

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0531375-51.2017.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: CRISTIANO BARRETO DOS SANTOS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA BASE. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. TRÁFICO "PRIVILEGIADO". RECONHECIMENTO. AÇÕES PENAIS EM CURSO NÃO SÃO ELEMENTOS APTOS A IMPEDIR A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO Nº 1.977.027. STJ. PARCIAL PROVIMENTO I – Cuida-se de Apelação Criminal interposta pela Defesa, insurgindo-se contra a sentença que condenou o Réu à pena de 06 (seis) anos e de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, pela prática da conduta descrita no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06. Consta dos autos que os policiais estavam em ronda de rotina, de modo que ao avistaram a guarnição, diversos indivíduos empreenderam fuga, momento em que os agentes conseguiram efetuar a prisão do apelante e do corréu, na posse de 52 (cinquenta e dois) pinos de "Cocaína", com volume total de 41g (quarenta e um gramas), e 40 (quarenta) pedrinhas de "Crack" (pesando 2,6g), substâncias constantes na Portaria n. 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/ Ministério da Saúde. II – No apelo defensivo, postula o recorrente pela absolvição, sob o argumento de inexistirem nos autos provas suficientes para a condenação. Ademais, em âmbito dosimétrico, requer a fixação da pena base no mínimo legal, e o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. III – No que toca ao mérito, afasta-se a tese defensiva de absolvição por fragilidade do conjunto probatório, na medida em que tanto os elementos de informação colhidos na fase inquisitorial, quanto as provas produzidas sob o pálio do contraditório, permitem assegurar que a materialidade e a autoria do delito em referência estão devidamente evidenciadas, notadamente ante a prova pericial colhida, bem como o depoimento das testemunhas, que evidenciam que o recorrente fora preso na posse das aludidas substâncias proscritas.. IV – O pleito defensivo de redução da pena base também não merece prosperar, tendo em vista que o magistrado a quo ao fixar a pena em 06 (seis) anos de reclusão, fundamentou concretamente a exasperação, devido a natureza da droga apreendida, notadamente em razão do maior potencial lesivo, circunstância apta a aumentar a pena base, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06. V- No que tange à pretensão de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da lei 11.343/06, a despeito do entendimento desta relatoria, insta consignar que o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial Repetitivo nº 1.977.027 – PR, firmou tese no sentido de que "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". Portanto, no caso dos autos, tendo em vista que o magistrado a quo fundamentou a inaplicabilidade da aludida causa de diminuição justamente na existência de inquéritos e ações penais em curso, e em respeito a Tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça, nesse particular, merece provimento o recurso, de modo a reconhecer a aludida minorante. VI- No que atine a fixação do patamar de diminuição, constata-se que o apelante foi preso em flagrante na posse de mais de uma espécie de substância entorpecente, quais sejam, Crack" e "Cocaína", diversidade que, a despeito de não vedar por si só o reconhecimento da minorante, pode ser utilizada na modulação do patamar de diminuição. Nessa esteira de intelecção, observa-se que ao exasperar a pena base, consoante disposto no art. 42 da lei 11.343/06,

fora valorado apenas a natureza dos entorpecentes apreendidos, e não a variedade de substâncias proscritas, elemento que, portanto, pode ser plenamente utilizado na terceira fase da dosimetria, não havendo que falar em bis in idem VII- Nessa esteira, reconhece-se a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, e, dada a diversidade de substâncias proscritas apreendidas, bem como as peculiaridades do caso concreto, aplica-se o percentual redutor de 1/2 (metade), fixando-se a pena definitiva em 03 (três) anos de reclusão, além de 303 (trezentos e três) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. Ato contínuo, em atendimento ao exposto no art. 33, § 2º, c, do Código Penal, fixa-se o regime aberto para o início de cumprimento de pena. Em consequência, estando presentes todos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos, cujos termos e condições devem ser fixadas pelo M.M Juiz de Execução Penal. VIII - Ante o exposto, conheço e julgo pelo parcial provimento do Apelo defensivo, para redimensionar a pena aplicada ao crime delineado no art. 33, caput, para 03 (três) anos de reclusão, nos moldes constantes no presente acórdão. APELO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE AP Nº 0531375-51.2017.8.05.0001 – SALVADOR RELATOR: DESEMBARGADOR ESERVAL ROCHA ACÓRDÃO Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0531375-51.2017.8.05.0001, da Comarca de Salvador, sendo o Apelante CRISTIANO BARRETO DOS SANTOS e Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER E JULGAR PELO PARCIAL PROVIMENTO DO RECURSO DEFENSIVO, na forma do relatório e do voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Sala das Sessões, data registrada na certidão de julgamento eletrônica. Presidente Desembargador Eserval Rocha 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, 24 de Abril de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0531375-51.2017.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: CRISTIANO BARRETO DOS SANTOS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO I – O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA denunciou CRISTIANO BARRETO DOS SANTOS, brasileiro, solteiro, profissão não evidenciada nos autos, nascido em 07/03/1994, filho de Manoel Barreto dos Santos e Crispinniana Bispo dos Santos, como incurso nas penas do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. Nesse viés, fazendo alusão à inicial acusatória, o magistrado na sentença consignou: (...) Aduziu o MP que em 08 de maio de 2017, por volta das 16h30min, os acusados foram presos em flagrante delito, nas imediações da Rua da Igrejinha, no Bairro de São Tomé de Paripe, nesta cidade, por terem sido flagrados, por policiais militares, trazendo consigo substâncias entorpecentes. O acusado Cristiano, identificado pela alcunha de "Picapau", trouxe consigo um saco plástico acondicionando 26 (vinte e seis) pinos de cocaína; 40 (quarenta) pedrinhas de Crack e a quantia de R\$ 45,00 (quarenta e cinco reais), e que Angelo trazia consigo 26 (vinte e seis) pinos de cocaína, totalizando massa bruta de 41,00g de cocaína sob forma de pó e 2,60g de crack, conforme auto de Exibição e Apreensão, às fls. 15. Na localidade supracitada, os policiais militares perceberam que vários indivíduos fugiram após eles notarem a presença da guarnição. De imediato, os policiais seguiram os acusados, que adentraram em uma residência e fugiram

pelos fundos da casa. Consignou, por fim, o MP que o acusado Cristiano é conhecido na localidade por ser uma pessoa perigosa, ligado ao traficante de alcunha "Camarão". Além disso, os dois acusados negaram a posse da droga e afirmaram ser usuários de maconha, conforme depoimento na delegacia, às fls. 17/18 e 22/23. Assim, o MP requereu, ao final, a condenação do denunciado na pena do crime tipificado no art. 33, da Lei 11.343/06 (ID 41190666). Ante a ausência de citação do acusado ANGELO MÁRCIO DOS SANTOS FAUSTINO, foi determinada a citação editalícia, com o consequente desmembramento do processo, prosseguindo o presente feito somente em relação ao acusado ora apelante. Encerrada a instrução criminal e apresentadas as alegações finais, o M.M. Juízo da 3ª Vara Criminal de Tóxicos de Salvador/BA julgou procedente a pretensão punitiva estatal, condenando CRISTIANO BARRETO DOS SANTOS à pena de 06 (seis) anos e de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato, pela prática da conduta descrita no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06 (ID 41190666). O Réu apelou e, em suas razões de recurso, pugnou pela absolvição, sob o argumento de inexistirem nos autos provas suficientes para a condenação. Ademais, em âmbito dosimétrico, requer a fixação da pena base no mínimo legal, e o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (ID 41190715). O Ministério Público apresentou contrarrazões, pugnando pelo não provimento do recurso da defesa (ID 41190719). Após encaminhamento dos autos à instância superior, a D. Procuradoria de Justiça manifestou-se, em seu parecer, e opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso interposto pelo denunciado (ID 42355648).

Examinados, lancei este relatório e o submeti à douta Revisão. É o relatório. Salvador/BA, data registrada no sistema. Des. Eserval Rocha – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0531375-51.2017.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: CRISTIANO BARRETO DOS SANTOS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO II- PRELIMINARES II- Uma vez preenchidos os requisitos de admissibilidade do Apelo, passa-se ao exame de mérito. III- MÉRITO III.1- Do Pedido de Absolvição por Insuficiência de Provas Consoante relatado, aponta o Apelante que inexistem nos autos provas suficientes para embasar o édito condenatório ora objurgado, sob o argumento que a decisão lastreou-se exclusivamente nas declarações prestadas pelos policiais responsáveis pela custódia do recorrente. Contudo, em que pese a argumentação do Apelante, perlustrando detidamente os autos em referência, afasta-se a tese defensiva de absolvição por fragilidade do conjunto probatório, na medida em que tanto os elementos de informação colhidos na fase inquisitorial, quanto as provas produzidas sob o pálio do contraditório, permitem assegurar que a materialidade e a autoria do delito em referência estão devidamente evidenciadas. A rigor, a materialidade do crime tipificado no art. 33, caput, da Lei de Drogas, está sobejamente demonstrada, consoante se depreende do Auto de Exibição e Apreensão (ID 41189766, fl.10), do Laudo de Constatação (ID 41189766, fl.31), bem como do Laudo Pericial Definitivo (ID 41190507), os quais evidenciam que fora apreendido em poder do apelante e do corréu 52 (cinquenta e dois) pinos de "Cocaína", com volume total de 41g (quarenta e um gramas), e 40 (quarenta) pedrinhas de "Crack" (pesando 2,6g), substâncias constantes na Portaria n. 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/ Ministério da Saúde. Outrossim, o conjunto probatório revela de forma flagrante também a autoria do

Apelante, notadamente ante os depoimentos dos policiais condutores que evidenciaram o modus operandi da apreensão, bem como a forma de acondicionamento da droga. Com efeito, os policiais, tanto em sede inquisitorial quanto judicial, consignaram que estavam em ronda de rotina em local conhecido pela prática de tráfico de drogas, de modo que quando avistaram a guarnição, diversos indivíduos empreenderam fuga, momento em que os agentes conseguiram efetuar a prisão do apelante e do corréu, na posse das aludidas substâncias entorpecentes. Nesse particular, tanto na seara inquisitorial, quanto sob o crivo do contraditório, os policiais militares Thiago Pereira dos Santos e Elves Conceição Mares afirmaram que participaram da diligência que culminou na prisão do apelante, relatando que estavam em ronda de rotina quando os acusados tentaram evadir, sendo alcançados e presos na posse das aludidas substâncias entorpecentes: (...) participou da diligência que culminou na prisão dos acusados, juntamente com os demais policiais ouvidos nesta audiência; que era uma ronda de rotina mais ao chegarem na localidade conhecida como Alto da Igreja no bairro de São Tomé de Paripe viram três indivíduos em frente a um imóvel e estes, ao perceberem a aproximação dos policiais empreenderam fuga, ao que apenas os acusados foram alcançados já no interior de um imóvel abandonado; que realizada a busca pessoal, da qual o depoente pessoalmente participou foram encontradas drogas com ambos os acusados (...) (ID 41190642, fls. 77-78) – Grifo. (...) participou da diligência que culminou com a prisão dos acusados; que até então só tinha ouvido falar na pessoa conhecida pelo apelido de ‘Pica-Pau’; que referido indivíduo é o acusado que tem tatuado no abdomen um Pica-Pau; que ora ficou sabendo que o acusado presente nesta assentada que possui a referida tatuagem chama-se Cristiano; (...) que no dia do fato encontrava-se em ronda de rotina quando na mencionada localidade constatou a presença de três indivíduos em frente a um imóvel sendo que estes ao verem os policiais empreenderam fuga sendo dois deles, os acusados alcançados em razão de terem adentrado em uma casa abandonada; que realizada abordagem e busca pessoal com os acusados foram encontradas drogas consistente em Crack e Cocaína[...] (ID 41190642, fls. 79-80) – Grifo. Para além dos aludidos depoimentos que evidenciam detalhadamente a empreitada criminosa que resultou na prisão em flagrante, o SD/PM Matheus Fontes Nunes afirmou ainda que no momento da efetivação da prisão, o ora apelante confessou a traficância (ID 41190642, fls. 81-82). Observa-se, portanto, que os depoimentos dos policiais condutores, tanto em sede inquisitorial quanto em juízo, evidenciam a materialidade e a autoria delitiva do ora recorrente. Em casos de tal monta, ao contrário do aventado pelo recorrente, a jurisprudência, de maneira uníssona, entende que o convencimento do juiz pode ter como base depoimentos de policiais e que somente prova estreme de dúvida, em sentido contrário, poderia desacreditá-los, o que não é caso dos autos: Segundo entendimento reiterado do Superior Tribunal de Justiça, os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese (AgRg no REsp 1771679/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 27/3/2019). Portanto, em que pese o recorrente ter negado a prática delitiva em juízo, e em razões de apelação tenha sido requerida a absolvição do acusado, alegando suposta falta de provas para a condenação, essas teses estão divorciadas dos demais elementos que compõem o acervo probatório. A bem da verdade, na hipótese posta em liça, resta patente a incidência do delito previsto no

art. 33 da Lei 11.343/06, traduzido na conduta de “trazer consigo”, ação típica descrita no referido artigo, não exigindo para a sua configuração o efetivo ato de mercancia, não havendo, portanto, que se falar em absolvição. Nessa esteira, o arcabouço processual, notadamente os depoimentos dos agentes de segurança pública, e tendo em vista o modus operandi da conduta, tal como a variedade de droga, o seu fracionamento em diversas porções individuais, a posse de dinheiro em espécie, entre outras circunstâncias, evidenciam a prática do delito previsto no art. 33, caput, da lei 11.343/06. Em conclusão, ponderando detidamente todos os elementos contidos no caderno processual e os expostos na sentença recorrida, conclui-se que as provas da materialidade e da autoria são seguras e aptas a fundamentar o édito condenatório, não merecendo, nesse ponto, retoques a decisão a quo. III.2- Do Pedido de Redimensionamento da pena base Noutro vértice, ultrapassado o pleito absolutório, em âmbito dosimétrico, pugna a defesa pelo redimensionamento da mensuração, de modo a fixar a pena base no mínimo legal, o que, entretanto, não merece prosperar. Compulsando detidamente os autos em referência, constata-se que o magistrado a quo fixou a pena base em 06 (seis) anos de reclusão, devido a natureza da droga apreendida, notadamente em razão do seu maior potencial lesivo. Eis excerto da decisão: (...) O acusado praticou o ilícito em circunstâncias as quais apresentaram periculosidade. Natureza da substância ou produto apreendido A substância apreendida se trata do alcalóide cocaína, sob a forma de pedra e pó. Dentre as substâncias de uso proscrito, a cocaína está entre as que tem maior potencial danoso à saúde humana, bem como, representa, na sociedade atual, droga responsável pelo grande aumento da criminalidade, por induzir o vício ao extremo, o que faz com que os seus usuários, muitas vezes, pratiquem outros ilícitos penais com o objetivo de adquirir mais das referidas substâncias, significando grave ofensa à ordem pública (...). Nessa esteira, observa-se que o magistrado a quo fundamentou concretamente a exasperação, de modo que a natureza da droga apreendida é circunstância apta a aumentar a pena base. Com efeito, outro não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: EMENTA. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. NATUREZA DA DROGA. COCAÍNA E CRACK. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. ANTECEDENTES. FRAÇÃO. 1/6. WRIT NÃO CONHECIDO. 1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente. 2. O aumento da pena-base do paciente em razão da natureza da droga apreendida (cocaína e crack) está em consonância com o disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/06. 3. No que diz respeito aos antecedentes, o aumento foi de 1/6, não 1/3, com fundamento em condenação anterior transitada em julgado, em conformidade com o disposto no art. 59 do Código Penal – CP. Nesse sentido: HC 524.452/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 24/9/2019. 4. Habeas corpus não conhecido (STJ – HC: 539623 SP 2019/0308822-3, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 19/11/2019, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/11/2019). Até porque, a bem da verdade, a natureza da droga afigura-se circunstância preponderante, nos moldes do disposto no art. 42 da Lei 11.343/06, hipótese em que, consoante entendimento jurisprudencial, autoriza-se um incremento ainda maior da pena. Contudo, ante a inexistência de recurso da acusação, bem como em respeito ao princípio da vedação da reformatio in pejus, mantém-se a pena base fixada pelo magistrado a quo em 06 (seis)

anos de reclusão. III.3- Da aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Por fim, ainda em âmbito dosimétrico, pugna a defesa pela aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.34/06, aduzindo que o ora apelante satisfaz os requisitos legais. Nesse particular, no que tange à pretensão de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da lei 11.343/06, insta evidenciar que o legislador, ao prever os pressupostos para a incidência do benefício, indicou sua aplicabilidade àqueles que preencherem os requisitos expressos da norma, quais sejam: ser o agente primário; ter bons antecedentes; não se dedicar a atividade criminosa e não integrar organização criminosa. No caso em referência, considerando que o réu responde outras ações penais, o magistrado determinou a não aplicação da aludida causa de diminuição, consignando: (...) Na espécie, as circunstâncias que envolveram a infração penal associadas às condições objetivas e subjetivas estabelecidas no 4º, art. 33, da Lei nº 11.343/2006, justificam a não aplicação do referido redutor. Isto ocorre, pois, o réu ostenta várias ações penais em andamento. Não se está diante de fato inédito e eventual em sua carreira delitiva (ID 41190666) Nessa esteira intelectual, impende consignar o entendimento desta Relatoria no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso, conforme particularidades do caso concreto, são fundamentos idôneos e suficientes para afastar a aplicação da causa de diminuição delineada no art. 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas., nos moldes delineados pelo magistrado a quo. Entretanto, a despeito de tal entendimento, o Superior Tribunal de Justiça, nos autos do Recurso Especial Repetitivo nº 1.977.027 – PR, firmou tese no sentido de que "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". Assim, transcreve-se a ementa da aludida decisão referencial: EMENTA. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais. 2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso. 3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza. 4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance

este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena. 5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles. 6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante. 7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis. 8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto. 9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para fins penalógicos. 10. Não se deve confundir a vedação à proteção insuficiente com uma complacência diante da atuação insuficiente dos órgãos de persecução penal. É certo que não podem ser criados obstáculos injustificáveis à atuação do Estado na defesa dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada, todavia isso não legitima a dispensa do cumprimento dos ônus processuais pelos órgãos de persecução penal, não autoriza a atuação fora da legalidade e não ampara a vulneração de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir provas concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice. 11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma "análise de contexto" para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem

resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, não há que se recorrer a inquéritos e ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e ações penais em curso na tentativa de demonstrar a dedicação criminosa, é porque os demais elementos de prova são insuficientes, sendo necessário formular a ilação de que o Acusado "não é tão inocente assim", o que não se admite em nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a ilicitude do fundamento, que decorre do raciocínio presuntivo contra o Réu que ele encerra, não se altera em face de outros elementos dos autos. 12. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06". A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017). 13. Recurso especial provido. (REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022. (Grifos acrescidos). Portanto, no caso dos autos, tendo em vista que o magistrado a quo fundamentou a inaplicabilidade da aludida causa de diminuição justamente na existência de inquéritos e ações penais em curso, e em respeito a Tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça nos autos do Recurso Especial Repetitivo nº 1.977.027 – PR, nesse particular, merece provimento o recurso, de modo a reconhecer a aludida minorante. Nesse diapasão, não se apurou nenhum primor ou estruturação eventualmente por ele desenvolvida para a circulação da droga, tampouco a existências de sentenças condenatórias transitadas em julgado, motivo pelo qual não deve ser afastar a causa de diminuição da pena por simples presunção, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça: A habitualidade e o pertencimento a organizações criminosas deverão ser comprovados pela acusação, não sendo possível que o benefício seja afastado por simples presunção. Assim, se não houver prova nesse sentido, o condenado fará jus à redução da pena. A quantidade e a natureza são circunstâncias que, apesar de configurarem elementos determinantes na modulação da causa de diminuição, por si sós, não são aptas a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação a atividades criminosas. STF. 2ª Turma. HC 152001 AgR/MT, rel. orig. Min. Ricardo Lewandowski, red. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgado em 29/10/2019 (Info 958). Portanto, nesse particular, a sentença ora objeto de insurgência recursal encontra-se em desconformidade com o entendimento do STJ, até porque prolatada antes da alteração de entendimento ocorrida na Corte Cidadã, motivo pelo qual a minorante prevista no art. 33, § 4º, da lei 11.343/06 deve ser reconhecida. Ato contínuo, passa-se a fixação do patamar de diminuição. Perlustrando detidamente os autos em referência, constata-se que o apelante foi preso em flagrante na posse de mais de uma espécie de substância entorpecente, quais sejam, Crack” e “Cocaína”, diversidade que, a despeito de não vedar por si só o reconhecimento da minorante, deve ser utilizada na modulação do patamar de diminuição. Nessa esteira de inteligência, observa-se que ao exasperar a pena base, consoante disposto no art. 42 da lei 11.343/06, fora valorado apenas a natureza dos entorpecentes apreendidos, e não a variedade de substâncias proscritas, elemento que, portanto, pode ser plenamente utilizado na terceira fase da



dosimetria, não havendo que falar em bis in idem. A bem da verdade, o que é vedado nos termos dos Precedentes retromencionados, é a utilização de um mesmo parâmetro de referência para momentos e finalidades distintas, hipótese diversa dos autos, em que se valora a natureza da substância apreendida na primeira fase, e elemento diverso, qual seja a variedade de substâncias, para modular a causa de diminuição da terceira fase. Para além, insta evidenciar que a diversidade de substâncias sequer se encontra mencionada no art. 42 da lei 11.343/06 como circunstâncias judicial, tampouco nos aludidos Arestos de repercussão geral, motivo pelo qual inexistem óbices para sua valoração na terceira fase da dosimetria. Nessa esteira, reconhece-se a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, e, dada a diversidade de substâncias proscritas apreendidas, bem como as peculiaridades do caso concreto, aplica-se o percentual redutor de 1/2 (metade), fixando-se a pena definitiva em 03 (três) anos de reclusão, além de 303 (trezentos e três) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. Ato contínuo, em atendimento ao exposto no art. 33, § 2º, c, do Código Penal, fixa-se o regime aberto para o início de cumprimento de pena. Em consequência, estando presentes todos os requisitos previstos no art. 44 do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos, cujos termos e condições devem ser fixadas pelo M.M Juiz de Execução Penal. Ante o exposto, conheço e julgo pelo parcial provimento do Apelo defensivo. IV- CONCLUSÃO IV – Por todo o exposto, conheço e dou parcial provimento ao apelo defensivo, para redimensionar a pena aplicada ao crime previsto no art. 33, caput, para 03 (três) anos de reclusão, nos moldes constantes no presente acórdão. Sala das Sessões, data constante na certidão de julgamento eletrônica. Presidente Desembargador Eserval Rocha Relator Procurador (a)