

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8009186-43.2021.8.05.0103 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOÃO EDUARDO VALADARES NETO Advogado (s): LAURA ADRIANA VIEIRA MOTA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO EMENTA APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NÃO ACOLHIMENTO. MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS DEMONSTRADAS. PLEITO ABSOLUTÓRIO. INSUBSISTENTE. PROVA SUFICIENTE. DOSIMETRIA. RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PENA REDUZIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Cuida-se de RECURSO DE APELAÇÃO, interposto contra sentença proferida pelo MM. Juízo de Direito da 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE ILHÉUS/BA, por meio da qual foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, negado o direito de recorrer em liberdade. II – Consta da denúncia que “[...] no dia 1º de dezembro de 2021, por volta das 10h, em via pública, na Rua São José, no Alto da Gamboa, Bairro da Conquista, nesta cidade e Comarca de Ilhéus, o denunciado trazia consigo, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de comercialização, um tubo plástico contendo 85 (oitenta e cinco) pedras da droga popularmente conhecida por “crack”, derivada da cocaína, pesando 4,183g (quatro gramas e cento e oitenta e três miligramas), além da quantia de R\$ 20,00 (vinte reais)”. III – PRELIMINAR: O direito de aguardar em liberdade não deve ser concedido, na medida em que os fundamentos que sustentaram a prisão preventiva do apelante, durante toda a instrução criminal, restam inalterados, pelo que não se observa qualquer fato inovador que permita a modificação do juízo de necessidade da custódia preventiva, conforme acertadamente motivado pelo magistrado sentenciante. Ademais, restou determinada a adequação da preventiva ao regime semiaberto imposta na sentença. IV – MÉRITO: A materialidade delitiva é irretorquível, porquanto devidamente evidenciada, por meio das evidências coligidas, sobretudo o Auto de Prisão em Flagrante, o Auto de Exibição e Apreensão e o Laudo de Exame Pericial Provisório e Definitivo, que demonstram a natureza proscribida da substância presente (cocaína) no material apreendido. A autoria delitiva, de igual sorte, é revelada nos depoimentos colhidos durante a fase inquisitorial, corroborados durante a instrução, que não só demonstram o protagonismo delituoso do réu no presente episódio, mas apontam para a sua atuação reiterada na prática de delitos. V – Em relação à dosimetria, a pena definitiva restou fixada no patamar mínimo legal, e postula-se o reconhecimento do tráfico privilegiado, em relação ao qual não foi articulado qualquer exame específico pelo Juízo a quo. No caso, é impositivo observar a Tese firmada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento ocorrido no dia 10/08/2022, Tema Repetitivo 1139, afetados os Recursos Especiais n. 1.977.027/PR e 1977.180/PR, ambos da Relatoria da i. Ministra Laurita Vaz, no sentido de que “É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do artigo 33, parágrafo 4º da lei 11.343/2006”. VI – Integra os fundamentos da Tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, a compreensão lançada pelo Superior Tribunal de Justiça de que a “dedicação a atividades criminosas [...] pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo [...]”. Assim, malgrado não tenha condenação transitada em julgado, razão pela qual beneficia-se da redutora aqui implementada, os demais elementos dos autos – inclusive a

quantidade de droga acondicionada para comercialização –, para além dos registros anteriores, revelam a imersão do acusado na criminalidade, o que o diferencia daqueles agentes criminosos que são flagrados em circunstâncias efetivamente isoladas, tendentes a demonstrar a ausência de claudicância delituosa. VII – Forçoso, portanto, que seja reconhecido em benefício do acusado a incidência do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, com implementação na proporção redutora de 1/6, de maneira que a pena definitiva resta estabilizada em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mantido o regime inicial semiaberto para cumprimento da reprimenda, tal como fixado pelo Juízo sentenciante, cuja motivação para não promover a substituição por restritiva de direitos mantém-se incólume.

RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO APC. 8009186-43.2021.8.05.0103 – Ilhéus/BA

RELATOR: DES. ESERVAL ROCHA

Relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 8009186-43.2021.8.05.0103 da Comarca de Ilhéus/BA, com recurso interposto por JOÃO EDUARDO VALADARES NETO, em que apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, na forma do relatório e do voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Sala das Sessões, data constante da certidão eletrônica de julgamento. Desembargador Eserval Rocha Presidente/Relator

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 11 de Abril de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8009186-43.2021.8.05.0103 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOÃO EDUARDO VALADARES NETO Advogado (s): LAURA ADRIANA VIEIRA MOTA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO I – Cuida-se de RECURSO DE APELAÇÃO, interposto por JOÃO EDUARDO VALADARES NETO, em irresignação contra sentença proferida pelo MM. Juízo de Direito da 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE ILHÉUS/BA, por meio da qual foi condenado pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006. A denúncia veicula a seguinte narrativa (ID 37741079): [...] no dia 1º de dezembro de 2021, por volta das 10h, em via pública, na Rua São José, no Alto da Gamboa, Bairro da Conquista, nesta cidade e Comarca de Ilhéus, o denunciado trazia consigo, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para fins de comercialização, um tubo plástico contendo 85 (oitenta e cinco) pedras da droga popularmente conhecida por “crack”, derivada da cocaína, pesando 4,183g (quatro gramas e cento e oitenta e três miligramas), além da quantia de R\$ 20,00 (vinte reais). Segundo o apurado, na data acima apontada, policiais militares realizavam ronda de rotina no Alto da Gamboa, quando avistaram um grupo de pessoas que, de imediato, ao perceber a presença da guarnição, empreendeu fuga. Os milicianos lograram deter o denunciado que adentrou no mato e procederam à revista pessoal encontrando em poder do indiciado o tubo plástico contendo as pedras de “crack” e o dinheiro. Preso em flagrante delito, e, inquirido pela autoridade policial, o indiciado negou a propriedade da droga apreendida. Finalizada a instrução, o réu foi condenado à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, negado o direito de recorrer em liberdade. Em suas razões, o apelante postula a absolvição, ao argumento da fragilidade das provas da autoria delitiva. Subsidiariamente, pede o reconhecimento do tráfico privilegiado, a substituição da pena privativa de liberdade por

restritiva de direitos e o direito de recorrer em liberdade (ID 37741199). Em contrarrazões, o Ministério Público pugna pelo desprovemento do recurso (ID 37741203). A Procuradoria de Justiça exarou manifestação no sentido do conhecimento e provimento parcial do apelo, “para que sejam acolhidos somente os pedidos de aplicação da causa especial de diminuição de pena (art. 33, § 4º, Lei 11.343/06), substituição da pena privativa de liberdade em restritiva de direito e concessão do direito de recorrer em liberdade” (ID 38321202) Examinados, lancei este relatório e submeti o processo ao Exmo. Desembargador Revisor. É o relatório. Salvador/BA, data registrada no sistema. Desembargador Eserval Rocha Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8009186-43.2021.8.05.0103 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOÃO EDUARDO VALADARES NETO Advogado (s): LAURA ADRIANA VIEIRA MOTA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO II – Trata-se, como visto, de apelação em que postulada a absolvição, ao argumento da fragilidade das provas da autoria delitiva. Subsidiariamente, pede-se o reconhecimento do tráfico privilegiado, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e recorrer em liberdade. PRELIMINARES II.1 Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do apelo. Conquanto não articulado nesta ordem, impõe-se, em razão da natureza, a análise do pleito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado, que, no caso, não deve ser acolhido, na medida em que os fundamentos que sustentaram a prisão preventiva do apelante, durante toda a instrução criminal, restam inalterados, pelo que não se observa qualquer fato inovador que permita a modificação do juízo de necessidade da custódia preventiva, conforme acertadamente motivado pelo magistrado sentenciante. Ademais, restou determinada a adequação da preventiva ao regime semiaberto imposta na sentença. Afasto a preliminar. MÉRITO II.2 A materialidade delitiva é irretorquível, porquanto devidamente evidenciada, por meio das evidências coligidas, sobretudo o Auto de Prisão em Flagrante (ID 37741083, fl. 01/06), Auto de Exibição e Apreensão (ID 37741083, fl. 14) e o Laudo de Exame Pericial Provisório e Definitivo (ID 37741083, fl. 16 e ID 37741114), que demonstram a natureza proscribida da substância presente (cocaína) no material apreendido. A autoria delitiva, de igual sorte, é revelada nos depoimentos colhidos durante a fase inquisitorial, corroborados durante a instrução, que não só demonstram o protagonismo delituoso do réu no presente episódio, mas apontam para a sua atuação reiterada na prática de delitos. Veja-se os seguintes recortes: SD/PM Erinaldo Barreto Souza Que já havia prendido o réu em duas outras vezes, uma por posse de arma de fogo e outra por tráfico de drogas na mesma localidade; que essa foi a terceira prisão dele; que estavam em incursão no Alto da Gamboa e avistaram um grupo de elementos em local no qual ocorre sempre tráfico de drogas; que esses 3 ou 4 elementos perceberam a presença da Polícia a fugiram, mas conseguiram prender o réu com um vaso contendo acima de 80 pedras de crack; que prenderam e levaram para a Delegacia; que a busca pessoal foi feita pelo soldado Joelson; que salvo engano, a droga estava no bolso do réu; que o réu chegou a correr também; que o réu disse que não conhecia as outras pessoas que correram; que o réu lesionou os pés porque ele correu por fundos de quintais nos quais haviam alvenaria e mato também, e acabou lesionando os pés; que não se recorda se tiveram que levar o réu ao posto de saúde; que as outras prisões dele não são em tempo muito distante; que acredita que há um intervalo de cerca de um ano entre as prisões; que é conhecido como Neto; que correram atrás de

todos mas conseguiram prender somente o acusado; que o Réu estava mais perto e o local que escolheu para correr era mais difícil para fugir. SD/PM Samir Araújo Santos Bueno Que fizeram a incursão no Alto da Gamboa e viram 4 pessoas que quando viram a guarnição, empreenderam fuga; que conseguiram prender o réu com pedras de crack e uma quantia em dinheiro; que o elemento feriu porque entrou no mato antes de ser alcançado pela Guarnição e precisou ser levado para a UPA para ser atendido; que a quantidade de crack era considerável; que apreenderam um pouco de dinheiro com o réu também; que foi o soldado Joelson quem fez a revista e encontrou o crack na cintura do réu, em um "tubete"; que todos correram para a direção da mesma mata mas somente conseguiram alcançar o réu; que há uns meses já tinha prendido o acusado pelo porte de arma de fogo; que não sabe informar se o réu já tinha sido preso por tráfico; que a revista foi feita pelo soldado Joelson; que há uns meses já tinha prendido o acusado pelo porte de arma de fogo; que não sabe informar se o réu já tinha sido preso por tráfico [...]"

SD/PM Joelson de Jesus Gomes Que já havia prendido o réu antes pelo mesmo crime; que no dia dos fatos estavam em ronda pelo local e avistaram um grupo que correu quando viram os Policiais; que o réu tentou fugir por uma área acidentada mas acabou sendo alcançado e preso; que apreenderam com o réu um tubo contendo pedras de crack mas não se recorda a quantidade; que a quantidade de drogas apreendida era considerável, grande; que foi o próprio depoente quem fez a revista pessoal no réu e apreendeu com ele uma quantia em dinheiro que acha que foi vinte reais; que o réu desceu um banco escorregando e acabou se machucando; que as outras pessoas que estava no grupo fugiram para uma área diferente e o que ficou mais próximo foi o réu e por isso o perseguiram primeiro; que não conseguiram identificar as pessoas que correram e o réu não disse quem eram; que chegaram a levar o réu para o posto médico antes de levar para a Delegacia, para tratar os ferimentos nele; que a droga foi apreendida no corpo dele e até ficaram impressionados de o réu ter fugido por um local tão acidentado e ainda ter sido preso com a droga junto ao corpo dele; que não se recorda se levaram o réu antes para a Delegacia e depois para a UPA ou vice-versa."

O acusado, como sói ocorrer, nega a prática delituosa, afirma que "não estava com drogas quando foi preso; que estava apenas retirando barro que caiu; que ouviu tiros, ficou com medo e pulou onde estava e viu um monte de menino correndo e ficou parado [...]" e apresenta testemunhas que prestaram depoimentos direcionados a corroborar a versão por ele apresentada, todavia marcados por inverossimilhança, sobretudo em decorrência da força probatória das demais evidências coligidas. Seguem os recortes: GISLANE LIMA DOS SANTOS Que conhece o réu do bairro e tem amizade com ele pois sempre o via no bairro; que viu o momento no qual o réu foi preso; que no dia dos fatos o réu estava tirando entulho porque caiu um barranco por causa da chuva; que o réu correu porque se assustou com os Policiais porque ele recentemente ele tinha levado um tiro; que o réu foi baleado na rua mesmo e não souberam quem o atingiu; que não sabe quantos dias o réu passou no Hospital; que o réu correu sozinho e não junto com os outros rapazes que estavam no local; que não viu se os policiais acharam drogas com o réu pois não viu a revista pessoal; que sempre viu o réu trabalhando de ajudante de pedreiro, pintor e nunca soube de envolvimento dele com tráfico de drogas e não sabe dizer se o réu já tinha sido preso antes."

ANDERSON FERREIRA DE SOUZA Que o réu trabalha com o depoente como ajudante de pedreiro; que tem amizade com o réu; que estava tirando barro, a Polícia chegou e o réu correu; que como o réu já

havia sido baleado antes, ele correu dessa vez; que o réu ficou 3 a 4 dias internado quando foi baleado; que o réu trabalhava sempre com o depoente e nunca ouviu falar que o réu era envolvido com tráfico de drogas; que não tem conhecimento se o réu já foi preso antes e o conhece há muito tempo lá do bairro.” Verifica-se, portanto, que, diversamente do levantado pela defesa, as provas amealhadas, desfavoráveis ao acusado, encontram total harmonia e complemento, de maneira que restou descerrado um cenário de prática reiterada de delitos. Não se trata de oferecer credibilidade absoluta aos depoimentos dos policiais militares, mas de reconhecer que são providos de informações suficientes que logram subsidiar a tese acusatória, especialmente porque desvelam, de forma convergente e detalhada – em alinhamento às declarações nos autos do inquérito –, a dinâmica do ocorrido, em cujo âmbito ocorreu o protagonismo delituoso do réu. Veja-se o seguinte aresto PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE POSSE DE DROGAS PARA CONSUMO PESSOAL. REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. INVIABILIDADE NA VIA ELEITA. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A ALTERAR A DECISÃO AGRAVADA. I – Prevalece neste Superior Tribunal de Justiça a diretriz no sentido de que não se aplica o princípio da insignificância aos delitos de tráfico de drogas, por se tratar de crime de perigo abstrato ou presumido, sendo irrelevante para esse específico fim a quantidade de droga apreendida (precedentes). II – In casu, as instâncias ordinárias, mediante exame amplo e aprofundado do acervo probatório coligido nos autos, entenderam comprovadas a materialidade e a autoria delitivas com amparo nos depoimentos prestados pelos policiais que efetuaram a prisão e nos laudos periciais produzidos, os quais, harmônicos e coerentes entre si, confirmaram, tanto na fase inquisitorial como no curso da instrução processual, os fatos deduzidos na exordial acusatória, atribuindo a autoria do delito do art. 33, caput, da Lei. n. 11.343/06 ao ora agravante. III – Segundo a jurisprudência consolidada desta Corte, o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso. IV – A pretendida revisão dos fundamentos adotados pelo eg. Tribunal a quo para manter a condenação do agravante em razão da prática da infração prevista no 33, caput, da Lei n. 11.343/06, como é consabido, demanda o exame aprofundado de todo conjunto fático-probatório dos autos de origem, como forma de desconstituir as conclusões das instâncias ordinárias, soberanas na análise dos fatos e provas, providência inviável de ser realizada dentro dos estreitos limites do habeas corpus, que não admite dilação probatória. V – Se as instâncias ordinárias, diante da valoração plena das provas obtidas no curso da ação penal, entenderam, de forma fundamentada, que o ora agravante praticou o crime pelo qual foi condenado, afastando, minuciosamente, a tese defensiva de desclassificação do delito do art. 33 da Lei. n. 11.343/06 para o previsto no art. 28, do mesmo diploma legal, o exame de tais alegações por esta Corte Superior de Justiça demandaria exame aprofundado do acervo fático-probatório, inviável, repita-se, na via eleita. VI – No mais, no presente agravo regimental, não se aduziu qualquer argumento novo e apto a ensejar a alteração da decisão ora agravada, devendo ser mantida por seus próprios fundamentos. Agravo regimental desprovido. (Grifou-se). (AgRg no HC n.

721.355/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 24/5/2022, DJe de 31/5/2022.) Ademais, os autos não evidenciam que a atuação dos agentes policiais tenha sido, em alguma medida, desenvolvida com motivação que exorbite o interesse público, de maneira a supostamente restar caracterizada a intenção de causar prejuízos aos réus, o que, certamente, ensejaria vício no material probatório. Nesse cenário, é impositivo compreender que o não reconhecimento da robustez da prova testemunhal colhida em juízo caracteriza o afastamento, sem motivação idônea, da credibilidade dos agentes públicos, fundada na legislação de regência e reconhecida pelos Tribunais Pátrios, especialmente diante da linha compreensiva adotada pelo Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que: "[...] no que atine à questão da validade dos depoimentos policiais em geral, esta eg. Corte também é pacífica no sentido de que eles merecem a credibilidade e a fé pública inerente ao depoimento de qualquer funcionário estatal no exercício de suas funções, principalmente, quando corroborados pelos demais elementos de provas nos autos – e isso foi bem destacado e analisado no v. acórdão acima citado – e ausentes indícios de que houvesse motivos pessoais para a incriminação injustificada do investigado" (STJ. HC 718117/SP. Quinta Turma. Julgamento 22/03/2022. Dje 25/03/2022). Forçoso reconhecer, portanto, que a materialidade e autoria foram devidamente evidenciadas e seus fundamentos integrados de forma coerentemente ao discurso sentencial condenatório. A este propósito, observou o MM Juiz sentenciante que: Diante das circunstâncias que nortearam a prisão do denunciado, tendo em vista a quantidade, natureza e a forma de acondicionamento da droga, além de ter sido apreendido dinheiro, e, ainda, considerando a vida pregressa do denunciado que responde a outros processos (nº 0500113–63.2020.8.05.0103, nº 0500312–85.2020.8.05.0103 e nº 8006923– 38.2021.8.05.0103), em observância ao disposto no § 2º do artigo 28 da Lei nº 11.343/2006, resta evidente que o tóxico se destinava à comercialização."(fls.01/02, nº 166805003) De fato, referida conclusão é absolutamente compatível com os elementos coligidos, sobretudo quando se analisa o modus operandi da ação implementada pela Polícia Militar e o que demais foi demonstrado sobre a atividade criminal do acusado. Em relação à dosimetria, a pena definitiva restou fixada no patamar mínimo legal, e postula-se o reconhecimento do tráfico privilegiado, em relação ao qual não foi articulado qualquer exame específico pelo Juízo a quo. No caso, é impositivo observar a Tese firmada pela Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento ocorrido no dia 10/08/2022, Tema Repetitivo 1139, afetados os Recursos Especiais n. 1.977.027/PR e 1977.180/PR, ambos da Relatoria da i. Ministra Laurita Vaz, no sentido de que "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do artigo 33, parágrafo 4º da lei 11.343/2006". Veja-se o recorte da ementa de um dos referidos recursos: RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais. 2. A tarefa do juiz, ao

analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso. 3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza. 4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena. 5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles. 6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante. 7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis. 8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto. 9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que

ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para fins 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.) Nessa perspectiva, a demonstrada claudicância delituoso do acusado, considerando que os procedimentos em seu desfavor ainda não encontraram ultimação, não possui idoneidade para obstaculizar o reconhecimento do denominado tráfico privilegiado. Todavia, não é possível desconsiderar, sob pena de vilipêndio à proporcionalidade na perspectiva da violação da vedação da proteção insuficiente, que estes autos revelam que o acusado foi preso em um "local no qual ocorre sempre tráfico de drogas", oportunidade em que, durante a incursão policial, o réu tentou evadir-se do local, restando inclusive lesionado durante a fuga, tendo sido com ele encontrado "um tubo plástico contendo 85 (oitenta e cinco) pedras da droga popularmente conhecida por "crack". Nessa diretiva, em relação à fração redutora, os Tribunais Superiores sinalizam que a valoração deve ser implementada pelo julgador, considerados os elementos constantes dos autos, tais como as circunstâncias em que o delito foi cometido, natureza e quantidade de drogas apreendidas, bem como o cenário de envolvimento do réu com atividades criminosas. Destaque-se o seguinte aresto: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. TRÁFICO DE DROGAS.



FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DA PENA DECORRENTE DO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O montante da redução da pena decorrente do tráfico privilegiado fica a cargo da discricionariedade vinculada do julgador, respeitada as frações mínima e máxima estabelecidas na Lei n. 11.343/2006, quais sejam 1/6 e 2/3. Rever tal montante requer o revolvimento fático-probatório, procedimento vedado na via estreita do habeas corpus. 2. A redução de 1/5 em razão da quantidade e variedade das drogas (330g de maconha e 3,5g de cocaína) apreendidas não demonstra flagrante desproporcionalidade que justifique a reforma do acórdão impugnado. 3. Agravo Regimental desprovido. (STJ – AgRg no HC: 558317 SC 2020/0014769-2, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 13/10/2020, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/10/2020). Como visto nos fundamentos da Teses firmada, a compreensão lançada pelo Superior Tribunal de Justiça é de que a “dedicação a atividades criminosas [...] pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo [...]”. Assim, malgrado não tenha condenação transitada em julgado, razão pela qual beneficia-se da redutora aqui implementada, os demais elementos dos autos – inclusive a quantidade de droga acondicionada para comercialização –, para além dos registros anteriores por tráfico de entorpecentes, revelam a imersão do acusado na criminalidade, o que o diferencia daqueles agentes criminosos que são flagrados em circunstâncias efetivamente isoladas, tendentes a demonstrar a ausência de claudicância delituosa. Forçoso, portanto, que seja reconhecido em benefício do acusado a incidência do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, com implementação na proporção redutora de 1/6, de maneira que a pena definitiva resta estabilizada em 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mantido o regime inicial semiaberto para cumprimento da reprimenda, tal como fixado pelo Juízo sentenciante, cuja motivação para não promover a substituição por restritiva de direitos mantém-se incólume. CONCLUSÃO III – Por todo o exposto, conheço do recurso e dou-lhe parcial provimento, a fim de reconhecer a incidência do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 e reduzir a pena do acusado para 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão, mantidos os demais termos da sentença condenatória. Sala das Sessões, data constante da certidão eletrônica de julgamento. Desembargador Eserval Rocha Presidente/Relator Procurador (a)