

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700186-32.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: EDSON SILVA DE JESUS DEFENSORA PÚBLICA: BIANCA ALVES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA ACORDÃO

EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECORRENTE CONDENADO A 04 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO, SOB REGIME ABERTO, E AO PAGAMENTO DE 400 (QUATROCENTOS) DIAS-MULTA. 1. DO PEDIDO ABSOLUTÓRIO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NÃO ACOLHIMENTO. VALIDADE DO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS MILITARES, UNÍSSONOS E HARMÔNICOS ENTRE SI. 2. DO PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA-BASE E APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NO PATAMAR MÁXIMO. ACOLHIMENTO. NA ESTEIRA DE JULGADOS DO STF E STJ (HC 175.466; REsp n. 1.977.027/PR), ESTABELECE-SE QUE AÇÃO NÃO TRANSITADA EM JULGADO NÃO POSSUEM O CONDÃO DE AFASTAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, E DIANTE DA EXISTÊNCIA DE APENAS UMA AÇÃO PENAL EM TRÂMITE CONTRA O ACUSADO, APLICA-SE O REDUTOR NA FRAÇÃO MÁXIMA. 3. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DO JULGADOR SE MANIFESTAR ESPECIFICAMENTE SOBRE CADA DISPOSITIVO LEGAL PREQUESTIONADO. 4. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA, REDUZINDO-SE AS PENAS APLICADAS PARA 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO, SOB REGIME ABERTO, ALÉM DE 166 (CENTO E SESSENTA E SEIS) DIAS-MULTA, SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. Vistos, relatados e discutidos estes autos de n. 0700186-32.2021.8.05.0001, em que figuram como apelante EDSON SILVA DE JESUS e como apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os magistrados integrantes da 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por JULGAR PARCIALMENTE PROVIDO O RECURSO INTERPOSTO, nos termos do voto da Relatora.

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 13 de Setembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700186-32.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: EDSON SILVA DE JESUS DEFENSORA PÚBLICA: BIANCA ALVES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA RELATÓRIO

EDSON SILVA DE JESUS interpôs Apelação em face da sentença da 3ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador, que o condenou a 04 (quatro) anos de reclusão, sob regime aberto, além de 400 (quatrocentos) dias-multa, pela prática do delito previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Narrou a exordial acusatória que, no dia 21/12/2020, por volta das 18h30min, o denunciado foi preso em flagrante delito, na localidade conhecida como Manguinhos, Vasco da Gama, por estar na posse e guarda de quantidade de entorpecente ilícito. Consta ainda na exordial acusatória que Policiais Militares realizavam diligências de rotina na localidade referida, quando em certo momento receberam informações de transeuntes, no sentido de que cinco indivíduos estariam traficando drogas, tendo os agentes de segurança pública se dirigido ao local, visualizando os indivíduos que, por sua vez ,empreenderam fuga ante a presença da guarnição, sendo, contudo, um deles alcançado e abordado, identificado como Edson Silva de Jesus, estando o mesmo com uma mochila, contendo em seu interior um tablete grande e um menor de maconha. Após a regular instrução processual, e com o advento da sentença condenatória, o acusado interpôs Apelação, aduzindo, em Razões Recursais (id 32139212), a absolvição por ausência de provas da autoria criminosa imputada, e, subsidiariamente, requer a redução da pena-

base ao mínimo legal, bem como a aplicação da causa de diminuição presente no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006. Prequestiona os artigos 33, caput e § 4º da Lei nº 11.343/2006, ao artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, assim como aos artigos 1º, III, 5º, LIV e LVII, todos da Constituição Federal. Em Contrarrazões, o membro do Ministério Público postula a manutenção da sentença objurgada (id 32139298). A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do Apelo (id 33710340). Lançado o Relatório, determinei o seu encaminhamento ao nobre Revisor. É o Relatório. Salvador/BA, 30 de agosto de 2022. Desa.

Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700186-32.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: EDSON SILVA DE JESUS DEFENSORA PÚBLICA: BIANCA ALVES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA VOTO Cinge-se o Apelo no pleito de absolvição por ausência de provas da autoria criminosa imputada, e, subsidiariamente, requer a redução da pena-base ao mínimo legal, bem como a aplicação da causa de diminuição presente no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006. Prequestiona os artigos 33, caput e § 4º da Lei nº 11.343/2006, ao artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, assim como aos artigos 1º, III, 5º, LIV e LVII, todos da Constituição Federal. 1. Do pleito absolutório por ausência de provas da autoria criminosa Alega, a Defesa, que não há provas da autoria da traficância, pelo acusado, uma vez que houve a negativa da autoria, e a instrução probatória foi baseada, exclusivamente, em depoimentos de policiais militares, eivados de fragilidade e parcialidade, e que devem ser relativizados, sendo o réu absolvido, aplicando-se o benefício da dúvida. Extraí-se dos autos que a materialidade delitiva está comprovada por meio do Laudo Pericial Definitivo da Droga, atestando o referido documento que a substância apreendida em poder do denunciado era Tetraidrocanabinol (THC- substância componente do Vegetal Cannabis Sativa), constante na Lista F-2, da Portaria nº. 344/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária/ Ministério da Saúde, de uso proscrito no Brasil. A autoria criminosa foi aferida pelos depoimentos de policiais militares, que efetuaram a prisão em flagrante do acusado: “que estavam em ronda na Vasco da Gama quando foi informado por transeuntes acerca de elementos traficando drogas, ao que se deslocaram ao local e se depararam com cinco indivíduos que empreenderam fuga. Que fizeram o acompanhamento, sendo alcançado o acusado e na busca pessoal, o depoente encontrou na mochila em que o réu trazia dois tabletes análoga a maconha. Que o local da abordagem foi Manguinhos. Que o acusado informou que levava os tabletes para o Vale das Muriçocas e entregava a um rapaz. Que o acusado não reagiu à prisão. Que o acusado de imediato informou que a droga era para traficar. Que o depoente foi o responsável pela busca. Que o acusado foi visualizado fugindo com o grupo e estava na posse da mochila. Que somente o acusado foi alcançado. Que não acharam nada no chão, só com o acusado. Que o acusado não aparentava ter feito uso de drogas. Que somente o depoente e a SD Thais participaram da diligência.” (SD PM BRUNO WELBER CIRINEU DA SILVA) “que reconhece o acusado presente nesta audiência, como sendo aquele que foi abordado e preso no dia dos fatos. Que estavam em ronda na localidade da Vasco da Gama, quando populares informaram que haviam cinco indivíduos praticando tráfico de drogas na localidade e no momento em que adentraram visualizaram os indivíduos, que por sua vez ao notarem a presença da guarnição empreenderam fuga, sendo alcançado Edson e, em sua posse, dentro da

mochila, tinha uma certa quantidade de maconha. Que o local da abordagem foi na localidade conhecida como Manguinhos. Que foi o primeiro contato com o acusado. Que a maconha estava em tablete e não sabe precisar a quantidade. Que o acusado informou que pegava a droga em Manguinhos para comercializar no Vale da Muriçoca. Que o acusado não resistiu à prisão. Que o acusado estava com a mochila com o material dentro e informou que era dele e levaria para o Vale da Muriçoca. Que a mochila foi encontrada nas costas do acusado. Que o acusado estava o grupo que tentou fugir. Que o acusado correu com a mochila e do grupo somente o acusado foi alcançado. Que somente foi encontrado drogas com o acusado. Que o SD Bruno foi o responsável pela busca pessoal no acusado. ” (SD PM TAIS SANTOS SILVA DUETH) Os depoimentos de policiais militares são considerados válidos e idôneos como meio de prova, pela jurisprudência pátria, sobretudo quando não há divergências ou contradições importantes nas suas declarações, colhidas sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, de modo que não se pode presumir que tivessem a intenção de incriminar, injustificadamente, o Recorrente. Nesse sentido: HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CRIMES COMETIDOS NA VIGÊNCIA DA LEI Nº 6.368/76. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO. ALEGAÇÃO DE CONDENAÇÃO EXCLUSIVAMENTE EM DEPOIMENTOS DE POLICIAIS CIVIS. MEIO DE PROVA IDÔNEO. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. ALTERAÇÃO DA DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. FUNDAMENTAÇÃO LACÔNICA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. APLICAÇÃO RETROATIVA DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. INAPLICABILIDADE. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, § 1º, DA LEI 8.072/90. REGIME PRISIONAL. APLICAÇÃO DO ART. 33 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. WRIT PARCIALMENTE CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA, EM PARTE. 1. A análise do pleito de absolvição do paciente, em relação aos crimes previstos nos arts. 12 e 14 da Lei 6.368/76, demandaria exame aprofundado do arcabouço fático-probatório constante dos autos, inviável por meio de habeas corpus. 2. Conforme entendimento desta Corte, não há óbice a que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante do paciente sejam considerados na sentença como meio de prova para embasar a condenação, desde que colhidos sob o crivo do contraditório e em harmonia com os demais elementos de cognição, tal como na hipótese. 3. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a que seja necessária e suficiente. 4. Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base se apoiando, tão somente, em referências vagas, genéricas e desprovidas de alicerce objetivo para justificá-la. 5. De acordo com a jurisprudência deste Tribunal, é inaplicável o benefício da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, diante do reconhecimento de graves circunstâncias que caracterizaram a prática delitiva, tais como a origem, a quantidade e a natureza de droga apreendida, aliada ao fato de ter sido o paciente condenado também pelo crime de associação para o tráfico de drogas, evidenciando, portanto, a dedicação às atividades criminosas. 6. Após o Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei n. 8.072/90, este Tribunal firmou entendimento no sentido de que para os crimes de tráfico de drogas, cometidos sob a égide da Lei nº 6.368/76, o regime inicial de cumprimento de pena e a possibilidade de substituição da sanção corporal por medidas restritivas de direitos devem ser regidos com base nos ditames do Código Penal. 7. No caso concreto, ficando a reprimenda final estabelecida em 6 anos de reclusão, o regime inicial

semiaberto mostra-se adequado, tendo por base o art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, pois se trata de condenação pelos crimes de tráfico de drogas e associação para o tráfico praticados anteriormente ao advento da Lei nº 11.464/07, sendo fixada a pena-base no mínimo legal, por não identificar condições desfavoráveis previstas no art. 59, do Código Penal, sem o reconhecimento de nenhum elemento judicial tido como negativo. 8. Habeas corpus parcialmente conhecido. Ordem concedida, em parte, para reduzir a pena do paciente para 6 (seis) anos de reclusão, a serem cumpridos no regime inicial semiaberto, e 100 (cem) dias-multa. (HC 166.124/ES, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 21/06/2012, DJe 09/08/2012)

-grifamos O Apelante apresenta sua versão de negativa da autoria, em juízo, senão vejamos: "Que no momento foi encontrado com dez reais e estava indo à boca comprar. Que um menino falou "melou" e correu. Que o acusado ficou parado e encontrou uma mochila e foi ver o que tinha dentro. Que os policiais pegou o acusado abaixado olhando a mochila. Que não correu. Que a mochila foi deixada pelo rapaz. Que na mochila tinha um tablete e um pedacinho enrolado. Que o rapaz deu pinote porque tava "melado", ou seja, tem polícia na área e aí correu e jogou a mochila embaixo do carro. Que estava atrás do carro abrindo a mochila quando os policiais viram e falaram "olha que coisa boa". Que já foi preso. Que é portador do HIV e não estava indo assinar na 1ª Vara de Tóxicos porque estava doente " Não obstante a negativa de autoria, não há motivos para descredibilizar ou levantar suspeição sobre a palavra dos policiais militares, que trazem em juízo relatos firmes e harmônicos, não havendo dúvida quanto aos relatos trazidos pelos agentes de segurança pública. Não é o caso de se rejeitar a valoração dos seus depoimentos, e a sua validade para a condenação, uma vez que se tratam de servidores públicos, que agem com fé pública, tendo a palavra desses agentes, a natureza jurídica de meio de prova, segundo a reiterada jurisprudência da Corte de Cidadania. Isto posto, em que pese o nobre labor da Defensoria Pública, entendo que deve ser mantida a condenação em todos os seus termos. 2. Do pedido de redução da pena-base e de aplicação da causa de diminuição presente no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, no patamar máximo A pena basilar foi aplicada no mínimo legal. De acordo com a Defesa, o acusado faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena em questão, no patamar máximo, pois é tecnicamente primário. O Magistrado aplicou o referido benefício em 1/5 (um quinto) sob o seguinte argumento: "Verifica-se que o sentenciado faz jus à redução da pena, na proporção de 1/5, pois, apesar de não possuir condenação transitada em julgado, responde a outras Ações Penais, nesta Comarca. Soma-se a isto, as circunstâncias que envolveram o cometimento da infração penal em julgamento, com a apreensão de quantidade significativa de maconha, motivos estes, que justificam a não aplicação do redutor em seu patamar máximo. Ademais, não consta causa de aumento." A ação penal mencionada pelo Magistrado, em outro ponto da sentença condenatória, é aquela de nº 0568685- 91.2017, em trâmite na 1ª Vara de Tóxicos: "(...) vale registrar que, através da folha de consulta processual acostada aos autos, o mesmo responde a uma ação penal pela prática do mesmo delito perante a 1ª Vara de Tóxicos desta Capital (Proc. 0568685- 91.2017)." Sobre o tema, faz-se mister pontuar que o § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas prevê a redução da pena em 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) para os indivíduos que preencham os requisitos trazidos no referido parágrafo, sendo eles: primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividade criminosa, nem integre organização criminosa. A

conclusão de dedicação à atividade criminosa exige, a partir de uma análise constitucional do princípio da não culpabilidade, robustez probatória produzido pela acusação. A aplicação de jurisprudência para corroborar entendimentos jurídicos adotados nas decisões deve ser feita com prudência pelo julgador, principalmente quando utilizadas para afastar benefícios penais, como é o caso em referência, uma vez que o mero “silogismo jurisprudencial” pode representar na vida do indivíduo consequências práticas irreversíveis quando não individualizadas as peculiaridades de cada caso concreto. Não se pode desconsiderar que, embora necessária a função retributiva da pena, suas consequências são indelévels ao indivíduo, indo desde a sua privação de liberdade até o etiquetamento social pelo qual o acusado passará (labelling approach). A causa especial de diminuição de pena referente ao “tráfico privilegiado” está voltada, em verdade, a conceder ao pequeno traficante, tratamento penal proporcionalmente mais adequado a um menor juízo de reprovação da conduta praticada pelo agente que se envolve em atuação delitiva de modo episódico e eventual. No caso dos autos, esta Relatora alterou o entendimento e, na esteira do que foi decidido na Corte Suprema, e ora registra que condenações não transitadas em julgado não possuem o condão de afastar a aplicação da minorante em testilha. Nessa linha de intelecção, foi o julgado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa ora transcrevo: EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 AFASTADA COM FUNDAMENTO EM PROCESSOS EM CURSO. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (Julgado em 06/12/2019, SEGUNDA TURMA AG.REG. NO HABEAS CORPUS 175.466 SÃO PAULO RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA) A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o rito dos recursos especiais repetitivos (Tema 1.139), estabeleceu a tese de que é vedada a utilização de inquéritos ou ações penais em curso para impedir a aplicação da redução de pena pela configuração do chamado tráfico privilegiado (artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006): RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENALIS 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.) Sendo direito subjetivo do acusado, aplico a causa de diminuição de pena em questão, no patamar de 2/3 (dois terços), reduzindo as penas para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, sob regime aberto, além de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. Nesse diapasão, faz jus, o Recorrente, à substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, havendo o preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 44, do Código Penal, e mormente ao se verificar que não foram valoradas circunstâncias judiciais em desfavor do acusado. Assim, fixo as penas restritivas de direitos em limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade, em instituições a serem estabelecidas pelo juízo da execução de penas e medidas alternativas desta Comarca. 3. Do prequestionamento O Apelante prequestiona os artigos 33, caput e § 4º da Lei nº 11.343/2006, ao artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, assim como aos artigos 1º, III, 5º, LIV e LVII, todos da Constituição Federal. Registre-se, pois, que não houve infringência dos dispositivos supramencionados, de forma que a fundamentação exposta ao longo deste voto apresenta interpretação quanto à matéria legal sob discussão, apontando das razões do convencimento desta Relatora, não se devendo cogitar de negativa às mencionadas normas legais. Despiciendo, portanto, abordar todas as matérias debatidas ou dispositivos legais indicados pela Defesa, mesmo em face do prequestionamento. 4. Conclusão Ante o exposto, voto pelo conhecimento da Apelação, e pelo provimento parcial, aplicando-se a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), reduzindo as penas para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, sob regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, além de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. Salvador/BA, 30 de agosto de 2022. Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora