

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0537505-86.2019.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: ATILA GOES DOS SANTOS

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

ACORDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. PENAL E PROCESSO PENAL. RECORRENTE CONDENADO PELO CRIME DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006 AO CUMPRIMENTO DE UMA PENA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, MAIS 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA NA FRAÇÃO DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS, SENDO O REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA O SEMIABERTO. PRETENSÃO RECURSAL QUE VISA:

1 – ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS, NA FORMA DO ART. 386, INCISO VII DO CPP, APLICANDO-SE O PRINCÍPIO DO IN DUBIO PRO REO. NÃO PROVIMENTO. A INSTRUÇÃO PROBATÓRIA REVELOU DE MANEIRA SATISFATÓRIA A PROVA DA AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. IDONEIDADE DOS DEPOIMENTOS PRESTADOS PELOS POLICIAIS RESPONSÁVEIS PELA PRISÃO EM FLAGRANTE DO APELANTE, TENDO SIDO COLHIDA SOB CRIVO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. JUSTA CAUSA PENAL DEVIDAMENTE COMPROVADA. MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO.

2 – RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006. PROVIMENTO. A REDUTORA DE PENA FOI AFASTADA COM BASE EM AÇÃO PENAL EM CURSO. INIDONEIDADE DO FUNDAMENTO.

INCIDÊNCIA DO TEMA 1139 DEFINIDO PELO STJ EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO, SOB A SEGUINTE REDAÇÃO: "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". APLICAÇÃO DA FRAÇÃO EM 1/3 (UM TERÇO) ANTE A VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. PENA REDIMENSIONADA PARA: 3 (TRÊS) ANOS E 4 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME ABERTO, MAIS O PAGAMENTO DE 333 (TREZENTOS E TRINTA E TRÊS) DIAS-MULTA, NA FRAÇÃO DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO CRIME, SENDO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO, A SEREM DEFINIDAS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS.

3 – APELAÇÃO CONHECIDA E JULGADA PARCIALMENTE PROVIDA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Crime de nº. 0537505-86.2019.8.05.0001, oriundos da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, tendo como apelante ÁTILA GOES DOS SANTOS e como apelado Ministério Público do Estado da Bahia.

ACORDAM os desembargadores integrantes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em CONHECER DO APELO E JULGAR PARCIALMENTE PROVIDO, para redimensionar a pena do recorrente para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais o pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, na fração de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente ao tempo do crime, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais, de acordo com o voto da Relatora, nos seguintes termos:

Salvador, .

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

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade
Salvador, 4 de Outubro de 2022.

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0537505-86.2019.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: ATILA GOES DOS SANTOS

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Criminal interposta por ÁTILA GOES DOS SANTOS, em face da r. Sentença de ID 29732809, cujo relatório adoto, prolatada pelo Juízo da 2ª Vara de Tóxico da Comarca de Salvador/Ba, que o condenou pela prática do delito tipificado no artigo 33, caput, da Lei nº. 11.343/06 a uma pena de 05 (cinco) anos de reclusão em regime semiaberto, mais 500 (quinhentos) dias-multa na fração de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente ao tempo do crime.

Narra a denúncia que no dia 29 de agosto de 2019, por volta das 16:30h, na localidade denominada de “Boa Fé”, no bairro de Pero Vaz, em Salvador, policiais militares realizam rondas quando, ao adentrarem a Travessa Paulista, visualizaram vários indivíduos que ao perceberem a chegada da guarnição realizaram disparos de arma de fogo, evadindo-se do local. Não obstante, relata a inicial que o recorrente foi alcançado e abordado pelos policiais sendo encontrado em suas vestes: 34 (trinta e quatro) pinos plásticos contendo cocaína; 18 (dezoito) porções de maconha; duas porções de crack e a quantia de R\$ 54,00 (cinquenta e quatro reais), consoante

Auto de Exibição e Apreensão.

Deflagrada a ação penal e percorrida a instrução processual sobreveio sentença penal condenatória em relação ao recorrente, nos termos acima referidos.

Irresignado com a éditto condenatório, ÁTILA GOES DOS SANTOS, por intermédio da Defensoria Pública do Estado da Bahia, interpôs o presente apelo, pugnando pela reforma da sentença para: 1) absolvê-lo da imputação do tráfico de drogas, aduzindo a insuficiência de provas, na forma do art. 386, inciso VII do CPP e, subsidiariamente, 2) a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei nº. 11.343/2006, em seu patamar máximo, uma vez que é primário e não ostenta condenação com trânsito em julgado (ID 29732849).

Para fins de interposição de recursos perante os Tribunais Superiores, prequestionou os seguintes dispositivos legais e constitucionais: art. 33, caput, e § 4º da Lei nº 11.343/2006, ao artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, assim como aos artigos 1º, III, 5º, LIV e LVII, todos da Constituição Federal.

O Ministério Público do Estado da Bahia, em sede de contrarrazões acostadas ao ID 29732852, requereu a manutenção integral da sentença condenatória, considerando suficientemente demonstrada a comprovação da justa causa penal, não havendo que se falar em absolvição, tampouco da aplicação da redutora de pena.

A Procuradoria de Justiça, por meio do opinativo ID 33430285, manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do recurso.

Na condição de Relatora os presentes autos vieram conclusos e, após análise processual, elaborei o presente relatório e o submeti à censura do Nobre Desembargador Revisor, que solicitou sua inclusão em pauta de julgamento.

É o Relatório.

Salvador/BA, de de 2022.

Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma
Relatora

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0537505-86.2019.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: ATILA GOES DOS SANTOS

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

VOTO

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do recurso, conheço da Apelação. E, tendo em vista a inexistência de questões preliminares, passa-se ao enfrentamento meritório que almeja a absolvição do recorrente por insuficiência probatória, nos termos do art. 386, inciso VII do CPP e o redimensionamento de pena na terceira etapa do processo dosimétrico.

1) Da absolvição por insuficiência de provas:

Compulsando os autos verifica-se que a imputação que recai sobre o apelante ÁTILA GOES DOS SANTOS é a de tráfico de drogas, em virtude de ter sido apreendido em seu poder, no dia 25/08/2019, segundo narra a denúncia: 34 (trinta e quatro) pinos plásticos contendo cocaína, com massa de 22,88g (vinte e dois gramas e oitenta e oito centigramas); 18 (dezoito) porções de maconha, com massa de 84,77g (oitenta e quatro gramas e setenta e sete decigramas); duas porções de crack, com massa de 4,24g (quatro gramas e vinte e quatro decigramas) e a quantia de R\$ 54,00 (cinquenta e quatro reais).

A materialidade delitiva restou comprovada por meio do Auto de Exibição e Apreensão (ID 29732602) e dos laudos de constatação e definitivo de drogas, (ID 29732602 e 29732612), respectivamente, atestando a apreensão dos entorpecentes acima descritos, detalhando a natureza e quantidade das drogas apreendidas.

No que se refere à autoria do delito, tem-se da instrução processual a colheita da prova oral formada pela oitiva dos policiais responsáveis pela diligência que culminou na prisão em flagrante do recorrente, sendo eles: SD/PM João Batista de Jesus Neto e SD/PM Almir Witrlebem Barradas.

Vejamos, pois, o conteúdo dos depoimentos:

SD/PM JOÃO BATISTA DE JESUS NETO (ID 29732787): "(...) que se recorda dos fatos em apuração; que ao chegar no local do fato, foram recebido a disparos de armas de fogo; que não revidaram em virtude da grande movimentação de transeuntes na rua; que foram ouvidos mais disparos de arma de fogo; que foi iniciada uma incursão no local; que o acusado foi abordado e, flagranteado com entorpecentes; que em seguida deram apoio a outra guarnição que dava continuidade a diligência; que não foi encontrada arma com o acusado; que, salvo engano, foi encontrada maconha, cocaína e crack, em posse do acusado. (...) que não se recorda quantas guarnições participaram da diligência; que não se recorda quem fez a busca pessoal no acusado; que participou diretamente da abordagem ao acusado; que a droga foi encontrada nas vestes do acusado; que não sabe informar se o adolescente baleado foi antes ou depois do flagrante ao acusado, pois, não presenciou o fato; (...)."

SD/PM ALMIR WITRLEBEM BARRADAS (ID 29732788): "(...) que se recorda dos fatos em apuração; que estavam em operação sob comando do Maj. Hermiliano; que o local do fato é de intenso tráfico de drogas; que ao chegar no local do fato, foram recebidos a tiros, não houve revide em virtude da grande movimentação de transeuntes na rua; que, ao adentra em um "Beco", visualizaram o acusado caminhando em direção da guarnição; que o mesmo foi abordado e, flagranteado com drogas; que recebeu um "alfa 11", em virtude de um confronto da guarnição com outros indivíduos; que a guarnição do depoente foi em apoio; que após o termino do confronto, o acusado foi conduzido para a DT; que, salvo engano, havia cocaína em posse do acusado; que não se recorda se havia maconha; que reconhece o acusado. (...) que o acusado não portava armas de fogo; que, salvo engano, a abordagem ao acusado foi feita pelo SD Lopes; que, salvo engano, a droga estava nas vestes do acusado; que estava presente no momento da abordagem ao acusado; que nenhum popular foi conduzido para a DT; que não sabe informar se o acusado reside na localidade; que o acusado não era alvo da operação policial; que o acusado não resistiu a prisão; que não se recorda o tempo específico que levou entre o flagrante e a condução do acusado para a DT. .(...)"

O apelante negou os fatos nas duas oportunidades em que se manifestou ao longo da persecução penal, aduzindo terem os policiais imputado falsamente a droga como sendo sua.

Informou que os entorpecentes pertenciam, em verdade, a um adolescente que foi executado por policiais da Peto, somente tomando conhecimento da imputação quando chegou na delegacia, pois na revista pessoal nada de ilícito foi encontrado com ele. Vejamos:

Interrogatório no IP (ID 29732602): “que não são verdadeiras as alegações de ter sido encontrado em seu poder 34 (trinta e quatro) pinos plásticos contendo cocaína; 18 (dezoito) porções de maconha; duas porções de crack e a quantia de R\$ 54,00 (cinquenta e quatro reais), após a abordagem e revista pessoal dos policiais, fato ocorrido na Travessa Paulista, localidade conhecida como Boa Fé, bairro Pero Vaz, esclarecendo que a droga na verdade é de outro menino 'DEIVINHO' que foi morto pelos Policiais Militares que disseram se confessasse iria ser morto inclusive os seus pais pois sabe o endereço, disse ainda que 'se a Peto fardados são assim imagine sem farda', esclarece ainda que DEIVINHO implorou por sua vida pedindo uma nova oportunidade e em seguida eles atiraram contra DEIVINHO mais de uma vez, tanto que na segunda vez DEIVINHO começou a vomitar; que efetivamente o beco em que DEIVINHO correu é o que serve a toda comunidade e no momento que os Policiais deram os tiros DEIVINHO já estava rendido implorando por sua vida inclusive disse para eles que era de menor, gritou pedindo socorro a vizinhança e não foi poupado; que efetivamente o interrogado descia o beco da 2ª Travessa Bela Vista presenciou toda cena da morte de DEIVINHO. Que espera ser protegido pela Autoridade pois sabe que a sua vida e dos seus familiares estão correndo risco de morte, esclarece ainda o interrogado que não houve tiroteio algum foi eles da Peto que atiraram no rapaz, esclarece ainda o interrogado que os fatos ocorreram por volta das 16h30 e só foi apresentado nesta Central de Flagrantes por volta das 17h30. Que sobrevive vendendo frutas em frente a Bomboniere Paraíso Bombom Fest.”

Interrogatório em Juízo (ID 29732786): “que não são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que estava na casa de sua tia quando recebeu ligação da sua genitora; que sua mãe disse para que o mesmo retornasse para buscar o documento; que durante o trajeto ouviu alguns disparos de arma de fogo; que 'bateu de frente' com os policiais; que foi abordado, levantou o casaco e foi revistado mas, nada de ilícito foi encontrado; que mesmo sem portar nada de ilícito, foi conduzido dentro de uma viatura; que os policiais o levaram para outra localidade dentro do bairro; que os policiais avistaram um 'menino' e falaram '22'; que em seguida, atiraram contra o citado 'menino' sem abordá-lo; que os policiais o colocaram de joelho e disseram 'mostra a ele como o PETO trabalha'; que o rapaz alvo dos disparos dos policiais, portava drogas e arma; que, após a morte do rapaz, foi conduzido para a DT e somente lá viu o material apreendido; que já foi abordado pelo SD Almir outra vez; que não tinha nenhuma inimizade com o mesmo; que há 06 meses era usuário de maconha e cocaína; que não conhecia o rapaz morto durante a diligência policial; que levou cerca de 02:30 horas do momento em que foi abordado e a chegada na DT; que não sabe certificar qual foi reação dos populares pois estava chovendo e havia poucas pessoas na rua; que os únicos disparos de arma de fogo que ocorreram durante a diligência foram os efetuados durante a execução do rapaz.”

Embora o apelante tenha negado veementemente os fatos contra si imputados, mantendo coesão nas versões declaradas, verifica-se do conjunto probatório que sua palavra se encontra isolada dos demais elementos de provas, não tendo a Defesa trazido aos autos eventuais testemunhas que pudessem ratificar a versão do recorrente ou mesmo acostado documentos referentes à

diligência que teria culminado na morte do adolescente, consoante referido pelo réu.

Em contrapartida, a acusação encontra-se amparada na palavra de dois policiais militares, os quais reportaram à autoridade judicial a apreensão de drogas em poder do réu, estando suas declarações alinhadas entre si e de acordo com os depoimentos prestados em sede de investigação.

É cediço que o Superior Tribunal de Justiça ¹ possui entendimento sedimentado acerca da validade probatória do depoimento dos policiais, quando submetido ao contraditório e corroborado pelas demais provas colhidas nos autos, como se deu no caso ora em julgamento, cabendo à defesa demonstrar a sua imprestabilidade ².

"AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. 1. Concluindo as instâncias de origem, de forma fundamentada, acerca da autoria e materialidade delitiva assestadas ao agravante, considerando especialmente o flagrante efetivado e os depoimentos prestados em juízo, inviável a desconstituição do raciocínio com vistas a absolvição por insuficiência probatória, pois exigiria o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, esbarrando no óbice da Súmula n. 7/STJ. 2. Conforme entendimento desta Corte, o depoimento de policiais responsáveis pela prisão em flagrante do acusado constitui meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório, mormente quando corroborado em Juízo, no âmbito do devido processo legal. (...) 3. Agravo improvido." (AgRg no AREsp 1281468/BA, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 14/12/2018, grifei).

"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO HABEAS CORPUS. ROUBO QUALIFICADO. CONDENAÇÃO BASEADA EM OUTRAS PROVAS SUFICIENTES. TESTEMUNHO POLICIAL INDIRETO DE QUE O CORRÉU AFIRMA PARTICIPAÇÃO DO AGRAVANTE. PROVA ACESSÓRIA. EXISTÊNCIA DE OUTRAS PROVAS QUE SUSTENTAM A CONDENAÇÃO. NULIDADE ABSOLUTA NÃO RECONHECIDA. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Indicando a Corte local dar-se a condenação não apenas pelo depoimento de policial, mas por outras provas também valoradas, não cabe a pretensão de nulidade da condenação. 2. Inexistindo impedimento legal ao depoimento de policiais e presentes outras provas que sustentem a condenação, não há falar em nulidade. 3. Agravo regimental improvido." (AgRg nos EDcl no HC 446.151/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 27/2/2019, grifei).

Deste modo, os elementos probatórios acima apontados, diferentemente do quanto sustentado pela defesa do recorrente, revelam-se suficientes para a comprovação da autoria delitiva, não podendo ser invocada no caso concreto a aplicação do art. 386, inciso VII do CPP.

Diante do exposto, estando evidenciada a autoria e materialidade delitiva do crime de tráfico de drogas, não há que se falar em absolvição do Apelante por incidência do art. 386, inciso VII do CPP, devendo, pois, ser

mantida a condenação pelo crime capitulado no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006, nos exatos termos da sentença recorrida.

2) Da aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei nº. 11.343/2006:

Em sede de requerimento subsidiário, a Defensoria Pública almeja o redimensionamento de pena na terceira etapa do processo dosimétrico, a fim de reconhecer a figura do “tráfico privilegiado”, uma vez que inexistente condenação penal transitada em julgado, razão pela qual o apelante faz jus à redutora de pena na fração máxima de 2/3 (dois terços).

Com efeito, analisando o édito penal verifica-se que a magistrada de primeiro grau, depois de ter fixado a pena base no mínimo legal, deixou de aplicar a redutora em comento sob o fundamento da dedicação à atividade criminosa, em virtude de o recorrente responder a uma ação penal, senão vejamos:

“Quanto aos antecedentes criminais, fl. 56, verifica-se que o réu possui ação penal em curso (autos nº 0532680-36.2018.8.05.0001), por crime da mesma natureza.
(...)”

O réu, pelas razões antes expostas, não faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, uma vez que possui ação penal em andamento, por delito da Lei Antidrogas, o que demonstra comportamento voltado à prática de atividades criminosas, sobretudo tráfico de entorpecentes, inviabilizando, assim, a concessão do redutor, por expressa vedação legal.”

Consoante pontuado pela Defesa nas razões recursais o fato de o recorrente responder a ação penal sem o trânsito em julgado 3 não autoriza o afastamento da causa especial de redução de pena, revelando-se inidônea a afirmação de dedicação a atividade criminosa com base na existência de ação penal em curso.

O Supremo consolidou sua jurisprudência por meio da sistemática da repercussão geral, de que a valoração de inquéritos ou ações penais em curso (ainda que pendentes de recursos) viola o princípio da presunção de não culpabilidade (RE 591.054, Tema 129, Relator Marco Aurélio, Pleno, DJe 17.12.2014), sendo defeso, portanto, o afastamento do § 4º pelo fato de o réu responder a ações penais sem o trânsito em julgado.

O Superior Tribunal de Justiça, no mesmo sentido, alinhando-se à Corte Suprema, decidiu em sede de Recurso Repetitivo o tema 1139 sob a seguinte redação: “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06”.

Eis a ementa do acórdão:

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.

(REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022.)

Ademais, importante consignar que inexistindo uma previsão exata na norma regente sobre os parâmetros interpretativos no ordenamento jurídico acerca da "dedicação à atividade criminosa" constante no § 4º do art. 33 da Lei

de Drogas, deve prevalecer a “primazia da posição mais favorável à defesa. Trata-se de imposição decorrente da presunção de inocência, base fundamental ao sistema penal de um Estado democrático de Direito.” 4

Desta forma, considerando que a pena base do recorrente foi estabelecida no mínimo legal de 5 (cinco) anos e, diante da inexistência de agravantes ou atenuantes de pena, passa-se à terceira etapa do processo dosimétrico para aplicar a causa especial de diminuição da reprimenda.

Embora a Defesa tenha requerido a aplicação da fração no patamar de 2/3 (dois terços), esta Turma 5 tem entendido que a variedade de drogas autoriza a fixação do quantum em 1/3 (um terço), de modo que, tendo sido apreendida cocaína, maconha e crack, fica a pena definitiva fixada em 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais o pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, na fração de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente ao tempo do crime.

Preenchidos os requisitos do art. 44 do CPB, substitui-se a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais.

No que diz respeito aos dispositivos legais e constitucionais prequestionados, entende-se que a matéria jurídica foi suficientemente analisada, revelando-se despiciendo o enfrentamento individualizado.

Por fim, considerando não ter sido identificado dos autos nenhum elemento indicativo da instauração de procedimento investigatório sobre a notícia de crime apontada pelo recorrente sobre a alegada execução de um adolescente pela polícia, com amparo no art. 40 do CPP, fica determinada a extração de cópia do processo e o encaminhamento ao Ministério Público para que adote as medidas necessárias.

Ex positis, acolhe esta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o voto pelo qual CONHECE DA APELAÇÃO E JULGA PARCIALMENTE PROVIDA, redimensionando a pena de ÁTILA GOES DOS SANTOS para 3 (três) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, mais o pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, na fração de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente ao tempo do crime, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direito, a serem definidas pelo Juízo das Execuções Penais.

Salvador/BA, de de 2022.

Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma
Relatora

1 (STJ. AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.970.832/PR, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 29/3/2022, DJe de 4/4/2022); (AgRg no Ag 1336609/ES, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, DJe 14/08/2013).

2 (STJ – Processo HC 408808/PE HABEAS CORPUS 2017/0176479-0; Relator Ministro Ribeiro Dantas (1181); Órgão Julgador T5 – Quinta Turma; Data de Julgamento 03/10/2017; Data de Publicação DJe 11/10/2017)

3ID 29732609.

4

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudenciaRepercussao/verPronunciamento.asp?pronunciamento=9575074>

5 Apelação nº. 0536052-56.2019.8.05.0001