

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0512471-12.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: WELLINGTON LUIS PORTUGAL DOS SANTOS Advogado (s): ANTONIO GLORISMAN DOS SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): I ACÓRDÃO EMENTA: APELAÇÃO-CRIME. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS: ARTIGO 33 DA LEI N.º 11.343/2006. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSIÇÃO DAS PENAS DE 05 (CINCO) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, ALÉM DE 540 (QUINHENTOS E QUARENTA) DIAS-MULTA, CADA UMA NO MENOR VALOR LEGAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. FRAGILIDADE PROBATÓRIA. IMPROVIMENTO. MATERIALIDADE COMPROVADA POR MEIO DE PROVAS DOCUMENTAL, PERICIAL E TESTEMUNHAL. AUTORIA IGUALMENTE DEMONSTRADA. POLICIAIS QUE, INQUIRIDOS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO, RELATARAM TODA A DINÂMICA DO FLAGRANTE E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS DE MANEIRA SEGURA E HARMÔNICA, DESCREVENDO A EFETIVA APREENSÃO DE DROGAS. EFICÁCIA PROBATÓRIA DOS DEPOIMENTOS POLICIAIS, MÁXIME QUANDO FIRMES E CONVERGENTES, ALÉM DE NÃO EXISTIR INDICATIVO DE ABUSOS NA REALIZAÇÃO DA DILIGÊNCIA OU INTERESSE NA FALSA INCRIMINAÇÃO DO ACUSADO. NEGATIVA DA TRAFICÂNCIA APRESENTADA PELO ACUSADO QUE NÃO ENCONTRA RESPALDO PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PEDIDO RECURSAL SUBSIDIÁRIO DE REDUÇÃO ODA PENA BASE AO MÍNIMO LEGAL. INACOLHIMENTO. QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA QUE JUSTIFICA A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI N.º 11.343/06. AUSENTES CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES. PLEITO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. VIABILIDADE. REQUISITOS PREENCHIDOS. INQUÉRITOS POLICIAIS E/OU AÇÕES PENASIS EM CURSO NÃO CONSTITUEM FUNDAMENTO IDÔNEO PARA PROVOCAR O AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO E NÃO-CULPABILIDADE. HODIERNIA JURISPRUDÊNCIA DO STJ. AUSÊNCIA DE OUTRAS PROVAS QUANTO À DEDICAÇÃO À ATIVIDADE DELITIVA OU PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RÉU PRIMÁRIO E COM BONS ANTECEDENTES. IMPOSITIVO RECONHECIMENTO DA MINORANTE NA FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA DE $\frac{1}{2}$ (UM MEIO). DIVERSIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. PENAS REDIMENSIONADAS PARA 02 (DOIS) ANOS E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO E 270 (DUZENTOS E SETENTA) DIAS-MULTA, CADA UMA NO MENOR VALOR LEGAL. CONSEQUENTES ABRANDAMENTO DO REGIME PARA O ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Apelação n.º 0512471-12.2019.8.05.0001, provenientes da 1.ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, em que figura como Apelante o Acusado WELLINGTON LUIS PORTUGAL DOS SANTOS, e como Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1.ª Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER e DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO ao Apelo, reformando a sentença no capítulo dosimétrico, nos termos do voto desta Relatora. IVONE BESSA RAMOS Desembargadora Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 14 de Maio de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0512471-12.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: WELLINGTON LUIS PORTUGAL DOS SANTOS Advogado (s): ANTONIO GLORISMAN DOS SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): I RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Réu WELLINGTON LUIS PORTUGAL DOS SANTOS, por intermédio de Advogado constituído, em irresignação aos termos da Sentença condenatória proferida

pelo MM. Juiz de Direito da 1.^a Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que, julgando procedente a Denúncia contra ele oferecida, condenou-o pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, ao cumprimento da pena de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 540 (quinhentos e quarenta) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo, vigente, à época dos fatos. Narrou a Peça Acusatória (D 52778927): “[...] Consta do incluso inquérito policial que, em 04 de fevereiro de 2019, por volta das 20h00min, foi constatado que o denunciado estava na posse de quantidade de substancias entorpecentes, destinadas à prática do tráfico de drogas. Segundo se logrou apurar, policiais militares foram acionados, pelo sistema CICOM, para atender denúncia de que havia elementos armados, na localidade conhecida como Manguinhos, Engenho Velho de Brotas, área conhecida pela grande incidência de tráfico de drogas e, chegando ao local, visualizaram alguns indivíduos, que empreenderam fuga, ao avistarem a guarnição, sendo, na ocasião, o denunciado foi visto tentando se desfazer de um capacete de cor branca, jogando-o ao chão. Iniciou-se, então, uma perseguição, que resultou na captura do acusado e mais três indivíduos, tendo, também, sido recuperado, na oportunidade, o capacete citado, e, na abordagem, somente, no capacete, do flagranteado foram localizadas substancias ilícitas, notadamente, 28 (vinte e oito) porções de maconha, acondicionadas em sacos transparentes, 06 (seis) porções de crack, embaladas, em papel alumínio e um comprimido de cor azul, além da importância de R\$28,00 (vinte e oito reais) e um aparelho celular da marca Infinity, de cor vermelha e preta. Ressalta-se que em sede de interrogatório o autuado afirmou já ter sido preso, em outras ocasiões, por tráfico de drogas. Ao total foram apreendidos 74,59g (setenta e quatro gramas e cinquenta e nove centigramas) de maconha, distribuídas em 28 (vinte e oito) porções acondicionadas, em sacos plásticos incolor; 0,63 (sessenta e três centigramas) de cocaína, distribuída em 06 (seis) porções, acondicionadas em papel alumínio. O resultado de um terceiro material somente será enviado no laudo definitivo. O laudo de constatação nº 2019 00 LC 005514-01, à fl. 33, atesta que a natureza das substancias apreendidas foi devidamente comprovada, preliminarmente, como sendo droga de uso proscrito no país, nos termos da Portaria 344/1998 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde. Posto isto, há indicativos evidenciando que WELLINGTON LUIS PORTUGAL DOS SANTOS, incorreu no crime previsto no art. 33 da lei 11/346, ao TRAZER CONSIGO (verbos nucleares do tipo penal descrito) drogas. Por cento, portanto, o acusado deve ser responsabilizado, pelos crimes previstos no art. 33 da Lei de Drogas [...]”. A Denúncia foi recebida em 05.04.2019 (ID 52778951). Finalizada a instrução criminal, foram ofertadas Alegações Finais pelo Ministério Público (ID 52779724) e pela Defesa (ID 52779731). Em seguida, foi proferido o Édito Condenatório (ID 52779732). Inconformado, o Acusado manejou Apelação (ID 52779736). Em suas razões recursais (ID 56513663), pugna pela absolvição do delito de tráfico de drogas, sustentando a fragilidade do acervo probatório coligido ao caderno processual, na forma do art. 386 do CPP. Subsidiariamente, pleiteia a redução da pena-base para o mínimo legal, alegando que a existência de ações penais em curso, sem trânsito em julgado, não pode ser considerada para majorar a basilar, conforme inteligência da Súmula n.º 444 do STJ, bem como o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado no maior patamar legal (§ 4.º do art. 33 da Lei de Drogas). Ao final, requer a substituição da pena por medida restritiva de direitos (ID56513663). Devidamente intimado, o Ministério

Público Estadual apresentou contrarrazões, pugnando o improvimento do Apelo defensivo e a consequente manutenção da Sentença guerreada em sua inteireza (ID 56721970). Nesta instância, oportunizada a sua manifestação, a Procuradora de Justiça opinou pelo conhecimento e desprovimento do Apelo (ID 57153637). É o breve relatório, que ora submeto à apreciação da eminente Desembargadora Revisora, com as homenagens de estilo. IVONE BESSA RAMOS Desembargadora Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0512471-12.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: WELLINGTON LUIS PORTUGAL DOS SANTOS Advogado (s): ANTONIO GLORISMAN DOS SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): I VOTO I. Do juízo de admissibilidade Inicialmente, verifica-se que o presente Recurso de Apelação é próprio e tempestivo, tendo sido manejado, ademais, por quem exhibe legítimo interesse na reforma do Édito Condenatório. Portanto, é medida de rigor o conhecimento deste inconformismo, passando-se, de logo, ao exame de suas questões de fundo. II. Do mérito recursal II.a. Do pleito de absolvição Passando-se ao mérito recursal, o Acusado pugna a absolvição da imputação de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n.º 11.343/2006), ao sustentar a fragilidade probatória quanto à autoria do crime. Tal alegação, porém, não merece guarida. De logo, observa-se que a comprovação da efetiva apreensão de drogas de natureza proscriita repousa, em suma, no auto de exibição e apreensão (ID 52778928, p. 6), laudo de constatação (ID 52778928, p. 36) e no laudo pericial (ID 52779655), que apontaram que os materiais encontrados na posse do apelante se referiam a 74,59g (setenta e quatro gramas e cinquenta e nove centigramas) de maconha, distribuídos em 28 (vinte e oito) porções, acondicionadas em sacos de plástico incolor e 0,63 (sessenta e três centigramas) de cocaína, sob a forma de “pedras”, distribuídas em 06 (seis) porções, acondicionadas em papel alumínio. Em relação às circunstâncias do flagrante e à concreta vinculação das drogas ao Acusado, cuida-se de aspectos devidamente esclarecidos em juízo, de maneira segura, precisa e detalhada, pelos depoentes Tácio Jesus de Oliveira e Jackson Roque Nogueira Machado Júnior, Policiais Militares que participaram da diligência e bem relataram as condições da abordagem e a subsequente apreensão do material ilícito em poder do Acusado. Confirmam-se os seus testemunhos firmados sob o crivo do contraditório: “[...] que a guarnição foi solicitada via CICOM para apurar denúncia de que indivíduos armados estavam na localidade descrita na denúncia; que reconhece o réu aqui presente; que os indivíduos correram quando a guarnição chegou ao local; que o réu foi visto dispensando um capacete num matagal; que revistando o capacete foi constatado que havia dentro dele um saco preto e dentro dele saquinhos de maconha e pedras de crack em papel alumínio; que foi o soldado Roque quem encontrou a droga; que o depoente viu o capacete na mão do réu antes da dispensa; que o réu parou antes da abordagem; que outros indivíduos também foi revistados, mas nada foi encontrado com os mesmos e estes foram liberados; que os demais conseguiram fugir; que inicialmente o réu negou a posse do capacete, mas como foi encontrado a chave de uma moto em seu poder, o réu admitiu que o capacete era seu mas negou a posse das drogas; que o réu não se feriu na diligência e não resistiu à condução; que o réu parou porque percebeu que não conseguiria fugir; que os policiais não foram na casa do réu; que não se recorda se o réu disse que era usuário de drogas ou tinha envolvimento com tráfico; que até então não conhecia o réu; que não houve apreensão de dinheiro; que houve a apreensão de um celular com o réu; que familiares do réu se

aproximaram na hora da diligência e o acompanharam até a delegacia; que todos que estavam no local viram o momento em que o capacete foi encontrado; que Às perguntas do Advogado, respondeu que: que a chave da moto foi apresentada na delegacia; que o depoente falou dessa chave em seu depoimento e foi perguntado porque a moto não foi levada; que o réu estava usando tornozeleira eletrônica; que a guarnição não entrou em contato com a central de monitoramento eletrônico [...]"(Depoimento do SD/PM Tácio Jesus de Oliveira, conforme transcrição contida na Sentença)."[...] que reconhece o réu aqui presente; que os policiais foram acionados para verificar denuncia de homens armados realizando tráfico de drogas no local descrito na inicial; que não se recorda se a informação chegou via CICOM ou por meio de populares; que o réu estava no meio de outros seis indivíduos, salvo engano; que o réu e os elementos tentaram correr, mas a polícia estava muito próxima e os alcançaram rápido; que o depoente viu que o réu tinha um capacete e viu ele dispensar o capacete; que dentro do capacete havia um saco preto que continha, salvo engano, crack, maconha e cocaína em porções individuais; que o réu tinha um celular, usava tornozeleira eletrônica; que havia uma motocicleta do réu estacionada nas imediações; que foi o próprio réu quem mostrou a moto; que o réu apontou várias casas sendo suas; que o réu apontou a casa da mãe, irmão e sua casa; que parentes do réu apareceram na hora abordagem, mas o depoente não se recorda se estes foram para a delegacia; que não se recorda se a moto foi conduzida; que não conhecia o réu até a hora da abordagem e nada sabe informar sobre a sua vida pregressa; que o réu disse logo que estava sendo monitorado; que salvo engano, o réu declarou porque o réu estava sendo monitorado, mas o depoente não se recorda; que o réu trazia dinheiro mas o depoente não se recorda do montante; que somente uma guarnição que participou da diligência; que os outros indivíduos não foram levados para a delegacia; que os outros indivíduos disseram que estavam no local conversando; que somente o réu foi conduzido; que o réu admitiu a posse do capacete; que a denúncia não apontava o nome do réu especificamente; que a denúncia apontava a rua onde o réu foi encontrado como a rua onde estava ocorrendo o tráfico de drogas; que o réu não resistiu à prisão e não se feriu na diligência. Às perguntas do Advogado, respondeu que: que não se recorda quem localizou o capacete; que não se foi o depoente quem encontrou o capacete; que afirma que viu o réu com o capacete e viu este dispensando o capacete; que os indivíduos se afastaram cerca de dois a três metros; que não se recorda se o dinheiro estava na posse do réu ou dentro do capacete; que não se recorda sobre a apreensão da chave da moto acima mencionada; que não acompanhou o depoimento do réu na delegacia; que a diligência ocorreu à noite; que a droga estava dentro do capacete e este foi encontrado com a sua abertura para cima; que reconhece como sendo sua assinatura no documento de fls. 12; que não lembra se alguém perguntou para onde o réu seria levado". (Depoimento do SD/PM Jackson Roque Nogueira Machado Júnior, conforme transcrição contida na Sentença). Assim, constata-se que as suprarreferidas testemunhas não tiveram dificuldade em indicar a apreensão de drogas diversificadas durante a diligência, como também reconheceram o ora Apelante como o indivíduo à época detido em poder das mesmas. Portanto, certo é que nada autoriza a presunção da inverdade ou parcialidade de tais testemunhos, à míngua de qualquer indicativo concreto do suposto interesse dos Agentes Públicos em incriminarem falsamente o Réu, além de não haver comprovação de eventual abuso ou irregularidade na concretização do flagrante, porventura apto a subsidiar, ainda que por hipótese, a percepção do seu caráter artificioso.

Cabe assinalar, ainda, que a condição funcional dos Policiais não os impede de depor acerca dos atos de ofício dos quais tenham participado, tampouco possuindo o condão de suprimir ou fragilizar a credibilidade de suas assertivas; pelo contrário, essas testemunhas foram inquiridas sob o crivo do contraditório e mediante o devido compromisso, e mantiveram contato direto com o delito e seu autor no exercício de atividade intrinsecamente estatal, estando aptas a contribuir de modo decisivo, portanto, para a elucidação do fato e dos seus meandros. Quanto à eficácia probatória dos depoimentos prestados por Policiais, vale conferir, a título ilustrativo, precedentes do Superior Tribunal de Justiça: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO COM BASE NO DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE DE DROGAS. REEXAME PROBATÓRIO. REDUÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PATAMAR DIVERSO DE 2/3. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA. ILEGALIDADE. CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. REDIMENSIONAMENTO. 1. [...]. 2. O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso. 3-5. [...]. 6. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para reduzir a pena do paciente para 3 anos e 4 meses de reclusão e 500 dias-multa, e para que o juízo das execuções proceda à nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, bem como examine a possibilidade da concessão da substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos. (STJ, 6.ª Turma, HC 165.561/AM, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 02.02.2016, DJe 15.02.2016) (grifos acrescidos) HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE /FRAGILIDADE DA PROVA PARA SUSTENTAR A ACUSAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE PROBATÓRIA. 1. [...]. 2. Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes. 3. Ordem denegada. (STJ, 5.ª Turma, HC 115.516/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 03.02.2009, DJe 09.03.2009) (grifos acrescidos) Destarte, queda irretocável a Sentença recorrida quanto ao reconhecimento da incursão do Réu nas previsões do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006. II.b. Da aplicação da pena No que se refere à reforma do capítulo da dosimetria, o Réu requereu, subsidiariamente, a reforma da sentença a fim de que a pena-base seja redimensionada para o mínimo legal, bem como a aplicação do tráfico privilegiado em seu grau máximo. Da detida análise da dosimetria feita pelo Magistrado Sentenciante, verifico que a pena base foi exasperada, sob o seguinte fundamento: “[...] 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 delitiva. (...) Não há elementos nos autos para que se possa aferir a personalidade do réu. Considerável 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 4 (quatro 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 semiaberto. A pena de multa, levando-se em consideração as mesmas circunstâncias acima descritas, é fixada em 540 dias multas, tornando-a definitiva, cada uma no valor de 1/30 do salário mínimo vigente, em face da condição econômica do réu". Conforme se verifica, a fundamentação da r. sentença ora recorrida, encontra-se escoreita. Isso porque, a fundamentação está em consonância com o entendimento assente do Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual é legítimo o aumento desta com fulcro na natureza e/ou quantidade da substância apreendida, tendo em vista não apenas a maior censurabilidade do tráfico de determinadas substâncias, mas também o disposto no próprio art. 42, da Lei de Tóxicos, o qual prevê expressamente essa possibilidade. É o que orienta o Superior Tribunal de Justiça: "PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DO ENTORPECENTE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. NÃO INCIDÊNCIA. RÉ QUE SE DEDICA À ATIVIDADE CRIMINOSA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESE DISTINTA DA JULGADA NO ARE 666.334/AM. REGIME PRISIONAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MODO FECHADO. PRISÃO DOMICILIAR. PERDA DE OBJETO. MANIFESTA ILEGALIDADE NÃO VERIFICADA. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. (...) 2. Nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado. 3. Hipótese em que a instância antecedente, atenta às diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade e a natureza da droga apreendida – 3 tijolos de cocaína (2.984,10 g) – para estabelecer a sanção básica em 1 ano e 8 meses acima do mínimo legalmente previsto, o que não se mostra desproporcional (...) (STJ – HC 529831 / SP HABEAS CORPUS 2019/0255816– 4 – Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 10/12/2019, DJe 17/12/2019). Assim, não merece reparos a análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do CP e art. 42 da Lei n.º 11.343/06 na fixação da pena base, a qual deve ser mantida em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 540 (quinhentos e quarenta) dias-multa. Em que pese não seja objeto de recurso, necessário mencionar que não há qualquer alteração a ser realizada na segunda fase da dosimetria, eis que ausentes agravantes e atenuantes, permanecendo a pena intermediária em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e ao pagamento de 540 (quinhentos e quarenta) dias-multa. A defesa, ainda, insurge-se 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: "[...] A vida pregressa do Acusado não o recomenda, pois responde a outro processo por tráfico, na 2ª Vara de Tóxicos. Respondeu, ainda, a outro processo por tráfico, na 2ª Vara de Tóxicos, com sentença condenatória transitada em julgado no ano de 2019, não existindo, assim, causa especial de diminuição de pena para ser reconhecida, de forma que não faz jus ao benefício previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de drogas". 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 APREENDIDA. UTILIZAÇÃO PARA O AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. "O mais recente posicionamento de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, em regra, inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem fundamentação idônea apta a respaldar a não aplicação do redutor especial de redução de pena relativa ao reconhecimento da figura privilegiada do crime de tráfico de drogas" (AgRg no HC n. 560.561/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/2/2021, DJe 17/2/2021). 2. Segundo a orientação adotada pela Terceira Seção desta Casa, a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Com efeito, a quantidade e natureza do material tóxico somente poderão justificar o afastamento do benefício de forma supletiva e quando o contexto em que se deu a sua apreensão evidenciar a dedicação à atividade criminosa. 3. Nessa esteira de entendimento, constata-se que as instâncias ordinárias não apresentaram fundamentação válida para afastar a causa especial de redução de pena, razão pela qual se conclui pela incidência da referida minorante. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp n. 2.177.914/AM, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 9/3/2023.) (grifos acrescidos) Ademais, em que pese a fundamentação da magistrada primeva no sentido de que existe ação transitada em julgado, referido processo não foi localizado em pesquisa no sistema PJe e tampouco citado pela sentenciante. Registre-se que, em pesquisa ao sistema PJe, somente foi encontrado o processo tombado sob o n.º 0511684-46.2020.8.05.0001, cujo trânsito se deu em 04.04.2023, isto é, após a prolação do édito condenatório objurgado por meio do recurso em apelo, que se deu em 18.03.2020, o que não é capaz de afastar o benefício do tráfico privilegiado. Nesse contexto, em alinhamento a mais nova a posição dos colegiados de direito penal do Superior Tribunal de Justiça, por ser o agente tecnicamente primário, sem antecedentes e não existir provas no caso concreto de que se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa, é de rigor que seja a ré beneficiada com o tráfico privilegiado. 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, a qual, por sua vez, deve ser fixada na fração intermediária de ½ (metade), dada a diversidade e natureza da droga apreendida – 74,59g (setenta e quatro gramas e cinquenta e nove centigramas) de maconha e 0,63g (sessenta e três centigramas) de cocaína – eis que a apreensão de cocaína e porções de maconha justifica a modulação da fração redutora, porquanto cocaína é entorpecente com elevada nocividade e alto grau de dependência. Dessa forma, considerando que a pena base foi fixada em 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses, ausentes agravantes e atenuantes e presente a causa de diminuição do § 4.º, art. 33 da Lei de Drogas, fixo definitivamente a pena de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão. Guardada a devida proporcionalidade da pena de multa com a pena privativa de liberdade, fixo o pagamento de 270 (duzentos e setenta) dias-multa, a razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Ademais, readequa-se o regime de cumprimento de pena para o aberto, consoante os ditames do art. 33, § 2.º, alínea c do Código Penal, diante do quantitativo de pena aplicada, da primariedade do Recorrente e da favorabilidade do conjunto das circunstâncias judiciais. Outrossim, há de se atentar para a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por sanções restritivas de direitos, sobretudo por conta de o Egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus n.º 97.256/RS, ter declarado, incidentalmente, a inconstitucionalidade da vedação contida no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006. Frise-se que, acolhendo tal linha intelectual, o Superior Tribunal de Justiça vem julgando no mesmo sentido, observe-se: [...] 1. 0 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 alguém 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. Do prequestionamento Por fim, quanto ao pedido de prequestionamento arguido pelas partes, destaco que ao julgador não é imposta a apreciação de todas as normas, artigos e princípios suscitados pelas partes, mas apenas dos motivos que levaram à conclusão fundamentada e objetiva da controvérsia, sobretudo quando a abordagem das matérias propostas trouxeram manifestações implícitas e explícitas sobre as pretensas violações. IV. Dispositivo Ante todo o exposto, CONHECE-SE e DÁ-SE PARCIAL PROVIMENTO ao Apelo interposto para RECONHECER a incidência da minorante do tráfico privilegiado (art. 33, § 4.º da Lei n.º 11.343/2006), redimensionando as penas infligidas ao Apelante, dosando-as definitivamente em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, e 270 (duzentos e setenta) dias-multa, cada um no menor valor legal. Ademais, SUBSTITUI-SE a sanção corporal por duas penas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da execução competente, e, DE OFÍCIO, READEQUA-SE o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade para o aberto, mantendo-se as demais disposições da Sentença meritória. IVONE BESSA RAMOS Desembargadora Relatora