

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8147276-46.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: FELIPE SANTOS FONSECA e outros Advogado (s): MARCOS ANTONIO DE CARVALHO TAVARES, ROMARIO DE OLIVEIRA BATISTA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NÃO ACOLHIMENTO. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DELITIVA. PROVA PERICIAL E CREDIBILIDADE DA INCRIMINAÇÃO DOS POLICIAIS. DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. § 4º, DO ART. 33, DA LEI 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAIIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. A materialidade delitiva está comprovada através do auto de prisão em flagrante de Id 39445919, pág. 05, auto de exibição e apreensão de Id 39445919, pág. 13, onde se constata a presença de armas e drogas e do laudo pericial de Id 39445919, pág. 46, cujos termos, frise-se, atestam a natureza proscribida da substância apreendida em poder do apelante. "LAUDO PERICIAL 2021 00 LC 039621-01 – "RESULTADO: Detectada a substância tetrahidrocanabinol (THC) nos materiais analisados um dos princípios ativos do vegetal cannabis sativas L." Também o laudo de exame pericial/ICAP N.º 2021 00 IC 039907-01 da Coordenação de balística forense comprovam as armas apreendidas, todas aptas para uso. 2. A seu turno, a autoria delitiva imputada à denunciada se encontra devidamente comprovada nos elementos probatórios produzidos, principalmente, a partir dos depoimentos das testemunhas arroladas. As testemunhas arroladas pela acusação são policiais que procederam a apreensão das armas e das drogas. Todos eles, perante a autoridade judiciária, trazem a mesma versão de forma harmônica e precisa acerca do ocorrido, bem como da palavra da vítima do crime de cárcere privado. 3. "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" (STJ – REsp: 1977027 PR 2021/0386675-7). Recurso provido em parte. A C Ó R D ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8147276-46.2021.8.05.0001, de Salvador/Ba, em que figura como apelantes FELIPE SANTOS FONSECA e ALAN RABELO CONCEIÇÃO, 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 adiante alinhadas. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 10 de Abril de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8147276-46.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: FELIPE SANTOS FONSECA e outros Advogado (s): MARCOS ANTONIO DE CARVALHO TAVARES, ROMARIO DE OLIVEIRA BATISTA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Apelação Criminal interposta por FELIPE SANTOS FONSECA e ALAN RABELO CONCEIÇÃO, contra a sentença prolatada pelo Juízo da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador, que condenou Alan Rabelo Conceição pela prática do delito prescrito no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 e Felipe Santos Fonseca como incurso no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 c/c § 4º da supracitada lei e ambos no art. 14 da Lei nº 10.826/2003 e art. 148, § 2º do CP na forma do art. 69 do Código Penal. Narra a denúncia que no dia 19 de novembro de 2021, no turno vespertino, na Rua Castro Araújo, local de intenso comércio ilícito de entorpecentes, em Tancredo Neves, Salvador, um grande efetivo de Policiais Militares, de

diversas Unidades, inclusive da CIA PATAM0/BPChoque, realizavam Operação de apoio ao CPRC – Central (Comando do Policiamento Regional da Capital), com fito de coibir o tráfico de drogas e, ao incursionarem na referida via, visualizaram um grupo com aproximadamente 30 (trinta) indivíduos, os quais, ao perceberem a presença das guarnições, efetuaram disparos de arma de fogo contra os Agentes Públicos, havendo revide a injusta agressão. Ato contínuo, os Prepostos do Estado prosseguiram com a incursão e perceberam que dois dos indivíduos integrantes do citado grupo, os ora Denunciados, estavam cada um em posse de uma mochila e fugiam pulando muros e telhados dos imóveis da localidade. Em seguida, os irrogados adentraram em uma residência e restringiram a liberdade pessoal da proprietária, que estava em companhia de 02 (duas) crianças, limitando o direito de locomoção destas, fazendo-as de refém, momento em que a área foi isolada e acionada a equipe do BOPE/PM para a devida intervenção. Emergem também dos autos que os Transgressores infligiram grave sofrimento moral as Vítimas/Reféns, vez que um dos Acusados pegou a dona do imóvel pelo pescoço, informou que estavam armados e fugindo da Polícia, bem como ordenaram que esta ligasse o celular para fazer uma live com amigos e parentes, bem como ligasse para alguns jornais (veículos de imprensa). Os Ofensores, durante a transmissão ao vivo feita por meio das redes sociais (live), disseram que matariam a Vítima maior de idade, caso a Polícia invadisse a casa, e todos estariam vendo o ataque a vida desta ao vivo por meio da live. Dando continuidade a diligência, a equipe especializada do BOPE/PM negociou com os Denunciados, durante 03 (três) horas, e, após, estes se renderam, deixando as armas de fogo, além dos demais objetos, que traziam consigo, no imóvel; e saíram da morada, conduzindo as Vítimas/Reféns a frente como proteção, momento em que os Transgressores foram abordados, dada a voz de prisão e as Vítimas liberadas. Posteriormente, os Policiais Militares realizaram revista pessoal nos Indiciados, bem como busca no imóvel referido sendo encontradas, em seu interior, 02 (duas) armas de fogo, tipo pistola, carregadores e munições. Ademais, durante a varredura na laje da residência, as mochilas dispensadas pelos Transgressores foram confiscadas, sendo encontradas em uma delas 46 (quarenta e seis) porções de maconha e 01 (um) saco com aproximadamente 01 (um) kg da mesma erva; e na outra 04 (quatro) tabletes da citada substância entorpecente e vários materiais para acondicionamento de drogas. Assim ocorreu a apreensão de 3.959,73g (três mil, novecentos e cinquenta e nove gramas e setenta e três centigramas) de cannabis sativa, vulgarmente conhecida como maconha, distribuídas em 54 (cinquenta e quatro) porções em tamanhos variados, sendo 47 (quarenta e sete) de aspecto fragmentada, embaladas em plástico incolor; 04 (quatro) de aspecto compactada, envoltas em plástico incolor revestida por fita marrom e incolor; 02 (duas) de aspecto fragmentada, contidas em sacolas plásticas, na cor preta; e 01 (uma) de aspecto fragmentada/compactada, acondicionada em um recipiente de vidro incolor; para fins de comércio, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, à luz do auto de exibição e apreensão, certidão de ocorrência e laudo pericial toxicológico, todos jungidos ao feito. Outrossim, houve confisco de 02 (duas) armas de fogo, tipo pistola, sendo uma da marca Glock, calibre .380, numeração CMA557, com carregador e 15 (quinze) munições intactas; e a outra da marca AZTK (mexicana), calibre 9mm, numeração C44TY, com carregador e 09 (nove) munições intactas; adquiridas pelos Acusados, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, além de vários materiais para acondicionamento de estupefacientes; à luz do auto de exibição e apreensão

e certidão de ocorrência, todos jungidos ao feito. O ofensor Alan, perante a Autoridade Policial, assumiu a autoria delituosa com riqueza de detalhes, declarando ser proprietário dos entorpecentes apreendidos, os quais pretendia comercializar, e ter adquirido a arma de fogo, tipo pistola, marca AZTK (mexicana), calibre 9mm, numeração C44TY, pelo valor de R\$5.000 (cinco mil reais) no site OLX. Por fim, declarou integrar a facção Comando Vermelho – CV e ter sido preso por tráfico de drogas, em 2019. O transgressor Felipe, em suas declarações, confirmou as imputações que lhe são atribuídas, declarando ser o proprietário da arma de fogo, tipo pistola, marca Glock, calibre .380, numeração CMA557, com carregador e 15 (quinze) munições intactas; ser integrante da facção Comando Vermelho – CV e apontou o acusado Alan como proprietário dos estupefacientes apreendidos. Imperioso destacar que o increpado Alan possui personalidade voltada a criminalidade, vez que possui ação penal em seu desfavor junto a 1ª Vara de Tóxicos de Salvador (proc. nº 0500774–57.2020.8.05.0001) pelo mesmo tipo penal em análise, conforme pesquisa ao sistema e-SAJ/TJBA; e, assim, demonstra, com clareza solar, periculosidade em concreto e dedicar-se a atividades ilícitas. Recebida a denúncia, realizou-se a instrução processual, culminando com a condenação de Alan Rabelo Conceição a uma pena total de 09 (nove) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, em regime fechado, bem como o pagamento de 529 (quinhentos e vinte e nove) dias-multa, e, para Felipe Santos Fonseca fixou a pena em 05 (cinco) anos, 11 (onze) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, além do pagamento de 217 (duzentos e dezessete) dias-multa. Inconformado com a r. sentença, os réus interpuseram Apelação (Id 39446074), requerendo a reforma da sentença, a fim de que sejam absolvidos com base no art. 386, inciso V do CPP, aliando-se ainda em seu favor o princípio, in dubio pro reo, bem como seja reconhecida em favor do apelante Alan Rabelo Conceição o benefício do § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06 e a suspensão condicional da pena. Em suas contrarrazões, o membro do Ministério Público, no Id 29376213, pugnou pelo desprovimento do apelo interposto, mantendo-se, por seus próprios fundamentos, a sentença recorrida. A d. Procuradoria de Justiça, no Parecer contido no Id 41254533, pronunciou-se pelo improvimento do recurso. Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. Salvador/BA, 24 de março de 2023. 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. 8147276–46.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: FELIPE SANTOS FONSECA e outros Advogado (s): MARCOS ANTONIO DE CARVALHO TAVARES, ROMARIO DE OLIVEIRA BATISTA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Ante o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso ora interposto. DA MATERIALIDADE E AUTORIA DO DELITO. O pedido de absolvição apresentado no recurso de apelação interposto pela ré, data vênua, não merece albergamento. A materialidade delitiva está comprovada através do auto de prisão em flagrante de Id 39445919, pág. 05, auto de exibição e apreensão de Id 39445919, pág. 13, onde se constata a presença de armas e drogas e do laudo pericial de Id 39445919, pág. 46, cujos termos, frise-se, atestam a natureza proscriita da substância apreendida em poder do apelante. A situação em que se deu a prisão é flagrancial. O Laudo pericial definitivo de Id 39445919, pág. 46, comprova a ilegalidade da substância. Confira-se: “LAUDO PERICIAL 2021 00 LC 039621–01 – “RESULTADO: Detectada a substância tethahidrocanabinol (THC) nos materiais analisados

um dos princípios ativos do vegetal cannabis sativas L.” Também o laudo de exame pericial/ICAP N.º 2021 00 IC 039907-01 da Coordenação de balística forense comprovam as armas apreendidas, todas aptas para uso. A seu turno, a autoria delitiva imputada à denunciada se encontra devidamente comprovada nos elementos probatórios produzidos, principalmente, a partir dos depoimentos das testemunhas arroladas. As testemunhas arroladas pela acusação são policiais que procederam a apreensão das armas e das drogas. Todos eles, perante a autoridade judiciária, trazem a mesma versão de forma harmônica e precisa acerca do ocorrido, bem como da palavra da vítima do crime de cárcere privado. Confira-se: “[...] . Se recorda dos fatos descritos na denúncia; que consegue visualizar os dois acusados presentes na audiência; que participou da diligência no grupo tático; que receberam a ocorrência como dois elementos fazendo uma senhora de refém em uma residência no bairro de Tancredo Neves; que ao chegarem no local os acusados estavam pulando de telhado em telhado até conseguirem adentrar em uma residência e fazendo a vítima de refém; que não sabe precisar há quanto tempo esses acusados estavam fazendo esse cárcere privado mas foi em torno de 1h e pouca; que o negociador acompanhou a ocorrência e manteve contato com os indivíduos enquanto o depoente ficou aguardando que os acusados se rendessem; que acredita que a negociação durou em torno de 1h e meia; que na condução em que o depoente estava, estava ouvindo apenas agressão verbal; que o negociador conseguiu fazer com que os acusados saíssem da residência deixando as armas no local; que confirma ter sido os acusados presentes na audiência as pessoas abordadas neste dia; que participou das buscas pessoais nos acusados; que durante nesta busca pessoal com os acusados não foi encontrado nada, pois o negociador pediu para que os acusados deixassem as armas no imóvel; que no imóvel foram encontradas as armas com munições e estavam em perfeito estado; que as armas apreendidas eram um Glock e outra arma de outra marca mexicana, salvo engano calibre 9mm; que além das armas foram apreendidas duas mochilas; que foi constatado na delegacia que a outra guarnição apresentou a mochilas com as drogas; que a vítima foi ouvida e informou que conhecia os acusados, mas que não havia aproximação com os mesmos; que a vítima confirmou que estava sendo ameaçada; que somente um refém foi retirada da residência, e que esse refém era uma mulher; que não foi questionado pela guarnição do depoente se os acusados faziam parte de organização criminosa. as mochilas foram encontradas por outra guarnição; que não ocorreu disparos de arma de fogo dentro da residência, mas que ocorreu violência verbal; que o depoente não chegou a conversar com a vítima”. (TEN PM Jorge Eduardo de Jesus Silva, sistema PJe Mídias). “[...] se recorda dos fatos descritos na denúncia; que participou do segundo momento da diligencia; que a BOPE chega quando já está instaurada a crise no local; que no momento do acionamento o depoente estava na base de serviço pronto para situações parecidas como essa, quando foram acionados pelo comandante para solucionar uma crise em que dois indivíduos faziam uma moradora de refém no bairro de Tancredo Neves; que quando o BOPE chegou já havia um tempo em que os fatos estavam ocorrendo; que o BOPE acompanhou inicialmente os fatos ocorrendo por uma LIVE feita em rede social; que o depoente também tomou conhecimento dos fatos pelos jornais da capital baiana que estavam fazendo cobertura dos fatos; que a missão do depoente no dia era chefiar a equipe tática, caso houvesse uma necessidade de intervenção no local em que a moradora estava sendo feita de refém para preservar a segurança da mesma; que houve alguns contatos entre o Major Luiz Henrique era o negociador, com os acusados para que os mesmos

pudessem se entregar; que os indivíduos estavam muito violentos, desde a visualização do depoente na live na rede social; que os indivíduos ameaçavam a todo momento a tentar contra a vida da vítima; que consegue visualizar os acusados, e confirma com certeza ter sido eles os indivíduos abordados neste dia; que os acusados estavam oferecendo propostas incabíveis, como saírem com armas em punho e por esses fatores, a negociação demorou um pouco; que o major solicitou que os acusados deixassem as armas dentro do imóvel; que depois de um tempo os acusados se renderam e deixaram as armas dentro do imóvel, mas ainda com a refém na frente deles; que havia um atirador de frente ao imóvel e informou a guarnição que os acusados estavam colocando a refém na frente deles o tempo todo, colocando a vida da refém em perigo; que essa situação do momento da participação do BOPE com a libertação da refém durou cerca de 40 minutos há 1 hora; que o depoente participou diretamente da busca no imóvel; que durante a busca no imóvel apreenderam dentro do imóvel duas armas, e uma dessas foi o depoente quem encontrou; que a arma que o depoente encontrou estava debaixo do sofá, enquanto a outra arma estava na laje; que além dessas armas, foram encontradas substâncias ilícitas identificadas como drogas, além de embalagem para acondicionar drogas; que as drogas apreenderam eram maconha e estavam em quantidade relevante; que as drogas estavam nas mochilas; que as mochilas estavam na parte superior do imóvel; que o telhado da casa da vítima estava quebrado e a vítima estava em completo desespero com bastante medo; que a informação que o depoente teve foi que os acusados acessaram o imóvel da vítima pelo telhado; que o BOPE não fez interlocuções a vítima, pois não era a missão da guarnição; que a vítima estava em prantos chorando e foi acionada a viatura da SAMU para ajudar a conter a vítima que estava emocionalmente abalada. além de pedirem para saírem armados, um dos acusados exigiu que a mãe dele estivesse presente no local; que salvo engano a mãe de um dos acusados se aproximou para que o acusado a visualizasse; que foram os policiais do depoente quem encontraram as drogas enquanto o depoente encontrou uma das armas apreendidas; que os policiais informaram ao depoente que haviam encontrado drogas; que ainda enquanto os acusados estavam na casa da refém o depoente não visualizou violência física e disparo de arma de fogo, apenas violências verbal; que não houve policial ferido na diligência; que a vítima se encontrava com grande abalo emocional decorrente da situação; que os dois indivíduos estavam feridos por conta de arranhões e escoriações em que o depoente imagina que tenha sido pelas diversas tentativas de fugas dos acusados pelos telhados.” (CAP PM Claudijan Silva dos Anjos, testemunha de acusação, sistema PJe Mídias). Ainda a vítima do crime de cárcere privado declarou que: “(...) se recorda que estava em casa quando ouviu um barulho dentro de sua casa e foi verificar; que quando foi verificar visualizou alguns policiais e voltou para dentro de sua casa; que quando foi verificar notou que havia dois rapazes dentro de sua casa que informaram a declarante que não iriam fazer nada com a mesma; que esses dois rapazes colocaram a arma em sua cabeça e a mesma ficou como refém; que os rapazes informaram a testemunha que não iriam fazer nada com a mesma, apenas queriam sair vivos; que os acusados não fizeram nenhuma exigência; que a declarante pediu aos acusados para não adentrarem dentro da sua casa.” (Pje Mídias) Tem-se que os policiais militares que encontraram os entorpecentes realizaram a prisão em flagrante dos acusados, após empreenderem fuga e adentrarem numa casa e fazem de seus moradores refém, em cárcere privado, dando detalhes da operação que culminou na apreensão das armas e das drogas em poder do

Apelante, conforme os depoimentos acima. Na hipótese, entendo que os depoimentos realizados pelos policiais que encontraram as substâncias ilícitas e as armas, servem perfeitamente como prova testemunhal dos crimes, sendo dotados 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. Segundo a Jurisprudência, é válido o testemunho prestado por agente policial, não contraditado nem desqualificado, na medida em que provém de agente público no exercício de suas funções e não destoa do conjunto probatório. Além do mais, conforme bem pontuou o magistrado a quo "...em que pese a alegação do réu de desconhecimento do que havia no interior da sacola, entrou em contradição quando afirmou posteriormente que 'fez por precisão, mas não imaginava que teria aquela quantidade de droga'. Ademais, sabia que quem lhe deu a incumbência tem envolvimento com o tráfico, não sendo crível que o acusado não suspeitasse do conteúdo da sacola. Desse modo, não restaram dúvidas de que o acusado tinha plena consciência de sua conduta, e tanto se faz verídica essa afirmativa que em Juízo se esquivou em revelar o nome de quem lhe contratou, por medo de represália." Saliente-se que a prova do crime de tráfico de drogas não necessita ser direta, mas deve ser firmada quando os indícios e presunções, analisados sem preconceito, formam um todo harmônico e demonstram a distribuição comercial do entorpecente. Não é demais lembrar que, nos crimes de tráfico, não há que se esperar a concretização do ato de venda para que o crime se consume, porque estamos à frente de um delito de ação múltipla. A rigor, é desnecessária a visualização da mercancia pelos policiais, basta observar o tipo penal do art. 33 da Lei Federal nº 11.343/06, para verificar que o núcleo do tipo abarca muitas condutas, de modo que a só realização de uma das ações previstas no caput do aludido artigo já seria suficiente para comportar a condenação: "Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar." Verifica-se que os depoimentos das testemunhas arroladas pelo Ministério Público afiguram-se coerentes com os demais elementos probatórios colacionados aos autos, apontando que o ora apelante praticou os delitos previstos no art. 33, caput, da nº Lei 11.343/2006 sendo inviável o pleito de absolvição do ilícito. Da mesma forma com relação aos crimes de porte de ilegal de armas e do cárcere provados. No ímpeto de fugir com as armas e as drogas, os acusados adentraram a casa da vítima, cujo depoimento atesta a versão da acusação, e, lá, as ameaçaram utilizando-as como refém. Assim, meridianamente claro pelo raciocínio lógico aqui desenvolvido, que a absolvição requerida na apelação dos recorrentes não merece amparo ante os elementos de prova trazidos aos autos. Houve, assim, material probandi apto à condenação dos acusados, restando a autoria e a materialidade da prática dos crimes de tráfico de drogas, porte ilegal de armas e cárcere privado, não podendo ser acolhido o pleito de absolvição de ambos os apelantes. DA DOSIMETRIA.

DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. § 4º, DO ART. 33, DA LEI 11.343/06. Pretende o apelante Alan rabelo Conceição a aplicação do benefício insculpido no § 4º, do art. 33 da Lei 10.343/06, sob o fundamento de que não existem condenações com trânsito em julgado contra ela apta a afastar o benefício na norma em referência. De fato, ao verificar o referido apelante possui ação penal de n.º 0500774-57.2020.8.05.0001 em curso, porém ainda sem sentença condenatória, não servindo como medida para o afastamento do tráfico privilegiado. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça julgou o mérito dos Recursos Especiais nºs 1.977.027/PR e 1.977.180/PR, paradigmas da controvérsia repetitiva descrita no Tema 1139, cuja tese foi firmada nos seguintes termos: "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." Confira a ementa: 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: 1977027 PR 2021/0386675-7, Data de Julgamento: 10/08/2022, S3 – TERCEIRA SEÇÃO, Data de Publicação: DJe 18/08/2022) Nessa senda, merece reforma, assim, a sentença, devendo ser aplicada para com o apelante Alan Rabelo Conceição o benefício de lei. Assim, considerando que a pena definitiva para o crime de tráfico de drogas foi fixada em 5 (cinco) anos e 2 (dois) meses, em razão da aplicação da atenuante da confissão espontânea, reconhecida e declarada na sentença, tem-se que, com a aplicação do benefício do tráfico privilegiado, prescrito no art. 33, § 4º da lei 11.343/06, na fração de 1/6, chega-se ao total de 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 20 (vinte) dias, mantendo-se as demais penas pelos crimes de porte de armas e carcere privado nos termos da sentença ora impugnada, totalizando 8 (oito) anos e 5 (cinco) meses e 20 (vinte) dias de reclusão em regime fechado. DA SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA Com relação à pretensão de suspensão condicional da pena, não merece acolhimento o pedido formulado pelo apelante. O mencionado Instituto beneficia o condenado à pena que não seja superior a 2 anos, com a suspensão da mesma por até 4 anos, desde que cumpridas as condições estabelecidas pelo juiz. Prescreve o art. 77 do Código Penal: Art. 77 – A execução da pena privativa de liberdade, não superior a 2 (dois) anos, poderá ser suspensa, por 2 (dois) a 4 (quatro) anos, desde que: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) I – o condenado não seja reincidente em crime doloso; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) II – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias autorizem a concessão do benefício; (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) III – Não seja indicada ou cabível a substituição prevista no art. 44 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 1º – A condenação anterior a pena de multa não impede a concessão do benefício. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984) § 2º – A execução da pena privativa de liberdade, não superior a quatro anos, poderá ser suspensa, por quatro a seis anos, desde que o condenado seja maior de setenta anos de idade, ou razões de saúde justifiquem a suspensão. (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998) Para receber o benefício, a lei estabelece a pena não seja superior a 2 anos, o que não ocorre no presente caso. Ante o exposto, DOU PARCIAL PROVIMENTO ao recurso interposto, para conceder, tão somente, ao apelante Alan Rabelo Conceição, o benefício insculpido no art. 33, § 4º da Lei 11.343/06, na fração de 1/6 reduzindo a pena por tráfico de drogas para 4 (quatro) anos, 3 (três) meses e 20 (vinte) dias que, somando com as demais condenações totalizará 8 (oito) anos e 5 (cinco) meses e 20 (vinte) dias de reclusão em regime fechado, mantendo a sentença inalterada em seus demais termos, inclusive para com o apelante Felipe Santos Fonseca. Salvador, de de 2023. DES. CARLOS ROBERTO SANTOS ARAÚJO RELATOR