

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8003727-07.2023.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: LUIS FELIPE OLIVEIRA LEAL Advogado (s): CAROLINE NONATO TRINDADE APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. NÃO ACOLHIMENTO. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DELITIVA. PROVA PERICIAL E CREDIBILIDADE DA INCRIMINAÇÃO DOS POLICIAIS. PEDIDO DE REFORMA DA PENA COM APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. VIABILIDADE. REDUÇÃO DA PENA, COM SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. Não prospera o pleito de absolvição. Nota-se que os policiais efetuavam ronda quando receberam notícia de que havia intensa troca de tiros na região do “inferninho”, entre facções. Quando aproximavam-se de um dos becos da localidade, chamado de “Bamor”, notaram o acusado, que portava uma necessaire, e efetuaram a abordagem, constatando-se que ele portava maconha e cocaína. A quantidade e a diversidade de drogas apreendidas em poder do acusado, 11 (onze) porções de cocaína, sob a forma de pó, e 56 (cinquenta e seis) porções de maconha, além da localidade em que ocorreu o flagrante, indicam a efetiva prática do crime de tráfico de drogas. A prova oral oriunda dos testemunhos dos policiais é válida, sendo dotada de credibilidade e veracidade. Veja-se que, pela aplicação do princípio da igualdade, haverá, como qualquer outra testemunha, o compromisso de dizer a verdade conforme estipulado no artigo 203 do CPP e, se o policial fizer alguma afirmação falsa, calar ou ocultar a verdade, então o Juiz que estiver tomando o depoimento com força no artigo 211 do CPP determinará a instauração de inquérito para apurar o crime de falso testemunho. Com efeito, não é razoável admitir-se que o Estado possa credenciar pessoas para a função repressiva e, sem elementos cabais de prova, negar-lhes crédito quando de sua estrita atividade. Rejeição da tese de nulidade da ação penal pelo uso de algemas, eis que, não se nota, do cotejo dos autos, elementos que indiquem terem sido utilizadas as algemas, além de se notar que o acusado tentou fugir dos agentes de segurança pública, o que justifica o uso do artefato, nos próprios termos da Súmula nº 11 do STF. Possibilidade, contudo, de reforma da pena, com redução da pena-base para o mínimo legal e aplicação do tráfico privilegiado ao acusado no patamar de 1/3, reduzindo-se a reprimenda e substituindo-se a sanção privativa de liberdade por duas restritivas de direitos a serem estipuladas pelo Juízo da Execução. Recurso parcialmente provido. A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8003727-07.2023.8.05.0001, de Salvador/BA, em que figura como apelante LUIS FELIPE OLIVEIRA LEAL, e como apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores componentes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, pelas razões dispostas no voto. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 11 de Março de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8003727-07.2023.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: LUIS FELIPE OLIVEIRA LEAL Advogado (s): CAROLINE NONATO TRINDADE APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA RELATÓRIO O ilustre Representante do Ministério Público ofertou denúncia de ID 51417481 contra LUIS FELIPE OLIVEIRA LEAL, pela prática do crime tipificado no art. 33,

caput, da Lei nº 11.343/2006. Consta em anexo dos autos inquisitoriais que na data de no dia 02 do mês de Janeiro do ano de 2023, por volta das 17h, na Travessa Juracy Miranda, bairro Marechal Rondon, nesta Capital, Policiais Militares em ronda na localidade, lotados na Rondesp/bts, ao passarem na Rua do Inferninho, como é conhecida, avistaram o acusado sozinho, em via pública, e perceberam que ele, ao ver a viatura policial, tentou empreender fuga, sendo alcançado, abordado, identificado, e submetido a revista pessoal. Na diligência, foi encontrado em seu poder uma bolsa tira colo, cor preta, com 11 (onze) porções de uma substância em pó, cor branca, com aparência de cocaína, 56 (cinquenta e seis) porções de uma substância esverdeada, aparentando se tratar de "maconha" e um aparelho celular marca motorola, cor cinza. Transcorrida a instrução, o d. Juiz, ID 51418095, julgou procedente o pedido contido na exordial acusatória para condenar o acusado LUIS FELIPE OLIVEIRA LEAL como incurso nas penas do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. A reprimenda foi fixada em 05 (cinco) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 520 (quinhentos e vinte) dias-multa. Cada dia-multa foi estabelecido à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo dos fatos delituosos. Inconformado com a r. sentença, o réu LUIS FELIPE OLIVEIRA LEAL interpôs apelação (ID 51418106), requerendo, nas