

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000054-52.2020.8.05.0259 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. APELANTE: Albert Nascimento Santos de Souza e outros Advogado (s): EDUARDO ESTEVAO CERQUEIRA BITTENCOURT FILHO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELAÇÕES CRIMINAIS. CRIMES DE TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO. 1º RECORRENTE SENTENCIADO À PENA DE 05 (CINCO) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E AO PAGAMENTO DE 525 (QUINHENTOS E VINTE E CINCO) DIAS-MULTA. 2º RECORRENTE SENTENCIADO À REPRIMENDA DE 05 (CINCO) ANOS E 07 (SETE) MESES DE RECLUSÃO, BEM COMO AO PAGAMENTO DE 530 (QUINHENTOS E TRINTA) DIAS-MULTA. REGIME INICIAL SEMIABERTO PARA AMBOS. DIREITO DE RECORREREM EM LIBERDADE NEGADO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O PORTE DESTINADO AO CONSUMO PESSOAL. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS. PROVA ORAL CONVERGENTE COM OS FATOS INSERTOS NA DENÚNCIA. ACUSADOS QUE ADQUIRIAM, TRAZIAM CONSIGO E EXPUNHAM, À VENDA, 28 (VINTE E OITO) SAQUINHOS DE MACONHA. DESTINAÇÃO COMERCIAL DEMONSTRADA NOS AUTOS. LOCAL E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO QUE APONTAM PARA A TRAFICÂNCIA. PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL OU AQUÉM DO MÍNIMO. ACOLHIMENTO PARCIAL. FUNDAMENTAÇÃO EQUIVOCADA DOS VETORES JUDICIAIS. EXCLUSÃO NECESSÁRIA. PENA-BASE QUE RESTA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA SÚMULA 231 DO STJ. JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA ABALIZADAS NO SENTIDO DE SER INCABÍVEL O AFASTAMENTO DO REFERIDO ENUNCIADO SUMULAR. PRECEDENTES DO STJ. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006, NO GRAU MÁXIMO. ADMISSIBILIDADE. UTILIZAÇÃO DO PERCENTUAL DE 1/3 (UM TERÇO) NA APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. MAGISTRADO PRIMEVO QUE NÃO JUSTIFICOU A ESCOLHA DA FRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. INFRINGÊNCIA A REGRA ESTATUÍDA PELO ART. 93, IX, DA CF. REDIMENSIONAMENTO DAS SANÇÕES CORPORAIS DOS RÉUS QUE SE FAZ NECESSÁRIO, EMPREGANDO-SE, PARA TANTO, O PATAMAR MÁXIMO (2/3). APLICAÇÃO, IN CASU, DO CONCURSO MATERIAL, CONSIDERANDO, TAMBÉM, ÀS PENAS IMPOSTAS PELA PRÁTICA DO CRIME DESCRITO NO ART. 14 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO, ESTABELECIDAS, DE OFÍCIO, NO MÍNIMO LEGAL. REPRIMENDAS DEFINITIVAS FIXADAS PARA AMBOS OS APELANTES EM 03 (TRÊS) ANOS E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO. PLEITO DE ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ESTABELECIDO PARA O ABERTO. ALBERGAMENTO. SANÇÕES CORPORAIS RETIFICADAS QUE JUSTIFICAM A MUDANÇA DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. INCIDÊNCIA DO ART. 33, § 2º, C, DO CÓDIGO PENAL. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. RECEPCIONADO. INTELIGÊNCIA DO ART. 44, I, DO CP. ALTERAÇÃO DAS REPRIMENDAS POR PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE E INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA DE DIREITOS. JUÍZO DA EXECUÇÃO QUE DEVE PROMOVER A FORMA DO CUMPRIMENTO. PLEITO DE CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. VIABILIDADE. INCOMPATIBILIDADE DA MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA COM A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. CORREÇÕES, DE OFÍCIO, DAS PENALIDADES IMPOSTAS AO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO, BEM COMO DAS SANÇÕES PECUNIÁRIAS. REVOGAÇÃO, TAMBÉM DE OFÍCIO, DA SEGREGAÇÃO CAUTELAR. RECURSOS CONHECIDOS E, PARCIALMENTE, PROVIDOS. ACORDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelações Criminais n. 0000054-52.2020.8.05.0259, em que figuram, como Apelantes, ALBERT NASCIMENTO SANTOS DE SOUZA e ROBERT NASCIMENTO SANTOS DE SOUZA, e, Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em CONHECER dos Recursos de Apelação e, no mérito, DAR-LHES PARCIAL PROVIMENTO, conforme os termos do voto do Relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO

ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA
Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 3 de Abril de 2023.
PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000054-52.2020.8.05.0259 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. APELANTE: Albert Nascimento Santos de Souza e outros Advogado (s): EDUARDO ESTEVAO CERQUEIRA BITTENCOURT FILHO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Apelos interpostos por ALBERT NASCIMENTO SANTOS DE SOUZA e ROBERT NASCIMENTO SANTOS DE SOUZA, em face da sentença prolatada pelo MM. Juízo de Direito da Comarca de Terra-Nova-BA, que os condenou, respectivamente, à pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, bem como ao pagamento de 525 (quinhentos e vinte e cinco) dias-multa e 05 (cinco) anos e 07 (sete) meses de reclusão, além do pagamento de 530 (quinhentos e trinta) dias-multa, ambos no regime inicial semiaberto, pela prática dos delitos tipificados no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/06 (tráfico de drogas) e art. 14 do Estatuto do Desarmamento, negando-lhes o direito de recorrer em liberdade. Emerge da peça incoativa que: “[...] Em 09.06.2020, por volta das 11:50h, na Rua Jaime Vilas Boas, em Terra Nova/BA, ROBERT NASCIMENTO SANTOS DE SOUZA e ALBERT NASCIMENTO SANTOS DE SOUZA portavam drogas e expunham-nas a venda, em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Segundo o apurado, foi empreendida ronda policial no sentido de averiguação de notícia de tráfico de drogas e de intimidação com armas de fogo, quando foram localizados e presos em flagrante delito os denunciados, na posse de 28 saquinhos contendo ervas assemelhadas a maconha, de uma espingarda artesanal, faca peixeira, canivete, tesoura, 2 correntes tipo batidões, mochila com objetos pessoais, celular SAMSUNG J7 e a quantia de R\$ 20,00 [...]” – ID n. 23387706. Diante de tal cenário, os Apelantes foram denunciados nas penas dos arts. 33, caput, da Lei 11.343/2006 e 14 da Lei n. 10.826/2003, c/c o art. 69 do Código Penal (tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo em concurso material). Conversão da prisão temporária em preventiva na data de 13.07.2020– ID n. 23387717. Recebimento da denúncia em 27.07.2020– ID n. 23387730. Laudo pericial toxicológico– IDs ns. 23387746 e 23387748. Ultimada a instrução criminal e apresentadas as alegações finais pelas partes, sobreveio a sentença condenatória, impondo aos Acusados às reprimendas acima descritas– ID n. 23387757. Irresignados com o desfecho processual, os Sentenciados, ALBERT NASCIMENTO SANTOS SOUZA e ROBERT NASCIMENTO SANTOS SOUZA interpuseram Apelações, pretendendo, em suas razões recursais– ID n. 23387762–, a desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito de uso previsto na mesma legislação (art. 28 da Lei 11.343/2006); a fixação da pena-base abaixo do mínimo legal; a aplicação do tráfico privilegiado no grau máximo; a substituição do regime prisional imposto na sentença para o aberto; a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e, por fim, a concessão do direito de recorrer em liberdade. A Promotoria de Justiça, refutando as argumentações dos Apelantes, pugnou pelo improvimento dos Apelos– ID n. 23387765. Subindo os folios a esta instância, opinou a Douta Procuradoria de Justiça pela anulação do feito, tendo em vista a ausência de citação válida– ID n. 23387778. Examinados os autos e lançado este Relatório, submeto-os à apreciação do eminente Desembargador Revisor. Eis o relatório. Salvador, data registrada no sistema. Des. Jefferson Alves de Assis– 2ª Câmara Crime– 1ª Turma Relator
PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n.

