

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8008949-09.2021.8.05.0103 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: JOSÉ GUILHERME DANTAS DE JESUS Advogado (s): ACORDÃO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APELAÇÃO INTERPOSTA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. PLEITO RECURSAL DE AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º DA LEI N. 11.343/2006. IMPROVIMENTO. VEDAÇÃO DE UTILIZAÇÃO DE AÇÕES PENAIIS EM CURSO PARA AFASTAR A REFERIDA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. TEMA 1.139 DO STJ. PRESERVAÇÃO DA PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO SUSCITADO PELO APELANTE E PELO APELADO. DESNECESSIDADE DE MENCIONAR EXPRESSAMENTE CADA DISPOSITIVO. REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO QUE SE SATISFAZ COM A EXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO SOBRE AS MATÉRIAS QUE SE PRETENDE SUBMETTER AO CRIVO DAS INSTÂNCIAS EXTRAORDINÁRIAS. PEDIDOS DE REFORMA DA PENA-BASE, MODIFICAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA E DE GRATUIDADE JUDICIÁRIA FORMULADOS PELO APELADO EM CONTRARRAZÕES. NÃO CONHECIMENTO. TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA. PAGAMENTO DE CUSTAS SUSPENSO, NOS TERMOS DO ART. 804 DO CPP C/C ART. 98, §§ 2º E 3º DO CPC. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL MANIFESTO. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação crime nº 08008949-09.2021.8.05.0103, oriundos da 1ª Vara Criminal da Comarca de Ilhéus, tendo como apelante o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL e como apelado JOSÉ GUILHERME DANTAS DE JESUS. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER E JULGAR IMPROVIDA A APELAÇÃO, de acordo com o voto do Relator. Sala das Sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). DES. JOÃO BÔSCO DE OLIVEIRA SEIXAS RELATOR 05 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 7 de Novembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8008949-09.2021.8.05.0103 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: JOSÉ GUILHERME DANTAS DE JESUS Advogado (s): RELATÓRIO "Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Estadual contra sentença condenatória proferida pela douta Magistrada da 1ª Vara Crime a Comarca de Ilhéus (ID 34471001 e ID 34470987 destes autos). Segundo a denúncia (ID 34470843 destes autos): "no dia 15 de novembro de 2021, por volta das 19:30h, na Rua Velosa de Baixo, Alto do Coqueiro, Malhado, Ilhéus/BA, os denunciados (Marcos Antônio das Virgens Santos e José Guilherme Dantas de Jesus), agindo em comunhão de ações e desígnios, traziam consigo, para fins de mercancia, 155 (cento e cinquenta e cinco) pedrinhas de crack, com peso líquido total de 10,43g (dez gramas e quarenta e três centigramas), sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, conforme Auto de Exibição e Apreensão de fl. 32, Laudo Preliminar de Constatação nº 2021 07 PC 004367-01. Emerge, ainda, dos autos, que durante uma incursão deflagrada para averiguar a ocorrência de intenso tráfico ilícito de drogas na Rua Velosa de Baixo, Alto do Coqueiro, nesta Urbe, ao realizar a abordagem de praxe, logrou a combativa Polícia Militar apreender 60 (sessenta) pedrinhas de crack e a quantia de R\$12,00 (doze reais) em poder de MARCOS ANTÔNIO, além de 95 (noventa e cinco) pedrinhas de crack (guarnecidas num tubo plástico), a importância de R\$35,00 (trinta e cinco reais) e 01 (um) aparelho de telefonia celular com JOSÉ GUILHERME, o qual se encontrava posicionado mais a frente, porém na mesma rua, descortinando, assim, toda