razões de ID 54811347, a absolvição do apelante por insuficiência de provas acerca da autoria delitiva capaz de respaldar a sentença condenatória. Alega, também, ter sido desnecessária e ilegal a ação dos policiais, em razão do uso de algemas, uma vez que não houve receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, na forma da Súmula Vinculante nº 11 do ST. Subsidiariamente, caso mantida a condenação, pleiteia a fixação da pena-base no mínimo legal, uma vez que a valoração negativa dos antecedentes não pode prevalecer, uma vez que foi absolvido no processo de nº 8000067-39.2021.8.05.0174; a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ante o preenchimento dos requisitos autorizadores; o estabelecimento do regime aberto para inicial cumprimento da pena; a substituição da sanção corporal por penas restritivas de direitos; e o afastamento da pena de multa, dada a sua condição de hipossuficiência. Em suas contrarrazões, o representante do Ministério Público, no ID 55254009, pugnou pelo conhecimento do apelo interposto e seu parcial provimento, a de que seja aplicado ao apelante o redutor previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. A d. Procuradoria de Justiça, no Parecer contido no ID 55979798, pronunciou-se pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, para reduzir a pena-base para o quantum mínimo legal, reconhecer a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 ("tráfico privilegiado"), com a consequente redução da reprimenda e da pena de multa, fixar o regime aberto para inicial cumprimento de pena, além de substituir a sanção corporal por pena restritiva de direitos, na forma da Súmula Vinculante nº 59 do STF É o relatório. Salvador/BA, 4 de março de 2024. Des. Carlos Roberto Santos Araújo – 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8003727-07.2023.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: LUIS FELIPE OLIVEIRA LEAL Advogado (s): CAROLINE NONATO TRINDADE APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA VOTO Ante o preenchimento dos requisitos de admissibilidade, conheço do recurso ora interposto. O pedido de absolvição apresentado no recurso de apelação interposto pelo réu LUIS FELIPE OLIVEIRA LEAL, que tem como fundamento a alegação de que

não restou provada a autoria do crime de tráfico de drogas, não merece albergamento. A materialidade do delito restou plenamente comprovada, conforme se depreende do auto de exibição e apreensão (ID 51417482, pág. 11), do laudo de constatação (ID 51417482, pág. 49), bem como do laudo pericial definitivo (ID 51418073), que atestam terem sido apreendidos com o acusado 11 (onze) porções de cocaína, sob a forma de pó, e 56 (cinquenta e seis) porções de maconha. A autoria, por sua vez, revela-se inconteste por meio da prova oral produzida na fase extrajudicial e em Juízo. Em seu interrogatório extrajudicial, o recorrente Luis Felipe Oliveira Leal negou ter perpetrado o ilícito. “(...) nega que estava em poder das drogas apresentadas, uma vez que estava voltando do açougue em Campinas de Pirajá, quando foi abordado em seguida pelos policiais, os quais o indagaram se possuía entrada na polícia; PERG: se foi torturado nesta central de flagrantes ou quando foi abordado pelos policiais? RESP: negativamente (...)” Em Juízo, asseverou que: “(...) que no momento da apreensão, estava acompanhado de Dailson, na frente de sua casa; que estava voltando de um açougue; que os policiais lhe agrediram com um tapa nas costas e bateram sua cabeça na parede (...)” As mencionadas agressões foram afastadas na sentença (e não foram mencionadas no recurso), considerando que no interrogatório extrajudicial não houve menção a elas, além de o laudo de lesões corporais colacionado ao feito não ter evidenciado nenhuma lesão no recorrente. O conjunto probatório constante nos autos, no entanto, é firme no sentido de ser o apelante autor do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Os policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante do Apelante, consignaram, em juízo: “que reconhece a fisionomia do acusado presente na audiência; que a localidade é conhecida pela disputa do comércio de drogas; que os policiais estavam em incursão, a pé, na localidade conhecida como Inferninho; que a localidade é de alto risco e por isso os policiais desembarcaram da viatura e adentraram nas ruas e vielas a pé; que em um dado momento, encontraram o acusado que, ao perceber a presença dos policiais, se evadiu, causando surpresa e estranheza pela forma que ele correu; que os policiais conseguiram alcançar o acusado dentro de uma das vielas e, feita a busca pessoal, encontraram uma necessaire na posse dele que continha em seu interior maconha e cocaína; que o depoente era o comandante da guarnição e os policiais soldado Leanderson, motorista, Soldado Portela, patrulheiro, também participaram da diligência; que o acusado estava sozinho; que reafirma que o réu correu ao ver a guarnição, sendo necessário iniciar uma perseguição contra ele; que o local por onde o réu correu tinha becos e vielas; que o réu não caiu durante a fuga; que a necessaire que o réu trazia consigo era de cor preta; que as drogas encontradas dentro da necessaire estavam em porções menores; que o réu nada informou sobre as drogas encontradas; que nada sabe informar sobre a vida pregressa do réu; que tudo que foi apreendido foi apresentado para a delegacia; que, após a captura do denunciado, enquanto os policiais estavam o levando para a viatura, apareceram familiares do acusado; que os policiais informaram a esposa do acusado que ele seria levado para a delegacia”. (SD/PM Leonardo Moraes Libório Rios). “que se recorda da fisionomia do acusado; que os policiais fizeram uma abordagem e encontraram com o réu uma sacolinha preta que continha maconha e cocaína no seu interior; que não se lembra com precisão sobre as circunstâncias da abordagem; que se recorda que o réu estava sozinho; que o réu não reagiu à prisão; que, salvo engano, apareceram familiares do réu, após ter sido dada voz de prisão a ele; que os materiais ilícitos foram levados para a

central de flagrantes; que não conhecia o acusado.” (SD/PM Jubiraci Costa Portela). “que reconhece a fisionomia do acusado, presente na audiência; que a equipe do depoente estava dando apoio à equipe da 9ª CIPM; que a localidade do inferninho estava ocorrendo muitas trocas de tiro entre facções; que os policiais estavam fazendo uma incursão em um dos becos próximo a uma localidade chamada Bamor, quando o comandante da guarnição avistou o acusado e deu voz de parada a ele e, feita a abordagem, o comandante da guarnição notou que o acusado carregava uma necessaire e, feita a abordagem, os policiais constataram que continha maconha e cocaína, salvo engano, no interior dessa necessaire; que o réu não reagiu à prisão; que não conhecia o acusado; que não se recorda se, no momento da abordagem, o réu estava sozinho; que tudo que foi apreendido foi levado para a delegacia; que enquanto os policiais estavam conduzindo o réu até a viatura, apareceram alguns parentes ou amigos dele.” (SD/PM Leanderson Santos da Silva). Dos depoimentos transcritos, nota-se que os policiais efetuavam ronda quando receberam notícia de que havia intensa troca de tiros na região do “inferninho” entre facções. Quando aproximavam-se de um dos becos da localidade, chamado de “Bamor”, notaram o acusado, que portava uma necessaire, e efetuaram a abordagem, constatando-se que ele portava maconha e cocaína. A prova oral oriunda dos testemunhos dos policiais é válida, sendo dotada de credibilidade e veracidade. Veja-se que, pela aplicação do princípio da igualdade, haverá, como qualquer outra testemunha, o compromisso de dizer a verdade conforme estipulado no artigo 203 do CPP e, se o policial fizer alguma afirmação falsa, calar ou ocultar a verdade, então o Juiz que estiver tomando o depoimento com força no artigo 211 do CPP determinará a instauração de inquérito para apurar o crime de falso testemunho. Com efeito, não é razoável admitir-se que o Estado possa credenciar pessoas para a função repressiva e, sem elementos cabais de prova, negar-lhes crédito quando de sua estrita atividade. A quantidade e a diversidade de drogas apreendidas em poder do acusado, 11 (onze) porções de cocaína, sob a forma de pó, e 56 (cinquenta e seis) porções de maconha, além da localidade em que ocorreu o flagrante, indicam a efetiva prática do crime de tráfico de drogas. O delito de tráfico de entorpecentes, tratando-se de atividade clandestina, prescinde de prova da efetiva comercialização da droga, aperfeiçoando-se com a prática de quaisquer das condutas previstas no art. 33 da Lei 11.343/06 (“ter em depósito”, “transportar”, “trazer consigo”, “guardar”, etc.), haja vista tratar-se de crime de ação múltipla ou de conteúdo variado, ou seja, que se consuma com a realização de qualquer dos verbos descritos no referido tipo penal. Além disso, a alegação, por exemplo, de ser o agente usuário de drogas não tem o condão de descaracterizar a imputação de traficante, eis que uma conduta não exclui a outra, sendo bastante comum o agente ostentar as duas condições, até porque o tráfico alimenta o próprio vício. Nesse sentido, a jurisprudência pátria: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – FLAGRANTE – APREENSÃO DE 1.153,83g DE MACONHA – CONFISSÃO – DEPOIMENTOS DE POLICIAIS – PROVAS SUFICIENTES – DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO – INCABÍVEL – DOSIMETRIA – REDUÇÃO PELO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – INVIÁVEL. (...) II. A condição de usuário não afasta o crime de tráfico. Não é incomum que traficantes também façam uso de entorpecentes. O dolo do recorrente de difundir a droga foi suficientemente demonstrado. (...). (TJDFT, Acórdão n.932198, 20150110337343APR, Relator: SANDRA DE SANTIS, Revisor: ROMÃO C. OLIVEIRA, 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Julgamento: 31/03/2016, Publicado no DJE: 07/04/2016. Pág.: 109/119) (Grifos aditados) APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. RECEPÇÃO. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO APENAS

ACERCA DO CRIME DE TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. DEPOIMENTOS SEGUROS E COERENTES DOS POLICIAIS QUE REALIZARAM A PRISÃO EM FLAGRANTE. CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS COLIGIDAS NOS AUTOS. AUTORIA E MATERIALIDADE CABALMENTE DEMONSTRADAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO DE QUE RÉU FOSSE APENAS USUÁRIO. SENTENÇA MANTIDA. REGIME INICIAL. ALTERAÇÃO DE OFÍCIO. INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º DA LEI N. 8072/1990. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM A MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA, DE OFÍCIO. "Não há como operar a desclassificação do delito de tráfico de entorpecente para o de uso próprio (trata-o a Lei como para consumo pessoal – art. 28), tão-somente levando-se em conta a pequena quantidade da droga apreendida em poder do agente, pois, quando não, o usuário também trafica, até mesmo, muitas vezes, para poder alimentar o vício. As duas condições – traficante e viciado – são situações que não se excluem." (TJPR – AC n.º 721.083-3 – 4ª C.C. – Rel.Des. Antônio Martelozzo – DJ de 18.05.2011, mencionado no julgado TJPR – 4ª C.Criminal – AC – 1117827-5 – Dois Vizinhos – Rel.: Jefferson Alberto Johnsson – Unânime – – J. 23.04.2015) (Original sem grifos) Desse modo, a materialidade e a autoria, bem como a destinação mercantil da droga apreendida, restaram devidamente comprovadas pelo conjunto probatório formado nos autos, demonstrando de forma satisfatória o envolvimento do acusado com o tráfico de entorpecentes, razão pela qual inviável acolher o pleito absolutório ou desclassificatório, devendo ser mantida sua condenação pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Deve ser afastada, também, a tese de nulidade da ação penal pelo uso de algemas, eis que, não se nota, do cotejo dos autos, elementos que indiquem terem sido utilizadas as algemas, além de se notar que o acusado tentou fugir dos agentes de segurança pública, o que justifica o uso do artefato, nos próprios termos da Súmula nº 11 do STF. Subsidiariamente, a Defesa requer a reforma da dosimetria, com a fixação da pena-base no mínimo legal e a aplicação da causa especial de diminuição da pena disposta no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo, modificação do regime inicial de cumprimento da pena e substituição da sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos. O digno Magistrado a quo, ao dosar a pena, estabeleceu-a no mínimo legal, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa e afastou o tráfico privilegiado sob os seguintes fundamentos, in verbis: "(...) Para aplicação da pena, de acordo com as regras do art. 59 do Código Penal, c/c art. 42 da Lei 11.343/06, em cotejo com os subsídios existentes nos autos, percebe-se que a culpabilidade é normal à espécie delitativa. A vida pregressa do Acusado não o recomenda, pois responde a outro processo por tráfico de drogas e posse ilegal de arma de fogo, perante a Vara Criminal de Muritiba/BA, com condenação e em grau de recurso., de forma que não faz jus ao benefício previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de drogas. Não há elementos, nos autos, para que se possa aferir sua personalidade. Pequena foi a quantidade de drogas apreendidas. As consequências do crime são danosas, mas comuns ao tipo penal imputado. Por tais motivos, fixo a pena-base em 5 (cinco) anos e 2 (dois) meses de reclusão, a qual torno definitiva, à falta de atenuantes ou agravantes e causas de aumento ou diminuição a ser cumprida, inicialmente, em regime semi-aberto. A pena de multa, levando-se em consideração as mesmas circunstâncias acima descritas, é fixada em 520 dias multas, tornando-a definitiva, cada uma no valor de 1/30 do salário mínimo vigente, em face da condição econômica do réu. (...)” (ID 51418095) Nota-se que o MM. Juiz exasperou a reprimenda na primeira fase da dosimetria por força da vida pregressa do acusado, que responde a outro