0000054-52.2020.8.05.0259 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. APELANTE: Albert Nascimento Santos de Souza e outros Advogado (s): EDUARDO ESTEVAO CERQUEIRA BITTENCOURT FILHO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Encontrando-se presentes os pressupostos de admissibilidade necessários ao conhecimento dos Inconformismos, passo a analisá-los. De antemão, frise-se que não há qualquer irresignação, por parte de ambos os Recorrentes, acerca da imputação do crime de porte ilegal de arma de fogo, cingindo-se os presentes arrazoados a refutarem a sentença, apenas, no tocante ao delito de tráfico de drogas. 1. DO PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O PORTE DESTINADO AO CONSUMO PESSOAL. Alegam os Acusados que inexistem, nos autos, qualquer prova ou indício de que o entorpecente apreendido se destinava à mercância, tanto que era ínfima a quantidade que portavam (30 gramas), tendo, inclusive, valor de mercado irrisório, daí porque a condenação deve se limitar à infração tipificada no art. 28 da Lei n. 11.343/2006. No caso em voga, os Réus foram denunciados pelo crime de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo, em concurso material, por portarem 28 (vinte e oito) saquinhos contendo a substância ilícita conhecida vulgarmente como "maconha", uma espingarda artesanal, faca peixeira, canivete, tesoura, 2 correntes tipo batidões, mochila com objetos pessoais, celular SAMSUNG J7 e a quantia de R\$ 20,00 (vinte reais), expondo a venda o referido entorpecente. Em virtude de tal fato, restaram condenados pela prática das condutas criminosas dos arts. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 e 14, do Estatuto do Desarmamento. No entanto, se insurgem contra o veredicto, pretendendo a desqualificação do crime de tráfico de drogas para o delito descrito no art. 28 do mesmo diploma legal. Conforme será demonstrado, a pretensão autoral não merece acolhimento. Isto porque, ao compulsar o encarte processual, verifica-se que a materialidade delitiva resta incontestada, posto que comprovada pelo Auto de prisão em flagrante e Auto de exibição e apreensão (ID n. 23387707), bem como pelos Laudos de Constatação Pericial (ID ns. 23387746-23387748), asseverando que a substância encontrada com o Recorrente, embalada em saquinhos plásticos, tratava-se de Tetrahydrocannabinol (THC), conhecida, popularmente, como maconha, princípio ativo que se encontra relacionado na Lista F-2 da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, de uso proscrito no Brasil. De igual sorte, não remanesce dúvida acerca da autoria delitiva, visto que os depoimentos prestados pelos policiais militares, em ambas as fases procedimentais, responsáveis pela abordagem dos Acusados, demonstram-se correlatos e categóricos quanto à prática do ilícito penal, descrevendo, inclusive, a forma como ocorreu a prisão em flagrante, a apreensão da droga e a mercância que estava sendo realizada no local. Nessa toada, não se pode olvidar que os próprios Réus confessaram, em seus interrogatórios, o cometimento da traficância, ao afirmarem que o entorpecente apreendido foi adquirido/comprado em Conceição do Jacuípe-BA e que estava embalado em sacos plásticos no momento da prisão, embora a sua destinação fosse para consumo próprio. A bem da verdade é que nada existe nos autos que possa desabonar os depoimentos dos agentes públicos, pois estes não demonstraram ter qualquer interesse em incriminar falsamente os Acusados, ao contrário, prestaram esclarecimento ao Juízo acerca dos fatos que presenciaram e resultaram na prisão, em flagrante, daqueles. Além do mais, milita em favor dos testemunhos policiais a presunção legal de veracidade, de modo que as suas afirmações, seja na fase inquisitorial ou judicial, afiguram-se válidas a

fundamentar um juízo condenatório. É o que se extrai dos excertos abaixo do STJ: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE VERIFICADAS. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. VALIDADE DA PROVA. 1. A Corte de origem asseverou que os depoimentos prestados pelos agentes da lei, tanto em solo policial quanto em Juízo, restaram coerentes e verossímeis, no sentido de que tiveram notícia da prática de tráfico de drogas no bairro Tamandaré, já conhecido nos meios policiais como ponto de venda de entorpecentes, "tendo o denunciante, ainda, fornecido uma descrição das vestimentas dos criminosos e que ambos eram jovens, bem como indicado o local onde os narcóticos eram acondicionados". 2. Ademais, "Diego teria dispensado quatro porções de maconha quando percebeu a chegada da Polícia Militar" e que "O restante das drogas estava escondido em um barranco, onde foram encontradas, no meio do mato, 21 porções de maconha embaladas de forma análoga àquela atribuída a Diego". 3. Com efeito, "o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova" (AgRg no HC 672.359/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/6/2021). 4. Ademais, adotar-se conclusão diversa daquela trazida pelo Tribunal de origem demandaria necessário revolvimento fático-probatório, providência incompatível com a estreiteza procedimental do writ. 5. Agravo improvido (AgRg no HC n. 751.416/SP, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 25/11/2022) – grifos aditados. "O depoimento dos agentes policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado é meio idôneo a amparar sua condenação, mormente quando corroborado em juízo por outros elementos de prova, consoante reiterada jurisprudência desta Corte de Justiça" (STJ – AgRg no AREsp 681.902/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 23/06/2015, DJe 03/08/2015). Por outro lado, sabe-se que o crime de tráfico é imputado não somente àquele que comercializa de fato a droga, mas, sim, a qualquer pessoa que, de algum modo, pratica uma das 18 (dezoito) condutas previstas no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, dentre as quais "transportar, adquirir, guardar, trazer consigo" a substância entorpecente, justamente as ações nas quais foram flagrados os ora Recorrentes, sendo despicienda a comprovação do comércio. Consabido, para a comprovação da destinação das drogas, deve-se atentar, além da quantidade e natureza do entorpecente, outros aspectos, tais como, o local e as condições em que se desenvolveu a empreitada criminosa, as circunstâncias da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente, à luz do art. 52, I, da Lei nº 11.343/06. Na hipótese vertente, a forma como a droga estava acondicionada, o local onde foi encontrada, as circunstâncias que cercam o fato, somadas à informação de que havia divisão de tarefas entre os Réus, são determinantes para se concluir que o entorpecente apreendido se destinava à comercialização e não ao consumo próprio. Demais disso, nem sempre a condição de usuário e traficante são autoexcludentes, pois é muito comum que dependentes, além de consumirem drogas, também as comercialize, com a finalidade de manterem e perpetuarem o seu vício. Outrossim, gize-se ressaltar que é livre ao Magistrado a valoração das provas produzidas durante a instrução processual, conforme prescreve o art. 155, caput, do Código de Processo Penal, devendo fundamentá-la com base em todo o conjunto probatório colhido nos cadernos processuais, o que, no caso sub examine, fez o Juízo de Primeiro Grau com

acertada precisão. Importa assinalar que o “delito de uso” reclama dolo específico, pois, para a sua configuração, é preciso que o agente adquira, guarde, tenha em depósito, transporte ou traga consigo substância entorpecente “exclusivamente” para consumo próprio, o que, no entanto, não restou comprovado nos presentes autos, ao revés. Com efeito, afigura-se irrefutável a caracterização do crime de tráfico, diante das evidências de que o entorpecente tinha destinação mercantil, restando, portanto, descabida a tese sustentada por ambas as defesas dos Réus de desclassificação do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 para o delito de uso próprio (art. 28 do mesmo diploma legal).

2. PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL OU AQUÉM DO MÍNIMO. Pretendem os Apelantes o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do CP) e, por extensão, o afastamento da incidência da Súmula 231 do STJ, para que a sanção basilar seja fixada no mínimo legal ou abaixo do mínimo. A dosimetria da pena é o ato processual em que o Magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao montante ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador. O procedimento de dosagem da sanção corporal é questão afeta ao livre convencimento do juiz, devendo, no entanto, ser resguardada a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da reprimenda. Analisando a metrificação da pena referente ao Apelante Albert Nascimento dos Santos, vê-se que a sanção basilar restou fixada um pouco acima do mínimo legal (cinco anos e seis meses de reclusão), haja vista a valoração negativa de algumas das circunstâncias judiciais, mostrando-se oportuna a transcrição da decisão vergastada nesse capítulo: “[...] A culpabilidade, entendida como grau de reprovabilidade; juízo de censurabilidade, bem demonstra a forma com que atuou para consecução do seu desiderato coadjuvando o irmão no infausto mundo das drogas ilícitas. O crime de tráfico sob qualquer forma, põe em risco a vida e a saúde do usuário que vier a consumi-las, e a sociedade como um todo. O acusado é tecnicamente primário; entretanto demonstra certa irreverência e desrespeito social, dando suporte aramado para a atuação do comparsa, seu irmão gêmeo, bem como desmontando a arma para passar despercebido, tendo também revelado que Robert era quem comprava a droga e trazia de outro município. Sua conduta social não é boa, tendo um nome já conhecido da polícia local. Os motivos são deletérios, tendo seu próprio genitor aduzido que não precisavam disso. As consequências do crime são as típicas à espécie delitiva, com impactos para a sociedade e saúde pública. Ponderadas tais circunstâncias judiciais, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão [...]” – ID n. 23387757. Sabe-se, contudo, que a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59, do CP não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, mas um exercício de discricionariedade vinculada, que impõe ao Magistrado apontar, motivadamente, os fundamentos da consideração negativa, positiva ou neutra das oito circunstâncias judiciais mencionadas no citado artigo, e, dentro disso, eleger a reprimenda que melhor servirá para a prevenção e repressão do crime praticado. Na casuística em tela, é de fácil percepção que a motivação empregada pelo Togado Singular para considerar desfavoráveis os vetores judiciais acima se mostra equivocada, seja porque a forma como fora praticado o crime de tráfico de drogas não extrapolou a censurabilidade própria do delito, seja porque os argumentos vagos expostos na decisão farpeada não podem ser justificativa válida para o incremento da sanção basilar, razão pela qual devem ser afastadas as circunstâncias judiciais sob destreame. Sendo assim, a pena-base do 1º

Recorrente sofrerá um redimensionamento para o seu mínimo legal, conforme pretendido pela Defesa, passando a ser de cinco anos de reclusão. Na 2ª (segunda) etapa, mesmo com o reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade, não há como proceder a devida minoração na pena, por conta do óbice inserto no verbete sumular nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, in verbis: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (Súmula 231 do STJ). E, por restar fixada no mínimo legal, não é possível diminuí-la ainda mais, ou seja, aquém do patamar previsto, em respeito ao preconizado no referido verbete sumular. É de sabença geral que o posicionamento majoritário da doutrina e da jurisprudência é no sentido de não ser possível, ao Magistrado sentenciante, aplicar pena inferior ao mínimo legal, como se afere da lição do ilustre jurista Guilherme de Souza Nucci: "Aliás, parece-nos mesmo incorreta, pois as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não tem o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador" (Nucci, Guilherme de Souza. Manual de Direito Penal. 10ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2014. Página 439). Nessa senda, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário nº 597.270, da lavra do Excelentíssimo Ministro Cezar Peluzo, dando força de repercussão geral ao julgado, decidiu ser inadmissível a fixação de pena inferior ao mínimo legal: "EMENTA: AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, § 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.". (RE 597270 QO-RG, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 26/03/2009, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02257 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 445-458). Dessarte, ainda que haja entendimento contrário no sentido de rejeição ao supracitado enunciado sumular, é certo que tal divergência não encontra guarida nos julgamentos dos Tribunais Pátrios, muito menos nas Cortes Superiores, pois resta pacificado que a incidência de atenuantes não têm o condão de minorar a pena aquém do seu mínimo legal. Seguindo essa trilha, o recente julgado do STJ: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. ART. 65 DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO DA PENA-BASE. NÃO CABIMENTO. SÚMULA N. 231 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA E RECENTE DO STJ. DECISÃO MANTIDA. 1."A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"(Súmula n. 231 do STJ). 2. É inviável a superação da Súmula n. 231 do STJ, porquanto sua aplicação representa a jurisprudência pacífica e atualizada do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão nela tratada. 3. Mantém-se integralmente a decisão agravada cujos fundamentos estão em conformidade com o entendimento do STJ. 4. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1873181/MS, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 09/03/2021, DJe 12/03/2021)– grifos aditados. Como já exposto, a pena do Acusado não

poderá ser estabelecida aquém do mínimo legal, porquanto entendimento em sentido contrário feriria a Súmula n. 231 do STJ, devendo, portanto, permanecer, provisoriamente, no quantum de 05 (cinco) anos de reclusão, à míngua de causas de aumento de pena. Quanto à dosimetria da pena do 2º Apelante, Robert Nascimento Santos de Souza, observa-se que a sanção basilar fora estabelecida em 06 (seis) anos de reclusão, porquanto analisadas, desfavoravelmente, algumas das circunstâncias judiciais, cujos argumentos, além de não destoarem muito daqueles utilizados para a reprimenda do 1º Recorrente, também se revelam equivocados, conforme os motivos já delineados acima. Dessa forma, deve ser abortada a avaliação constante dos vetores judiciais em voga, impondo-se o redimensionamento da pena-base para o seu mínimo legal- cinco anos de reclusão. Malgrado se reconheça as atenuantes da menoridade e confissão espontânea, a reprimenda do 2º Apelante continuará, nesta segunda fase, em cinco anos de reclusão, por conta do óbice inserto na Súmula 231 do STJ, sendo inadmissível a fixação de pena inferior ao mínimo legal. Posto isso, merece acolhimento o desiderato de ambos os Recorrentes, tão somente, no tocante à fixação da sanção basilar no mínimo legal, o que significa que o pedido de redução aquém desse patamar se reputa inviável. 3. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006, NO GRAU MÁXIMO. Sustentam os Acusados que fazem jus à aplicação do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, em seu redutor máximo- 2/3-, posto que a quantidade do entorpecente apreendido é ínfima, não obstante as suas condições pessoais lhe favorecerem. Em se tratando de crime de tráfico de drogas, deve-se considerar, para a fixação da pena-base e o reconhecimento do tráfico privilegiado, as condições insertas no art. 42 desta legislação, in verbis: Art. 42. 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". Nessa diretiva é o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA INSERTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGAS."MULA". CONSCIÊNCIA DE COLABORAÇÃO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. INAPLICABILIDADE DA FRAÇÃO MÁXIMA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. DECISÃO MANTIDA. "(...)". II – O parágrafo 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. "(...)". Agravo regimental desprovido (AgRg no AREsp n. 2.063.424/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022)– grifos da Relatoria. HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. QUANTIDADE E NATUREZA DA SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. ART. 33, § 4.º, DA NOVA LEI DE TÓXICOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA AFASTADA PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. DECISÃO MOTIVADA. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. ORDEM DENEGADA. 1. A exasperação da pena-base restou suficientemente fundamentada, sobretudo em razão da grande quantidade e da natureza da

droga apreendida – mais de 21 Kg de " cocaína "–, bem como pelas circunstâncias da prática do delito, de modo a demonstrar que o Paciente era" integrante ativo de organização criminosa com grande potencial lesivo ". 2. O art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Tóxicos. 3. Não se trata de violação ao princípio do non bis in idem, mas apenas da utilização da mesma regra em finalidades e momentos distintos. Com efeito, na primeira etapa da dosimetria, os critérios do art. 59 do Código Penal e do art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 servem para fundamentar a pena-base, enquanto no último momento do sistema trifásico os mesmos parâmetros serão utilizados para se estabelecer a fração de redução a ser aplicada em razão da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei Antitóxicos. 4. No caso, não se aplica a causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na medida em que, conforme consignado no acórdão impugnado, de forma devidamente fundamentada, o Paciente não preenche os requisitos legais para obtenção da benesse. Precedentes. 5. Não é possível afastar o entendimento exarado pelas instâncias ordinárias no sentido de que o ora Paciente integraria organização criminosa, pois, para tanto, seria necessário proceder a um exame aprofundado do conjunto fático-probatório dos autos, o que não se afigura cabível na via estreita do writ. Precedentes. 6. Ordem denegada (STJ – HC: 165800 RS 2010/0047664–3, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 01/03/2012, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/03/2012)– grifos nossos. Na espécie, em que pese o Magistrado Singular ter reconhecido a incidência da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas, descurou-se de especificar as razões de aplicar o percentual de 1/3 (um terço) à reprimenda, fato este que conduz à certeza da ilegalidade em desfavor dos Recorrentes, posto que infringida a regra estatuída pelo art. 93, IX, da CF. Decerto que o agente terá direito ao citado benefício desde que seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa (§ 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06). O que se observa dos autos é que o Julgador a quo reconheceu que os Réus preenchiam tais requisitos, tanto que as penas foram reduzidas, mas a escolha pelo percentual adotado (1/3), desprovida de qualquer fundamentação, sem levar em conta as peculiaridades do caso e o que disciplina o art. 42 da mencionada legislação, implica constrangimento ilegal que deve ser reparado. Por tais motivos, retifico a dosimetria dos Recorrentes para estabelecer a fração máxima– 2/3– no reconhecimento da redutora do art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, tornando-se as suas sanções corporais, para o delito de tráfico de drogas, em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, inexistindo causas de aumento de pena. Noutro giro, observo que, conquanto não seja objeto do inconformismo dos Apelantes, a dosimetria referente ao crime de porte ilegal de arma de fogo deve, também, ser alterada, uma vez que, diante da avaliação equivocada do Magistrado Singular dos vetores judiciais referentes ao tráfico de drogas, não pode a fundamentação utilizada na sentença guerreada servir de base para majorar a sanção basilar de outro delito. Logo, retifico, de ofício, a reprimenda de ambos os Réus, concernente à prática da infração descrita no art. 14 da Lei n. 10.826/2003, para 02 (dois) anos de reclusão. Assim, considerando a aplicação do art. 69 do Código Penal, o 1º Réu, Albert Nascimento, condenado a 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão pelo crime de tráfico de drogas e dois anos de

