

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0002039-29.2011.8.05.0176 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: FLORISVALDO CONCEIÇÃO PEREIRA Advogado (s): ARYLTON MAIA DIAS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): I ACORDÃO EMENTA: APELAÇÃO-CRIME. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS: ARTIGO 33 DA LEI N.º 11.343/2006. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSIÇÃO DAS PENAS DE 06 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, ALÉM DE 50 (CINQUENTA) DIAS-MULTA, CADA UMA NO MENOR VALOR LEGAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DE PORTE PARA USO PRÓPRIO (ARTIGO 28 DA LEI N.º 11.343/2006). NEGATIVA DA PRÁTICA DA TRAFICÂNCIA. IMPROVIMENTO. EXISTÊNCIA DE PROVA CONTUNDENTE DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. DEPOIMENTO COERENTE DAS TESTEMUNHAS QUE EFETUARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE DO APELANTE, CONFIGURAÇÃO DOS NÚCLEOS DO TIPO “TRANSPORTAR” E “TRAZER CONSIGO”. CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS DOS AUTOS. POSSIBILIDADE DE COEXISTÊNCIA DAS FIGURAS DO USUÁRIO E DO TRAFICANTE DE DROGAS. PRINCÍPIOS DA CONSUNÇÃO E DA PROPORCIONALIDADE. FATO MAIS ABRANGENTE QUE SE SOBREPÕE A OUTRO MENOS RELEVANTE. PREDOMÍNIO DA INFRAÇÃO CAPITULADA NO ARTIGO 33 DA LEI DE TÓXICOS, A MAIS GRAVE. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PEDIDO RECURSAL SUBSIDIÁRIO DE REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE. CABIMENTO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS IDÔNEAS QUE JUSTIFIQUEM A EXASPERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DA PENA-BASE SER MAJORADA EM FUNÇÃO DE AÇÕES PENAS EM CURSO. VIOLAÇÃO DA SÚMULA 444 DO STJ. ALTERAÇÃO DA PENA PARA O MÍNIMO LEGAL. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. VIABILIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS. INQUÉRITOS POLICIAIS E/OU AÇÕES PENAS EM CURSO NÃO CONSTITUEM FUNDAMENTO IDÔNEO PARA PROVOCAR O AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO E NÃO-CULPABILIDADE. HODIERNA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS QUANTO À DEDICAÇÃO À ATIVIDADE DELITIVA OU PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RÉU PRIMÁRIO E COM BONS ANTECEDENTES. IMPOSITIVO RECONHECIMENTO DA MINORANTE NO MAIOR PATAMAR LEGAL (2/3). PENAS REDIMENSIONADAS PARA 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO E 50 (CINQUENTA) DIAS-MULTA, CADA UMA NO MENOR VALOR LEGAL. CONSEQUENTES ABRANDAMENTO DO REGIME PARA O ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PARECER DA D. PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Apelação n.º 0002039-29.2011.8.05.0176, provenientes da Vara Criminal da Comarca de Nazaré/BA, em que figura como Apelante o Acusado FLORISVALDO CONCEIÇÃO PEREIRA, 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-LHE 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, 14 de Dezembro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0002039-29.2011.8.05.0176 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: FLORISVALDO CONCEIÇÃO PEREIRA Advogado (s): ARYLTON MAIA DIAS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): I RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Réu FLORISVALDO CONCEIÇÃO PEREIRA, por

intermédio da Defensoria Pública, em irresignação aos termos da Sentença condenatória proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Nazaré/BA, que, julgando procedente a Denúncia contra ele oferecida, condenou-o pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, ao cumprimento da pena de 06 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo, vigente, à época dos fatos. Narrou a Peça Acusatória (Id. 46175987): “[...] Consta dos inclusos autos de inquérito policial, que no dia 25 de novembro de 2011, por volta das 12:30 horas, os policiais militares que se encontravam fazendo ronda nesta cidade, foram acionados por um guarda municipal para verificarem a situação de uma pessoa que se encontrava dentro de um micro-ônibus em atitude suspeita, quando abordaram o denunciado, encontrando consigo dois pacotes de cannabis sativa envoltas em uma folha de papel, conforme laudo de constatação provisória acostado aos autos. Relatam os autos, que o denunciado não esboçou reação de resistência, confessando, inclusive que havia adquirido a droga e que revenderia obtendo lucro. Ante o exposto, encontra-se o denunciado incurso nas sanções dos arts. 33 da Lei n.º 11.343/2006, na modalidade trazer consigo e transportar, requerendo o Ministério Público que depois e recebida e autuada a presente denúncia, seja o réu citado para apresentar defesa preliminar, prosseguindo-se nos demais termos de processo até ulterior julgamento com a condenação nas penas referentes às sanções praticadas, tudo nos termos do citado diploma legal [...]”. A Denúncia foi recebida em 15.05.2012 (Id. 46176007). Finalizada a instrução criminal, foram ofertadas Alegações Finais pelo Ministério Público (Id. 46176723) e pela Defesa (Id. 46176727). Em seguida, foi proferido o Édito Condenatório (Id. 46176732). Inconformado, o Acusado manejou Apelação (Id. 46176734). Em suas Razões (Id. 46176753), requer a desclassificação da imputação do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006 para o crime de porte de droga para uso pessoal (art. 28 da mesma Lei), alegando se tratar de mero usuário, e o reconhecimento, por consequência, da ocorrência da prescrição intercorrente. Defende a redução da pena-base alegando que a existência de ações penais em curso, sem trânsito em julgado, não podem ser consideradas para majorar a basilar, conforme inteligência da Súmula n.º 444 do STJ, bem como o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado no maior patamar legal (§ 4.º do art. 33 da Lei de Drogas). Devidamente intimado, o Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões, pugnando o improvimento do Apelo defensivo e a consequente manutenção da Sentença guerreada em sua inteireza (Id. 46176756). Instada a se manifestar, a Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e parcial provimento do apelo defensivo, para reduzir a pena-base para o quantum mínimo legal, bem como para reconhecer a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06 (‘tráfico privilegiado’), com a consequente redução da reprimenda no seu patamar máximo (Id. 47768036). É o breve relatório, que ora submeto à apreciação da eminente 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. 0002039-29.2011.8.05.0176 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: FLORISVALDO CONCEIÇÃO PEREIRA Advogado (s): ARYLTON MAIA DIAS 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 desclassificação para o tipo de porte para uso próprio (artigo 28 da Lei n.º 11.343/2006) O Apelante foi condenado pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, ao cumprimento, em regime inicial semiaberto, da pena de 06 (seis) anos de reclusão, e ao pagamento de 50 (cinquenta) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Insurge-se o Apelante contra a Sentença de Id. 46176732, aduzindo, nas suas razões, em apertada síntese, que não há elementos suficientes para se constatar a prática do delito de tráfico de drogas, mas tão somente do crime de porte de drogas para uso pessoal, devendo ser observado o princípio do in dubio pro reo para desclassificar a conduta para o tipo penal descrito no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006. Verifica-se que, de todo o contexto probatório carreado aos autos, não restam dúvidas acerca da autoria e materialidade delitiva do crime previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006, na forma como estabelecido no édito condenatório objurgado, o qual se lastreou na prova produzida no bojo da instrução criminal, analisando-a, apenas, para fins de corroboração, em cotejo os elementos colhidos na fase inquisitorial, apreciando-a livremente e de forma fundamentada, em conformidade com as diretrizes da norma insculpida no art. 155 do Código de Processo Penal. A apreensão das drogas que o Apelante trazia consigo e transportava foi comprovada pelo Auto de Prisão em Flagrante (Id. 46175988, p. 2), Auto de Exibição e Apreensão (Id. 46175988, p. 13), Laudo Pericial (Id. 46176011 e 46176729) que apontaram que os materiais encontrados na posse do apelante se referiam a "100g (cem gramas) de erva pardo esverdeada acondicionada em dois invólucros de papel", não havendo dúvida de que a substância era tetrahydrocannabinol (THC), um dos princípios ativos da droga conhecida como "maconha", a qual é de uso proscrito no Brasil. 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 Emanuel Roque Macedo e Gilberto Ferreira Sena Júnior, Policiais Militares que participaram da diligência e bem relataram as condições da abordagem e a subsequente apreensão do material ilícito em poder do Acusado. Confirmam-se os seus testemunhos firmados sob o crivo do contraditório: "[...] que participou da prisão do acusado; que estava fazendo ronda de rotina, quando recebeu uma ligação da Central dizendo que havia uma pessoa suspeita dentro de um micro-ônibus; que o acusado aparentava estar com uma arma e uma camisa por cima; que foi feita a verificação e o acusado não esboçou reação; que o acusado estava com dois pacotes de maconha; que o acusado disse ter adquirido 2 drogas para consumo: que o acusado foi levado até a delegacia; que o micro-ônibus estava parado em um ponto; que nunca tinha visto o acusado antes; que o acusado disse que parte da droga seria para consumo e a outra iria revender; que era muita droga para consumo próprio: que o volume no short era muito grande e como o acusado jogou à camisa por cima aparentava uma arma, assustando os passageiros: que na verdade o volume era a droga: que o pacote da droga era relativamente grande, sendo que estava dentro do short e o outro na cintura [...]"(Depoimento do SD/PM Emanuel Roque Macedo, conforme transcrição contida na Sentença). "[...] que participou da diligência que resultou na prisão do acusado; que a polícia foi acionada pelo 190, tomando conhecimento de que havia uma pessoa suspeita no

interior de uma topic que ia para Salinas da Margarida: que foi o depoente que adentrou na topic e abordou o acusado: que o acusado estava nos fundos, sem camisa e com um volume dentro da bermuda: que perguntou ao acusado do que se tratava e o mesmo admitiu que era maconha, inclusive se disse usuário de drogas: que o acusado disse ter comprado a droga em Nazaré e que era ajudante de pedreiro; que o acusado não disse que a droga era para revender, disse tão somente que era usuário; que não foi encontrada arma de fogo; que o volume da bermuda do acusado chamou atenção por se imaginar que fosse uma arma: que a droga somente foi exibida pelo acusado na viatura: que a droga aparentava ser maconha [...]” (Depoimento do SD/PM Gilberto Ferreira Sena Júnior, conforme transcrição contida na Sentença). Assim, constata-se que as suprarreferidas testemunhas não tiveram dificuldade em indicar a apreensão de drogas diversificadas durante a diligência, como também reconheceram o ora Apelante como o indivíduo à época detido em poder das mesmas. 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) Noutro giro, em conformidade com o art. 28, § 2.º, da Lei n.º 11.343/2006, constata-se que, na hipótese ora submetida ao acerto jurisdicional, a quantidade e as circunstâncias em que a droga foi apreendida são elementos que afastam definitivamente a possibilidade de que a mesma se destinava para o seu consumo pessoal, razão pela qual a conduta praticada pelo mesmo amolda-se ao tipo penal previsto no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006. Destarte, da leitura dos arts. 28 e 33, da Lei de Drogas, observa-se que as expressões “trazer consigo” e “ter em depósito” aparecem em ambos dispositivos, tanto para usuário como para traficante, sendo que a destinação da droga diferencia-os e, conseqüentemente, define em que tipo penal será a incidência. Consoante preconiza o § 2º do art. 28 do referido diploma: “Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente”. No caso sub judice, apesar de ter negado a traficância, afirmando ser usuário de entorpecentes, afigura-se inviável o reconhecimento da dependência toxicológica, pois, em nenhum momento demonstrou-se nos autos qualquer documento comprobatório da dependência alegada. Ademais, ao se declarar como usuário de entorpecentes, nada impede de ser o Apelante, simultaneamente, traficante, especialmente se for com o fim de manter seu vício. Nesta senda, digno de registro que eventual condição de usuário de drogas não elidiria o reconhecimento do delito estampado no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006. É que, como cediço, nada impede que as figuras do usuário e do traficante coexistam em uma mesma pessoa, porém, no concurso entre essas condutas, deverão ser aplicados os Princípios da consunção e da proporcionalidade, para fazer prevalecer a infração mais grave, ou seja, o fato mais abrangente que se sobrepõe em relação a outro fato menos relevante, in casu, a conduta subsumida a um dos verbos descritos no tipo penal capitulado no citado art. 33. A douta Procuradoria de Justiça, em seu opinativo de Id. 47768036, ratificando o entendimento acima esposado, assim registrou: “[...] Nos documentos acima referidos, foi constatado que o material apreendido que estava com o acusado quando da abordagem policial, a saber, 100g (cem gramas). Esta corresponde à massa bruta de amostra de vegetal seca, cujo resultado deu positivo para o THC, um dos princípios ativos do vegetal cannabis sativa, L, de uso proscrito no país e se encontra na lista F-2, da portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde. Assim, tendo em vista que essas substâncias foram encontradas com o acusado, tem-se que suas atitudes delituosas estão tipificadas nos verbos “transportar, trazer consigo”, dissertados no caput do art. 33 da Lei 11.343/06. Veja-se: (...) Observe-se que o crime de tráfico de drogas possui natureza múltipla, sendo incurso no artigo supramencionado o indivíduo que praticar qualquer dos verbos inseridos. Já entende o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios: (...) Destaque-se também o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: (...) Não há, também, o que se falar em porte para consumo, visto a quantidade de drogas, bem como o transporte da mesma em transporte público, o que desencadeou temor nos cidadãos ali presentes. Dessa forma, agiu

acertadamente a juíza de origem ao condenar o acusado na sanção do artigo 33, caput, da Lei 11.343/06". Em resumo, malgrado o Recorrente tenha negado a acusação de traficância em juízo, certo é que a prova testemunhal e as circunstâncias da prisão demonstram, à exaustão, que ele transportava porções de substâncias entorpecentes do tipo "maconha", destinadas à mercancia, fato que conduz, de modo evidente, à procedência da pretensão acusatória, não havendo, pois, que se falar em desclassificação de conduta para o tipo previsto no art. 28 da Lei n.º 11.343/2006, ante os elementos normativos do art. 33 da mesma lei, presentes na espécie. Nesse prisma, merece ser mantida a sentença recorrida no tocante ao reconhecimento do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, porquanto demonstradas, com lastro em conjunto probante suficiente e idôneo, o intuito do apelante na mercância da droga apreendida. II.b. Da aplicação da pena No que se refere à reforma do capítulo da dosimetria, o Réu requereu, subsidiariamente, a reforma da sentença para que seja realizada a adequada individualização da pena, a fim de que a pena-base seja redimensionada para o mínimo legal, bem como a aplicação do tráfico privilegiado em seu grau máximo. Da detida análise da dosimetria feita pelo Magistrado Sentenciante, observo que merece guarida o pleito formulado. Com efeito, o Juízo de piso exasperou a pena-base de 05 (cinco) anos de reclusão para 06 (seis) anos, em virtude da valoração negativa da conduta social, com base no indevido fundamento da existência de ações penais em curso. Tal vetor também foi considerado pelo julgador para respaldar o não reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado, caracterizando, portanto, indevido bis in idem. Nesse mesmo sentido, oportuna a transcrição do seguinte aresto do Tribunal da Cidadania: [...]

2. As instâncias ordinárias majoraram a pena-base em razão da quantidade de droga e o mesmo critério foi considerado na terceira fase, para afastar a aplicação do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, o que, dentro do contexto delineado nos autos, configura indevido bis in idem. [...] (STJ, AgRg no HC 659.489/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 08/03/2022, DJe 11/03/2022) (grifos acrescidos). Contudo, o aludido fundamento não induz a valoração negativa da conduta social, visto que tal circunstância só pode ser avaliada a partir de condenações criminais transitadas em julgado, o que não ocorreu na espécie, já que os registros apontam, como asseverado pelo Magistrado a quo, que o Apelante responde "a dois processos, inclusive por porte ilegal de arma de fogo". Assim, não havendo o trânsito em julgado de outras ações penais, não há como considerar negativa a conduta social do Apelante para fins de agravar a pena-base, como foi indevidamente feito pelo magistrado singular, em nítida afronta ao princípio de inocência. Nesse sentido, a Súmula n.º 444 do STJ dispõe que: "é vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base". Por este motivo, os Tribunais Superiores têm assim decidido: PENAL E PROCESSUAL PENAL. FURTO QUALIFICADO. (1) IMPETRAÇÃO SUBSTITUTIVA DE REVISÃO CRIMINAL. VIA INADEQUADA. (2) DOSIMETRIA. PENA-BASE. ACRÉSCIMO. CONDUCTA SOCIAL E PERSONALIDADE. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 444 DO STJ. (3) REGIME INICIAL SEMIABERTO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS CONCRETOS. DIREITO AO REGIME MENOS SEVERO. SÚMULAS 718 E 719 DO STF E SÚMULA 440 DO STJ. (4) SUBSTITUIÇÃO DE PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ÓBICES SUPERADOS. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAS FAVORÁVEIS. ALTERAÇÃO DE REGIME (5) DETRAÇÃO. REGIME ABERTO. AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR. (6) NÃO CONHECIMENTO. ORDEM DE OFÍCIO. 1. Tratando-se de habeas corpus substitutivo de revisão criminal, inviável o seu conhecimento. 2. Esta

Corte já decidiu que processos em curso não configuram maus antecedentes e também não servem para valorar negativamente a conduta social ou a personalidade do agente (Súmula 444). 3. Reduzida a pena-base ao mínimo legal, tratando-se de réu primário, não se justifica a imposição de regime prisional mais gravoso, fundamentado na presença de circunstância judicial desfavorável que não mais subsiste, bem como em circunstâncias ínsitas ao tipo penal violado. Inteligência das Súmulas 440/STJ e 718 e 719/STF. 4. A redução da pena-base ao mínimo legal, somada a alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o menos gravoso (aberto), elidem os óbices indicados pelas instâncias de origem à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, passando a ser medida cabível na espécie. 5. Fixado o regime inicial de cumprimento de pena menos gravoso (aberto), bem como substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, não há interesse de agir em relação à aplicação do art. 387, § 2º, do Código de Processo Penal, porquanto o tempo de pena remido cautelarmente passa a ser considerado para fins de extinção da reprimenda, cuja verificação é de competência do Juízo das Execuções. 6. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena-base a 2 (dois) anos de reclusão, mantida a reprimenda final em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão; para fixar o regime aberto para início de cumprimento da pena; e para promover a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das Execuções, mantidos os demais termos da condenação. (HC 321.663/SP, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 22/10/2015). Dessa forma, inexistindo circunstâncias judiciais desfavoráveis ao Apelante, altero a sentença no tocante a dosimetria, para fixar a pena-base no mínimo previsto para o delito de tráfico de drogas, que, ao teor do art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/06, perfaz o montante de 05 (cinco) anos de reclusão. Na última fase da aplicação da reprimenda, insurge-se o Recorrente contra decisão da Sentenciante que não reconheceu a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06. Na hipótese, o julgador 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 Réu dedicado a atividades criminosas em razão da existência de processos criminais pretéritos, nos seguintes termos: "[...] Incabível a redução insculpida no § 4.º, do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 ao passo que o réu não possui boa conduta social, respondendo nesta comarca a dois processos, inclusive por porte ilegal de arma de fogo, demonstrando conduta social tendente à reiteração criminosa". 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 NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. EXISTÊNCIA DE AÇÕES PENAS 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 acrescidos)

Inclusive, como bem pontuou a Exma. Procuradora de Justiça no parecer de Id. 47768036, o Superior Tribunal de Justiça, na edição do Informativo n.º 745, de 22 de agosto de 2022, trouxe a lume o Tema 1139 – Recursos Repetitivos, firmando no bojo do Resp 1.977.027/PR 1 a seguinte tese: “é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06”. 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, observa-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, aplica-se a figura do Tráfico Privilegiado em benefício do Recorrente, diminuindo-se suas reprimendas em 2/3 (dois terços), o máximo legal previsto na norma, atingindo-se, pois, a sanção corporal definitiva de 01 (um) ano e 08 (oito) meses, à míngua da existência de causas de aumento ou de outra causa de diminuição da pena. Ademais, readequa-se o regime de cumprimento de pena para o aberto, consoante os ditames do art. 33, § 2.º, alínea c do Código Penal, diante do quantitativo de pena aplicada, da primariedade do Recorrente e da favorabilidade do conjunto das circunstâncias judiciais. 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. III. Dispositivo Ante todo o exposto, CONHECE-SE e DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao Apelo interposto para fixar a pena-base no patamar mínimo legal e RECONHECER a incidência da minorante do tráfico privilegiado (art. 33, § 4.º da Lei n.º 11.343/2006), redimensionando as penas infligidas ao Apelante, dosando-as definitivamente em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, e 50 (cinquenta) dias-multa, cada um no menor valor legal. Ademais, SUBSTITUI-SE a sanção corporal por duas penas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da execução competente, e, DE OFÍCIO, READEQUA-SE 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