processo por tráfico de droga e posse ilegal de arma de fogo. Entretanto, conforme o teor da Súmula nº 444 do STJ, não é possível aumentar-se a pena com fundamento em inquéritos ou ações penais em curso. Desse modo, reforma a pena-base para que passe a equivaler a 5 anos de reclusão, mínimo previsto para o tipo. Na segunda fase, ausentes atenuantes e agravantes. Na terceira fase, requer a Defesa a aplicação do tráfico privilegiado. O Superior Tribunal de Justiça, contudo, já decidiu, em sede de Recurso Repetitivo, que o fato de um acusado responder a outras ações penais, sem o trânsito em julgado delas, não impede a aplicação do redutor especial. Confira-se: RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais. 2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso. 3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza. 4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena. 5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles. 6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante. 7. Não se pode ignorar que

a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis. 8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto. 9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para fins penalógicos. 10. Não se deve confundir a vedação à proteção insuficiente com uma complacência diante da atuação insuficiente dos órgãos de persecução penal. É certo que não podem ser criados obstáculos injustificáveis à atuação do Estado na defesa dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada, todavia isso não legitima a dispensa do cumprimento dos ônus processuais pelos órgãos de persecução penal, não autoriza a atuação fora da legalidade e não ampara a vulneração de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir provas concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice. 11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma "análise de contexto" para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, não há que se recorrer a inquéritos e ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e ações penais em curso na tentativa de demonstrar a dedicação criminosa, é porque os demais elementos de prova são insuficientes, sendo necessário formular a ilação de que o Acusado "não é tão inocente assim", o que não se admite em nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a ilicitude do fundamento, que decorre do raciocínio presuntivo contra o Réu que ele encerra, não se altera em face de outros elementos dos autos. 12. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da 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". A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP

(DJe 01/02/2017). 13. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022) (Grifo nosso) Dessa maneira, deve-se aplicar o benefício do tráfico privilegiado na espécie, atentando-se, no entanto, em relação ao quantum, que não deve alcançar o máximo, considerando terem sido apreendidas dois tipos de drogas com o acusado, em porções individuais. Assim, pelos referidos fundamentos, aplico o tráfico privilegiado no patamar de 1/3 (um terço), perfazendo a pena o total de 03 anos e 04 meses de reclusão, em regime aberto, e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, sendo cada dia-multa equivalente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Considerando que a pena privativa de liberdade aplicada ao apelante foi inferior a 04 (quatro) anos, torna-se possível a substituição por penas restritivas de direitos, em consonância com o preceito contido no inciso I, do art. 44, do Código Penal. Por esse motivo, substituo a pena privativa de liberdade imposta ao réu por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução. Por fim, quanto ao prequestionamento apresentado pela defesa em suas razões, friso inexistir ofensa aos dispositivos de lei e princípios invocados (Súmula 444, do STJ, art. 33, § 4ª, da Lei 11.343/2006, art. 42, da Lei de Tóxicos, art. 59, do CP, incisos XLVI, LIV, e LVII, do art. 5º, da CF, e princípios da individualização da pena e presunção de inocência), eis que o posicionamento deste decisio representa a interpretação da colenda Turma Julgadora quanto à matéria em discussão, conforme seu convencimento, não se cogitando negativa de vigência a tais dispositivos. A ausência de discussão explícita, acerca das normas que envolvem a matéria debatida, não macula o prequestionamento da matéria, feito pela parte. Ante o exposto, conheço do recurso e DOU-LHE PARCIAL provimento, a fim de reduzir a pena-base do apelante para o mínimo legal e, posteriormente, aplicar o tráfico privilegiado, reduzindo-lhe a pena para 03 anos e 04 meses de reclusão, em regime aberto, e 333 dias-multa, no valor unitário mínimo, substituindo a sanção privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo da Execução. Comunique-se o teor do presente, ao qual confiro força de ofício, ao MM. Juízo de primeiro grau. Salvador, data registrada no sistema. DES. CARLOS ROBERTO SANTOS ARAÚJO RELATOR