reclusão, pelo crime de porte ilegal de arma de fogo, uma vez somadas as sanções corporais de ambos os delitos, totaliza-se o quantum de 03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão, tornando-se esta a reprimenda definitiva. Já para o 2º Réu, Robert Nascimento, também condenado a 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão pelo crime de tráfico de drogas e dois anos de reclusão, pelo crime de porte ilegal de arma de fogo, porquanto somadas as sanções corporais de ambos os delitos, totaliza-se o montante de 03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão, tornando-se esta a reprimenda definitiva. Feitas tais considerações, ressalte-se que é dever do Julgador graduar a pena de multa utilizando-se dos mesmos critérios de que se valeu para a imposição da pena privativa de liberdade, resguardando o princípio da proporcionalidade. Então, seguindo os idênticos fundamentos utilizados na fixação da condenação corporal, estabeleço, de ofício, a sanção pecuniária, para ambos os Apelantes em 370 (trezentos e setenta) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do evento delituoso.

4. PLEITO DE ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL ESTABELECIDO PARA O ABERTO. De referência à modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda para o aberto, melhor sorte socorre aos Sentenciados. No caso em liça, o regime inicial de cumprimento das penas dos dois Acusados deve ser o aberto, com base nos termos insertos do art. 33, § 2º, "c", do Código Penal.

5. PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. Os Insurgentes, ainda, pleiteiam a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, entendendo merecer tal benefício. Estabelece o art. 44, I, do Código Penal que: "As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998): I- aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)". Não remanesce dúvida de que os Réus têm direito à pretendida substituição, ex vi do dispositivo legal acima. Isso posto, substituo as sanções corporais por penas restritivas de direitos (prestação de serviço à comunidade e interdição temporária de direitos), nos termos dos arts. 46 e 47 do Código Penal, cabendo ao Juízo da Execução promover a forma do cumprimento de ambas.

6. PLEITO DE CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. Apesar de o Juízo de origem ter apresentado os elementos concretos para a permanência do encarceramento dos Acusados, não se pode mantê-los nesta condição, posto que a prisão preventiva é incompatível com a fixação do regime inicial aberto, entendimento já consolidado nos Tribunais Superiores, consoante testifica o julgado abaixo: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. DETRAÇÃO PENAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME ABERTO. PRISÃO PREVENTIVA. INCOMPATIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. "(...)".

4. Não obstante tenham as instâncias ordinárias feito menção a elementos concretos do caso para a decretação segregação cautelar, como o fato de ter o paciente atribuído a si falsa identidade durante todo o curso processual com o intuito de se furtar à aplicação da lei penal, é incompatível a imposição de prisão preventiva a réu condenado a cumprir a pena de reclusão em regime inicial aberto.

5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso (HC n. 467.949/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado

em 11/2/2020, DJe de 20/2/2020)– grifos aditados. Frente a tal circunstância, deve o Juízo competente adotar às providências cabíveis para dar cumprimento ao regime inicial aberto, então fixado por este Tribunal ad quem. Ante o exposto, ancorado nas razões de fato e de direito explanadas, CONHEÇO DOS RECURSOS INTERPOSTOS E, NO MÉRITO, DOU-LHES PARCIAL PROVIMENTO, para reformar a dosimetria da pena de ambos os Réus, fixando-as, igualmente, no quantum de 03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão, no regime inicial aberto, sendo substituídas por duas penas restritivas de direitos (prestação de serviço à comunidade e interdição temporária de direitos), cabendo ao Juízo da Execução promover a forma do seu cumprimento. De ofício, retifico a sanção pecuniária dos dois Apelantes para 370 (trezentos e setenta) dias–multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato. É como voto. Salvador, data registrada no sistema. PRESIDENTE DES. JEFFERSON ALVES DE ASSIS RELATOR PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA (assinado eletronicamente)