

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Classe : Apelação Criminal n.º 0703918–21.2021.8.05.0001 Órgão : Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Relator (a) : Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Apelante : Valter Rodrigues Umbelino Junior Advogado (s) : Defensoria Pública do Estado da Bahia Apelado : Ministério Público APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. RETRATAÇÃO. TEMA Nº 1139 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ADEQUAÇÃO. IMPERATIVIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. REDUTOR (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). AFASTAMENTO. HABITUALIDADE. EVIDÊNCIA. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIIS EM CURSO. UTILIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO. RECONSIDERAÇÃO. 1. A teor do que preconiza o art. 1.030, II, do Código de Processo Civil, de supletiva aplicação ao Processo Penal, a constatação, em sede de Recurso Especial, de divergência entre a conclusão alcançada pelo Colegiado Julgador da Corte Estadual e o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal sobre o mesmo tema, em sede de repercussão geral ou recursos repetitivos, impõe a submissão do feito à reapreciação daquele, para viabilizar o exercício de juízo de retratação. 2. Vigente na Corte Superior de Justiça o entendimento consolidado no Tema nº 1139, pela impossibilidade de se utilizar inquéritos e ações penais em curso para afastar a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n 11.343/06, torna-se também inviável a utilização de tais elementos para caracterizar a habitual dedicação criminosa do agente e, por conseguinte, negar-lhe o benefício. 3. Constatando-se que o julgamento desta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal, ao analisar o recurso de apelação originário, prestigiando precedentes temáticos então majoritários, negou o reconhecimento do tráfico privilegiado com lastro em habitualidade delitiva ilustrada por reiteração criminosa enquanto o agente se encontrava em liberdade provisória, respondendo a outra imputação ação penal, tem-se demonstrada a confrontação ao predito tema de repercussão geral, tornando imperativo, diante do Recurso Especial interposto, rever o aludido posicionamento, para àquele adequá-lo. 4. Nesse sentido, afastando-se a imputação anterior a que respondia agente, eis que ainda não traduzida em condenação definitiva ao tempo dos fatos em apuração, para se ater apenas aos elementos contidos no feito de origem, tem-se por impositivo a ele reconhecer incidente a multicitada causa de diminuição, em sua fração máxima (2/3), para que a pena definitiva, a partir do quanto alcançado na origem na fase intermediária, seja reduzida a 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa. 5. Alterada a pena definitiva para patamar inferior a 04 (quatro) anos, e não estando em discussão circunstâncias que eventualmente autorizem o recrudescimento do respectivo regime inicial de cumprimento, tem-se por também necessário alterá-lo para o aberto, tal como requerido na insurgência especial. 6. Computada negativamente, desde a origem, as circunstâncias do crime, em entendimento mantido em sede de apelação, não há espaço para se aplicar a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito ou se impor a suspensão de sua execução, eis que não satisfeitas as exigências contidas nos arts. 44, III, e 77, II, do Código Penal, especialmente quando sequer há no Recurso Especial pretensão nesse sentido. 7. Julgamento alterado em juízo de retratação, para dar parcial provimento à apelação originária. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Retratação em Apelação Criminal n.º 0703918–21.2021.8.05.0001, em que figuram, como Apelante, Valter Rodrigues Umbelino Junior e, como Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia,

ACORDAM os Desembargadores componentes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em RECONSIDERAR O JULGAMENTO ANTERIOR, PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, nos termos do voto condutor, adiante registrado. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 21 de Maio de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Classe : Apelação Criminal n.º 0703918–21.2021.8.05.0001 Órgão : Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Relator (a) : Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Apelante : Valter Rodrigues Umbelino Junior Advogado (s) : Defensoria Pública do Estado da Bahia Apelado : Ministério Público RELATÓRIO Cuidam os autos de Recurso Especial em Apelação Criminal encaminhados pela Egrégia 2ª Vice–Presidência desta Corte de Justiça ao Colegiado desta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal, com vistas a viabilizar o exercício de juízo de retratação quanto ao julgamento originalmente proferido, no qual foi rejeitada a postulação recursal manifestada por Valter Rodrigues Umbelino Junior, impugnando a negativa de incidência à causa de diminuição de pena contida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ante sua condenação pelo crime de tráfico de drogas. No recurso de origem, na específica delimitação de abrangência do juízo de retratação ora em apreço, aduziu o então apelante ter sido indevidamente condenado à pena definitiva de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, além de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias–multa, pela prática do delito de tráfico de drogas, tendo em visa que faria jus à aludida causa de diminuição de pena, o que lhe foi negado na sentença e mantido no acórdão deste Colegiado de Segunda Instância. No julgamento do aludido feito, este Colegiado entendeu por rejeitar a tese recursal, em posicionamento, no particular, assim consignado em sua ementa e voto condutor, respectivamente: "6. Tratando–se de réu habitualmente dedicado à prática ilícita, inclusive sendo novamente preso quando em liberdade provisória pelo mesmo crime de tráfico de drogas, tem–se por justificada a não incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, por descaracterizar condicionante cumulativa de não dedicação à prática criminosa, ali estabelecida. (...) Na segunda e na terceira fases, como já pontuado, não se alterou a pena originalmente fixada, não se concedendo ao réu o benefício trazido no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o que, de fato, não encontra espaço, diante de sua habitual dedicação à prática ilícita. Sob esse tópico, a sentença foi assaz contundente: 'O réu não faz jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11. 343/06, posto que há outras duas ações penais por tráfico de drogas 1ª e 3ª Vara de Tóxicos desta Capital, respectivamente, sob os números 0538310–39.2019 e 0519935–58.2017 (fls. 91), o que evidencia o seu envolvimento com atividades criminosas.' De fato, os requisitos estabelecidos no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas se firmam em cunho cumulativo, sendo necessária a simultânea presença de todos eles para a obtenção da fração redutora ali prevista, o que não é o caso do Réu, que, conforme adrede consignado, tem histórico de envolvimento com condutas criminosas, inclusive sendo novamente preso quando em liberdade provisória, o que prontamente afasta a exigência de que 'não se dedique às atividades criminosas', contida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 para a concessão do benefício: 'Art. 33. § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a

conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.' Cuidando-se, pois, de réu com dedicação recorrente à prática ilícita, não há que se falar em incidência do redutor." À vista do aludido entendimento, foi interposto Recurso Especial pelo apelante, insistindo na aplicação ao caso concreto da causa de diminuição perseguida (ID 56157292). Na insurgência, o Recorrente delimitou sua postulação nos seguintes termos (ID 56157293, fl. 13): "(...) Em face do exposto, preenchidos os requisitos de admissibilidade, requer o Recorrente a Vossa Excelência seja conhecido e provido o presente Recurso Especial, a fim de que seja reformado o acórdão ora vergastado, da lavra do E. Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, a fim de que seja redimensionada a pena do recorrente para que seja aplicada a causa especial de diminuição de pena do artigo 33, § 4ª da Lei Federal de nº. 11.343/06 no seu patamar máximo de 2/3 (dois terços), posto que fora negado o benefício com espeque em duas ações penais em curso, em plena ignorância ao tema de recurso repetitivo 1.139 do superior tribunal de justiça, redimensionando-se a pena definitiva com a consequente alteração do regime prisional, fato este que fere o artigo 927, inciso III do Código de Processo Civil, por serem os temas repetitivos legislativamente definidos como precedentes judiciais obrigatórios.(...)". Conclusos os fólios virtuais à Egrégia 2ª Vice-Presidência, para exercício do juízo de admissibilidade, foi ali constatada a divergência entre o entendimento impugnado e a recente tese fixada na Superior Corte de Justiça sob o Tema nº 1139, derivada dos recursos repetitivos, resultando no encaminhamento dos autos, em retorno, a este Órgão Julgador para, em observância ao art. 1.030, II, do supletivo Código de Processo Civil, ser oportunizado o exercício do juízo de retratação (ID 56371792). Recebendo os autos virtuais conclusos, neles lancei a presente sinopse, encaminhando-a à insigne Revisão, para fins de julgamento integrativo. É o suficiente a relatar. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Classe : Apelação Criminal n.º 0703918-21.2021.8.05.0001 Órgão : Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Relator (a) : Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Apelante : Valter Rodrigues Umbelino Junior Advogado (s) : Defensoria Pública do Estado da Bahia Apelado : Ministério Público VOTO Ao exame dos autos, constata-se cuidar-se de procedimento específico previsto na legislação processual regente dos recursos às instâncias superiores, voltado à obtenção de alinhamento entre os posicionamentos alcançados nos Tribunais Estaduais e aqueles pacificados, dentre outros, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos precedentes de vinculação obrigatória. No caso em apreço, a matéria delimitada para reexame, em face da abrangência do Recurso Especial, é concernente à aplicação, na condenação pelo crime de tráfico de drogas, da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, quando constatada, por inquéritos e ações penais ainda em curso, a habitualidade delitiva do agente. O julgado atacado pelo Recurso Especial, no particular, assim registrou: "6. Tratando-se de réu habitualmente dedicado à prática ilícita, inclusive sendo novamente preso quando em liberdade provisória pelo mesmo crime de tráfico de drogas, tem-se por justificada a não incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, por descaracterizar condicionante cumulativa de não dedicação à prática criminosa, ali estabelecida. (Ementa) (...) Na segunda e na terceira fases, como já pontuado, não se alterou a pena originalmente

fixada, não se concedendo ao réu o benefício trazido no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, o que, de fato, não encontra espaço, diante de sua habitual dedicação à prática ilícita. Sob esse tópico, a sentença foi assaz contundente: 'O réu não faz jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11. 343/06, posto que há outras duas ações penais por tráfico de drogas 1ª e 3ª Vara de Tóxicos desta Capital, respectivamente, sob os números 0538310-39.2019 e 0519935-58.2017 (fls. 91), o que evidencia o seu envolvimento com atividades criminosas.' De fato, os requisitos estabelecidos no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas se firmam em cunho cumulativo, sendo necessária a simultânea presença de todos eles para a obtenção da fração redutora ali prevista, o que não é o caso do Réu, que, conforme adrede consignado, tem histórico de envolvimento com condutas criminosas, inclusive sendo novamente preso quando em liberdade provisória, o que prontamente afasta a exigência de que 'não se dedique às atividades criminosas', contida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 para a concessão do benefício: 'Art. 33. § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.' Cuidando-se, pois, de réu com dedicação recorrente à prática ilícita, não há que se falar em incidência do redutor." (Voto condutor). Como se infere, este Colegiado, privilegiando a compreensão dominante nas Cortes Pátrias, em precedentes próprios e, inclusive, do próprio Superior Tribunal de Justiça, afastou a incidência da malsinada causa de diminuição de pena, tendo em vista que o apelante, ao praticar o delito, respondia a outras ações penais e, inclusive, estava em uso de monitoramento eletrônico como condição para a liberdade provisória, por imputação do mesmo delito, o que indicaria o envolvimento habitual com entorpecentes ilícitos. Sucede que, sendo o tema submetido, pela via recursal especial, ao Superior Tribunal de Justiça, denota-se a inviabilidade de manutenção da predita compreensão, eis que, naquela Corte, o entendimento fixado em sede de tema repetitivo é manifestamente contrário, vedando a utilização de inquéritos e ações penais em curso para caracterizar a habitualidade delitiva do agente. Repise-se: "Tema 1139 (STJ): 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." Da direta exegese do entendimento vinculante, conclui-se que, no âmbito da compreensão da Superior Corte de Justiça, a habitualidade delitiva, para fins de afastamento da causa de diminuição, não pode ser alcançada com a utilização de inquéritos e ações penais em curso, justamente o que se utilizou na origem. Portanto, em que pese a crítica meritória que se impõe registrar a tal compreensão, na medida em que, na prática, limita a habitualidade delitiva aos casos de reincidência formal ou à confissão do agente, tem-se, sob essas circunstâncias e em detrimento do posicionamento anteriormente alcançado por este Colegiado Julgador, que a retratação do julgado se impõe, para que, na apreciação dos temas integrados ao apelo de origem, seja reconhecida ao apelante a incidência da causa de diminuição de pena perseguida em seu inconformismo (Lei nº 11.343/06, art. 33, § 4º). Consequentemente, consideradas as balizas remanescentes para aferição do benefício, e tendo em voga que seu afastamento originário se estabeleceu exclusivamente em face dos procedimentos penais anteriores, bem assim sendo a imputação de quantidades módicas de entorpecentes, tem-se por imperativo reconhecer ao

apelante a incidência do redutor em sua máxima fração (dois terços), a fim de que, a partir da dosimetria seguida na origem, a pena definitiva seja redimensionada para 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa. Procedido o ajuste na reprimenda definitiva, o regime inicial para seu cumprimento deve ser estabelecido como o aberto, na direta exegese do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. Ainda que o crime em que incurso o réu não abrigue violência ou grave ameaça e o total da pena não supere 02 (dois) anos, tem-se no caso que a sentença valorou negativamente as circunstâncias do crime, em entendimento mantido em sede de apelação e que, conforme adrede relatado, sequer compõe o Recurso Especial. Logo, observando-se a restrita delimitação do juízo de retratação, na correlação direta com os temas incluídos naquela insurgência, não há que se falar em substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito ou a suspensão de sua execução. Afinal, não preenchidos, respectivamente, os requisitos contidos no art. 44, III, e no art. 77, II, do Código Penal. Conclusão À vista de todos os fundamentos aqui consignados, sopesados em cotejo com a realidade dos autos, e em alinhamento à compreensão externada pelos arestos aqui transcritos, igualmente adotados como fundamentação decisória, tem-se por necessário, observando-se a estrita delimitação do objeto do juízo de retratação, exercendo-o, dar parcial provimento à apelação originária, a fim de fazer incidir no cálculo dosimétrico o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e, por conseguinte, redimensionar a pena definitiva para 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, além de 194 (cento e noventa e quatro) dias-multa, a ser inicialmente cumprida em regime aberto. Dispositivo Ex positis, em estrita observância à delimitação da matéria devolvida à apreciação e nos exatos termos das precedentes conclusões, em juízo de retratação, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DE ORIGEM. É o voto. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Relator