

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000710-95.2023.8.05.0248 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOSE ROBERTO SANTOS ALMEIDA Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006). RECORRENTE SENTENCIADO A CUMPRIR A PENA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, ACRESCIDA DO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS MULTA. RECURSO NDA DEFESA. APREENSÃO DE 14 (QUATORZE) PEDRAS DE COCAÍNA, 19 (DEZANOVE) TROUXINHAS DE MACONHA. RECURSO DA DEFESA. PRELIMINARES. I. NULIDADE PROCESSUAL. PROVAS OBTIDAS MEDIANTE PROCEDIMENTO ILEGAL DE BUSCA PESSOAL. REJEIÇÃO. JUSTA CAUSA. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS SUSPEITAS DA PRÁTICA DE CRIME EM CURSO, NOS MOLDES PRECONIZADOS NO ART. 240 E ART. 244, DO CPP. PRESCINDIBILIDADE DE MANDANDO JUDICIAL DE BUSCA E APREENSÃO. CONDENAÇÃO BASEADA EM PROVAS LÍCITAS. II. REVOGAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. MANTIDOS HÍGIDOS OS MOTIVOS QUE ENSEJARAM A DECRETAÇÃO DA PRISÃO DO CONDENADO, E RESTANDO PRESENTES OS REQUISITOS DO ARTIGO 312, DO CPP, SENDO, ALÉM DISSO, INSUFICIENTES AS MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS DA PRISÃO, COMO SE INFERE DO DECRETO DE PRISÃO PREVENTIVA (ID 369289668, DOS AUTOS DE ORIGEM), VIÁVEL A EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA NO REGIME DEFINIDO NA SENTENÇA, E ORA RATIFICADO (REGIME SEMIABERTO). NÃO SENDO CASO DE SE DEFERIR O PLEITO DE RECORRER EM LIBERDADE. ATÉ PORQUE, TENDO O RÉU RESPONDIDO PRESO TODO O PROCESSO, MOSTRA-SE INCOERENTE A CONCESSÃO DE SOLTURA NESTE MOMENTO, APÓS A PROLAÇÃO DE SENTENÇA CONDENATÓRIA, ONDE DETERMINADA A NECESSIDADE DE MANUTENÇÃO DA SEGREGAÇÃO. III. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA CABALMENTE DEMONSTRADOS. ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO ROBUSTO E CONTUNDENTE. MANUTENÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. IV. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006, EM RAZÃO DA EXISTÊNCIA DE AÇÕES PENAIIS EM CURSO. INDICAÇÃO DE DEDICAÇÃO DO AGENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. FUNDAMENTAÇÃO INVÁLIDA. A EXISTÊNCIA DE INQUÉRITOS E DE AÇÕES PENAIIS EM CURSO, PENDENTES DE DEFINITIVIDADE, NÃO CONSTITUI MOTIVO HÁBIL PARA OBSTAR O RECONHECIMENTO DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, SOB PENA DE VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DA INOCÊNCIA. PRECEDENTES STF E STJ. RECURSO PROVIDO PARCIALMENTE. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal, tombada sob o nº 8000710-95.2023.8.05.0248, proveniente do Juízo de Direito da 2ª Vara dos Feitos Criminais, Infância e Juventude da Comarca de Serrinha-BA, em que figuram como apelante José Roberto Santos Almeida, e como apelado o Ministério Público do Estado da Bahia. ACORDAM os Eminentíssimos Desembargadores integrantes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em conhecer do Recurso de Apelação e CONCEDER PARCIAL PROVIMENTO ao apelo, consoante os termos do Voto do Desembargador Relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 19 de Setembro de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000710-95.2023.8.05.0248 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOSE ROBERTO SANTOS ALMEIDA Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação Criminal interposto contra a Sentença (Id. 55711988) por meio da qual a Mma. Juíza de Direito da 2ª Vara dos Feitos

Criminais, Infância e Juventude da Comarca de Serrinha-BA, que julgou procedente o pedido formulado na denúncia, e condenou José Roberto Santos Almeida ao cumprimento da pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial fechado, com pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, por reconhecida infração ao art. 33, caput, da Lei nº 11343/2006. Inconformada com a sentença penal condenatória, preliminarmente, a Defesa do apelante busca a nulidade das provas obtidas mediante procedimento ilegal de busca pessoal, sem a devida ordem judicial. Postula a concessão do direito de recorrer em liberdade. No mérito, pleiteia a absolvição do recorrente em face da ausência de suporte probatório mínimo para subsidiar a condenação, com fundamento no art. 386, inc. II e VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, pugna pela aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Em sede de contrarrazões, o Órgão Ministerial rebate todas as pretensões do apelante e pugna pela manutenção da Sentença em sua integralidade. Ao subirem os autos a esta instância, opinou a douta Procuradoria de Justiça pelo provimento parcial do recurso de apelação, favorável à aplicação da minorante do tráfico privilegiado. Distribuídos os autos à Segunda Câmara Criminal, coube-me o múnus da Relatoria. Vindo-me conclusos, lanço o presente relatório, submetendo-o à análise do (a) eminente Desembargador (a) Revisor (a), em atendimento à redação do art. 166, I, do RI/TJBA. É o relatório. 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. 8000710-95.2023.8.05.0248 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOSE ROBERTO SANTOS ALMEIDA 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. 1- Dos Fatos. Narra a denúncia que: “No dia 28 de fevereiro de 2023, por volta das 09h45, no Bairro dos Treze, no município de Serrinha/BA, o Denunciado trazia consigo drogas ilícitas, tipo maconha e cocaína, para fins de mercancia, quando foi flagrado pela ação policial. Segundo se apurou, no dia 28.02.2023, a guarnição da Polícia Militar realizava rondas pelo bairro dos Treze, momento em que os policiais avistaram 06 homens sentados em frente a uma construção, próximo a praça principal, e foram abordá-los, um deles sacou uma arma de fogo, atirou, e todos saíram correndo. Os policiais perseguiram os indivíduos, todavia só conseguiram alcançar o Denunciado. Ato contínuo, ao perceber que seria alcançado pelos policiais, o Denunciado se desfez de uma sacola que tinha nas mãos. Nesta sacola, foram encontrados trouxas de cocaína, trouxas de maconha, sacos para embalar droga, 01 celular e R\$ 170,00 em espécie. Ao ser abordado, o Denunciado se apresentou com um nome falso, porém, foi reconhecido pelos policiais e acabou informando o nome verdadeiro. Em seguida, o Denunciado foi encaminhado para a delegacia junto com os objetos encontrados em sua posse, e foi lavrado o auto de prisão em flagrante. O material apreendido foi encaminhado para a perícia, as substâncias entorpecentes apreendidas referem-se a substância em pedra de coloração esbranquiçada, separada em 14 (quatorze) trouxinhas, acondicionadas em invólucro plástico, pesando 39g (trinta e nove gramas), resultando positivo para cocaína, e erva pardo esverdeada fragmentada e prensada, separada em 19 trouxinhas, acondicionada em invólucro plástico, pesando 478g (quatrocentos e setenta e oito gramas), resultado positivo para maconha, conforme laudo de exame pericial nº 2023 15 PC 000358-01.(...)” Transcorrida a instrução criminal

sobreveio a sentença condenatória, na qual a Magistrada singular julgou procedente a denúncia, para condenar José Roberto Santos Almeida a cumprir pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, com pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, por infração ao art. 33, caput, da lei nº 11343/2006. Eis o contexto fático que deu ensejo à interposição do presente recurso de Apelação. 2. Do direito de recorrer em liberdade. Inicialmente, o Recorrente pleiteia o direito de recorrer em liberdade. Todavia, cabe ressaltar que mantidos hígidos os motivos que ensejaram a decretação da prisão do condenado, nos termos do artigo 387, § 1º, do CPP, restando presentes os requisitos do artigo 312, do mesmo diploma legal, sendo, além disso, insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão, como se infere do Decreto de prisão preventiva (ID 369289668, dos autos de origem), viável a execução provisória da pena no regime definido na sentença, e ora ratificado (semiaberto). Não sendo, portanto, caso de se deferir o pleito de recorrer em liberdade, sobretudo em face do reiterado envolvimento do recorrente em eventos criminosos, como bem justificou a magistrada a quo, no corpo da sentença: “(...) NEGO ao réu o direito de recorrer em liberdade, como já mencionado, o réu não saiu da senda criminosa, respondendo por tráfico, homicídio e receptação. (...)” (ID: 55711988 – Pág. 10). Ademais, há que se considerar que tendo o réu respondido preso todo o processo, mostra-se incoerente a concessão de soltura neste momento, após a prolação de sentença condenatória, onde determinada a necessidade de manutenção da segregação. Assim, diante das particularidades já relatadas, a fundamentação esposada pelo juízo sentenciante se apresenta escorregadia e com lastro no constante dos autos, razão pela qual não merece acolhimento a insurgência recursal neste ponto. 3. Da nulidade processual. Provas obtidas mediante procedimento ilegal de busca pessoal. A preliminar de nulidade das provas angariadas no curso da prisão em flagrante do réu, as quais a Defesa técnica reputa ilegais, foi devidamente enfrentada na sentença, oportunidade em que a Mma. Juíza a quo destacou que a revista pessoal se justificou em razão da prática do crime de tráfico de drogas na modalidade “trazer consigo”. Confirmam-se os fundamentos utilizados pela i. sentenciante, in verbis: “(...) De início, faço a análise da preliminar aventada pela Defesa de ilegalidade da busca pessoal realizada no agente, o que resultaria na ilicitude da prova extraída pela diligência policial e pelo mesmo ter sido forjado. (...) Acerca do standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no seguinte sentido: “Exige-se, em termos de standard probatório para busca pessoal ou veicular sem mandado judicial, a existência de fundada suspeita (justa causa) – baseada em um juízo de probabilidade, descrita com a maior precisão possível, aferida de modo objetivo e devidamente justificada pelos indícios e circunstâncias do caso concreto – de que o indivíduo esteja na posse de drogas, armas ou de outros objetos ou papéis que constituam corpo de delito, evidenciando-se a urgência de se executar a diligência.” (RHC n.158.580/BA, relator Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 19/4/2022, DJe 25/4/2022.) No caso dos autos, as declarações das testemunhas de acusação foram coesas no sentido de que o réu estava com a mochila e o material dentro da mesma. Desse modo, entendo por satisfeito a atuação policial neste caso, uma vez presentes circunstâncias fáticas plausíveis e reais que justificam a abordagem e busca pessoal realizada no réu. As circunstâncias do caso concreto e os indícios – local conhecido pela prática do tráfico de drogas; a objetividade na avaliação – fuga; e o juízo de probabilidade – a junção

dos aspectos anteriormente mencionados. Tampouco foi demonstrada qualquer intenção de perseguição ao acusado, não sendo razoável presumir que os policiais tenham forjado o flagrante a fim de prejudicar pessoas que não era conhecida (não houve a criação de uma conduta), sujeitando-se às graves penas cominadas ao delito e correndo o risco de serem presos e perderem a farda. O delito de tráfico de entorpecente consuma-se com a prática de qualquer umas das dezoito ações identificadas no núcleo do tipo, todas de natureza permanente que, quando preexistentes à atuação policial, legitimam a prisão em flagrante, sem que se possa falar em flagrante forjado ou preparado. Por tudo isso, rejeito a preliminar aventada pela Defesa. (...)." Efetivamente, consoante preceitua o art. 302, inciso I, do Código de Processo Penal, se reputa em flagrante delito aquele que "está cometendo a infração penal". Por sua vez, o art. 303 do referido Código estabelece que nas infrações permanentes entende-se o agente em flagrante delito enquanto não cessar a permanência, situação em que a consumação se estende no tempo, e conseqüentemente o flagrante também se prolonga no tempo. É a hipótese dos autos. No caso em tela, consta que os policiais militares realizavam ronda em uma localidade sabidamente de acentuada movimentação de tráfico de drogas. Quando os policiais se aproximavam de um grupo de 06 (seis) homens reunidos na via pública, ecoou um estampido oriundo do disparo de uma arma de fogo. Momento em que o grupo se dispersou, em desabalada correria. Nesse contexto, já existiam fundadas suspeitas da prática de crime em andamento, motivando a perseguição policial para captura de infratores. No entanto, a guarnição conseguiu alcançar apenas um dos indivíduos, o qual dispensara no caminho uma sacola, contendo 14 (quatorze) pedras de cocaína, 19 (dezanove) trouxinhas de maconha. Acerca da busca pessoal, preconizam o art. 240 e art. 244, do CPP, in verbis: "Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal. § 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para: a) prender criminosos; b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos; c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos; d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso; e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu; f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato; g) apreender pessoas vítimas de crimes; h) colher qualquer elemento de convicção. § 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f, e letra h do parágrafo anterior". "Art. 244. A busca pessoal independe de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar". Nesse sentido, a teor dos referidos dispositivos, depreende-se que, diante das circunstâncias, de fato, a ação policial resultou de fundada suspeita de que o agente estivesse em posse de objeto ilícito, prescindindo de mandado judicial, pois alicerçada sob motivação legítima. Desse modo, configurado o flagrante do crime de tráfico de drogas na modalidade "trazer consigo", não há que se falar em ilegalidade da prisão. Preliminar rejeitada. 4. Do pleito absolutório. Não merece acolhimento o pleito absolutório. 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 do réu pelo delito de tráfico ilícito de

drogas. Com efeito, o acusado foi preso em flagrante, trazendo consigo drogas diversas: 14 trouxinhas de cocaína (39 g); 19 buchas de maconha (478 g); em local conhecido por intensa atividade de narcotraficância. Na espécie, a materialidade do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 encontra-se cabalmente comprovada nos autos pelo Auto de Exibição e Apreensão (APF Nº 10381/2023) – Boletim de Ocorrência n. 00133461/2023-A01 (ID 55711088); Laudo de Exame Pericial N.2023 15 PC 000358-01, registrando que após análise das substâncias apreendidas, obteve-se resultado positivo para cocaína e maconha, substâncias psicotrópicas de uso proscrito no Brasil e constantes das listas F-2 e F-1 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 (José Genivaldo, Tiago Bacelar, Ivo Batista Santos, e Yuri Gomes), que culminou na prisão em flagrante do apelante e na apreensão dos entorpecentes, todos uníssomos ao reproduzirem as circunstâncias das prisões de maneira clara, detalhada firme e coincidente, conforme evidenciado nas transcrições de seus depoimentos extraídos da sentença, por estarem fidedignas às gravações da prova oral (ID 55711988): SD PM JOSÉ GENIVALDO: "Estava em ronda quando chegou próximo a praça, visualizou os indivíduos e logo em seguida houve um disparo de arma de fogo e eles começaram a correr; Visualizou JOSÉ ROBERTO com uma sacola, correndo e adentrando uma construção, pulou alguns terrenos baldios, quintais e os policiais que estavam na frente conseguiram pegar ele e no itinerário encontrei a sacola com a droga; Depois fez uma varredura no local e encontramos alguns celulares; Ele se identificou com um vulgo e depois falou outro; As drogas estava em uma sacola; Tinha maconha e cocaína; Tinha petecas e dinheiro; Não conhece o acusado nem tem informação da conduta dele; Ele "fugou" com aquela sacola; Tinha aproximadamente 06 pessoas; Como eles correram para várias direções, acabei focando nele (José Roberto); O disparo de arma de fogo foi por alguma dessas pessoas, não viu a arma, só o estampido; Viu duas pessoas correndo em direção a uma baia e ZÉ ROBERTO; Os quatro policiais foram em direção a ZÉ ROBERTO; Tinha outra guarnição; Não foi apreendida arma nessa diligência; Não foi apresentada a cápsula de munição; Trabalha em forma de plantão; Quando encontrou, ele já estava algemado e não sabe se ele esboçou resistência; Não percebeu que ele estava machucado." TEN PM TIAGO BACELAR: "O bairro dos TREZE é bem conhecido como tráfico de drogas; Estava passando pelo bairro e tem algumas construções ali e uma grande quantidade de pessoas e quando se aproximou com a viatura, foi feito apenas um disparo e cada um correu para o lado; Salvo engano os dois patrulheiros estavam na frente da gente e foram para determinado local; Eu e o Cabo Nivaldo fomos para outra direção; Quando eles retornaram somente retornaram com esse custodiado; Enxergaram ele com a sacola; Chegaram outra guarnição quando tem disparo e encontraram celulares; Ele deu outro nome e um policial que chegou da outra guarnição relatou que ele (o réu) estava em outro evento no dia de ontem; O material foi encontrado dentro da mochila; Ele saiu correndo e viu ele saindo com a mochila; Viu ele saindo com a mochila; Salvo engano tinha cocaína, celular e dinheiro, mas não se recorda a quantidade; Não conhecia o acusado; O que sabe da outra ocorrência é informe de haver drogas nesse ônibus e os policiais fizeram a abordagem e que um ou dois tinha sido preso por dispensar drogas; Era a única mochila no meio dos seis, foi a que estava com ele; Não tinha uma segunda ou terceira mochila, mas não estava no momento da prisão dele em

si; Ele e outro correram para dentro de uma casa (construção); Foi em direção ao matagal; Como era construção tinha várias aberturas; Não viu arma de fogo; Não teve contato com a guarnição anterior; Tinha denúncia de que havia drogas dentro do ônibus; Acredita que teve abordagem no ônibus; Um policial identificou que ele era a pessoa do dia anterior.” SD PM IVO BATISTA SANTOS: “Avistaram meia dúzia de indivíduos e ao avistarem a polícia, efetuaram disparo e começaram a correr; Avistamos JOSÉ ROBERTO com um embrulho em mãos; Ele soltou o embrulho e a gente conseguiu alcançá-lo; No embrulho tinha drogas, cocaína e maconha; Estava fracionado em trouxas; Ele havia liberado antes e os colegas mais atrás recolheram esse embrulho; Eu e o colega visualizamos o embrulho e fomos direção a ele; Não conhecia o acusado; Ele citou outro nome; Ele estava com um embrulho, uma sacola em mãos; Foi encontrado com ele celular; Não sabe dizer as características das outras pessoas; Outra guarnição estava com a gente; Como estava à frente, não sabe a direção que eles tomaram; Não visualizou quem estava com a arma; Não foi apreendida arma de fogo”. Policial YURI GOMES: “que começaram a ir cada um para um canto, e como é cheio de casa, cheio de mato, começaram a se espalhar; que viram o acusado correndo com uma sacola e depois soltou, e ele foi alcançado; que algum componente da guarnição que pegou a sacola, acredita que o Cabo Genivaldo ou o Tenente Bacelar; que na sacola tinham drogas, aparentemente maconha ou cocaína; que era maconha e cocaína”. A despeito do réu negar a propriedade das drogas, diante do quadro delineado, impossível afastar a validade dos testemunhos prestados pelos policiais, porque tais provas se mostram coerentes com os demais elementos colhidos ao longo da instrução processual. Ademais, não se demonstrou que os policiais tivessem razões próximas ou remotas para se unirem, e, deliberadamente, imputar a prática de um crime para o recorrente. As declarações dos policiais se mostraram precisas, uniformes e convincentes, sem se furtarem ou se esquivarem dos questionamentos a eles direcionados em juízo. Nesse contexto, as afirmações e as descrições por eles ofertadas revelaram-se coesas e plenamente críveis. Importa observar que a ação policial dos agentes públicos se revestiu de legalidade, pois não há nos autos nenhuma comprovação concreta de irregularidade, ou da alegada tortura que tenha fundamento a ponto de mudar o quadro formado. Assim, refuta-se a tese de absolvição, uma vez que os elementos probatórios constantes nos autos conferem a certeza da responsabilidade do acusado pelo delito de tráfico ilícito de drogas e, não consta do caderno processual qualquer dado apto a sustentar realística e objetivamente a negativa de autoria, de modo a macular as evidências de sua conduta criminoso.

5. Dosimetria.

Redimensionamento da pena. Da aplicação do redutor de pena relativo ao tráfico privilegiado. Na terceira fase da dosimetria a Juíza a quo decidiu por não reconhecer a causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Inobstante a r. decisão, levantada em face da existência de processos criminais em andamento contra o recorrido, a matéria já restou pacificada nas jurisprudências do STF e do STJ, no sentido de que a existência de inquéritos e 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. Por oportuno: “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”. (Tema 1.139, do STJ)

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. 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.<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. À mercê de tais considerações, não há como desconsiderar a aplicabilidade da benesse legal no caso em análise. Com efeito, considerando que não havia condenação criminal definitiva em desfavor do acusado, resta inviável o afastamento do redutor sem a demonstração de evidências concretas da dedicação do acusado à prática de atividades ilícitas. Forte em tais razões, diante da 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, no caso dos autos, deve ser aplicado o redutor de pena, previsto no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006. Assim, considerando a quantidade, diversidade e natureza das drogas apreendidas sob o poder do recorrente, readéqua-se a pena na fração de 1/6, tornando-a definitiva em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, devendo o Juízo da execução realizar eventual detração penal. 6. Da restituição do bem apreendido. Por fim, nas razões recursais a Defesa requereu a restituição da quantia de R\$ 170,00 (cento e setenta reais), apreendida na sacola que fora dispensada pelo réu, junto com os entorpecentes, quando da sua prisão em flagrante. O pleito não merece acolhimento. Restou demonstrado nos autos que a apreensão da referida quantia se deu no mesmo contexto da localização das drogas, sem comprovação concreta da origem lícita do dinheiro, de modo que, acertadamente, a Juíza a quo decretou o perdimento da quantia em favor da União, nos seguintes termos: "(...) Diante da prova produzida sob o crivo do contraditório, acima analisada, com fundamento no art. 62 e 63, da Lei nº 11.343/2006, do Código Penal, DECRETO o perdimento do valor apreendido (id. 373263661), com o réu em favor da União, que deve ser destinado ao FUNAD, observando-se o procedimento especificado no § 4º do referido dispositivo legal." O perdimento de valores manejados no âmbito da prática do crime de tráfico de drogas é efeito decorrente da condenação, previsto no parágrafo único, do artigo 243, da Constituição Federal, o qual determina o confisco de "todo e qualquer bem de valor econômico apreendido em decorrência do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins". Nessa mesma toada, a Lei n. 11.343/06, no artigo 63, também dispõe sobre o perdimento de bens ou objetos utilizados para a prática do crime de tráfico: "Art. 63. Ao proferir a sentença, o juiz decidirá sobre: I – o perdimento do produto, bem, direito ou valor apreendido ou objeto de medidas assecuratórias; e (Incluído pela Lei nº 13.840, de 2019) (...) §

1º Os valores apreendidos em decorrência dos crimes tipificados nesta Lei e que não forem objeto de tutela cautelar, após decretado o seu perdimento em favor da União, serão revertidos diretamente ao Funad.” Em conclusão, diante do contexto em que foi apreendido o dinheiro, o perdimento da quantia em favor da União deve ser mantido, o que, por conseguinte, inviabiliza a restituição pleiteada. 7. Dispositivo. Diante do exposto, o Voto é no sentido de CONCEDER PROVIMENTO PARCIAL ao recurso de apelação, tão somente em relação à aplicação do redutor relativo ao tráfico privilegiado, mantendo-se a sentença condenatória recorrida em seus demais termos. Salvador/BA, (data registrada no sistema). Des. Jefferson Alves de Assis – 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator