

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Improvido. Maioria. Designado o Des. Julio Cezar Lemos Travessa para lavrar o Acórdão. Salvador, 14 de Dezembro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n.

0301069-70.2014.8.05.0201 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: PAULO CESAR GALO DOS SANTOS e outros Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação Criminal interposto em face da sentença, por meio da qual o MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Porto Seguro/BA condenou o réu Paulo Cesar Galo dos Santos a cumprir 07 (sete) anos de reclusão, em regime fechado, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias multa; assim como, condenou o réu Luiz Queiroz Pereira a cumprir a pena de 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime fechado, acrescida do pagamento de 500 (quinhentos) dias multa. Inconformada, a Defensoria Pública do Estado da Bahia interpôs Recurso de Apelação, postulando a absolvição dos Réus, com fulcro no art. 386, VII, do CPP.

Subsidiariamente, pugnou pela reforma da dosimetria das penas, bem como, pelo reconhecimento da incidência da causa especial de redução de pena, prevista no art. 33, § 4º, da lei 11.343/2006, em seu patamar máximo. Ademais, requereu a realização da detração penal, e por consequência a alteração do regime de cumprimento das penas imputadas aos acusados. Em sede de contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo desprovimento do recurso de apelação, para que seja mantida na íntegra a condenação dos recorrentes. Instada a se manifestar, a d. Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e não provimento do apelo. Vindo-me conclusos, lanço o presente relatório, submetendo-o à análise do eminente Desembargador Revisor, em atendimento ao preceito inserto no art. 166, I, do RI/TJBA.

Salvador/BA, data registrada no sistema. Des. Jefferson Alves de Assis – 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0301069-70.2014.8.05.0201 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: PAULO CESAR GALO DOS SANTOS e outros Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do apelo estão presentes na hipótese, ensejando seu conhecimento. Inexistentes preliminares suscitadas ou nulidades para serem declaradas de ofício, passa-se ao exame do mérito recursal. 1. Fatos. Colhe-se dos autos que, no dia 31 de dezembro de 2013, no bairro Campinho, em local de intensa atividade de tráfico de drogas, os Recorrentes foram presos em flagrante na posse de 200 (duzentos) invólucros e 11 (onze) tabletes de maconha, com peso total de 383,3g (trezentos e oitenta e três gramas e três centigramas), 09 (nove) papелotes de cocaína, com peso total de 4,0g (quatro gramas). São estes os fatos caracterizadores do ilícito penal perpetrado pelos Requerentes. 2. Mérito recursal. 2.1. Dos pleitos de absolvição. Não merecem acolhimento os pleitos absolutórios. Em que pesem os argumentos lançados nas razões do Recurso de Apelação, o acervo probatório colacionado aos autos revela-se suficiente e incontestado, para a condenação dos réus pelo delito de tráfico de drogas. Na espécie, a materialidade do crime de tráfico de drogas restou sobejamente demonstrada através do Auto de Exibição e Apreensão (fl. 445, ID 44569727), Laudo de Constatação Preliminar de Substância Entorpecente (fl. 446, ID 44569728) e Laudo de Exame Pericial 2013 24 PC 003498-01 de ID. 44569733-44569735, registrando a apreensão de 200 (duzentos) invólucros e 11 (onze) tabletes

de maconha, com peso total de 383,3g (trezentos e oitenta e três gramas e três centigramas), 09 (nove) papelotes de cocaína, com peso total de 4,0g (quatro gramas). Após análise, obteve-se resultado positivo para maconha e cocaína, substâncias psicotrópicas de uso proscrito no Brasil e constantes das listas F-1 e F-2 da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde. A autoria delitiva também se encontra suficientemente comprovada no conjunto probatório: pelos depoimentos testemunhais prestados pela equipe de policiais participantes da diligência, que culminou nas prisões em flagrante dos Apelantes e na apreensão dos entorpecentes, todos uníssonos ao reproduzirem as circunstâncias das prisões de maneira clara, detalhada firme e coincidente. Em juízo, os Policiais militares Fábio Costa Silva, Flávio do Nascimento e Elton Gomes confirmaram seus depoimentos feitos em sede de Inquérito Policial. Relataram que a abordagem dos infratores ocorreu no bairro de Campinhos, numa localidade conhecida por intensa movimentação de tráfico de drogas. Os acusados foram flagrados com significativa quantidade de substâncias entorpecentes, isto é, 200 (duzentos) invólucros e 11 (onze) tabletes contendo maconha, além de 09 (nove) papelotes de cocaína. Efetivamente, inexistem dúvidas acerca da tese autoral do crime em questão, porquanto os relatos dos policiais, tanto na fase extrajudicial quanto na judicial, são precisos, coesos e harmônicos ao discorrerem sobre os aspectos relevantes do flagrante, não havendo prova concreta de mácula, ou qualquer vício nos depoimentos dos militares. No entanto, em juízo, sobre o crivo do contraditório e ampla defesa, os Apelantes Paulo Cesar Galo dos Santos e Luiz Queiroz Pereira negaram a autoria do crime. Todavia, a despeito da negativa de ambos, ao serem interrogados na delegacia e na esfera judicial, os acusados apresentaram versões discrepantes. Na delegacia, Paulo Cesar Galo dos Santos disse que a abordagem pessoal ocorreu nas imediações de uma construção, área onde foram apreendidos os entorpecentes. Salientou que não conhecia Luiz Queiroz Pereira, sendo a primeira vez que o via. De modo diverso, em juízo, Paulo Cesar revelou que estava jogando bola no campo, quando a guarnição se aproximou e indagou sobre drogas. Após sua negativa, os policiais o levaram até um beco, local onde já estavam Luiz Queiroz e as drogas. Por sua vez, Luiz Queiroz Pereira disse na delegacia que estava indo em direção à residência de sua namorada, quando foi abordado pelos policiais, e que não conhecia Paulo Cesar. Contrariamente, na seara judicial, Luiz Queiroz afirmou que naquele dia, Paulo Cesar e ele estavam na casa de sua mãe, jogando vídeo game. Logo após, ao saírem da residência, disse que foram interpelados pela guarnição a vinte metros do beco, onde encontraram os entorpecentes. Destarte, nesse cenário, restam evidenciadas contradições nos depoimentos dos acusados, as quais desmoronam a tentativa de eximir os réus da autoria do crime. Nesse contexto, malgrado a Defesa dos Apelantes almeje suas absolvições, sob o argumento de não existirem provas suficientes de que os acusados praticaram a conduta criminosa a eles atribuída, tais teses não encontram respaldo nos autos. Ao reverso, o acervo probatório contido no caderno processual é robusto, demonstrando que os entorpecentes eram destinados à mercancia, consubstanciado pelo depoimento dos policiais responsáveis pela prisão, aliado ainda à apreensão de considerável quantidade e diversidade de drogas sob a guarda dos Recorrentes, em local conhecido como zona de tráfico de drogas, bem como pela forma de acondicionamento dos entorpecentes, e em face das mensagens relacionadas a tráfico de drogas, contidas nos aparelhos celulares apreendidos junto aos flagranteados,

sendo de rigor, portanto, a manutenção do decreto condenatório. Enfim, em virtude do exposto, não há margem para se falar em absolvição dos Réus Paulo Cesar Galo dos Santos e Luiz Queiroz Pereira, sendo de rigor o desprovemento do apelo defensivo nesse ponto. Por outro lado, quanto à necessidade de reforma da dosimetria das penas imputadas aos Apelantes, assiste razão parcial ao pleito da Defensoria Pública. Pois bem. O Juízo primevo, ao fixar a pena dos Sentenciados, assim ponderou: "PAULO CESAR GALO DOS SANTOS 1ª fase – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (artigo 59, do Código Penal).(…) CULPABILIDADE O réu, na oportunidade, tinha capacidade para querer, compreender e entender as circunstâncias do fato e a sua ilicitude. A culpabilidade está presente, não havendo qualquer causa que exclua os elementos que a integram. Ademais, agiu com culpabilidade normal a espécie, nada tendo a valorar. ANTECEDENTES CRIMINAIS O sentenciado ostenta maus antecedentes, havendo condenação irrecurável por crime de igual natureza. CONDUITA SOCIAL Voltada ao crime em razão da habitualidade delitiva. PERSONALIDADE DO AGENTE Nada a valorar diante dos poucos elementos colhidos. MOTIVOS DO CRIME O tráfico de drogas traz para os agentes a possibilidade de lucro fácil. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME As circunstâncias são reprováveis. CONSEQUÊNCIAS EXTRA-PENAS DO CRIME As vítimas Estado e a sociedade em nada contribuíram para a atuação do acusado, uma vez que se busca, constantemente, reprimir o tráfico de drogas. QUANTIDADE DA DROGA 09 (nove) papérolas de cocaína, 11 (onze) tabletes e 200 (duzentos) invólucros de papel alumínio, contendo em seu interior maconha. Pena-base Pela análise das circunstâncias judiciais desfavoráveis, em especial pela quantidade e diversidade das drogas apreendidas, fixo a pena-base do acusado acima do mínimo legal, ou seja, em 07 (sete) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos dias-multa), (...) 2ª fase CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES ( CP, 61 e 65): Não verifico atenuantes ou agravantes. 3ª fase CAUSAS DE DIMINUIÇÃO E CAUSAS DE AUMENTO DA PENA: Quanto a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, insta consignar que tal minorante visa conferir uma proporcionalidade à repressão penal do pequeno traficante, assim concebido o agente que, *ipsis litteris*, "seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". O acusado não é primário e não ostenta bons antecedentes, não preenchendo os requisitos para concessão do benefício. Não há causas de aumento de pena. 4ª fase PENA DEFINITIVA: Aplico, pois, concreta e definitivamente, para PAULO CESAR GALO DOS SANTOS, com relação ao crime tipificado artigo 33 da Lei 11.343/2006, a pena de reclusão de 07 (sete) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, fixando cada dia multa em 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo vigente. DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA A determinação do regime inicial da pena depende de dois fatores: a quantidade de pena fixada (artigo 33, parágrafo 2º, do Código Penal) e as condições pessoais do condenado (artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal). Neste caso, malgrado a gravidade da conduta debitada ao condenado, este deverá cumprir a pena que lhe foi imposta em regime inicialmente fechado. Deixo de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos por entender ser incabível, seja em razão da pena aplicada, seja em razão dos maus antecedentes ostentado pelo sentenciado. LUIS QUEIROZ PEREIRA 1ª fase – CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS (artigo 59, do Código Penal)– (...) CULPABILIDADE – O réu, na oportunidade, tinha capacidade para querer, compreender e entender as circunstâncias do fato e a sua ilicitude. A culpabilidade está presente, não havendo qualquer causa que exclua os elementos que a

integram. Ademais, agiu com culpabilidade normal a espécie, nada tendo a valorar. ANTECEDENTES CRIMINAIS Embora responda a outras ações penais, o sentenciado não ostenta maus antecedentes. CONDOTA SOCIAL Voltada ao crime em razão da habitualidade delitiva. PERSONALIDADE DOS AGENTE Nada a valorar diante dos poucos elementos colhidos. MOTIVOS DO CRIME O tráfico de drogas traz para os agentes a possibilidade de lucro fácil. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME As circunstâncias são reprováveis. CONSEQUÊNCIAS EXTRA PENAIS DO CRIME. As vítimas Estado e a sociedade em nada contribuíram para a atuação do acusado, uma vez que se busca, constantemente, reprimir o tráfico de drogas. QUANTIDADE DA DROGA 09 (nove) papalotes de cocaína, 11 (onze) tabletes e 200 (duzentos) invólucros de papel alumínio, contendo em seu interior maconha. Pena-base Pela análise das circunstâncias judiciais desfavoráveis, em especial pela quantidade e diversidade das drogas apreendidas, fixo a pena-base do acusado acima do mínimo legal, ou seja, em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos dias-multa), (...) 2ª fase – CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E AGRAVANTES ( CP, 61 e 65): Não verifico atenuantes ou agravantes. 3ª fase CAUSAS DE DIMINUIÇÃO E CAUSAS DE AUMENTO DA PENA: Quanto a causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, insta consignar que tal minorante visa conferir uma proporcionalidade à repressão penal do pequeno traficante, assim concebido o agente que, ipso facto, "seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa". Em consulta ao E-saj, é possível verificar que o acusado responde a outra ação penal por crime de homicídio, bem como há elementos que apontam que se dedica a atividades criminosas e integra organização, não preenchendo os requisitos para concessão do benefício. Não há causas de aumento de pena. 4ª fase PENA DEFINITIVA: Aplico, pois, concreta e definitivamente, para LUIS QUEIROZ PEREIRA, com relação ao crime tipificado artigo 33 da Lei 11.343/2006, a pena de reclusão de 06 (seis anos e 06 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, fixando cada dia multa em 1/30 (um trigésimo) do valor do salário mínimo vigente. DO REGIME DE CUMPRIMENTO DA PENA A determinação do regime inicial da pena depende de dois fatores: a quantidade de pena fixada (artigo 33, parágrafo 2º, do Código Penal) e as condições pessoais do condenado (artigo 33, parágrafo 3º, do Código Penal). Neste caso, malgrado a gravidade da conduta debitada ao condenado, este deverá cumprir a pena que lhe foi imposta em regime inicialmente fechado (...)" Como se verifica dos excertos acima transcritos, depreende-se que, inicialmente em relação ao primeiro acusado Paulo Cesar Galo dos Santos, o Magistrado a quo fixou a pena base em 07 (sete) anos de reclusão, 02 (dois) anos acima do mínimo legal, por considerar como desfavoráveis 05 (cinco) vetores, a saber, antecedentes criminais, conduta social, circunstâncias do crime, consequências extra-penais do crime, e a quantidade de entorpecentes apreendidos. Contudo, o exame da valoração negativa atribuída às citadas circunstâncias judiciais revela a utilização de fundamentação inidônea. Com efeito, o Juiz a quo considerou desfavorável o vetor "antecedentes criminais", em virtude da existência de ações penais em curso. Entretanto, não é admissível, para fins de caracterização de "maus antecedentes", condenação criminal sem trânsito em julgado ao tempo da sentença, sobretudo porque se tratava de ação penal em andamento, desconsiderando o verbete sumular n.444, do STJ. No tocante à conduta social, sua valoração desfavorável também deve ser reparada, tendo em vista que, compulsando os autos, não se verifica a existência de fundamentos concretos que demonstrem a inadequação do

comportamento do Recorrente no meio social onde vive (família, vizinhança, trabalho, etc,...). Ressalve-se que para a conduta social do infrator se afigurar como censurável é essencial observar seu comportamento no meio familiar e social em que vive. E, no caso, não há elementos fáticos nos autos que justifique sua reprovação nesse aspecto. À respeito do vetor “circunstâncias do crime”, o Magistrado singular foi extremamente sucinto, apenas conceituando tal vetor como reprovável, sem ao menos discriminar os motivos de seu convencimento, sem levantar evidências factuais. Quanto às “consequências do crime”, o Juiz a quo teceu justificativa equivocada, confundindo a concepção acerca do vetor “consequências do crime” com aquela atribuída ao comportamento da vítima, nos seguintes termos: “As vítimas Estado e a sociedade em nada contribuíram para a atuação do acusado, uma vez que se busca, constantemente, reprimir o tráfico de drogas.” Nesse ponto, o Magistrado não manifestou qualquer justificativa plausível para a valoração negativa, razão pela qual não deve ser considerada para fins de aumento da pena-base. Assim, diante das considerações delineadas, as avaliações desfavoráveis atribuídas às circunstâncias judiciais relativas aos antecedentes criminais, conduta social, circunstâncias do crime e consequências do crime devem ser afastadas. Lado outro, considerando a quantidade de substâncias ilícitas apreendidas (200 invólucros e 11 tabletes contendo maconha, além de 09 papелotes de cocaína), circunstância preponderante sobre os vetores judiciais do art. 59 do Código Penal na fixação da reprimenda, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, deve ser mantida a pena – base no quantum de 07 (sete) anos de reclusão. No que concerne ao réu Luis Queiroz Pereira, a reprimenda basilar restou quantificada em 06 (seis) anos e 06 (seis) meses de reclusão, 01 (um) ano e 06 (seis) meses acima do patamar mínimo, em virtude da avaliação negativa de 04 (quatro) circunstâncias judiciais: conduta social, circunstância do crime, consequências extra-penais do crime, e a quantidade de entorpecentes apreendidos. Dessa análise, como visto alhures, igualmente, considerando a preponderância dos vetores preconizados no art. 42 da Lei n. 11.343/2006 sobre as demais circunstâncias judiciais, a sanção basilar deve permanecer no patamar de 06 (seis) anos e 06 (seis) meses. Na segunda fase da dosimetria, não concorrendo circunstâncias atenuantes, tampouco agravantes, as reprimendas continuam, provisoriamente, no mesmo montante para cada réu. Entretanto, na terceira fase, ao negar a aplicação da causa especial redutora de pena, o Juiz sentenciante assim consignou: Paulo Cesar Galo dos Santos: “O acusado não é primário e não ostenta bons antecedentes, não preenchendo os requisitos para concessão do benefício.” Luis Queiroz Pereira: “Em consulta ao E-saj, é possível verificar que o acusado responde a outra ação penal por crime de homicídio, bem como há elementos que apontam que se dedica a atividades criminosas e integra organização, não preenchendo os requisitos para concessão do benefício.” Conforme visto nos excertos da sentença condenatória, restou decidida a não aplicação do redutor, previsto no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, tendo em vista que os Réus respondiam a outras ações penais, o que indicaria envolvimento com atividades criminosas. Ademais, na r. Sentença há menção sobre a existência de elementos que apontam Luis Queiroz Pereira como integrante de uma organização. Entretanto, não esclarece quais seriam esses elementos, tampouco apresenta fundamentos concretos para respaldar essa afirmação. Outrossim, as premissas sobre as quais se fundaram a negativa de reconhecimento da referida causa de diminuição são omissas quanto à comprovação da supostadedicção dos acusados às incursões delituosas,

além de desconsiderar os parâmetros jurisprudenciais estabelecidos por meio de decisão da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o rito dos recursos especiais repetitivos (Tema 1.139), verbis: “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” Compulsando os autos, não se verifica qualquer elemento concreto que comprove efetivamente a dedicação dos acusados à prática de atividades ilícitas. Em casos pretéritos, é certo que, por muito tempo, vigorou a tese de que as ações penais em curso poderiam ser utilizadas para o afastamento do tráfico privilegiado, como configuração da habitualidade do infrator ao cometimento do ilícito. Todavia, as jurisprudências do STF e do STJ estão pacificadas no sentido de que a existência de ações penais em trâmite, pendentes de definitividade, não constitui motivo hábil para obstar a aplicação da supramencionada causa de diminuição, sob pena de violação do Princípio Constitucional da Presunção da Inocência. Neste sentido: “AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ORDEM CONCEDIDA PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DO REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão agravada. 2. A quantidade e a natureza da droga apreendida não são fatores que, isoladamente, impedem a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006. 3. Diversamente do que ocorre na primeira fase da dosimetria da pena, em que a quantidade e qualidade de drogas são vetores legalmente expressos (art. 42 da Lei 11.343/2006) e, portanto, dispensam maiores digressões, a utilização dessa circunstância na terceira fase só é admitida se constituir um indicativo de não preenchimento de algum dos vetores legalmente elididos. Precedentes. 4. À luz do princípio constitucional da presunção da não culpabilidade, a existência de inquéritos ou ações penais em curso não constitui fundamento válido para afastar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. 5. Agravo regimental desprovido.” (STF, HC 193457 AgR, Órgão julgador: Segunda Turma, Relator (a): Min. EDSON FACHIN, Julgamento: 17/05/2021, Publicação: 07/06/2021 – Grifos do Relator) Grifos nossos “AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Para a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é exigido, além da primariedade e dos bons antecedentes do acusado, que este não integre organização criminosa nem se dedique a atividades delituosas. Isso porque a razão de ser dessa causa especial de diminuição de pena é justamente punir com menor rigor o pequeno traficante. 2. O Supremo Tribunal Federal, por ambas as Turmas, possui o entendimento de que inquéritos policiais e/ou ações penais ainda sem a certificação do trânsito em julgado não constituem fundamento idôneo a justificar o afastamento do redutor descrito no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, em observância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. Ressalva deste relator. 3. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no HC n. 738.048/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 10/6/2022. – Grifos do Relator) Grifos nossos 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. (...) 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.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> 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).<sup>13</sup> 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.) Grifos nossos. Forte em tais razões, diante da recente concepção firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com o Supremo Tribunal Federal, e da necessidade de se uniformizar a interpretação legal, na perspectiva e parâmetros dos precedentes jurisprudenciais, é imperativo a adoção do entendimento no sentido de que ações penais em curso, ou inquéritos policiais em andamento, não possuem idoneidade, para comprovar a habitualidade do agente na prática de crimes. Portanto, no caso dos autos, a minorante do tráfico privilegiado deve ser reconhecida. Nesse viés, à luz da necessária alteração na dosimetria das reprimendas, para fazer incidir a causa de diminuição de pena, tendo em vista o preenchimento dos requisitos legais para concessão da benesse, mostra-se adequado ao caso a redução das penas no percentual de 1/6, considerando a variedade de drogas apreendidas, alto poder viciante da cocaína, e em respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade. Noutro vértice, face ao quantum das penas aplicadas e tendo em vista à análise acerca das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal (art. 33, § 2º, alínea b e § 3º, do CP), fixa-se o regime semiaberto para cumprimento das sanções aplicadas. Outrossim, mantido o quantum da sanções corporais em patamar superior a 4 anos, é inadmissível a substituição das penas privativas de liberdade por restritivas de direitos, pela falta do preenchimento do requisito objetivo (art. 44, I,



do Código Penal). Dessa forma, de rigor a reforma parcial da r. sentença, para, mantida as condenações, redimensionar a pena imposta a Paulo Cesar Galo dos Santos para 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime semiaberto, com pagamento de 413 (quatrocentos e treze) dias-multa; bem como fixar definitivamente a reprimenda de Luiz Queiroz Pereira para 5 (cinco) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime semiaberto, acrescida do pagamento de 413 (quatrocentos e treze) dias-multa. Por derradeiro, quanto ao pleito de realização da detração, conforme destacado pelo Juiz singular no bojo da sentença condenatória, “não há prisão preventiva decretada nestes autos”, logo, a ausência de evidências de que os Réus foram submetidos a prisão preventiva esvazia a pretensão de aplicação da detração penal. Ex positis, o voto é no sentido de CONHECER e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso de Apelação, para redimensionar a pena imposta a Paulo Cesar Galo dos Santos para 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime semiaberto, com pagamento de 413 (quatrocentos e treze) dias-multa; bem como, fixar definitivamente a reprimenda de Luiz Queiroz Pereira para 5 (cinco) anos e 5 (cinco) meses de reclusão, em regime semiaberto, acrescida do pagamento de 413 (quatrocentos e treze) dias-multa. Salvador/BA, data registrada no sistema. Des. Jefferson Alves de Assis – 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator