

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA INEZ MARIA B. S. MIRANDA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA APELAÇÃO Nº 8000513–95.2021.8.05.0027 COMARCA DE ORIGEM: BOM JESUS DA LAPA PROCESSO DE 1º GRAU: 8000513–95.2021.8.05.0027 APELANTE: ALEX SILVA DE JESUS ADVOGADA: DANIELA BRENDA PINTO DE CASTRO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA RELATORA: INEZ MARIA B. S. MIRANDA APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DE MINORANTE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. PENA DE MULTA. REDUZIDA PROPORCIONALMENTE. FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO E DIREITO DE AGUARDAR EM LIBERDADE O TRÂNSITO EM JULGADO DA CONDENAÇÃO. CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06". (REsp nº 1.977.027/PR, Rel. Min. Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/08/2022, DJe 18/08/2022). Pena de multa reformada para guardar a proporcionalidade com a nova reprimenda. Estabelecido o regime aberto para cumprimento inicial da reprimenda, faz-se imperiosa a concessão do direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8000513–95.2021.8.05.0027, da comarca de Salvador, em que figura como apelante Alex Silva de Jesus e apelado o Ministério Público. Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme resultado expresso na certidão de julgamento, em conhecer e dar provimento ao recurso, na esteira das razões explanadas no voto da Relatora. Salvador, data e assinatura registradas no sistema. INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATORA (11) APELAÇÃO Nº 8000513–95.2021.8.05.0027. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido Por Unanimidade Salvador, 19 de Setembro de 2022. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATÓRIO Adoto, como próprio, o relatório da sentença de id. 30420169, prolatada pelo Juiz de Direito da Vara Criminal da comarca de Bom Jesus da Lapa. Acrescento que findada a instrução processual, o Juízo a quo julgou procedente a denúncia para condenar o réu Alex Silva de Jesus pela prática do delito tipificado no arts. 33, da Lei nº 11.343/2006, à pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, com pena de multa de 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso (id. 30420169). A Defesa interpôs recurso de apelação, com suas respectivas razões, no id. 30420196, pelas quais requer o reconhecimento do direito do Réu recorrer em liberdade, expedindo-se o Alvará de soltura; a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em seu máximo; a redução dos dias-multa proporcionalmente; e, subsidiariamente, alteração do regime de cumprimento inicial da pena para aberto. Caso assim não entenda, que "seja mantida regime semiaberto ao Apelante, com a manutenção da prisão domiciliar com ou sem monitoramento eletrônico para o Réu". Em sede de contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo não provimento do recurso (id. 30420203). A Procuradoria de Justiça, no id. 30852233, opinou pelo "conhecimento e improvimento do presente apelo". É o relatório. Salvador, data e assinatura registradas no sistema. INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATORA (11) APELAÇÃO Nº 8000513–95.2021.8.05.0027. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA INEZ MARIA B. S. MIRANDA VOTO O recurso é tempestivo e estão presentes os pressupostos de admissibilidade. Relata a denúncia que no "dia 09 de fevereiro de 2021, no Bairro Nova Brasília, entre a colônia de pescadores e a localidade conhecida como 'Barracão do

Peixe', nesta cidade de Bom Jesus da Lapa/BA, o ora Denunciado transportava consigo a substâncias entorpecentes conhecida como 'Maconha', acomodada sob a forma de 14 trouxinhas, sem autorização e em desacordo com determinação legal/regulamentar, para fins de mercancia"; imputando-lhe as penas do art. 33, da Lei nº 11.343/2006. Em sentença (id. 30420169), o Juízo a quo julgou procedente a denúncia para condenar o réu Alex Silva de Jesus pela prática do delito tipificado no arts. 33, da Lei nº 11.343/2006, à pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, com pena de multa de 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. A Defesa interpôs recurso de Apelação, com suas respectivas razões, no id. 30420196, requerendo, somente, a revisão da dosimetria de pena, nos termos: o reconhecimento do direito do Réu recorrer em liberdade, a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em seu máximo; a redução dos dias-multa proporcionalmente; e, subsidiariamente, modificar o regime inicial de cumprimento da pena para aberto; "caso assim não entenda, que seja mantida regime semiaberto ao Apelante, com a manutenção da prisão domiciliar com ou sem monitoramento eletrônico para o Réu". O pleito de aplicação de causa de diminuição do art. 33, § 4º, do da Lei nº 11.343/2066 é cabível. Vejamos. Na primeira fase, ratifico a fixação da pena-base no mínimo legal: 05 (cinco) anos de reclusão. Na segunda etapa, ratifico a ausência de circunstâncias atenuantes ou agravantes. Na terceira fase, o Juízo a quo afastou a não incidência da benesse do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 sob o fundamento que: "o réu responde a ações penais perante este Juízo, inclusive também pelos crimes de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo, fator concreto este apto a afastar a aplicação dessa minorante do tráfico privilegiado ao caso ora facejado" (id. 30420169). Ocorre que, embora constem as citadas ações penais em desfavor do Recorrente (certidão – id. 30420169), ele é tecnicamente primário, não podendo a existência de ações penais não transitadas em julgado conduzir ao afastamento da minorante, quando ausentes outros elementos que corroborem a dedicação do acusado à criminalidade e/ou o seu envolvimento com organização criminosa. Nesse sentido, em recente julgamento, o Superior Tribunal de Justiça resolveu a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais. 2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso. 3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a

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

de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir provas concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice. 11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma "análise de contexto" para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar 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 nº 1.977.027/PR, relatora: Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/08/2022, DJe 18/08/2022, grifei). Diante disso, excluída a singular motivação aplicada pelo Magistrado, aplico a causa de diminuição do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006. Em face da diminuta quantidade apreendida, 20,57g de cannabis sativa (id. 30420128), e ausência de outros elementos que justifiquem o recrudesimento, fixo a fração máxima de 2/3 (dois terços) para a redução aplicada, fixando, por conseguinte, pena definitiva de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão. Diante do redimensionamento da pena corporal, reduzo a pena de multa para 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. Em consequência do redimensionamento da pena definitiva, à míngua de fundamentos que justifiquem regime mais gravoso, em observância ao art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, estabeleço o regime aberto para o cumprimento inicial da sanção aplicada ao Apelante. Considerando que a pena definitiva fixada, inferior a 4 (quatro) anos, enquadra-se no art. 44, § 2º, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, que serão estabelecidas pela Vara de Execução Penal, pelo mesmo prazo da reprimenda. Diante da reprimenda e do regime inicial de cumprimento de pena aplicado e visto que foi concedida a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, concedo ao Apelado o direito de recorrer em liberdade. Ante o exposto, conheço e dou provimento ao recurso, para aplicar a causa de diminuição do § 4.º do art. 33 da Lei n.º 11.343/06 em sua fração máxima e para conceder ao Recorrente o direito de aguardar em liberdade o trânsito em julgado da condenação. Mantenho a sentença vergastada em seus demais termos. É como voto. Serve o presente como alvará de soltura em favor do recorrente ALEX SILVA DE JESUS, brasileiro, natural de Bom Jesus da Lapa/BA, portador de RG: 22524531-09, CPF:

533.574.688-24, nascido em 14/10/1999, filho de Edi Carlos da Silva Gama e Joana Francisca de Jesus, residente na Rua 06 de agosto, 756, Bairro Nova Brasília, Bom Jesus da Lapa, Bahia, devendo ser imediatamente posto em liberdade, se por outro motivo não estiver preso. Sala de Sessões, data e assinatura registradas no sistema. INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATORA (11) APELAÇÃO CRIMINAL Nº 8000513-95.2021.8.05.0027.