para a substituição da pena aplicada por restritiva de direitos devem ser consideradas todas as circunstâncias do crime e pessoais do condenado, com observância dos parâmetros do art. 44, inclusive inciso III, do Código Penal. Caso cujas circunstâncias não autorizam a substituição da pena. 4. A fixação do regime inicial de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 3º, do Código Penal, deverá atender aos critérios estabelecidos no art. 59 do Estatuto Repressivo culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime. [...] (STJ: RHC 116175, Relatora: Ministra ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 18/06/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-125 DIVULG 28-06-2013 PUBLIC 01-07-2013) Digno de registro que este Egrégio Tribunal de Justiça possui entendimento sumulado de que é possível ao Julgador a fixação de regime diverso do fechado aos apenados por delito de Tráfico de Drogas, desde que preenchidos os requisitos constantes no art. 33, § 2.º, alíneas b e c do CP. Senão, confira-se o teor da Súmula n.º 3: Os critérios para a fixação do regime de cumprimento de pena, bem como para substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, previstos, respectivamente, nos §§ 2º e 3º do art. 33 e do art. 44, do Código Penal, são aplicáveis para os crimes previstos na Lei 11.343/2006, assegurando-se, dessa forma, a individualização da pena. Portanto, na hipótese em apreço, tendo em vista a reforma do quantum da pena privativa de liberdade definitiva, a primariedade do Réu, a favorabilidade do conjunto das circunstâncias judiciais, o tempo de prisão provisória e os ditames do art. 33 do CP, do art. 387, § 2.º do CPP e da Instrução Normativa n.º 002/2012 do CGJ, necessária se torna a reforma de ofício do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade para o aberto, a fim de adequar-se ao regramento contido no art. 33, § 2.º, alínea c do Código Penal. Outrossim, há de se atentar para a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, sobretudo por conta de o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n.º 97.256/RS, ter declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação contida no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006. Frise-se que, acolhendo tal linha intelectual, o Superior Tribunal de Justiça vem julgando no mesmo sentido, observe-se: [...] 1. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n.º 97.256/RS, Rel. Ministro AYRES BRITTO, declarou, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação à

substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006. [...] (STJ: HC 209.294/DF, Relatora: Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 04/06/2013, DJe 12/06/2013). Assim é que, no caso em comento, considerando que a pena corporal definitiva foi reajustada para aquém do patamar de 04 (quatro) anos, que o delito não foi perpetrado com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa, que o Réu é primário e pairam sobre sua conduta circunstâncias judiciais em sua maioria favoráveis, restam preenchidos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal para a substituição da sua pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da execução competente. IV. Dispositivo Ante todo o exposto, CONHECE-SE e DÁ-SE PROVIMENTO PARCIAL ao Apelo interposto para RECONHECER a incidência da minorante do tráfico privilegiado (art. 33, § 4.º da Lei n.º 11.343/2006), e, por conseguinte, REDIMENSIONAR as penas infligidas ao Apelante, dosando-as definitivamente em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa. Ademais, SUBSTITUI-SE a sanção corporal por duas penas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da execução competente, e, readequase o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade para o aberto, mantendo-se as demais disposições da Sentença meritória. IVONE BESSA RAMOS Desembargadora Relatora