

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Juízo de Retratação em Apelação n.º 0500065-57.2017.8.05.0088 – Comarca de Guanambi/BA Recorrente: Rafael da Cruz Costa Prates Defensor Público: Dr. Marcos Antônio Pithon Nascimento Recorrido: Ministério Público do Estado da Bahia Procurador de Justiça por Delegação: Dr. Danilo Monteiro de Araujo Oliveira Origem: 1ª Vara Criminal da Comarca de Guanambi/BA Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães ACÓRDÃO JUÍZO DE RETRATAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006). INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NOVA ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA firmada em julgamento de recursos repetitivos. TEMA Nº 1139 FIXADO PELA TERCEIRA SEÇÃO da corte cidadã EM 10/08/2022. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIIS EM CURSO PARA IMPEDIR A APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA AO PRECEDENTE QUALIFICADO. necessidade de reexame do acórdão proferido por esta turma julgadora. cabimento de incidência da aludida causa especial de diminuição de pena. ELEMENTOS CONCRETOS INSUFICIENTES a EVIDENCIAR A DEDICAÇÃO do réu a ATIVIDADES CRIMINOSAS. REDUÇÃO DAS REPRIMENDAS EM 1/3 (UM TERÇO), LEVANDO-SE EM CONSIDERAÇÃO A VARIEDADE, NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. PATAMAR DE DIMINUIÇÃO RAZOÁVEL E PROPORCIONAL. PENAS DEFINITIVAS REDIMENSIONADAS, MANTIDO O REGIME ABERTO E SUBSTITUÍDA A SANÇÃO privativa de liberdade POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, recurso CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, parcialmente provido, para aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, redimensionando as penas definitivas do Recorrente para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, e substituindo a sanção corporal por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução, mantendo-se os demais termos do Acórdão reexaminado. I – Cuida-se de Reexame de Recurso de Apelação em sede de Juízo de Retratação, encaminhado pela 2ª Vice Presidência deste Tribunal de Justiça da Bahia, com fulcro no art. 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil, por suposta inobservância do Acórdão proferido no ID. 30562319 à tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema Repetitivo 1139, nos seguintes termos: “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”. II – Em sessão de julgamento realizada no dia 21/06/2022, esta Turma Julgadora, à unanimidade, conheceu parcialmente e negou provimento ao Apelo interposto por Rafael da Cruz Costa Prates, mantendo-se inalterados os termos da sentença vergastada, consoante voto desta Relatora. Na oportunidade, a aplicação da minorante do tráfico privilegiado foi afastada em razão da existência de ações penais em curso em desfavor do Apelante, pelos delitos de furto qualificado (0301610-2.2015.8.05.0088) e tráfico de drogas e associação criminosa (0502093-61.2018.8.05.0088). III – Irresignado, o Recorrente interpôs Recurso Especial (ID. 30939977), postulando a Defesa, nas razões recursais, a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 no patamar máximo de 2/3 (dois terços), com a consequente modificação do regime prisional para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. IV – Ab início, cumpre ressaltar não ter havido divergência do entendimento exarado por esta E. 2ª Turma no Acórdão recorrido em relação à tese fixada pela Corte Cidadã no Tema 1139, uma vez que o Recurso de Apelação foi julgado em 21/06/2022 (ID. 30511049) e, portanto, anteriormente aos

recursos repetitivos REsp 1.977.027 e REsp 1.977.180, apreciados em 10/08/2022 e publicados no DJe em 18/08/2022. V – Nada obstante, considerando que o art. 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil disciplina, no âmbito dos precedentes de observância obrigatória, que, publicado o acórdão paradigma, “o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior”, afigura-se cabível a realização de juízo de retratação quando a decisão colegiada não houver transitado em julgado, como na hipótese vertente. VI – In casu, em sede de juízo de retratação, verifica-se necessária a retificação parcial do Acórdão proferido no ID. 30562319, no que se refere à dosimetria das penas e às disposições acessórias, a fim de adequá-lo ao entendimento esboçado pelo STJ no Tema 1139, conforme delineado a seguir. Na primeira fase do cálculo dosimétrico, não havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, a Juíza a quo fixou as penas-base no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, reprimendas que foram mantidas como provisórias, na etapa intermediária, ante a ausência de agravantes ou atenuantes. VII – Avançando à terceira fase, a Magistrada singular afastou a aplicação do redutor referente ao tráfico privilegiado, expondo a seguinte motivação (ID. 26505150, pág. 05): “No presente caso, em que pese não haver informações de condenação anterior apta a afastar sua primariedade, responde a outras duas ações penais nesse juízo (0301610-2.2015.8.05.0088 furto qualificado, e 0502093-61.2018.8.05.0088 tráfico e associação criminosa), conforme constam de pesquisas junto ao SAJ e ao PJE, apenas nessa comarca. Assim, tem-se que se dedica a atividade criminosa.”. VIII – Como cediço, a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. Tal dispositivo tem como destinatário apenas pequenos e eventuais traficantes e não os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida. IX – No que concerne à aplicação da aludida minorante, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 10/08/2022, alinhando-se ao entendimento mais recente sufragado no Supremo Tribunal Federal, fixou tese em recursos repetitivos, no sentido de que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006 (REsp 1.977.027 e REsp 1.977.180). X – Nesse contexto, em consonância com o recente entendimento jurisprudencial firmado nos Tribunais Superiores, à míngua de elementos probatórios que indiquem, de forma segura, a dedicação do Recorrente a atividades criminosas, tratando-se de Réu primário, sem registro de maus antecedentes, forçoso reconhecer que razão assiste à Defesa no tocante à possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006. XI – Oportuno registrar que a Terceira Seção do STJ, “na apreciação do HC 725.534/SP, revisou as diretrizes estabelecidas no EREsp n. 1.887.511/SP e firmou o entendimento de que é possível a utilização do critério da natureza e quantidade da droga apreendida tanto para a fixação da pena-base, quanto para a modulação da minorante do tráfico privilegiado – nesse último caso, ainda que sejam os únicos elementos aferidos” [e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena] (EDcl nos EDcl no HC n. 723.643/RJ, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 11/11/2022.).

XII – Quanto à modulação da fração redutora, inviável acolher o pleito defensivo para aplicação no patamar máximo de 2/3 (dois terços), pois, além de o Recorrente responder a outros dois processos, cumpre observar que, apesar da quantidade total de droga encontrada não ter sido expressiva – a saber, 30g (trinta gramas) de maconha e 28,90 (vinte e oito gramas e noventa centigramas) de cocaína, na forma de “crack”, a primeira fracionada em 17 (dezessete) trouxas envoltas em plástico e a segunda em 51 (cinquenta e uma) pedras –, a natureza e a variedade das substâncias apreendidas, sendo a cocaína na forma de “crack” altamente danosa à saúde humana, justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo. Isso porque, não é possível desconsiderar o fato de que as drogas ilícitas possuem distintas potencialidades e graus de pureza. Assim, o patamar de redução da pena também deverá guardar correlação com o maior ou menor perigo de dano à saúde pública, perigo que se materializa na potencialidade real da substância que seria disseminada. XIII – Desse modo, tendo em vista a variedade e natureza das drogas apreendidas, bem assim que tal circunstância preponderante não foi sopesada na 1ª fase da dosimetria, reputa-se razoável ao caso em testilha a incidência do redutor na fração de 1/3 (um terço), a título de prevenção e reprovação do delito. Tal conclusão é corroborada, inclusive, pelo princípio da individualização da pena, que deve nortear o magistrado na aplicação da reprimenda. XIV – Nesta senda, ausentes causas de aumento e aplicado o redutor de 1/3 (um terço), restam as reprimendas definitivas redimensionadas para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, mantido o regime inicial aberto para cumprimento da sanção corporal, já fixado pelo Magistrado de origem em razão da detração operada (ausência de interesse recursal), sendo cabível, outrossim, a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (nos termos do art. 44, do CP), a serem fixadas pelo Juízo da Execução. XV – Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo provimento do recurso, no que concerne à aplicação do redutor do tráfico privilegiado. XVI – EM SEDE DE JUÍZO DE RETRATAÇÃO, recurso CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, parcialmente provido, para aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, redimensionando as penas definitivas do Recorrente para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, e substituindo a sanção corporal por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução, mantendo-se os demais termos do Acórdão reexaminado. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Juízo de Retratação em Apelação Criminal n.º 0500065-57.2017.8.05.0088, provenientes da Comarca de Guanambi/BA, em que figuram, como Recorrente, Rafael da Cruz Costa Prates, e, como Recorrido, o Ministério Público do Estado da Bahia. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Colenda Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em sede de juízo de retratação, à unanimidade, em conhecer parcialmente e, nessa extensão, DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso, para aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, redimensionando as penas definitivas do Recorrente para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo, e substituindo a sanção corporal por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução, mantendo-se os demais termos do Acórdão reexaminado, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto da Desembargadora 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, 11 de Abril de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Juízo de Retratação em Apelação n.º 0500065-57.2017.8.05.0088 – Comarca de Guanambi/BA Recorrente: Rafael da Cruz Costa Prates Defensor Público: Dr. Marcos Antônio Pithon Nascimento Recorrido: Ministério Público do Estado da Bahia Procurador de Justiça por Delegação: Dr. Danilo Monteiro de Araujo Oliveira Origem: 1ª Vara Criminal da Comarca de Guanambi/BA Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães RELATÓRIO Cuida-se de Reexame de Recurso de Apelação em sede de Juízo de Retratação, encaminhado pela 2ª Vice Presidência deste Tribunal de Justiça da Bahia, com fulcro no art. 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil, por suposta inobservância do Acórdão proferido no ID. 30562319 à tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema Repetitivo 1139, nos seguintes termos: “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”. Em sessão de julgamento realizada no dia 21/06/2022, esta Turma Julgadora, à unanimidade, conheceu parcialmente e negou provimento ao Apelo interposto por Rafael da Cruz Costa Prates, mantendo-se inalterados os termos da sentença vergastada, consoante voto desta Relatora. Na oportunidade, a aplicação da minorante do tráfico privilegiado foi afastada em razão da existência de ações penais em curso em desfavor do Apelante, pelos delitos de furto qualificado (0301610-2.2015.8.05.0088) e tráfico de drogas e associação criminosa (0502093-61.2018.8.05.0088). Irresignado, o Recorrente interpôs Recurso Especial (ID. 30939977), postulando a Defesa, nas razões recursais, a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 no patamar máximo de 2/3 (dois terços), com a consequente modificação do regime prisional para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Contrarrazões do Ministério Público, pugnando pelo não conhecimento e, no mérito, pelo improvimento do Recurso Especial (ID. 32815040). Durante o trâmite recursal perante a 2ª Vice Presidência, sobreveio o julgamento do Tema 1139 pelo Superior Tribunal de Justiça, determinando-se o retorno dos autos a este Gabinete. Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo provimento do recurso, no que concerne à aplicação do redutor do tráfico privilegiado (ID. 41078991). Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Juízo de Retratação em Apelação n.