trama delitiva em apreço.” Por tais fatos, Marcos Antônio das Virgens Santos e o ora apelado José Guilherme Dantas de Jesus foram denunciados como incursos nas penas do art. 33 da Lei 11.343/2006. Após regular instrução, a autoridade judiciária de primeiro grau julgou procedente a pretensão deduzida na denúncia, condenando Marcos Antônio das Virgens Santos e José Guilherme Dantas de Jesus pela prática do crime de tráfico de drogas. A pena imposta a cada um dos acusados foi de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e de 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do delito. A pena privativa de liberdade dos dois foi convertida em restritivas de direitos e, também aos dois, foi concedido o direito de recorrer em liberdade (ID 34470987 destes autos). Irresignado com os termos da condenação, o Ministério Público interpôs apelação, pugnando pela reforma da pena aplicada a José Guilherme Dantas de Jesus. Requer que seja afastado o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006, em razão de o apelado dedicar-se a atividades criminosas. Prequestiona o art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 e art. 5º, XLIII, da CF/88 (ID 34471001 destes autos). Em contrarrazões, José Guilherme Dantas de Jesus refuta as teses do recorrente e pugna pelo conhecimento e improvimento da apelação. Pede, ainda, que a pena-base seja fixada no mínimo legal e que seja imposto regime inicial mais brando para cumprimento da sanção. Por fim, postula pelo deferimento da gratuidade judiciária e prequestiona o art. 5º, caput, da CF, em especial seus incisos XLVI, LIV, LV, LVI e LVII e XI; os princípios da individualização da pena, da proporcionalidade, do devido processo legal, do exame das provas coligidas aos autos, da inadmissibilidade das provas obtidas por meio ilícito e da presunção de inocência; o art. 156, 157, 386, II, V e VII do CPP; o art. 8,4 do Tratado de São José da Costa Rica e o art. 33 da Lei 11.343/2006 (ID 34471015 destes autos). Encaminhado o recurso a esta Corte de Justiça, os autos foram com vista à Procuradoria de Justiça, que se manifestou pelo conhecimento e pelo provimento da apelação “reformando-se o decisum de primeiro grau no sentido de afastar a aplicabilidade da causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado, retificando a sanção para 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, em regime semiaberto” (ID 34950605 destes autos). Após a análise deste caderno processual, elaborei o presente relatório e o submeto à censura do nobre Desembargador Revisor, para os devidos fins. É o relatório. Salvador, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). DES. JOÃO BÔSCO DE OLIVEIRA SEIXAS RELATOR 05 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8008949-09.2021.8.05.0103 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: JOSÉ GUILHERME DANTAS DE JESUS Advogado (s): VOTO

Devidamente observados os pressupostos de admissibilidade recursal, conhece-se da apelação. Inicialmente, cumpre salientar que não podem ser conhecidos os pedidos formulados pelo apelado em contrarrazões recursais, pois a sentença transitou em julgado para ambos os acusados, sem que tenha havido interposição de apelação em favor deles (ID 34471008 destes autos). Ademais, ao se admitir a formulação de pedidos em contrarrazões, necessariamente dever-se-ia dar vista dos autos à parte contrária (no caso, ao Ministério Público), o que implicaria a prática de uma série interminável de atos procedimentais, que devem ter fim com o trânsito em julgado para a parte. Especificamente em relação ao pleito de gratuidade

judiciária, verifica-se que a sentença, com trânsito em julgado para a defesa, condenou o apelado ao pagamento das custas, mas determinou que o seu pagamento ficasse suspenso, nos exatos termos do art. 804 do CPP c/c o art. 98, parágrafos 2º e 3º do CPC, não havendo ilegalidades a serem sanadas de ofício nesta instância. Assim, não se conhece dos pedidos formulados pelo recorrido em contrarrazões. Analisando-se o recurso interposto pelo Ministério Público, verifica-se que a única insurgência recursal diz respeito à causa de diminuição reconhecida na sentença em favor do apelado José Guilherme (art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006), pugnano o Ministério Público pelo afastamento da minorante, por entender que o recorrido se dedica a atividades criminosas. Da leitura da sentença, extrai-se que o apelado foi condenado pela prática do crime de tráfico de drogas, sendo que a basilar foi acrescida em 01 (um) ano, e fixada em 06 (seis) anos de reclusão, após a negativação do vetor natureza da droga, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/2006. Na segunda fase, foi reconhecida a atenuante da menoridade e a sanção foi reduzida para 05 (cinco) anos de reclusão. Na terceira fase da dosimetria, ora questionada pelo apelante, foi reconhecido o denominado tráfico privilegiado ao apelado, sob os seguintes argumentos: “A certidão criminal ID 174998237 atesta que José Guilherme foi preso e denunciado anteriormente por tráfico de drogas (Processo nº 8009099-87.2021.805.0103). (...) Aplico aos réus a causa de diminuição da pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, pois, com relação a José Guilherme, o processo 8009099-87.2021.805.0103 ainda está em seu nascedouro, pendente de citação e com relação ao réu Marcos Antonio não há registro nos autos acerca da existência de outros processos. Reduzo a pena em 2/3.” O que o Ministério Público argumenta em suas razões recursais é que o apelado havia sido preso em flagrante dias antes da prática do crime ora em análise, ou seja, em 26/10/2021, por trazer consigo porções de crack e de maconha, o que originou a ação penal de n. 8009099-87.2021.8.05.0103. Naquela ocasião, em audiência de custódia realizada no dia 27/10/2021, o recorrido foi colocado em liberdade provisória mediante cumprimento de cautelares diversas, conforme consta do APF n. 8007861- 33.2021.8.05.0103. Então, no dia 15/11/2021, ele foi novamente preso em flagrante pela prática do crime ora em análise, no mesmo local da prisão anterior, o que, no entender do apelante, demonstraria a sua dedicação a atividades criminosas, sobretudo em razão de o recorrido ter quebrado a confiança nele depositado pelo Judiciário. Embora reconheça o esforço argumentativo do apelante, a pretensão recursal não merece prosperar, diante do que foi decidido pelo STJ em julgamento do recurso especial repetitivo (REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, Dje de 18/8/2022), que firmou a tese 1.139, 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”. Trata-se, assim, de hipótese de observância obrigatória do entendimento das Cortes Superiores, nos termos dos artigos 926 e 927, incisos III e IV, do Código de Processo Civil c/c art. 3º do Código de Processo Penal: “Art. 926. CPC. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.” “Art. 927, CPC. Os juízes e os tribunais observarão: III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional.” “Art. 3º, CPP. A lei processual penal admitirá

interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito.” Conquanto admita que o caso concreto demonstra uma maior gravidade (pois o apelado foi preso duas vezes em um intervalo de menos de um mês), o que justificaria o afastamento da minorante, segundo as razões recursais, seria exatamente o fato de o recorrido responder a outra ação penal, o que foi expressamente vedado no julgamento do RESP acima citado. Com efeito, as razões de decidir do RESP envolvem a discussão sobre a presunção de inocência, concluindo o STJ que, na hora da fixação das reprimendas, não se pode considerar a existência de inquéritos policiais e de ações penais em curso, em razão, nos exatos termos do citado julgado do STJ, da indefinição de tais situações. Veja-se trecho esclarecedor da ementa do RESP n. 1.977.027/PR: “ (...) 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. (...) 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. (...) 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 deste Relator Pelo que se extrai do julgado acima, à luz do caso concreto, considerar o fato de o apelado ter sido preso anteriormente, possivelmente na posse de drogas, sem que se tenha certeza de que ele incorreu em tal crime, não é circunstância apta a resvalar na pena nos presentes autos; a certeza da prática do crime, por sua vez, só se dá com a existência de uma sentença penal condenatória transitada em julgado. Pelas razões aludidas, conclui-se que agiu com acerto a Magistrada primeva, quando concluiu pela incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, razão pela qual o voto é pelo conhecimento e pelo improvimento da apelação interposta pelo Ministério Público. Em relação ao prequestionamento de dispositivos legais para fins de eventual interposição de recursos especial ou extraordinário, suscitado pelo apelante e pelo apelado, consoante entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, o pronunciamento explícito acerca das matérias argüidas para fins de prequestionamento se mostra desnecessário, senão veja-se: "AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. 309 G DE CRACK ACONDICIONADOS EM 36 INVÓLUCROS. RECONHECIMENTO DA AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO PLEITEADO. IMPROCEDÊNCIA. CONFIGURAÇÃO DO PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. QUANTUM DE MAJORAÇÃO PELA NEGATIVAÇÃO. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO MAGISTRADO. AUSÊNCIA DE LIMITES LEGAIS MÁXIMOS E MÍNIMOS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. PENA PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVADA. 1. A jurisprudência desta Corte admite o prequestionamento implícito, em que não há menção expressa aos dispositivos, mas se debate o conteúdo da norma tida como vulnerada, sendo esse o caso dos autos. (...) 4. Agravo regimental improvido." (STJ, AgRg no REsp 1747006/MS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 25/09/2018) – grifos deste Relator. Devidamente efetuada a esmerada análise e aplicação dos dispositivos legais necessários e atinentes à espécie, despicienda revela-se (neste julgamento) a menção expressa da adequação da sentença recorrida a cada um dos dispositivos supracitados, para fins de prequestionamento e eventual interposição de recursos às instâncias superiores. CONCLUSÃO Diante das razões acima esposadas, voto pelo conhecimento e pelo improvimento da apelação interposta pelo Ministério Público, para que seja mantida a sentença proferida em 1º grau

em todos os seus termos.” Ex positis, acolhe esta Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia o voto através do qual SE CONHECE E SE JULGA IMPROVIDA A APELAÇÃO. Sala das Sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). DES. JOÃO BÔSCO DE OLIVEIRA SEIXAS RELATOR 05