

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8002071-43.2021.8.05.0176

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: VITOR GABRIEL SANTOS COSTA

Advogado (s): WAGNER MELO PEREIRA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

DIREITO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. (ART. 33, CAPUT, LEI Nº 11.343/06). PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. APRESENTAÇÃO DE ALEGAÇÕES FINAIS, PELA ACUSAÇÃO, APÓS O PRAZO. DESACOLHIMENTO. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. MÉRITO. ABSOLVIÇÃO. DESPROVIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTESTES. PROVAS TESTEMUNHAIS SEM CONTRADIÇÕES. DOSIMETRIA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DO § 4º, ART. 33, DA LEI Nº 11.343/06. PROVIMENTO. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM CURSO NÃO ENSEJAM O AFASTAMENTO DA MINORANTE. PRECEDENTES DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. PROVIMENTO. ART. 33, § 2º, C, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. CONCESSÃO DE OFÍCIO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PROVIMENTO. PRECEDENTES. PARECER DA D. PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO CONHECIMENTO E DESPROVIMENTO DO RECURSO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE PARA REDUZIR A PENA, FIXAR O REGIME INICIAL ABERTO, CONCEDER O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE E, EX OFFICIO, SUBSTITUIR A SANÇÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.

1.Trata-se de recurso de apelação proposto por Vitor Gabriel Santos Costa, irresignado com a sentença que o condenou à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, além de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito previsto no art 3333, caput, da Lei n 11.343 43/06.

2-Conforme a denúncia, no dia 17 de outubro de 2021, na Rua do Camamu, cidade de Aratuípe/Ba, o Apelante trazia consigo 01 (uma) porção de

maconha com massa bruta de 2,23 gramas e 51 (cinquenta e uma) trouxinhas de cocaína, pesando 20,86 gramas.

3- Preliminar de nulidade. A defesa requer a nulidade da sentença, argumentando que as alegações finais do Ministério Público foram apresentadas fora do prazo e, por tal motivo, não deveriam ter sido recebidas pelo juízo a quo. Desacolhimento. Mera irregularidade. Não há nulidade sem prejuízo (art. 563 do CPP).

4- Mérito. Pleito absolutório. Desprovimento. Materialidade e autoria delitivas incontestes. Provas testemunhais sem contradições, as quais são robustecidas pelo auto de prisão em flagrante, auto de exibição e apreensão e laudos de exame pericial com resultado positivo para “cocaína” e “maconha”. Ressalte-se que, se os depoimentos dos policiais estão em harmonia com as demais provas dos autos, não há porque destituir-lhes a credibilidade. O só fato de serem policiais não os descredenciam da qualidade de testemunhas, principalmente porque assumem o compromisso de dizer a verdade, como qualquer outro cidadão, sob pena da prática de crime. Este é o entendimento do STJ, que encontra ressonância nesta Turma Criminal.

5- Dosimetria. Pena fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Pedido de aplicação da minorante prevista no § 4º, art. 33, da Lei nº 11.343/06. Provimento. O julgador primevo afastou a minorante em virtude da existência de outra ação penal. Todavia, a jurisprudência mais recente dos Tribunais Superiores é no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso não constituem fundamentos idôneos para afastar o tráfico privilegiado. Aplicação do redutor na fração máxima de 2/3 (dois terços). Sanção redimensionada para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, além 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa à base de um trigésimo do salário-mínimo vigente à época dos fatos.

6- Pedido de fixação do regime inicial aberto. Provimento. Art. 33, § 2º, “c”, do CP. Réu não reincidente. Circunstâncias judiciais favoráveis.

7- De ofício, procedo à substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo juiz da execução penal, pois o Apelante preenche os requisitos previstos no art. 44 e incisos do Código Penal.

8- Concedo o direito de recorrer em liberdade, uma vez que foi fixado o regime inicial aberto e a sanção privativa de liberdade foi substituída por restritivas de direitos. Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça.

9- Parecer da d. Procuradoria de Justiça, subscrito pelo Dr. Wellington César Lima e Silva, opinando pela manutenção integral da sentença.

10- RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE PARA REDUZIR A PENA, FIXAR O REGIME INICIAL ABERTO, CONCEDER O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE E, EX OFFICIO, SUBSTITUIR A SANÇÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8002071-43.2021.8.05.0176, em que figura como Apelante VITOR GABRIEL SANTOS COSTA e como apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores componentes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER do recurso e julgá-lo PARCIALMENTE PROVIDO PARA REDUZIR A PENA, FIXAR O REGIME INICIAL ABERTO, CONCEDER O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE E, EX OFFICIO, SUBSTITUIR A SANÇÃO PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, conforme certidão de julgamento, nos termos do voto condutor.

Sala de Sessões, 2022

(data constante da certidão de julgamento)

DES. ANTONIO CUNHA CAVALCANTI
RELATOR
(assinado eletronicamente)

AC 15

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade
Salvador, 7 de Julho de 2022.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8002071-43.2021.8.05.0176

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: VITOR GABRIEL SANTOS COSTA

Advogado (s): WAGNER MELO PEREIRA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

RELATÓRIO

O ilustre Representante do Ministério Público ofertou denúncia de ID 28291439 – Pág. 1 em face de VITOR GABRIEL SANTOS COSTA, como incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06. A acusatória narra o seguinte:

“Noticiam os autos do inquérito policial de número em epígrafe que, no dia 17 de outubro de 2021, o denunciado, voluntária e conscientemente, na Rua do Camamu, cidade de Aratuípe, Bahia, em desacordo com as determinações legais e regulamentares, possuiu e trouxe consigo 01 (uma) porção de maconha com massa bruta de 2,23 gramas e 51 (cinquenta e uma) trouxinhas cocaína, pesando 20,86 gramas.

Em verdade, apurou-se que, no dia e hora acima descritos, uma guarnição da polícia militar que realizava o policiamento ostensivo, em ronda e previamente informada de que um homem estaria, num cavalo, traficando drogas e portando uma arma de fogo, avistou na Rua do Camamu, Município de Aratuípe, uma pessoa montada num cavalo que, ao visualizar a viatura policial, tentou furtar-se à presença desta autoridade fugindo. Conseguiu, entretanto, a guarnição alcançá-lo e revistá-lo. Neste momento, identificaram os policiais militares que o indivíduo, que era o ora denunciado, possuía e trazia consigo, no bolso de sua bermuda, 51 (cinquenta e uma) trouxinhas de cocaína, 01 (uma) embalagem plástica contendo maconha e R\$ 122,00 (cento e vinte dois reais em dinheiro). Foi, então, pela autoridade policial efetuada a prisão em flagrante do denunciado.”

Auto de prisão em flagrante de ID 28291436 – Pág. 5. Auto de exibição e apreensão de ID 28291436 – Pág. 8. Laudo de exame pericial de ID 28291436 – Pág. 23, com resultados positivos para “cocaína” (tiocianato de cobalto) e “maconha” (cannabis sativa).

Transcorrida a instrução, a d. Juíza da Vara Criminal da Comarca de

Não foi concedido o direito de recorrer em liberdade.

Em contrarrazões de ID 28291554, o Ilustre Representante do Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e total improvimento do recurso.

Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor.

(data constante do sistema)

RELATOR

AC15

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Advogado (s): WAGNER MELO PEREIRA

Advogado (s):

Conheço do recurso, por estarem presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade.

1. DA PRELIMINAR DE NULIDADE

A defesa requer a nulidade da sentença, argumentando que as alegações finais do Ministério Público não deveriam ter sido recebidas pelo juízo a quo, por terem sido intempestivas.

Todavia, a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar qual o prejuízo teria advindo da apresentação das alegações finais a destempo.

Assim, a apresentação extemporânea das alegações finais constitui mera irregularidade, pois não importa em prejuízo ao julgamento da ação e, conforme a regra do art. 563 do CPP, não há nulidade sem prejuízo.

Vejamos decisão com este entendimento:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. ART. 121, § 2º, I e IV, DO CÓDIGO PENAL. INTEMPESTIVIDADE DAS ALEGAÇÕES FINAIS APRESENTADAS APÓS A MANIFESTAÇÃO DA DEFESA. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. PRECLUSÃO. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. EXCESSO DE PRAZO. FEITO COMPLEXO. PLURALIDADE DE RÉUS. LONGAS PENAS COMINADAS. DEMORA INJUSTIFICADA NÃO EVIDENCIADA. PRISÃO PREVENTIVA. FUNDAMENTAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO. 1. A apresentação intempestiva das alegações finais pelo Ministério Público depende, para o reconhecimento de eventual nulidade, da demonstração de prejuízo. Precedentes. 2. (...) 3. (...) 4. (...) 5. Agravo regimental improvido.” (STJ – AgRg no HC: 616306 BA 2020/0255834–2, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 02/03/2021, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/03/2021)

Assim, fica desacolhida a preliminar de nulidade. Passemos ao julgamento do mérito.

2. DO PEDIDO ABSOLUTÓRIO

Não há como absolver o Apelante do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, pois são indubitáveis a materialidade e autoria.

A materialidade está evidenciada nos depoimentos das testemunhas, os quais são robustecidos pelo auto de exibição e apreensão e laudo pericial das amostras com resultado positivo para benzoilmetilecgonina (cocaína) e tetrahydrocannabinol (maconha).

A autoria, por sua vez, está demonstrada nas provas testemunhais colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, conforme os depoimentos constantes do Sistema Pje Mídias.

Foram ouvidos os policiais Gonçalo Souza e Geovan Coelho Vasconcelos, os quais relataram os fatos de forma precisa, convicta e sem inexatidões.

A testemunha Gonçalo Souza informou o seguinte:

“Estava de serviço como comandante de viatura e a guarnição estava fazendo ronda na cidade e, na noite daquele dia, nos deparamos com um jovem montado em um cavalo e anteriormente já havia algumas denúncias de que tinha uma pessoa montada em um cavalo vendendo drogas. Tinha denúncia que ele estava com arma também, mas não foi achada arma de fogo. Ele tentou

evadir, mas conseguimos detê-lo, deitamos ele no chão, fizemos uma busca minuciosa e encontramos dentro da bermuda dele algum material que supostamente seria droga. Então o conduzimos à delegacia juntamente com esse material. Eu estava como o comandante e tinha essa informação, a guarnição toda tinha a informação (referindo-se às denúncias de alguém montado a cavalo vendendo drogas). Ele tentou 'meter o cavalo em cima da gente'. Tivemos que pegar a rédea do cavalo e pegar ele. Conseguimos detê-lo. Encontramos um produto com ele e conduzimos para a delegacia."

A testemunha Geovan Coelho Vasconcelos, policial militar, relatou o que se segue:

"Fomos informados pela central que tinha um cidadão, a cavalo, fazendo o tráfico e dizia que ele estava armado. Estávamos em Nazaré. Ele despontou em uma esquina a cavalo, demos a ordem para ele parar, ele veio para cima, inclusive de mim, minha pessoa. Me afastei, segurei na guia do cavalo. Ele se jogou no chão e ficou deitado. A guarnição entendeu que ele poderia estar armado. Foi feita a abordagem nele e encontrou as substâncias. Eu acho que foi um papelote de maconha e o resto era cocaína. Foi imobilizado e conduzido para Santo Antônio de Jesus. Teve sim uma quantia em dinheiro (...) A informação era de que ele estava traficando. O sargento informou que ele já tinha sido preso. Como o sargento é da cidade, ele conhece. Ele vinha sozinho a cavalo."

A testemunha Fabiana Santos Costa não contribuiu para a elucidação dos fatos, uma vez que não esteve presente no momento da abordagem policial. Ao ser interrogado, o Apelante negou a prática delitiva. Relatou que tinha saído montado a cavalo quando a polícia chegou. Disse que, "quando estava tirando o pé do estribo para descer", os policiais lhe puxaram de forma que caiu e machucou o rosto e o braço. Afirmou que, nesta ocasião, não tinha nenhuma droga em seu poder. Negou integrar organização criminosa. Disse que o local onde foi abordado é próximo a sua residência e não é ponto de traficância. Aduziu que não tem nenhum problema com a polícia, mas que já foi preso anteriormente com uma quantidade de maconha. Todavia, as alegações do Apelante são isoladas das demais provas dos autos. Ressalte-se que os depoimentos das testemunhas servem perfeitamente como prova testemunhal do crime. O só fato de serem policiais não os descredenciam da qualidade de testemunhas, principalmente porque assumem o compromisso de dizer a verdade, como qualquer outro cidadão, sob pena da prática de crime. Este é o entendimento do STJ, que encontra ressonância nesta Turma Criminal. Confira-se:

"APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006). ABSOLVIÇÃO. DEPOIMENTOS POLICIAIS. CREDIBILIDADE E POSSIBILIDADE. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DELITIVAS. PLEITO DE REFORMA DA DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA-BASE. DESCABIMENTO. NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. DESCABIMENTO. APELANTE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL PELO MESMO DELITO. EVIDÊNCIA DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. ENTENDIMENTO DO STJ. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO.

1. Demonstradas de forma inequívoca a autoria e materialidade do crime de tráfico de drogas, insculpido no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, impossível cogitar-se da absolvição da Acusada.

2. Os depoimentos prestados por policiais provêm de agentes públicos no

exercício de suas atribuições. Não podem ser desconsiderados, sobretudo se corroborados pelas demais provas dos autos.

3. O art. 42 da Lei n. 11.343/2006 estabelece que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

(...) (Classe: Apelação, Número do Processo:

0306017-92.2013.8.05.0103, Relator (a): NAGILA MARIA SALES BRITO, Publicado em: 16/07/2021, grifos aditados).

Além disso, não havia razões para que as testemunhas atribuísem falsamente um fato criminoso ao Acusado, no intuito de prejudicá-lo. O próprio Acusado, inclusive, disse que não possuía problema nenhum com a polícia.

Ante todo o exposto, não há dúvidas de que o Apelante praticou conduta prevista no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, pois trazia consigo certa quantidade de substância proscrita, restando improvido o pleito absolutório.

3. DOSIMETRIA

Analisando-se a sentença condenatória, verifica-se que a pena-base foi fixada no mínimo legal.

Na segunda fase, foi reconhecida a atenuante prevista no art. 65, inciso I do Código Penal (ser o agente menor de 21 anos na data do fato), a qual não foi aplicada para evitar a redução da pena aquém do mínimo legal.

Na terceira fase, não houve causas de aumento ou de diminuição de pena, restando a reprimenda definitiva estabilizada em 05 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, além de 500 (quinhentos) dias-multa, à base de um trigésimo do salário-mínimo vigente à época do fato. A defesa insurge-se quanto à não incidência da minorante prevista no § 4º, art. 33, da Lei nº 11.343/06.

Ao afastar o benefício, o julgador primevo realizou a seguinte fundamentação:

“Deixo de aplicar a causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 causa especial de diminuição da pena da Lei nº 11.343/06. Isso porque, de acordo com o descrito no referido artigo, é necessário, dentre outros requisitos, que o réu não se dedique a atividades criminosas. A certidão de ID nº. 177422647 aponta a existência de outra ação penal e um termo circunstanciado de ocorrência em nome do acusado, sendo a outra ação penal decorrente de prisão em flagrante por crime de tráfico de drogas. Ainda, um dos delitos foi cometido durante o gozo de liberdade provisória concedida ao réu. Portanto, as circunstâncias apontam que é escolha de Vitor Gabriel dedicar-se a atividades ilícitas, o que impede o reconhecimento da causa de diminuição de pena. Por fim, importante destacar que o Tribunal de Justiça da Bahia manifestou-se recentemente sobre situação idêntica (TJ-BA – APL: 03010864720158050274, Relator: NAGILA MARIA SALES BRITO, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 15/02/2021), declarando a impossibilidade de reconhecimento do benefício. Em mesmo sentido a jurisprudência consolidada do STJ (HC: 684434 RS 2021/0246015-1, Relator: Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), Data de Julgamento: 28/09/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 05/10/2021, grifos aditados).” (ID 28291521 – Pág.

8).

Todavia, a jurisprudência mais recente dos Tribunais Superiores é no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso não constituem fundamentos idôneos para afastar o tráfico privilegiado. Vejamos decisões neste sentido:

“PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DESINFLUÊNCIA. O Pleno do Supremo, por ocasião do julgamento do recurso extraordinário nº 591.054, de minha relatoria, assentou a neutralidade, na definição dos antecedentes, de inquéritos ou processos em tramitação, considerado o princípio constitucional da não culpabilidade. PENA – CAUSA DE DIMINUIÇÃO – ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 – CONDENAÇÕES NÃO DEFINITIVAS. Não cabe afastar a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas com base em condenações não alcançadas pela preclusão maior.”(HC 166385, Relator (a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 14/04/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-118 DIVULG 12-05-2020 PUBLIC 13-05-2020).

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. NOVEL ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA E SEGUNDA TURMAS DO STF. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE A SER NECESSARIAMENTE OBSERVADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO OU MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO TOLERÂNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. (...).

2. Os requisitos específicos para reconhecimento do tráfico privilegiado estão expressamente previstos no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a saber, que o beneficiário seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa.

3. O tratamento legal conferido ao crime de tráfico de drogas traz peculiaridades a serem observadas nas condenações respectivas; a natureza desse crime de perigo abstrato, que tutela o bem jurídico saúde pública, fez com que o legislador elegeisse dois elementos específicos – necessariamente presentes no quadro jurídico-probatório que cerca aquela prática delituosa, a saber, a natureza e a quantidade das drogas – para utilização obrigatória na primeira fase da dosimetria. 4. No julgamento do RE n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral (Tese n. 712), o STF fixou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes não podem ser utilizadas em duas fases da dosimetria da pena.

5. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp n. n. 1.887.511/SP (DJe de 1º/7/2021), partindo da premissa fixada na Tese n. 712 do STF, uniformizou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria, para modulação da pena-base. 6. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise dos vetores "natureza e quantidade de drogas apreendidas" para etapas posteriores, já que erigidos ao status de circunstâncias judiciais

preponderantes, sem natureza residual.

7. Apenas circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, podem ser utilizadas para modulação da fração de diminuição de pena do tráfico privilegiado, desde que não utilizadas para fixação da pena-base.

8, Inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar o tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral).

9. Configura constrangimento ilegal a presunção de que o agente se dedica a atividades criminosas quando o afastamento do tráfico privilegiado fundou-se na simples existência de inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação criminal definitiva, e na natureza ou quantidade de droga apreendida, especialmente, quando valorada na primeira fase da dosimetria em evidente bis in idem. 10. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no HC 676.516/SC, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 25/10/2021, grifos aditados).

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA BASE. QUANTIDADE DE DROGA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. AÇÕES PENAIS EM CURSO NÃO AFASTAM A INCIDÊNCIA DA MINORANTE. POSICIONAMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O montante da exasperação fica a cargo da discricionariedade vinculada do julgador, porquanto inexistente critério objetivo no Código Penal – CP. Rever tal montante requer o revolvimento fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do habeas corpus. Contudo, no caso dos autos, a natureza e a quantidade de droga apreendida (46,5g de maconha) não evidencia maior reprovabilidade do delito que justifique qualquer incremento na pena base. 2. Consoante precedentes, verifica-se nesta Corte a adesão ao posicionamento advindo do STF, ou seja, a existência de ações penais em andamento não justifica a conclusão de que o sentenciado se dedica às atividades criminosas para fins de obstar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 3. Agravo Regimental no habeas corpus desprovido.” (STJ – AgRg no HC: 712312 PI 2021/0397258-1, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 15/02/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 18/02/2022)

Assim, dou provimento ao pleito de incidência do § 4º, art. 33, da Lei nº 11.343/06.

A fração de aumento deve ser no redutor máximo de 2/3 (dois terços), ante a ausência de fundamentos idôneos para incidir patamar diverso.

Assim, redimensiono a sanção para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, além de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no seu valor mínimo.

4. PLEITO DE FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO

O redimensionamento da pena repercute no seu regime inicial de cumprimento.

Com a redução da reprimenda para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, o regime passou a ser o previsto no art. 33, § 2º, c, do CP, uma vez que o Apelante não é reincidente e as circunstâncias judiciais são favoráveis.

Assim, resta provido o pleito de fixação do regime inicial aberto.

5- SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS

Ex officio, procedo à substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, pois o Apelante preenche os requisitos do art. 44 e incisos do CP.

6- DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE

Ao negar o direito de recorrer em liberdade, o julgador singular considerou o fato de o Apelante responder a outra ação penal anterior por conduta criminosa semelhante, havendo o risco de reiteração delitiva. Todavia, uma vez que houve a alteração para o regime inicial aberto e substituição por sanção restritiva de direitos, concedo o direito de recorrer em liberdade.

Vale colacionar recente decisão do C.STJ a este respeito:

HABEAS CORPUS Nº 731623 – SP (2022/0086776-4) EMENTA HABEAS CORPUS. PENAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO JUÍZO SINGULAR SOBRE A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DAS MEDIDAS CAUTELARES ANTERIORMENTE IMPOSTAS. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO, COM SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. PRISÃO PREVENTIVA. INCOMPATIBILIDADE. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. DECISÃO (...) . De outra parte, não obstante o Magistrado singular tenha mencionado o risco de reiteração delitiva, em razão da suposta prática de novo delito após a prolação da sentença condenatória, convém assinalar que, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, fixado o regime aberto para o inicial cumprimento da reprimenda (bem como substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos), em homenagem ao princípio da razoabilidade, a negativa do apelo em liberdade ou posterior decretação da segregação cautelar constitui constrangimento ilegal. Afinal, o Condenado não pode permanecer preso provisoriamente em regime diverso daquele fixado para o cumprimento da sanção penal. E, por óbvio, o cumprimento de sanção penal no regime mais favorável é incompatível com o cárcere preventivo. Registro que a sentença condenatória transitou em julgado para a Acusação, ou seja, a pena não poderá ser agravada quando da análise do apelo defensivo; além disso, nos autos em que se apura a prática de novo delito, foi concedida a liberdade provisória ao Paciente em 28/10/2021 (fls. 17-18). Com igual conclusão: "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 467.949/SP, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 20/02/2020; sem grifos no original.) "HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA

CONDENATÓRIA. NEGATIVA DO APELO EM LIBERDADE. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO. PRIMARIEDADE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. MINORANTE EM SEU PATAMAR MÁXIMO. CABIMENTO, EM TESE, DE REGIME ABERTO. QUANTIDADE DE DROGAS QUE NÃO DENOTA, POR SI SÓ, A PERICULOSIDADE DO AGENTE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. [...] 3. Sendo cabível, em tese, a fixação do regime prisional aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, em homenagem ao princípio da razoabilidade, a negativa do apelo em liberdade constitui constrangimento ilegal. Afinal, o condenado não pode permanecer preso provisoriamente em regime fechado quando faz jus ao cumprimento da sanção penal em meio aberto. E, por óbvio, o cumprimento de sanção penal no regime mais favorável é incompatível com o cárcere preventivo. 4. Ordem de habeas corpus concedida para revogar a prisão preventiva imposta ao Paciente, assegurando-lhe o direito de apelar em liberdade, se por outro motivo não estiver preso, advertindo-o da necessidade de permanecer no distrito da culpa e atender aos chamamentos judiciais, sem prejuízo de nova decretação de prisão provisória, por fato superveniente a demonstrar a necessidade da medida ou da fixação de medidas cautelares alternativas (art. 319 do Código de Processo Penal), desde que de forma fundamentada." (HC 510.217/SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 13/08/2019, DJe 27/08/2019; sem grifos no original.) Ante o exposto, CONCEDO a ordem de habeas corpus para determinar a incontinenti soltura do Paciente, se por al não estiver preso, assegurando-lhe o direito de apelar em liberdade. Publique-se. Intimem-se. Brasília, 31 de março de 2022. MINISTRA LAURITA VAZ Relatora (STJ - HC: 731623 SP 2022/0086776-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Publicação: DJ 04/04/2022).

Assim, fica concedido o direito de recorrer em liberdade.

7- DO PREQUESTIONAMENTO

Com relação ao pedido de prequestionamento expresso, os dispositivos de ordem pública foram devidamente enfrentados, sendo mero procedimento essencial para alcance das instâncias superiores.

8- CONCLUSÃO

Ante todo o exposto, resta CONHECIDO e PROVIDO EM PARTE o presente recurso de apelação para reduzir a sanção para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, no regime inicial aberto, além de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa à base de um trigésimo do salário-mínimo vigente à época dos fatos, conceder o direito de recorrer em liberdade e, DE OFÍCIO, substituir a sanção privativa de liberdade por duas restritivas de direito a serem fixadas pelo juízo das execuções penais.

Sala de Sessões, 2022

(data constante da certidão de julgamento)

DES. ANTONIO CUNHA CAVALCANTI

RELATOR

(assinado eletronicamente)

AC 15