º 0500065-57.2017.8.05.0088 – Comarca de Guanambi/BA Recorrente: Rafael da Cruz Costa Prates Defensor Público: Dr. Marcos Antônio Pithon Nascimento Recorrido: Ministério Público do Estado da Bahia Procurador de Justiça por Delegação: Dr. Danilo Monteiro de Araujo Oliveira Origem: 1ª Vara Criminal da Comarca de Guanambi/BA Relatora: Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães VOTO Cuida-se de Reexame de Recurso de Apelação em sede de Juízo de Retratação, encaminhado pela 2ª Vice Presidência deste Tribunal de Justiça da Bahia, com fulcro no art. 1.030, inciso II, do Código de Processo Civil, por suposta inobservância do Acórdão proferido no ID. 30562319 à tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Tema Repetitivo 1139, nos seguintes termos: “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”. Em sessão de julgamento realizada no dia 21/06/2022, esta Turma Julgadora, à unanimidade, conheceu parcialmente e negou provimento

ao Apelo interposto por Rafael da Cruz Costa Prates, mantendo-se inalterados os termos da sentença vergastada, consoante voto desta Relatora. Na oportunidade, a aplicação da minorante do tráfico privilegiado foi afastada em razão da existência de ações penais em curso em desfavor do Apelante, pelos delitos de furto qualificado (0301610-2.2015.8.05.0088) e tráfico de drogas e associação criminosa (0502093-61.2018.8.05.0088). Irresignado, o Recorrente interpôs Recurso Especial (ID. 30939977), postulando a Defesa, nas razões recursais, a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 no patamar máximo de 2/3 (dois terços), com a consequente modificação do regime prisional para o aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Ab início, cumpre ressaltar não ter havido divergência do entendimento exarado por esta E. 2ª Turma no Acórdão recorrido em relação à tese fixada pela Corte Cidadã no Tema 1139, uma vez que o Recurso de Apelação foi julgado em 21/06/2022 (ID. 30511049) e, portanto, anteriormente aos recursos repetitivos REsp 1.977.027 e REsp 1.977.180, apreciados em 10/08/2022 e publicados no DJe em 18/08/2022. Nada obstante, considerando que o art. 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil disciplina, no âmbito dos precedentes de observância obrigatória, que, publicado o acórdão paradigma, “o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior”, afigura-se cabível a realização de juízo de retratação quando a decisão colegiada não houver transitado em julgado, como na hipótese vertente. Nesse sentido, já se manifestou esta Turma Julgadora: EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – JUÍZO DE RETRATAÇÃO – UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO PARA AFASTAR A APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06 – PRETENSÃO SUBMETIDA AO CRIVO DOS RECURSOS REPETITIVOS EM RAZÃO DO JULGAMENTO DO REsp nº 1977027/PR (TEMA 1139, PELA TERCEIRA SEÇÃO DO STJ) – REEXAME DO APELO PARA APLICAR O NOVO ENTENDIMENTO DO STJ – PENA REDIMENSIONADA. I – Na data de 18 de agosto de 2022 o Superior Tribunal de Justiça, ao julgar os Recursos Especiais representativos da controvérsia (REsp nº 1977027/PR e 1977180/PR) fixou o TEMA 1139: É VEDADA A UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIS EM CURSO PARA IMPEDIR A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. II – Estes autos vieram da 2ª Vice Presidência deste Tribunal de Justiça com o registro de que esta 2ª Turma “divergiu do entendimento firmado pelo E. STJ em precedente obrigatório”. (sic). III – Considerando que na sessão de julgamento do Recurso de Apelação, ocorrido na data de 21 de junho de 2022, não existia o precedente obrigatório a ser seguido, não há que se cogitar que houve divergência do entendimento da Corte Superior. IV – Todavia, em sede de aplicação do instituto dos precedentes no Código de Processo Civil de 2015, é manifesta a possibilidade de reexame da matéria, em juízo de retratação, para aplicar o entendimento firmado pela Corte Superior (vide art. 1040, II), desde que não tenha ocorrido o trânsito em julgado, como no caso vertente. V – Por conseguinte, no exercício do juízo de retratação de que trata o inciso II, do art. 1.040, do CPC, impõe-se, de fato, a parcial alteração do Acórdão acostado no ID 30510849, redimensionando a pena para 03 (três) ANOS, 02 (dois) meses e 26 DIAS DE RECLUSÃO, em regime aberto, e 388 dias multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Substituo a pena corporal por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução Penal, com a consequente expedição de alvará de soltura, caso o

apelante não esteja preso por outro motivo ou houver mandado de prisão em aberto. [...] (TJBA, Classe: Apelação, Número do Processo: 0505048-64.2020.8.05.0001, Relator (a): PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA, Publicado em: 31/01/2023) (grifos acrescentados) In casu, em sede de juízo de retratação, verifica-se necessária a retificação parcial do Acórdão proferido no ID. 30562319, no que se refere à dosimetria das penas e às disposições acessórias, a fim de adequá-lo ao entendimento esboçado pelo STJ no Tema 1139, conforme delineado a seguir. Na primeira fase do cálculo dosimétrico, não havendo circunstâncias judiciais desfavoráveis, a Juíza a quo fixou as penas-base no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, reprimendas que foram mantidas como provisórias, na etapa intermediária, ante a ausência de agravantes ou atenuantes. Avançando à terceira fase, a Magistrada singular afastou a aplicação do redutor referente ao tráfico privilegiado, expondo a seguinte motivação (ID. 26505150, pág. 05): “No presente caso, em que pese não haver informações de condenação anterior apta a afastar sua primariedade, responde a outras duas ações penais nesse juízo (0301610-2.2015.8.05.0088 furto qualificado, e 0502093-61.2018.8.05.0088 tráfico e associação criminosa), conforme constam de pesquisas junto ao SAJ e ao PJE, apenas nessa comarca. Assim, tem-se que se dedica a atividade criminosa.”. Como cediço, a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. Tal dispositivo tem como destinatário apenas pequenos e eventuais traficantes e não os que, comprovadamente, fazem do crime seu meio habitual de vida. No que concerne à aplicação da aludida minorante, a 3ª Seção do Superior Tribunal de Justiça, em 10/08/2022, alinhando-se ao entendimento mais recente sufragado no Supremo Tribunal Federal, fixou tese em recursos repetitivos, no sentido de que é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/2006 (REsp 1.977.027 e REsp 1.977.180). Confirmam-se: Proclamação Final de Julgamento no RECURSO ESPECIAL nº. 1.977.027/PR, do Superior Tribunal de Justiça, Relatora: Ministra Laurita Vaz (data do julgamento: 10/08/2022): A Terceira Seção, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo das Execuções, nos termos desta decisão, e fixou a seguinte 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”, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora (STJ, processo afetado ao rito dos recursos repetitivos). AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CRIMINAL. INQUÉRITOS POLICIAIS E PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. ANTECEDENTES CRIMINAIS. ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA NÃO CULPABILIDADE. RE 591.054-RG/SC. AGRADO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – O Plenário do Supremo Tribunal Federal firmou o entendimento de que, ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais. Precedente. II – A aplicação da causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do

art. 5º, LIV, da Constituição Federal. III – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, RE 1283996 AgR, Relator: Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020, publicado em 03/12/2020). Ainda acerca do tema, veja-se o seguinte julgado: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. INQUÉRIOS E AÇÕES PENAIS EM CURSO. UTILIZAÇÃO PARA MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA E DA SEGUNDA TURMAS DO STF. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A dosimetria da pena é o procedimento em que o magistrado, no exercício de discricionariedade vinculada, utilizando-se do sistema trifásico de cálculo, chega ao quantum ideal da pena com base em suas convicções e nos critérios previstos abstratamente pelo legislador. 2. O cálculo da pena é questão afeta ao livre convencimento do juiz, passível de revisão pelo STJ somente em situações excepcionais de notória ilegalidade ou de abuso de poder que possam ser aferidas de plano, sem necessidade de dilação probatória. 3. Os requisitos específicos para reconhecimento do tráfico privilegiado estão expressamente previstos no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, a saber, que o beneficiário seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. 4. Inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar ou modular a fração de diminuição de pena do tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral). 5. Configura constrangimento ilegal a presunção de que o agente se dedica a atividades criminosas pela simples existência de inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação criminal definitiva; da mesma maneira, configura constrangimento ilegal a modulação da fração de redução de pena do tráfico privilegiado com considerações exclusivamente acerca desses fundamentos. 6. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC 694.827/RS, Relator: Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 22/02/2022, DJe 24/02/2022). (grifos acrescidos). Nesse contexto, em consonância com o recente entendimento jurisprudencial firmado nos Tribunais Superiores, à míngua de elementos probatórios que indiquem, de forma segura, a dedicação do Recorrente a atividades criminosas, tratando-se de Réu primário, sem registro de maus antecedentes, forçoso reconhecer que razão assiste à Defesa no tocante à possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006. Oportuno registrar que a Terceira Seção do STJ, “na apreciação do HC 725.534/SP, revisou as diretrizes estabelecidas no EREsp n. 1.887.511/SP e firmou o entendimento de que é possível a utilização do critério da natureza e quantidade da droga apreendida tanto para a fixação da pena-base, quanto para a modulação da minorante do tráfico privilegiado – nesse último caso, ainda que sejam os únicos elementos aferidos” [e desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena] (EDcl nos EDcl no HC n. 723.643/RJ, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 8/11/2022, DJe de 11/11/2022.). Quanto à modulação da fração redutora, inviável acolher o pleito defensivo para aplicação no patamar máximo de 2/3 (dois terços), pois, além de o Recorrente responder a outros dois processos, cumpre observar que, apesar da quantidade total de droga encontrada não ter sido expressiva – a saber, 30g (trinta gramas) de maconha e 28,90 (vinte e oito gramas e noventa centigramas) de cocaína, na forma de “crack”, a primeira

fracionada em 17 (dezessete) trouxas envoltas em plástico e a segunda em 51 (cinquenta e uma) pedras –, a natureza e a variedade das substâncias apreendidas, sendo a cocaína na forma de “crack” altamente danosa à saúde humana, justificam a não aplicação do redutor em seu grau máximo. Isso porque, não é possível desconsiderar o fato de que as drogas ilícitas possuem distintas potencialidades e graus de pureza. Assim, o patamar de redução da pena também deverá guardar correlação com o maior ou menor perigo de dano à saúde pública, perigo que se materializa na potencialidade real da substância que seria disseminada. Desse modo, tendo em vista a variedade e natureza das drogas apreendidas, bem assim que tal circunstância preponderante não foi sopesada na 1ª fase da dosimetria, reputa-se razoável ao caso em testilha a incidência do redutor na fração de 1/3 (um terço), a título de prevenção e reprovação do delito. Tal conclusão é corroborada, inclusive, pelo princípio da individualização da pena, que deve nortear o magistrado na aplicação da reprimenda. Nesta senda, ausentes causas de aumento e aplicado o redutor de 1/3 (um terço), restam as reprimendas definitivas redimensionadas para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias–multa, no valor unitário mínimo, mantido o regime inicial aberto para cumprimento da sanção corporal, já fixado pelo Magistrado de origem em razão da detração operada (ausência de interesse recursal), sendo cabível, outrossim, a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos (nos termos do art. 44, do CP), a serem fixadas pelo Juízo da Execução. Pelo quanto expendido, em sede de juízo de retratação, voto no sentido de conhecer parcialmente e, nessa extensão, DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso, para aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, redimensionando as penas definitivas do Recorrente para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 333 (trezentos e trinta e três) dias–multa, no valor unitário mínimo, e substituindo a sanção corporal por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução, mantendo-se os demais termos do Acórdão reexaminado. Sala das Sessões, ____ de _____ de 2023.

Presidente Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães Relatora
Procurador (a) de Justiça