

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0583713-36.2016.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: ALEF DOS SANTOS NEPOMUCENO DEFENSORA PÚBLICA: MARIA TERESA C. S. C. ZARIF APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA ACORDÃO EMENTA. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. REQUERENTE CONDENADO A 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, SOB REGIME SEMIABERTO, E AO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, PELA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. 1. PLEITO DE DECLARAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL POR VIOLAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. NÃO CONHECIDO. EMBORA CONSTE O REQUERIMENTO ANULATÓRIO AO FINAL DAS RAZÕES RECURSAIS, NÃO HÁ ARRAZADO PERTINENTE AO QUE A DEFESA REPUTA COMO ATO JUDICIAL VIOLADOR DOS PRINCÍPIOS MENCIONADOS. 2. PLEITO ABSOLUTÓRIO POR AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA. MATERIALIDADE COMPROVADA POR LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. AUTORIA CRIMINOSA DEDUZIDA DOS DEPOIMENTOS DE POLICIAIS MILITARES, UNÍSSONOS E HARMÔNICOS ENTRE SI. VALIDADE. 3. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 44, § 3º DA LEI 11.343/06. ACOLHIMENTO. NA ESTEIRA DE JULGADOS DO STF E FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA PELA 3ª SEÇÃO DO STJ (Resp n. 1.977.027/PR), CONDENAÇÕES NÃO TRANSITADAS EM JULGADO NÃO POSSUEM O CONDÃO DE AFASTAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REDUÇÃO DAS PENAS. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. 4. APELAÇÃO CONHECIDA PARCIALMENTE E PARCIALMENTE PROVIDA, REDUZINDO-SE A PENA APLICADA AO APELANTE PARA 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO E 166 (CENTO E SESSENTA E SEIS) DIAS-MULTA; SUBSTITUINDO A PENA CORPORAL POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, A SABER, LIMITAÇÃO DO FINAL DE SEMANA E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE. Vistos, relatados e discutidos estes autos de n. 0583713-36.2016.8.05.0001, em que figuram como apelante ALEF DOS SANTOS NEPOMUCENO e como apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os magistrados integrantes da 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO INTERPOSTO, E, NA EXTENSÃO CONHECIDA, JULGÁ-LO PARCIALMENTE PROVIDO, nos termos do voto da Relatora. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 13 de Setembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0583713-36.2016.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: ALEF DOS SANTOS NEPOMUCENO DEFENSORA PÚBLICA: MARIA TERESA CARNEIRO S. ZARIF APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA RELATÓRIO ALEF DOS SANTOS NEPOMUCENO interpôs Apelação em face da sentença da 3ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador, que o condenou a 05 (cinco) anos de reclusão, sob regime semiaberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Narrou a exordial acusatória que: “Consta do procedimento investigatório anexo que, no dia 17 de novembro de 2016, por volta das 11h40min, na Rua J, Jaguaripe I, em Fazenda Grande II, nesta cidade, ALEF DOS SANTOS NEPOMUCENO, ora Denunciado, portava substâncias entorpecentes com a finalidade de comercialização. Acontece que, uma guarnição policial estava em ronda, na localidade acima referida, quando avistou o denunciado em atitude suspeita e decidiu abordá-lo, eis que o mesmo, ao perceber a aproximação da polícia, tentou dispensar ao chão um saco plástico transparente. Em seguida, foi realizada revista pessoal, sendo encontrado com o Denunciado, dentro do saco que foi dispensado: 05 (cinco) trouxinhas

de maconha; 139 (cento e trinta e nove) pinos de cocaína; a quantia de R\$ 5,00 (cinco reais); conforme Auto de Exibição e Apreensão (fl.10). Ademais, foi dada voz de prisão em flagrante ao denunciado por tráfico de drogas, eis que a substância encontrada consta da Portaria nº 344/98 do Ministério da Saúde/Vigilância sanitária, de uso proscrito no Brasil, por causar dependência física e psíquica. Toda quantidade de entorpecente apreendida corresponde a: 8,60g (oito gramas e sessenta centigramas) de maconha, distribuídos em 05 (cinco) trouxas de maconha, embaladas em fragmentos plástico incolor; 41,45g (quarenta e um gramas e quarenta e cinco centigramas) de cocaína sob a forma de pó, distribuídas em 139 (cento e trinta e nove) porções, acondicionadas em microtubos plásticos incolores, conforme Laudo de Constatação (fl. 23). O Acusado, em seu interrogatório na Delegacia, negou a posse das drogas, afirmando que o local onde foi abordado é realmente ponto de tráfico de drogas, mas que não estava com droga alguma (fl. 07) e que estava na companhia de outros dois indivíduos de apelidos BARATA e JHON , os quais correram com a chegada da polícia. O procedimento investigatório foi conclusivo quanto ao tráfico de drogas, praticado pelo Denunciado. Todas as circunstâncias do fato, local onde ocorreu o flagrante, postura do Acusado, substâncias apreendidas, respectivas quantidades, forma de acondicionamento, depoimentos e declarações obtidas no curso do inquérito policial, demonstram a destinação da droga para fins de tráfico subsumindo-se o comportamento do Denunciado a uma das múltiplas condutas do crime de tráfico de drogas.” (id 32700065) Após a regular instrução processual, e com o advento da sentença condenatória, o acusado interpôs Apelação, aduzindo, em Razões Recursais (id 32700238), preliminarmente, “a nulidade da sentença condenatória e da instrução processual desde o ato violador dos princípios do contraditório e da ampla defesa”; no mérito, a absolvição por ausência de provas da autoria criminosa imputada, e, subsidiariamente, requer a aplicação da causa de diminuição presente no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, no patamar máximo, sob o argumento de que o réu não possui condenação com trânsito em julgado, em seu desfavor. Prequestiona os art. 400, do CPP, art. 33, § 4º, da lei 11343/2006. Em Contrarrazões, o membro do Ministério Público postula a manutenção da sentença objurgada (id 32700243). A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento parcial, e na extensão, pelo improvimento do Apelo (id 33628222). Lançado o Relatório, determinei o seu encaminhamento ao nobre Revisor. É o Relatório. Salvador/BA, 30 de agosto 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. 0583713-36.2016.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: ALEF DOS SANTOS NEPOMUCENO DEFENSORA PÚBLICA: MARIA TERESA CARNEIRO S. C. ZARIF APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA VOTO Cinge-se o Apelo na alegação preliminar de “a nulidade da sentença condenatória e da instrução processual desde o ato violador dos princípios do contraditório e da ampla defesa”; no mérito, pleiteia, o Recorrente, a absolvição por ausência de provas da autoria criminosa imputada, e, subsidiariamente, requer a aplicação da causa de diminuição presente no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, no patamar máximo, sob o argumento de que o réu não possui condenação com trânsito em julgado, em seu desfavor. Prequestiona os art. 400, do CPP, art. 33, § 4º, da lei 11343/2006. 1. Da preliminar de nulidade da sentença condenatória e da instrução processual por ofensa aos princípios do contraditório e da ampla defesa Embora a Defesa requeira, ao final das Razões Recursais, a

nulidade processual por ofensa aos princípios do contraditório e a ampla defesa, não há a construção de um arrazoadado sobre os atos judiciais que, supostamente, foram de encontro aos princípios supramencionados. Sendo assim, não merece conhecimento o referido pedido, porquanto não constam as razões pelas quais a nulidade aventada deveria ser acolhida nesta Superior Instância. 2. Do pleito absolutório por ausência de provas da autoria criminosa Alega, a Defesa, que não há provas da autoria da traficância, pelo acusado, uma vez que houve a negativa da autoria, e a instrução probatória foi baseada, exclusivamente, em depoimentos de policiais militares, eivados de parcialidade, e que devem ser relativizados. Extrai-se dos autos que a materialidade delitiva está comprovada por meio de auto de exibição e apreensão e do laudo pericial definitivo, que atesta que as substâncias apreendidas eram, de fato, benzoilmetilecgonina (cocaína) e Tetrahydrocannabinol (THC), constante na Lista F1 e F2, substâncias psicotrópicas de uso proscrito no Brasil, da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária, Ministério da Saúde, em vigor. A autoria criminosa foi aferida pelos depoimentos de policiais militares, que efetuaram a prisão em flagrante do acusado: "que: se recorda deste fato em razão da atipicidade da situação posto que trabalhou na guarnição comandada pelo SUB TEN/PM J. Santos em uma situação de permuta com outro policial; que dado ao tempo já não mais se recorda da fisionomia do acusado presente nesta assentada; que a diligência ocorreu com a chegada da guarnição na localidade de Jaguaripe, em uma rua que não se recorda o nome, mas na qual é recorrente o tráfico de drogas e inclusive confronto armado de traficantes com policiais, vez que é uma rua comprida e deste o início desta é possível a identificação da chegada das viaturas, pelo que geralmente os traficantes atiram contra as viaturas ou atiram e corre, sem o confronto direto, tendo em vista que ao final da rua existem becos que dão para matagais; que no dia do fato, depoente exercia a função de motorista na viatura, e ao invés de entrar devagar, o fez correndo, de modo que não foi possível a todos que ali estavam fugar; que foram vistos pelo menos três indivíduos dois dos quais correram e não foram alcançados; que o depoente percebeu o momento em que o conduzido dispensou um saco transparente e seguiu andando sem correr; que se recorda que quando da chegada da viatura havia uma "barraquinha bem improvisada, com uma cobertura para venda de drogas, tendo sobre"balcão"um caderninho com anotações do tipo"leite especificava a quantidade e indicava um nome; chá da mesma forma especificava a quantidade e indicava um nome; que os nomes eram de pessoas e estavam riscados, não se lembrando se todos; que os três rapazes estavam nessa "barraquinha" e quando da chegada da polícia como dito dois correram e o conduzido saiu andando; que pelo depoente foi visto o momento em que depois da barraquinha o conduzido dispensou mencionado pacote, pelo próprio conduzido recuperado; que no interior do pacote um saco transparente haviam bastante pinos contendo cocaína e trouxinhas menores contendo maconha; que a busca pessoal deve ter sido feita pelo seu colega SD/PM Torres, posto que o depoente ficou na segurança externa; que ao que acredita nada de ilícito foi encontrado pessoalmente com o acusado; que o acusado negou a propriedade do saco dispensado dizendo que poderia ser dos outros rapazes que estavam no local e que foram pelo mesmo identificado pelos apelidos, que ora o depoente não se recorda; que não conhecia o acusado anteriormente ou mesmo se havia notícia da prática de outros crimes inclusive tráfico pelo mesmo; que não foi possível saber se o acusado traficava para ele mesmo ou para alguém; que já ouviu falar do traficante vulgo "Nau" mas não sabe informar se este atua especificamente

naquela área pois "são tantos"; que a região é dominada pelo BDM" (SD PM ERIC SANTANA DE BRITO GRAUPNER) "que após a leitura da denúncia o depoente informa que lembra do fato, mas em razão das varias ocorrências que participa já não se recorda da pessoa do acusado presente nesta assentada; que a diligência decorreu de uma ronda de rotina em razão da localidade de Jaguaripe no Bairro de Cajazeiras ter ocorrências de homicídios e tráficos de drogas; que o local aonde a pessoa que foi presa e conduzida até a delegacia já é conhecida como uma boca de fumo, na qual acontece a venda de drogas; que quando os policiais chegaram haviam três rapazes sendo que dois deles fugaram permanecendo apenas o que foi conduzido; que este ao ver os policiais dispensou um saco plástico e talvez acreditando que os policiais não tivessem visto continuou ali, "olhando"; que foi perceptível ao depoente que o conduzido dispensou referido saco, não se recordando qual dos policiais recuperou o saco no interior do qual havia droga ilícita cuja natureza, forma de disposição e quantidade não se recorda; que durante a revista pessoal por policial que não se recorda qual nada de ilícito foi encontrado; que não conhecia o acusado, bem como de seu envolvimento anterior com o trafico de drogas; que quando da prisão o conduzido chegou a dizer que: "havia sido pego em uma laranjada antes e que agora estava em uma segunda laranjada"; que a expressão "laranjada" significa armação; que os demais indivíduos que estava na área não foram localizados; que na localidade onde o conduzido foi pego existe tanto tráfico de drogas que ainda nesta semana o depoente participou de uma outra audiência neste fórum relativo a diligência de sua guarnição, que naquele mesmo local apreendeu um fuzil cal. 556 e 70kg de maconha prensada, em poder do individuo de vulgo "Nau", identificado como Gerente do Trafico local, que tem o domínio da facção criminosa BDM" (SUB TEN PM JOEL DOS SANTOS CARVALHO) "que estava em diligência na localidade de Jaguaripe quando observou a presença de três rapazes em uma barraca e dois deles ao verem a viatura saíram correndo enquanto o acusado dispensou um saco em cima do balcão da barraca e saiu andando; que ao que se recorda foi o SD/PM Eric quem pegou o saco; que não se recorda quem procedeu a busca pessoal ao acusado, não se recordando se algo de ilícito foi encontrado com o mesmo; que o acusado disse que a droga não lhe pertencia; que não se recorda a natureza da droga; que não conhecia o acusado anteriormente ou se já havia notícia da praticada de tráfico pelo mesmo; que o tráfico de drogas naquela área é dominado pela facção BDM" (SD PM FELIPE TORRES MENEZES) Os depoimentos de policiais militares são considerados válidos e idôneos como meio de prova, pela jurisprudência pátria, sobretudo quando não há divergências ou contradições importantes nas suas declarações, colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, de modo que não se pode presumir que tivessem a intenção de incriminar, injustificadamente, o Recorrente. Nesse sentido: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIMES COMETIDOS NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONDENAÇÃO EXCLUSIVAMENTE EM DEPOIMENTOS DE POLICIAIS CIVIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO LACÔNICA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. REGIME PRISIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE. 1. A análise do pleito de absolvição do paciente, em relação aos

crimes previstos nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, demandaria exame aprofundado do arcabouço fático-probatório constante dos autos, inviável por meio de habeas corpus. 2. Conforme entendimento desta Corte, não há óbice a que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do paciente sejam considerados na sentença como meio de prova para embasar a condenação, desde que colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de cognição, tal como na hipótese. 3. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a que seja necessária e suficiente. 4. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base se apoiando, tão somente, em referências vagas, genéricas e desprovidas de alicerce objetivo para justificá-la. 5. De acordo com a jurisprudência deste Tribunal, é inaplicável o benefício da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, diante do reconhecimento de graves circunstâncias que caracterizaram a prática delitiva, tais como a origem, a quantidade e a natureza de droga apreendida, aliada ao fato de ter sido o paciente condenado também pelo crime de associação para o tráfico de drogas, evidenciando, portanto, a dedicação às atividades criminosas. 6. Após o Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, este Tribunal firmou entendimento no sentido de que para os crimes de tráfico de drogas, cometidos sob a égide da Lei nº 6.368/76, o regime inicial de cumprimento de pena e a possibilidade de substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos devem ser regidos com base nos ditames do Código Penal. 7. No caso concreto, ficando a reprimenda final estabelecida em 6 anos de reclusão, o regime inicial semiaberto mostra-se adequado, tendo por base o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, pois se trata de condenação pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico praticados anteriormente ao advento da Lei nº 11.464/07, sendo fixada a pena-base no mínimo legal, por não identificar condições desfavoráveis previstas no art. 59, do Código Penal, sem o reconhecimento de nenhum elemento judicial tido como negativo. 8. Habeas corpus parcialmente conhecido. Ordem concedida, em parte, para reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos de reclusão, a serem cumpridos no regime inicial semiaberto, e 100 (cem) dias-multa. (HC 166.124/ES, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 09/08/2012) –grifamos

O Apelante apresenta sua versão de negativa da autoria, em juízo, senão vejamos: “que é usuário de maconha desde os 17 anos de idade; que nunca tentou fazer tratamento para dependência química, mas pretende fazê-lo quando posto em liberdade; que não tem apelidos; que se recorda que já foi preso por duas vezes, nos idos de 2014 e 2015, não sabendo se respondeu a processo crime pelas praticas ilícitas, ambas inicialmente tipificadas na lei 11.343/2006; que pelo presente processo foi colocado em liberdade na audiência de custódia, encontrando-se preso atualmente por ter sido preso em flagrante delito há dois meses, por ter, em tese, praticado crime de roubo, com subtração de um celular no interior de um ônibus; que não conhecia até então os policiais que efetuaram sua prisão; que não sofreu agressão física na abordagem policial que resultou no presente processo; que não fez exame de lesão corporal; que em verdade foi preso quando estava comprando duas dolas de maconha em poder dos indivíduos conhecidos como "John" e "Barata", aos quais já tinha entregue os R\$10,00 para a compra, sendo que ainda não tinha sido repassada a droga; que a caderneta referida pelo policial em audiência pertence aos vendedores "Jonh" e

"Barata"; que "John" foi quem avistou a guarnição policial e assim dispensou um saco, saindo correndo junto a "Barata"; que como entendeu não estar devendo nada, começou a andar em direção à guarnição policial; que "Jonh" e "Barata" trabalham juntos a facção BDM; que não conhece o indivíduo de alcunha "Nau", tampouco já ouviu falar no mesmo; que sequer lhe foram mostradas na delegacia as drogas supostamente apreendidas dentro do saco acima referido; que esta não foi a primeira vez que se dirigiu até o local onde foi preso para comprar droga em mãos de "Jonh" e "Barata"; que pelo que sabe estes dois vendem cocaína em pó e maconha. Dada a palavra ao Representante do Ministério Público, respondeu que: já ouviu na localidade a utilização das expressões "Chá" e "Leite" referindo-se a drogas, no entanto apenas sabe informar que a expressão "chá" refere-se a maconha; que no dia do fato não viu a caderneta mencionada pelos policiais no balcão da barraquinha, mas sabe que "Jonh" e "Barata" tem essa cadernetinha para anotar o movimento da venda; que o saco com a droga foi dispensado por "Jonh" depois da barraquinha mas ainda próximo a esta quando eles estavam descendo. Não obstante a negativa de autoria, não há motivos para desacreditar ou levantar suspeição sobre a palavra dos policiais militares, que trazem em juízo relatos firmes e harmônicos, não havendo dúvida quanto aos relatos trazidos pelos agentes de segurança pública. Não é o caso de se rejeitar a valoração dos seus depoimentos, e a sua validade para a condenação, uma vez que se tratam de servidores públicos, que agem com fé pública, tendo a palavra desses agentes, a natureza jurídica de meio de prova, segundo a reiterada jurisprudência da Corte de Cidadania. Isto posto, em que pese o nobre labor da Defensoria Pública, entendo que deve ser mantida a condenação em todos os seus termos. 3. Do pedido de aplicação da causa de diminuição presente no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, no patamar máximo De acordo com a Defesa, o acusado faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena em questão, pois não possui condenação com trânsito em julgado, em seu desfavor. O Magistrado denegou o referido benefício sob o seguinte argumento: "Conforme se depreende das informações constantes, à fl. 93, o réu ostenta uma sentença penal condenatória, em grau de recurso, o que afirma sua habitualidade na atividade criminosa, e destemor à Lei Penal, restando demonstrado, de forma inequívoca, o não preenchimento dos requisitos de tal benefício, impondo o seu afastamento. Por outro lado, não consta causa de aumento, a qual possa interferir na dosimetria ora aplicada." Sobre o tema, faz-se mister pontuar que o § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas prevê a redução da pena em 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) para os indivíduos que preencham os requisitos trazidos no referido parágrafo, sendo eles: primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividade criminosa, nem integre organização criminosa. A conclusão de dedicação à atividade criminosa exige, a partir de uma análise constitucional do princípio da não culpabilidade, robustez probatória produzido pela acusação. A aplicação de jurisprudência para corroborar entendimentos jurídicos adotados nas decisões deve ser feita com prudência pelo julgador, principalmente quando utilizadas para afastar benefícios penais, como é o caso em referência, uma vez que o mero "silogismo jurisprudencial" pode representar na vida do indivíduo consequências práticas irreversíveis quando não individualizadas as peculiaridades de cada caso concreto. Não se pode desconsiderar que, embora necessária a função retributiva da pena, suas consequências são indelévels ao indivíduo, indo desde a sua privação de liberdade até o etiquetamento social pelo qual o acusado passará (labelling approach). A causa especial de diminuição de pena referente ao

“tráfico privilegiado” está voltada, em verdade, a conceder ao pequeno traficante, tratamento penal proporcionalmente mais adequado a um menor juízo de reprovação da conduta praticada pelo agente que se envolve em atuação delitiva de modo episódico e eventual. No caso dos autos, esta Relatora entende, na esteira do que foi decidido na Corte Suprema, e ora registra que condenações não transitadas em julgado não possuem o condão de afastar a aplicação da minorante em testilha. Nessa linha de inteligência, foi o julgado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa ora transcrevo: EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 AFASTADA COM FUNDAMENTO EM PROCESSOS EM CURSO. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (Julgado em 06/12/2019, SEGUNDA TURMA AG.REG. NO HABEAS CORPUS 175.466 SÃO PAULO RELATORA : MIN. CÂRMEN LÚCIA) A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o rito dos recursos especiais repetitivos (Tema 1.139), estabeleceu a tese de que é vedada a utilização de inquéritos ou ações penais em curso para impedir a aplicação da redução de pena pela configuração do chamado tráfico privilegiado (artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006): RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAS 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 penológicos. 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.) – grifamos Sendo direito subjetivo do acusado, aplico a causa de diminuição de pena em questão, no patamar de 2/3 (dois terços), reduzindo as penas para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, sob regime aberto, além de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. O regime prisional deve ser alterado para o aberto, em face da admissão do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, com fundamento no art. 33, § 2º, alínea c do Código Penal. Nesse diapasão, faz jus, o Recorrente, à substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, havendo o preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 44, do Código Penal, e mormente ao se verificar que não foram valoradas circunstâncias judiciais em desfavor do acusado. Assim, fixo as penas restritivas de direitos em limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade, em instituições a serem estabelecidas pelo juízo da execução de penas e medidas alternativas desta Comarca. 4. Conclusão Ante o exposto, voto pelo conhecimento parcial da Apelação, e, na extensão conhecida, pelo provimento parcial, aplicando-se a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, no patamar de 2/3 (dois terços), reduzindo as penas para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, sob regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, além de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. Salvador/BA, 30 de agosto de 2022. Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora