

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501180-80.2019.8.05.0141 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Luis Eduardo Bezerra Souza Advogado (s): LOURIVAL SOARES DO NASCIMENTO NETO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): I ACORDÃO EMENTA: APELAÇÃO-CRIME. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT C/C ART. 40, INCISO V, AMBOS DA LEI N.º 11.343/2006. RÉU LUIS EDUARDO BEZERRA SOUSA CONDENADO ÀS SANÇÕES DE 05 (CINCO) ANOS, 01 (UM) MÊS E 18 (DEZOITO) DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, E DE 520 (QUINHENTOS E VINTE) DIAS-MULTA, CADA UM NO MÍNIMO VALOR LEGAL. APELO DEFENSIVO. PEDIDO DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. CABIMENTO. INQUÉRITOS POLICIAIS E/OU AÇÕES PENAIS EM CURSO NÃO CONSTITUEM FUNDAMENTO IDÔNEO PARA PROVOCAR O AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. HODIERNIA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AUSÊNCIA OUTRAS PROVAS QUANTO À DEDICAÇÃO À ATIVIDADE DELITIVA OU PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RÉU PRIMÁRIO E COM BONS ANTECEDENTES. PROPORCIONALIDADE ENTRE A SITUAÇÃO CONCRETA E A FRAÇÃO DE REDUÇÃO DE 2/3, A MÁXIMA LEGAL. PENAS DEFINITIVAS FIXADAS EM 01 (UM) ANO, 08 (OITO) MESES E 16 (DEZESSEIS) DIAS DE RECLUSÃO, E 173 (CENTO E SETENTA E TRÊS) DIAS-MULTA, CADA UM NO MÍNIMO LEGAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE DA VEDAÇÃO CONTIDA NO ARTIGO 44 DA LEI N.º 11.343/2006 PELO STF NO JULGAMENTO DO HC N.º 97.256/RS. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DE PENA CORPORAL EM PATAMAR INFERIOR A 04 ANOS. DELITO QUE NÃO FOI COMETIDO COM EMPREGO DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA À PESSOA. RÉU PRIMÁRIO, PAIRANDO SOBRE SUA CONDUTA CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EM SUA MAIORIA FAVORÁVEIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, A SEREM FIXADAS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO COMPETENTE. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA PARA REFORMAR AS PENAS INFLIGIDAS AO APELANTE E SUBSTITUIR SUA REPRIMENDA CORPORAL POR PENAS ALTERNATIVAS. EFEITO DEVOLUTIVO AMPLO DO APELO. READEQUAÇÃO DE OFÍCIO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA CORPORAL PARA O ABERTO. INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 387, § 2.º DO CPPB, C/C O ARTIGO 33, § 2.º, ALÍNEA C DO CPB. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 0501180-80.2019.805.0141, oriunda da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Jequié/BA, figurando como Apelante o Réu LUIS EDUARDO BEZERRA SOUSA, 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 do Apelo manejado e DAR-LHE PROVIMENTO, para REDIMENSIONAR as reprimendas fixadas ao Apelante para 01 (um) ano, 08 (oito) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, e 173 (cento e setenta e três) dias-multa, bem assim para SUBSTITUIR a sanção corporal por duas penas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da execução competente. DE OFÍCIO, READEQUE-SE o regime inicial de cumprimento da sanção para o aberto, tudo nos termos do voto da Relatora. IVONE BESSA RAMOS Desembargadora Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA CONHECE-SE e DÁ-SE PROVIMENTO ao Apelo 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 01 (um) ano, 08 (oito) meses e 16 (dezesseis) dias de reclusão, e 173 (cento e setenta e três) dias-multa. 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. Maioria. Sendo vencido o Desembargador Eserval Rocha. Salvador, 12 de Dezembro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501180-80.2019.8.05.0141 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Luis Eduardo Bezerra Souza Advogado (s): LOURIVAL SOARES DO NASCIMENTO NETO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): I RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Réu LUIS EDUARDO BEZERRA SOUSA, por intermédio de Advogado constituído, em irresignação aos termos da Sentença condenatória proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1.ª Vara Criminal da Comarca de Jequié/BA, que julgando procedente a Denúncia de Id. 33551333 condenou o referido Réu pela prática do delito tipificado no art. 33, caput c/c art. 40, V, ambos da Lei n.º 11.343/06, impondo-lhe o cumprimento da pena de 05 (cinco) anos, 01 (um) mês e 18 (dezoito) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem assim o pagamento de 520 (quinhentos e vinte) dias-multa, cada um no mínimo valor. Narrou a Peça Acusatória, em síntese, que no dia 28.10.2019, Policiais Rodoviários Federais realizavam fiscalização de rotina na Unidade Operacional 01/Jequié, quando abordaram o Réu em um ônibus que fazia a linha São Paulo a Quixadá. Na ocasião, os Agentes teriam supostamente flagrado o Inculcado transportando, no compartimento da bagagem, uma mala de cor cinza, contendo “10 (dez) porções de maconha, sendo 09 (nove) de maior volume, em forma de tabletes, e 01 (um) de menor volume enrolado em um plástico”. Segundo a Denúncia, o Acusado teria confessado que “receberia de um traficante de Uberaba/MG o valor de R\$2.500,00 (dois mil e quinhentos reais) para transportar a maconha da cidade de Araxá/MG com destino a cidade de Quixadá/BA”. A peça inicial foi recebida em 07.02.2020 pelo Juiz de piso, com a designação de data para início da audiência de instrução (Id. 33551344). Finalizada a instrução criminal, foi proferido o Édito condenatório (Id. 33551427). Inconformado com a decisão, o Sentenciado interpôs o Recurso de Apelação em testilha (Id. 34865115), postulando, em síntese, o reconhecimento do tráfico privilegiado em seu patamar máximo. Devidamente intimado, o Ministério Público Estadual apresentou Contrarrazões (Id. 40369751), pugnando pelo provimento do Apelo para fins de aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, com a consequente adequação da terceira fase da dosimetria da pena. Oportunizada sua manifestação, o Douto Procurador de Justiça Moisés Ramos Marins opinou pelo conhecimento e, no mérito, pelo provimento do Recurso de Apelação manejado (Id. 40596222). É, em síntese, o relatório, que submeto à apreciação do Eminente Desembargador Revisor. IVONE BESSA RAMOS Desembargadora Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501180-80.2019.8.05.0141 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Luis Eduardo Bezerra Souza Advogado (s): LOURIVAL SOARES DO NASCIMENTO NETO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): I VOTO I. Do juízo de admissibilidade Inicialmente, cabe registrar que o presente Apelo é próprio e tempestivo, tendo sido manejado, ademais, por quem detém legítimo interesse na modificação da Sentença de piso. Destarte, é medida de rigor o CONHECIMENTO do inconformismo defensivo, passando-se, pois, ao exame de suas questões de fundo. II. Do mérito recursal Passando-se ao mérito recursal, conforme já relatado, trata-se de

Apelação Criminal manejada pelo Réu LUIS EDUARDO BEZERRA SOUSA em face da sentença que o condenou nas tenazes do art. 33, caput c/c art. 40, inciso V, ambos da Lei n.º 11.343/2006, a uma pena de 05 (cinco) anos, 1 (um) mês e 18 (dezoito) dias de reclusão, e 520 (quinhentos e vinte) dias-multa, a ser cumprido em regime inicialmente semiaberto. Analisando o Édito objurgado, verifica-se que a pena final foi fixada sob os seguintes fundamentos: “[...] Analisando as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, observo, quanto a culpabilidade, que o sentenciado agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar que extrapole o dolo empregado na prática do crime; com relação aos antecedentes, o sentenciado é primário, porquanto não há registros nos autos de condenações anteriores; não existem elementos para aferir sua conduta social e personalidade; o motivo do delito de tráfico é identificável como desejo de obtenção de lucro fácil, o que já é punido pelo próprio tipo, as circunstâncias do crime não são desfavoráveis ao acusado, porquanto são inerentes aos fatos que lhes foram atribuídos; as consequências do crime são desconhecidas, haja vista que não há nos autos elementos dando conta do tempo em que o sentenciado comercializou a droga. O art. 42, da Lei nº 11.343/2006, estabelece que 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. Assim, resta-nos consignar que a quantidade de droga, ou seja, mais de 6 quilos de maconha, caracterizam circunstância judicial desfavorável. Assim, sopesadas individualmente cada uma das circunstâncias em referência, e, por entender necessário e suficiente à reprovação e prevenção do crime, fixo, referente ao crime de tráfico, a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão. Em razão da incidência das atenuantes previstas no art. 65, I e III, d, do CP, atenuo a pena em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses, resultando em 3 (três) anos e 8 (oito) meses. Sobre a redução da pena aquém do mínimo, faço as seguintes observações. Revendo entendimento acerca da aplicabilidade do enunciado de súmula n. 231, do STJ, penso, agora, que as circunstâncias atenuantes devem ser levadas em consideração ainda que a pena seja aplicada no mínimo legal, pelos seguintes motivos. O art. 65, caput, III, d, do CP, estabelece que “são circunstâncias que sempre atenuam a pena: III – ter o agente: d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, a autoria do crime;”. Como se vê, o caput do referido artigo trouxe em seu bojo o advérbio de tempo “sempre” a revelar, com clareza solar, que, em todas as situações, a confissão sempre atenua a pena, assim como todas as demais atenuantes. Não vislumbro, portanto, qualquer impossibilidade de aplicar atenuante quando a pena já estiver no patamar mínimo. Analisando cuidadosamente a redação do art. 68, caput, do CP, verifico que “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento”. Portanto, na segunda fase da dosimetria da pena, as circunstâncias atenuantes e agravantes serão consideradas, não havendo qualquer ressalva quanto à impossibilidade de aplicar atenuantes quando a pena mínima estiver no mínimo legal. Ademais, os precedentes originários do mencionado enunciado de súmula, do ponto de vista deste julgador, não trazem fundamentos aptos a justificar afastamento das disposições dos arts. 65 e 68, ambos do CP. Por fim, destaco que desprezar uma circunstância atenuante apenas pelo fato da pena ter sido aplicada no mínimo legal, significa descumprir de forma escancarada o art. 5º, XLVI, da CF, os arts. 5º, 8º, 41, XII, e 92, parágrafo único, II, da LEP, e art.

34 do CP. Como incide no caso a causa de aumento prevista no art. 40, V, da Lei n. 11.343/2006, majoro a pena em 2/5 (dois quintos). Cumpridas as três fases de dosimetria da pena, torno-a definitiva, nesta instância, para o crime do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, em 5 (cinco) anos, 1 (um) mês e 18 (dezoito) dias de reclusão e 520 (quinhentos e vinte) dias-multa [...]" O Acusado insurge-se tão somente quanto ao afastamento da minorante do tráfico privilegiado, o qual não fora reconhecido pelo Magistrado primevo por considerar ser o Réu dedicado a atividades criminosas, em razão da existência de processos criminais pretéritos, nos seguintes termos: "[...] No que tange à causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, entendo que não incide no caso em tela, porquanto o acusado responde a três ações penais, sendo duas por roubos (0004410-24.2019.8.06.0154 e 010501-08.2020.8.06.0151) e uma por homicídio contra duas vítimas (0050939-76.2020.8.06.0151, sendo esta com prisão preventiva decretada), conforme consulta realizada ao sistema de consulta unificada, a revelar sua intensa dedicação às atividades criminosas, razão pela qual reputo incabível a incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006". 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 acrescidos) 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 APREENHIDA. 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 pontou o Exmo. Procurador de Justiça no parecer Id. 40596222, 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 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. 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, 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). Sobreleve-se, na presente hipótese que, embora a quantidade das drogas detidas em poder do Apelante seja relevante – cerca de 6 (seis) quilos e 90 (noventa) gramas, conforme aponta Auto de Exibição e Apreensão (Id. 33551334) – não pode ser igualmente âncora à escolha do percentual de diminuição previsto no citado § 4.º, sob pena de configuração do bis in idem, eis que tal circunstância já foi sopesada para a exasperação da pena-base. Esse é o recente entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal, in verbis: Ementa: HABEAS CORPUS ORIGINÁRIO. TRÁFICO INTERNACIONAL DE COCAÍNA. DOSIMETRIA DA PENA. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. OCORRÊNCIA DE INDEVIDO BIS IN IDEM. 1. As instâncias de origem consideraram a natureza e a quantidade do entorpecente tanto na primeira quanto na terceira fase do processo de dosimetria da pena. Circunstância caracterizadora de indevido bis in idem, conforme a atual orientação do Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC 112.776 e HC 109.193, Rel. Min. Teori Zavascki). 2. Ordem parcialmente concedida apenas para que o juízo de origem refaça a dosimetria da pena com base na jurisprudência assentada pelo Plenário do STF. (STF: HC 115466, Relator: Ministro MARCO AURÉLIO, Relator p/ Acórdão: Ministro ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 27/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-122 DIVULG 23-06-2014 PUBLIC 24-06-2014, grifos acrescidos) [...] 1. As circunstâncias relativas à natureza e à quantidade de drogas apreendidas em poder de um réu condenado

por tráfico de entorpecentes apenas podem ser utilizadas, na primeira ou na terceira fase da dosimetria da pena, sempre de forma não cumulativa, sob pena de caracterizar o bis in idem. Precedentes: HC 112.776/MS e HC 109.193/MS, Pleno, ambos de relatoria do Min. Teori Zavascki, sessão de 19.12.13 2. O juiz sentenciante, de acordo com seu poder de discricionariedade, define em qual momento da dosimetria da pena a circunstância referente à quantidade e à natureza da droga será utilizada, desde que não seja de maneira cumulativa para evitar-se a ocorrência de bis in idem. 3. In casu, a) o magistrado, na sentença condenatória, fixou a pena-base em 8 (oito) anos de reclusão – patamar acima do mínimo legal – com fundamento na natureza e quantidade da droga e, personalidade e na conduta social do agente, diminuindo-a em 6 (seis) meses em razão de ser o paciente menor de 21 (vinte e um) anos. Ademais, aplicou a causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, no patamar de 1/5 (um quinto); b) a Corte Estadual, em sede de apelação, afastou todas as circunstâncias judiciais desfavoráveis e reduziu a pena-base, mantendo-a, contudo, em patamar acima do mínimo legal com fundamento na quantidade, variedade e natureza da droga apreendida. Ato contínuo, utilizou esses mesmos fundamentos para aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração de 1/5. c) deveras, a quantidade da droga apreendida em poder do recorrente – 48 (quarenta e oito) pedras de crack – foi utilizada tanto para majorar a pena-base na primeira fase da dosimetria, quanto para fixar a causa de diminuição de pena em patamar abaixo do máximo previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 na terceira fase, ocorrendo o vedado bis in idem. [...] (STF: RHC 117990, Relator: Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 20/05/2014, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-108 DIVULG 04-06-2014 PUBLIC 05-06-2014). 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, 08 (oito) meses e 16 (dezesesseis) dias 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 173 (cento e setenta e três) dias-multa, cada um no valor de um trinta avos do salário mínimo vigente à época dos fatos. Ante à 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

peçoais 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 CPB. 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 CPB, do art. 387, § 2.º do CPPB 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. III. Dispositivo Ante todo o exposto, CONHECE-SE e DÁ-SE PROVIMENTO ao Apelo 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 01 (um) ano, 08 (oito) meses e 16 (dezesesseis) dias de reclusão, e 173 (cento e setenta e três) dias-multa. 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