

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0705750-89.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. RECORRENTE SENTENCIADO PELO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/2006), À PENA DEFINITIVA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, ALÉM DO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS- MULTA. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS. PROVA ORAL CONVERGENTE COM OS FATOS INSERTOS NA DENÚNCIA. ACUSADO QUE TRAZIA CONSIGO 25 (VINTE E CINCO) PEDRAS DE CRACK E 30 (TRINTA) PINOS DE COCAÍNA, ACONDICIONADOS NOS MOLDES TRADICIONAIS PARA A VENDA. DESTINAÇÃO COMERCIAL COMPROVADA NOS AUTOS. LOCAL E CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO QUE APONTAM PARA A TRAFICÂNCIA. CONDIÇÃO DE USUÁRIO E TRAFICANTE QUE NEM SEMPRE SÃO AUTOEXCLUDENTES, POIS É MUITO COMUM QUE DEPENDENTES, ALÉM DE CONSUMIREM DROGAS, TAMBÉM AS COMERCIALIZEM. PLEITOS DE RETIFICAÇÃO DA DOSIMETRIA DA REPRIMENDA, SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS E CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. ACOLHIMENTO. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. INCIDÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, I, DA CARTULA REPRESSORA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 231 DO STJ. JURISPRUDÊNCIA E DOUTRINA ABALIZADAS NO SENTIDO DE SER INCABÍVEL O AFASTAMENTO DO REFERIDO ENUNCIADO SUMULAR. PRECEDENTES DO STJ. AUSENTES CAUSAS DE AUMENTO DE PENA. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO QUE SE IMPÕE, PORQUANTO A SENTENÇA GUERREADA SE BASEOU NO FATO DE O RÉU RESPONDER A OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO. ENTENDIMENTO SUPERADO DIANTE DO JULGAMENTO DOS RESP NS. 1.977.027/PR E 1.977.180/PR, REALIZADO EM 10.08.2022, SOB O RITO DOS RECURSOS ESPECIAIS REPETITIVOS. ADOÇÃO DA TESE DE QUE É “VEDADA A UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENALIS EM CURSO PARA IMPEDIR A APLICAÇÃO DA REFERIDA BENESSE”. UTILIZAÇÃO DO PERCENTUAL DE 1/6 (UM SEXTO), CONSIDERANDO A NATUREZA DO ENTORPECENTE APREENDIDO. ELEVADO PODER NOCIVO DA COCAÍNA, QUE SE ENCONTRAVA FRACIONADA EM PÓ E NA FORMA DE CRACK. REPRIMENDA FIXADA NO QUANTUM DE 04 (QUATRO) ANOS E 02 (DOIS) MESES DE RECLUSÃO. DETRAÇÃO REALIZADA POR IMPLICAR PROGRESSÃO DO REGIME PRISIONAL. PENA DEFINITIVA DE 03 (TRÊS) ANOS E 09 (NOVE) MESES DE RECLUSÃO. REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA SANÇÃO CORPORAL POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRISÃO PREVENTIVA INCOMPATÍVEL COM A FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL ABERTO. PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA PELO PROVIMENTO PARCIAL DO APELO. RECURSO CONHECIDO E, PARCIALMENTE, PROVIDO. ACORDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n. 0705750-89.2021.8.05.0001, em que figuram, como Apelante, , e, Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em CONHECER DO APELO e, no mérito, DAR-LHE PROVIMENTO PARCIAL, nos termos do voto do Relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 19 de Junho de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma . Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0705750-89.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto por , através de advogado regularmente constituído, em face da sentença prolatada nos autos

de n. 0705750-89.2021.8.05.0001, pelo MM. Juízo de Direito da 3ª Vara de Tóxicos desta capital, que o condenou por infração descrita no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (tráfico de drogas), à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato delituoso. Emerge da peça incoativa que Policiais Militares, lotados na 3º CIPM, abordo da VTR de Nº 90320, no dia 18.06.2021, por volta das 21h00, nas imediações da Rua Celina Nogueira, Águas Claras, Salvador/BA, foram informados por populares acerca da existência de um indivíduo de blusão branco, comercializando entorpecentes na região. Em função da informação recebida, os militares seguiram realizando ronda ostensiva no local, tendo identificado o indivíduo como sendo , o qual estava em uma via pública e, ao visualizar a Guarnição Policial, tentou evadir, mas foi alcançado pelos milicianos. Na abordagem, o denunciado estava portando 25 (vinte e cinco) pedras de crack e 30 (trinta) pinos de cocaína acondicionados nos moldes tradicionais para a venda, conforme assevera o auto de exibição e apreensão adunado aos folios. O Apelante, então, foi denunciado pela prática do crime de tráfico de drogas, capitulado no art. 33 da Lei nº 11.343/2006 (ID n. 34749411). Inquérito Policial de n. 077 adunado ao encarte processual (ID n. 34749412). Laudos periciais (IDs ns. 34749412 e 34749422). Recebimento da denúncia em 03.08.2021 (ID n. 34749427). Ultimada a instrução criminal, sobreveio a sentença que, julgando procedente a vestibular acusatória, condenou o Recorrente pelo crime e à reprimenda acima expostos. Irresignado com o desfecho processual, o Acusado interpôs a presente Apelação, pretendendo, por meio das razões recursais (ID n. 34749467), a sua absolvição, porquanto frágeis e inconsistentes as provas relativas à autoria. Subsidiariamente, sustenta a inexistência de elementos que demonstrem a destinação mercantil dos entorpecentes, até porque estes se destinavam ao seu consumo, daí pugnar pela desclassificação para o delito de posse para uso próprio. Ademais, pretende a retificação da dosimetria da pena, a fim de que a sanção basilar seja fixada no mínimo legal; a aplicação do tráfico privilegiado em seu redutor máximo; alteração do regime de cumprimento da reprimenda; a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e, por fim, a revogação da preventiva e, consequentemente, o direito de recorrer em liberdade. Em suas contrarrazões (ID n. 34749521), o Parquet atuante no 1º Grau manifestou-se pela manutenção, in totum, da sentença guerreada. Subindo os folios a esta Instância, opinou a douta Procuradoria de Justiça pelo provimento parcial do Apelo (ID n. 44125311). Examinados os autos e lançado este Relatório, submeto-os à apreciação do eminente Desembargador Revisor. Eis o relatório. Salvador/BA, data registrada no sistema. Des. - 2ª Câmara Crime- 1ª Turma. Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA. Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0705750-89.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal- 1ª Turma. APELANTE: Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Preenchidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade e não havendo questões preliminares, passo à análise do mérito recursal. Cuida-se de recurso de Apelação interposto por , postulando a reforma da sentença no sentido de absolvê-lo do crime descrito na denúncia e, subsidiariamente, a desqualificação do delito de tráfico para uso próprio (art. 28 da Lei Antidrogas), bem como o redimensionamento da sanção corporal, a aplicação do tráfico privilegiado e, consequentemente, lhe seja concedido o direito

de recorrer em liberdade, uma vez fixado o regime aberto e revogada a custódia cautelar. 1. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO DO TIPO PENAL DO TRÁFICO DE DROGAS PARA A POSSE DESTINADA AO CONSUMO PESSOAL. O Recorrente alega a insuficiência de provas para ensejar o desfecho condenatório, visto não haver comprovação da traficância, se destinando os entorpecentes apreendidos ao consumo próprio. A tese defensiva, no entanto, desmerece acolhimento, na medida em que o acervo probatório constante dos folios não corrobora com a assertiva do Apelante, ao revés, demonstra a tipicidade de sua conduta, posto que o auto de prisão em flagrante, o auto de exibição e apreensão, o laudo de constatação provisório, todos acostados ao ID n. 34749412, como também o laudo pericial definitivo (ID n. 34749422), comprovando que a substância apreendida era a benzoilmetilecgonina (cocaína), relacionada na lista F-1 da Portaria n. 344/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária/ Ministério da Saúde, de uso proscrito no Brasil, testificam a materialidade delitiva. Quanto a autoria, esta, também, ressoa inequívoca, diante dos depoimentos prestados pelos policiais que efeturaram a prisão do Réu, tanto na etapa inquisitorial como judicialmente, este último colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, conforme se extrai dos transcritos abaixo: “ [...] que reconhece o acusado e participou de sua prisão; Que estava em ronda na Rua Celica Nogueira, localidade já conhecida pela venda de entorpecentes, quando um morador indicou um beco, onde estava acontecendo venda de drogas, passando as características do jovem; Que foram até o local e visualizaram o acusado que tentou evadir, porém foi alcançado e na busca pessoal encontrada a droga com o mesmo (...); que a droga estava no bolso do blusão; que era crack e pinos com cocaína fracionados em pequenas porções [...]”(Depoimento, em Juízo, do Sr. , policial militar arrolado na denúncia, extraído da sentença- ID n. 34749463). “ [...] que se recorda da diligência; que foram informados por transeuntes que havia um indivíduo com capote branco, na rua citada, praticando tráfico de drogas; que fizeram ronda ostensiva e avistaram o acusado que tentou fugir, contudo foi capturado e na busca pessoal encontrado os entorpecentes [...]”(Depoimento, em Juízo, do Sr. , policial militar arrolado na denúncia, extraído da sentença- ID n. 34749463). “ [...] que reconhece o acusado e participou de sua prisão; que estava em ronda na localidade, onde é forte o tráfico e homens armados, quando um morador informou que tinha um indivíduo com casaco branco traficando; que fizeram a ronda no local, momento em que o acusado se deparou com a viatura, tentou fugir, mas foi alcançado e na busca pessoal encontraram a droga, cocaína, pó e pedra [...]”(Depoimento, em Juízo, do Sr. , policial militar arrolado na denúncia, extraído da sentença - ID n. 34749463). Convém observar que os depoimentos acima narrados foram harmônicos e convergentes no sentido de confirmarem a apreensão dos entorpecentes apreendidos e a participação efetiva do Apelante no fato criminoso que lhe foi imputado. Em verdade, nada existe nos autos que possa desabonar os depoimentos dos servidores públicos, pois estes não demonstraram ter qualquer interesse em incriminar falsamente o Acusado, ao contrário, prestaram esclarecimento ao Juízo acerca dos fatos que presenciaram e resultaram na prisão, em flagrante, daquele. Além do mais, milita em favor dos testemunhos dos policiais a presunção legal de veracidade, de modo que as suas assertivas, seja na fase inquisitorial ou judicial, afiguram-se válidas a fundamentar um juízo condenatório. É o que se extrai do excerto abaixo: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE VERIFICADAS.

DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. VALIDADE DA PROVA. 1. A Corte de origem asseverou que os depoimentos prestados pelos agentes da lei, tanto em solo policial quanto em Juízo, restaram coerentes e verossímeis, no sentido de que tiveram notícia da prática de tráfico de drogas no bairro Tamandaré, já conhecido nos meios policiais como ponto de venda de entorpecentes,"tendo o denunciante, ainda, fornecido uma descrição das vestimentas dos criminosos e que ambos eram jovens, bem como indicado o local onde os narcóticos eram acondicionados". 2. Ademais," Diego teria dispensado quatro porções de maconha quando percebeu a chegada da Polícia Militar "e que" O restante das drogas estava escondido em um barranco, onde foram encontradas, no meio do mato, 21 porções de maconha embaladas de forma análoga àquela atribuída a Diego ". 3. Com efeito," o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova "(AgRg no HC 672.359/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, DJe 28/6/2021). 4. Ademais, adotar-se conclusão diversa daquela trazida pelo Tribunal de origem demandaria necessário revolvimento fático-probatório, providência incompatível com a estreiteza procedimental do writ. 5. Agravo improvido (AgRg no HC n. 751.416/SP, relator Ministro (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 25/11/2022)– grifos aditados. De outro vértice, para afastar o poder de convencimento dos agentes de segurança, cabia a defesa trazer, ao acerto jurisdicional, provas convincentes de que eles estivessem mentindo ou faltando com a verdade, ônus do qual não se desincumbiu. Neste sentido, a orientação doutrinária:" Ônus da prova (onus probandi) é a faculdade de que tem a parte de demonstrar no processo a real ocorrência de um fato que alegou em seu interesse. Dispõe a lei que a prova da alegação incumbe a quem a fizer, princípio que decorre inclusive na paridade de tratamento das partes. (...) Por outro lado, se o acusado prefere oferecer a sua versão dos fatos, esta, a autodefesa ativa, se submeterá ao exame de sua pertinência e validade probatórias, em confronto com os demais elementos de convicção constantes dos autos." (, Curso de Processo Penal, Belo Horizonte: Del Rey, 2002. p. 302)– grifos aditados. E a jurisprudência não destoia: "Em decorrência da demonstração do fato e da autoria pela prova da acusação, presume-se ipso facto o dolo, cabendo ao imputado demonstrar sua ausência. Impõe-se ao acionado o ônus de provar os fatos extintivos, impeditivos e modificativos que interferem na relação jurídico-penal." (RT 649/302). Portanto, acertadamente as informações colhidas dos agentes públicos, agregadas a outros elementos probatórios, foram valoradas para a formação do convencimento judicial, mormente porque a Defesa não apresentou qualquer prova hábil e concreta para invalidar os testemunhos prestados, ainda mais considerando que, em crimes como o de tráfico, normalmente, o modus operandi se faz às ocultas e apenas as autoridades policiais tomam conhecimento direto dos fatos. Nessa senda, acresça-se que a versão apresentada pelo Recorrente, quando de sua oitiva em juízo, sem quaisquer elementos de convicção e divorciada, em todos os seus termos, dos demais aspectos da dinâmica dos acontecimentos, não se afigura bastante a elidir a credibilidade dos testemunhos prestados pelos agentes da lei, cujas declarações são firmes e coerentes, conforme verificado acima. Outrossim, sabe-se que o delito de tráfico é imputado não somente àquele que comercializa de fato a droga, mas sim, a qualquer pessoa que, de algum modo, pratica uma das 18 (dezoito) condutas previstas no art. 12, caput, da Lei nº 6.368/1976 e pelo art. 33, caput, da Lei nº

11.343/2006, dentre estas "trazer consigo " as substâncias entorpecentes, justamente a ação na qual foi flagrado o ora Apelante, sendo despicienda a comprovação da mercância. Deve-se atentar, ainda, a quantidade, a natureza das drogas, o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa, as peculiaridades da prisão, a conduta, a qualificação e os antecedentes do agente, à luz do art. 52, I, da Lei nº 11.343/06. Na hipótese vertente, a condução dos fatos revela que o local e as circunstâncias da ação delituosa são determinantes para se concluir que as drogas apreendidas se destinavam à comercialização e não ao consumo próprio. Demais disso, nem sempre a condição de usuário e traficante são autoexcludentes, pois é muito comum que dependentes, além de consumirem drogas, também as comercialize, com a finalidade de manterem e perpetuarem o seu vício. Logo, afigura-se irrefutável a caracterização do crime de tráfico, frente as evidências de que as drogas tinham destinação mercantil. Gize-se consignar, também, que é livre ao Magistrado a valoração das provas produzidas durante a instrução processual, conforme prescreve o art. 155, caput, do CPP, devendo fundamentá-la com base em todo o conjunto probatório amealhado no caderno processual, o que, no caso sub examine, fez o Juízo de Primeiro Grau com acertada precisão. E, seguindo essa linha intelectual, averbe-se que o delito de uso reclama dolo específico, pois, para a sua configuração, é preciso que o agente adquira, guarde, tenha em depósito, transporte ou traga consigo substância entorpecente "exclusivamente" para consumo próprio, o que, no entanto, não ficou comprovado nos presentes autos. Dessarte, tendo a conduta do Inculcado se amoldado a um dos núcleos contidos no caput do referido dispositivo legal, e, uma vez tratando-se de delito de ação múltipla, no qual se dispensa a concretização do ato de venda para que a infração se consume, não há que se falar em insubsistência de provas, porquanto a natureza das substâncias ilícitas, o acondicionamento destas em pinos (cocaína em pó) e fragmentos de plástico incolor (crack) e o local da apreensão ser conhecido como " ponto de drogas", são determinantes para se concluir que os entorpecentes apreendidos se destinavam à comercialização, descaracterizando a figura do usuário de drogas. Isso posto, não merece guarida o desiderato defensivo.

2. PLEITO DE RETIFICAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. O Apelante entende ser devido o redimensionamento da reprimenda contra si aplicada, notadamente porque a majoração da sanção basilar, a negativa do reconhecimento da minorante inserta no § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o regime prisional e a manutenção da prisão preventiva foram motivadas ao fato de constar em seu histórico criminal ações penais em andamento. A dosimetria da pena é o ato processual em que o Magistrado, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao montante ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador. O procedimento de dosagem da sanção corporal é questão afeta ao livre convencimento do juiz, devendo, no entanto, ser resguardada a observância da adequação, da proporcionalidade e da individualização da reprimenda. Analisando a metrificação da pena do Apelante, vê-se que a sanção basilar restou fixada no mínimo legal (cinco anos de reclusão), apesar de o Magistrado Singular ter considerado desfavorável o vetor judicial " antecedentes", haja vista a existência de uma ação penal em curso perante a 12ª Vara Criminal e Registro na Vara de Infância e Juventude desta capital. Na fase intermediária, mesmo com o reconhecimento da atenuante descrita no art. 65, I, do Código Penal, não se procedeu à minoração na pena, por conta do óbice inserto no verbete sumular n. 231 do Superior Tribunal de Justiça, in verbis: "A incidência da circunstância

atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal"(Súmula 231 do STJ). À míngua de circunstâncias agravantes, foi negado ao Réu, na terceira etapa, o benefício previsto no § 4º, art. 33, da Lei n. 11.343/2006, sob o seguinte fundamento: "[...] Com efeito, a benesse prevista no art. 33, § 4º, da referida lei, tem como finalidade punir com menor rigor o traficante não habitual, isto é, o indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, sendo o ocorrido um fato isolado em sua vida, o que não é o caso dos autos. Conforme se depreende das informações constantes nos autos, fl.53 e do próprio interrogatório do réu, este já foi preso anteriormente pela prática de outro crime, o que, de plano, inviabiliza a aplicação da benesse. Além disso, o réu possui registro na 2ª Vara da Infância e Juventude, comum a Execução de Medida Sócio-Educativa em andamento e, muito embora não seja possível sopesar os atos infracionais para considerá-lo reincidente ou portador de maus antecedentes, pode ser considerado acerca da dedicação a atividades criminosas, visto que a prática pelo acusado de atos análogos a crimes, ainda que enquanto menor de idade, são capazes de evidenciar o seu reiterado envolvimento em práticas ilícitas. Ante o exposto, não há como reconhecer a seu favor a figura do"tráfico privilegiado []"- ID n.34749463. Pois bem, espancando qualquer dúvida acerca do tema trazido à baila, a Terceira Seção do STJ, por ocasião do julgamento dos REsp ns. 1.977.027/PR e 1.977.180/PR, realizado em 10.08.2022, sob o rito dos recursos especiais repetitivos, revisou o entendimento anterior, o qual, ressalte-se, fora utilizado na decisão objurgada, e passou a adotar a tese de que "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", tornando-se, a partir de então, o Tema de n. 1139. A propósito, faz-se oportuna a transcrição do referido julgado: 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 E RESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017). [...] (REsp 1977027 PR, relatora Ministra, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022). Malgrado não constitua uma regra intransponível, dito entendimento vem sendo adotado pelos Tribunais Pátrios, inclusive este egrégio Sodalício, razão pela qual merece acolhimento o pleito do Acusado no sentido de fazer jus à citada minorante. Assim, atento à uniformização jurisprudencial das Cortes Superiores, ressalto a natureza do entorpecente apreendido, visto o elevado poder nocivo da cocaína, a qual se encontrava fracionada uma parte em pó e a outra parte na forma de pedra (crack), droga de alto poder deletério, devido a sua aptidão para causar dependência, fator que vulnera a saúde pública, bem jurídico tutelado pela norma em esboço e, portanto, digno de maior censura. A toda evidência, estas sobreditas especificidades, corroborados por outros elementos probatórios que indicam a sua vivência delitiva, desautorizam a adoção do redutor em grau máximo. É cediço que o benefício em questão se destina à figura do traficante eventual ou de pequena monta, situação diversa da realidade retratada nos autos, porém não se pode deixar de reconhecê-lo, tão somente, por causa da motivação utilizada pelo Juízo a quo para negar a sua admissão (registro de ações penais não trânsitas em julgado), mas, à luz das peculiaridades do caso em apreço, reputa-se, sobremaneira, justo que o Réu seja apenado com maior rigor, daí não fazer jus à fração diversa que não a mínima, ou seja, um sexto. Posto isso, uma vez reconhecida a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas e, em vista da incidência do redutor de 1/6 (um sexto), resta fixada, para o Apelante a reprimenda definitiva de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão. No que tange à modificação do regime inicial de cumprimento da reprimenda para o aberto, melhor sorte socorre ao Sentenciado. Isto porque, em atenção ao quanto contido no artigo 387, § 2º, com redação dada pela Lei n. 12.736/2012, passo à análise, de ofício, da detração, posto que, in casu, o montante da pena já cumprida conduz à progressão do regime. É de se observar que o Réu fora preso em 18.06.2021, permanecendo, nessa condição, pelo menos até a data da prolação da sentença, isto é, em 03.11.2021. Então, utilizando-se, como parâmetro para a detração, o dia da prisão-18.06.2021 e a data em que a sentença fora publicada e começou a contar o prazo para a interposição de recurso defensivo- 16.11.2021 (ID n. 34749466), tem-se que o tempo de encarceramento do Apelante se aproxima de

05 (cinco) meses. Logo, para a execução da reprimenda, considerando que deve ser descontado o montante de pena já cumprida (cinco meses), conclui-se que este período é suficiente para a progressão de regime, o que significa dizer que o Recorrente deve iniciar o cumprimento da sua pena definitiva de 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão no regime aberto, ex vi do art. 33, § 2º, “c”, do Código Penal, salvo se de forma diversa vier a ser fixado pelo Juízo da Execução Penal em caso de eventual unificação de penas, visto que o Acusado responde a outro processo. De referência à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, forçoso reconhecer que o Apelante tem direito ao pretendido benefício. Estabelece o art. 44, I, do Código Penal que: “As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998): I- aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo (Redação dada pela Lei nº 9.714, de 1998)”. Isso posto, substituo a sanção corporal por penas restritivas de direitos (prestação de serviço à comunidade e interdição temporária de direitos), a teor dos arts. 46 e 47 do Código Penal, cabendo ao Juízo da Execução promover a forma do cumprimento de ambas. Apesar de o Juízo de origem ter apresentado os elementos concretos para a permanência do encarceramento do Recorrente, não se pode mantê-lo nesta condição, posto que a prisão preventiva é incompatível com a fixação do regime inicial aberto, entendimento já consolidado nos Tribunais Superiores, consoante testifica o julgado abaixo: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. FURTO QUALIFICADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA. DETRAÇÃO PENAL. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. SENTENÇA CONDENATÓRIA. REGIME ABERTO. PRISÃO PREVENTIVA. INCOMPATIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. “(...)”. 4. Não obstante tenham as instâncias ordinárias feito menção a elementos concretos do caso para a decretação segregação cautelar, como o fato de ter o paciente atribuído a si falsa identidade durante todo o curso processual com o intuito de se furta à aplicação da lei penal, é incompatível a imposição de prisão preventiva a réu condenado a cumprir a pena de reclusão em regime inicial aberto. 5. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para revogar a prisão preventiva do paciente, salvo se por outro motivo estiver preso (HC n. 467.949/SP, relator Ministro, Quinta Turma, julgado em 11/2/2020, DJe de 20/2/2020)– grifos aditados. Frente a tal circunstância, deve o Juízo competente adotar às providências cabíveis para dar cumprimento ao regime inicial aberto, então fixado por este Tribunal ad quem. Ante o exposto, ancorado nas razões de fato e de direito explanadas, CONHEÇO DO RECURSO INTERPOSTO E, NO MÉRITO, DOU-LHE PARCIAL PROVIMENTO, para reformar a dosimetria da pena do Réu, fixando-a no quantum de 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão, no regime inicial aberto, sendo substituídas por duas penas restritivas de direitos (prestação de serviço à comunidade e interdição temporária de direitos), cabendo ao Juízo da Execução promover a forma do seu cumprimento. De ofício, retifico a sanção pecuniária do Apelante para 200 (duzentos) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato. É como voto. Salvador, data registrada no sistema. PRESIDENTE DES. RELATOR PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA (assinado eletronicamente)