

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000430-31.2021.8.05.0043 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: VENICIUS FERREIRA DOS SANTOS e outros Advogado (s): PAULO JOSE SUZART FEITOSA, ELIO PEREIRA DE SOUZA, GILBERTO SOARES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO (ART. 1.030, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). ACÓRDÃO QUE MANTEVE O AFASTAMENTO A CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006, COM BASE NA EXISTÊNCIA DE AÇÃO PENAL EM CURSO EM DESFAVOR DO RÉU. RECURSO ESPECIAL Nº 1.977.027/PR, JULGADO PELA SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (TEMA 1.139). TESE VINCULANTE. RETRATAÇÃO DA DECISÃO DO COLEGIADO, EM RAZÃO DO PRECEDENTE COGENTE, COM A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE TRÁFICO PRIVILEGIADO AO RÉU. JUÍZO DE RETRATAÇÃO REALIZADO. I – Diante da interposição de recurso especial, retrata-se da decisão colegiada proferida, reformando-se o acórdão recorrido para aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, ao Apelante, na forma do relatório e do voto constantes dos autos. APELAÇÃO CRIMINAL – JUÍZO DE RETRATAÇÃO OPERADO. AP Nº 8000430-31.2021.8.05.0043 – CANAVIEIRAS. RELATOR: DESEMBARGADOR ESERVAL ROCHA. Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8000430-31.2021.8.05.0043, da Vara Criminal de Canavieiras, sendo apelantes DEYVID NASCIMENTO NUNES e VENICIUS FERREIRA DOS SANTOS e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em JUÍZO DE RETRATAÇÃO, DECORRENTE DE RECURSO ESPECIAL, RECONSIDERAR O ACÓRDÃO RECORRIDO, na forma do relatório e do voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Sala das Sessões, data constante da certidão eletrônica de julgamento. Presidente Desembargador Eserval Rocha Relator

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 9 de Maio de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000430-31.2021.8.05.0043 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: VENICIUS FERREIRA DOS SANTOS e outros Advogado (s): PAULO JOSE SUZART FEITOSA, ELIO PEREIRA DE SOUZA, GILBERTO SOARES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros Advogado (s): RELATÓRIO I – O Ministério Público do Estado da Bahia denunciou DEYVID NASCIMENTO NUNES e VENÍCIUS FERREIRA DOS SANTOS pela prática do crime inserto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 (ID 21946798). De acordo com a denúncia, em 07/05/2021, por volta das 18h20min, durante abordagem realizada pelos Policiais em serviço no Posto da Polícia Rodoviária Estadual, situado na Rodovia BA 001, KM 405, Canavieiras-BA, os Denunciados foram presos em flagrante por trazerem consigo substâncias entorpecentes, quais sejam, 10 (dez) “pinos” e 04 (quatro) “petecas” da substância popularmente conhecida como cocaína, 28 (vinte e oito) “pedras” da substância popularmente conhecida como crack e 1 (um) “pedaço” e 6 (seis) “buchas” da substância popularmente conhecida como maconha, para fins de mercancia. Os Réus traziam consigo também 03 (três) cartuchos de arma de fogo calibre 38 intactos, R\$ 620,00 (seiscentos e vinte reais) em espécie e dois aparelhos celulares, tudo conforme auto de exibição e apreensão (ID 110315283 – pág. 06). Encerrada a instrução criminal, a denúncia foi julgada procedente,

para condenar DEYVID NASCIMENTO NUNES e VENÍCIUS FERREIRA DOS SANTOS pelo crime tipificado no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006. O Juízo de Primeiro Grau estabeleceu para o Primeiro Denunciado a pena de 5 (cinco) anos e 6 (seis meses) de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, além de 600 (seiscentos) dias multa, cada um fixado no valor mínimo legal, e, para o Segundo Sentenciado, de 1 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial de cumprimento aberto, com 600 (seiscentos) dias multa no mínimo legal. Em razão da pena aplicada ao segundo réu, VENÍCIUS FERREIRA DOS SANTOS, ser inferior a quatro anos, foram impostas, com fundamento no art. 44 do CP, duas medidas restritivas de direitos, quais sejam a limitação de finais de semana e prestação de serviços à comunidade (ID 21947072). Irresignado, DEYVID NASCIMENTO NUNES, doravante denominado primeiro apelante, interpôs o presente recurso, pugnando pela absolvição, com fundamento no princípio do in dubio pro reo, tendo em vista a suposta insuficiência probatória para a condenação. De forma subsidiária, pleiteia a redução da pena definitiva aplicada, em razão das condições judiciais favoráveis do réu e da necessidade de aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da lei nº 11.343/06, na proporção de 2/3. Ainda em suas razões recursais, requer, considerando o acolhimento da pretensão de redução de pena privativa de liberdade imposta, a substituição de pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos e a fixação de regime aberto para o cumprimento inicial de pena. Por fim, postula a concessão do direito de recorrer em liberdade e a redução da pena de multa ao mínimo legal (ID 21947092). O Ministério Público apresentou contrarrazões recursais pugnando pelo improvimento da apelação interposta por DEYVID NASCIMENTO NUNES, primeiro apelante (ID 21947097). A Procuradoria de Justiça apresentou parecer opinando pelo não provimento do recurso manejado por DEYVID NASCIMENTO NUNES, primeiro apelante (ID 22802888). O apelante VENÍCIUS FERREIRA DOS SANTOS, doravante denominado segundo apelante, manejou esta apelação, pleiteando sua absolvição, em face da ventilada falta de provas para embasar o édito condenatório, com sustentáculo no princípio do in dubio pro reo. Subsidiariamente, requer a redução da pena definitiva aplicada, em razão das contar com condições judiciais favoráveis e da incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da lei nº 11.343/06, na proporção de 2/3 (IDs 24178671 e 24178387). Em contrarrazões, o Parquet requereu o não provimento do recurso interposto pelo segundo apelante, VENÍCIUS FERREIRA DOS SANTOS (ID 25833700). Manifestou-se, a Douta Procuradoria de Justiça, pelo conhecimento e improvimento do recurso apresentado pelo segundo apelante, VENÍCIUS FERREIRA DOS SANTOS (ID 25949202). A Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal concedeu provimento parcial ao apelo manejado por DEYVID NASCIMENTO NUNES, primeiro apelante, apenas para reduzir a pena de multa para 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, estes fixados no valor individual mínimo legal, conservando-se o édito condenatório nos demais termos. Quanto ao recurso interposto por VENÍCIUS FERREIRA DOS SANTOS, segundo apelante, negou-se provimento. De ofício, ainda em relação ao segundo apelante, em atenção ao princípio da proporcionalidade, reduziu-se a pena de multa para 134 (cento e trinta e quatro) dias-multa, mantendo-se a sentença vergastada nos demais termos (ID 28143883). O recorrente DEYVID NASCIMENTO NUNES interpôs Recurso Especial contra o Acórdão, pugnando pela reforma do decisorio, de forma a aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/06, no patamar de 2/3, especialmente em razão a negativa de aplicação estar calcada “exclusivamente, no fato de o recorrente responder

a uma ação penal, que a propósito, foi julgada pelo Conselho de Sentença de Canavieiras-Ba, no dia 17.05.2022, ocasião em que o mesmo fora absolvido" (ID 29102589). Em contrarrazões, o Órgão Ministerial apresentou contrarrazões ao recurso especial, pugnando pelo não conhecimento e, no mérito, pelo não provimento (ID 31280017). Considerando o que restou decidido no acórdão mencionado, a 2ª Vice-Presidência, observando divergência com a tese que compõe o tema 1139 do Superior Tribunal de Justiça remeteu os autos para juízo de retratação, nos termos do art. 1030, inciso II, do Código de Processo Civil (ID 36025644). É o relatório. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000430-31.2021.8.05.0043 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: VENICIUS FERREIRA DOS SANTOS e outros Advogado (s): PAULO JOSE SUZART FEITOSA, ELIO PEREIRA DE SOUZA, GILBERTO SOARES APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros Advogado (s): VOTO II – Cumprindo a determinação supramencionada, prossigo na análise do quanto determinado. Trata-se de Juízo de Retratação, previsto no art. 1.030, II, do Código de Processo Civil, em face do Acórdão (ID 28143883) proferido por esta Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal, que, à unanimidade, quanto ao Recorrente, concedeu provimento parcial ao apelo manejado, apenas para reduzir a pena de multa para 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, estes fixados no valor individual mínimo legal, conservando o édito condenatório nos demais termos. O Recorrente insurgiu-se contra a manutenção da sentença, no que tange ao afastamento da minorante prevista no art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343, porque o acórdão aplicou entendimento no sentido de que ações penais em curso poderiam ser utilizadas como fundamento para inaplicabilidade do referido benefício. O posicionamento adotado pela Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal harmonizava-se com o entendimento da Terceira Seção da Superior, que, ao julgar o REsp n. 1.431.091/SP, firmou o entendimento de que era possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33 § 4º, da Lei nº 11.343/2006. No entanto, a Terceira Seção do STJ, no julgamento dos Recursos Especiais n. 1.977.027/PR e 1.977.180/PR, sob o rito dos recursos especiais repetitivos, revisou o entendimento anterior e passou a adotar a tese de que "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" (Tema n. 1.139). Confira-se: EMENTA: RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAS 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 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 E RESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017). [...] (REsp 1977027 PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022). Sendo assim, considerando o caráter cogente do entendimento firmado e diante da inexistência de outros motivos para o afastamento da minorante, é imperiosa a reforma do acórdão vergastada, de forma aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33 § 4º, da Lei nº 11.343/06. Dessa forma, a fim de viabilizar um melhor entendimento quanto a nova dosimetria da pena relativa ao crime delineado no art. 33, caput, da Lei 11.343, transcreve-se a sentença vergastada no que tange a primeira e segunda fases de quantificação da reprimenda, mantida no acórdão em comento:

1) Deyvid Nascimento Nunes As circunstâncias judiciais devem ser examinadas separadamente, ressaltando parâmetros específicos do art. 42 da Lei nº 11.343/2006, além do art. 59 do CP. A primeira circunstância é a culpabilidade, que no caso é inerente ao próprio tipo, não havendo maior conhecimento sobre a reprovabilidade da conduta. Em relação aos antecedentes, há sentença de pronúncia, mas sem capacidade de modificar o panorama desta circunstância. No tocante à conduta social não há informações negativas, não podendo valorar conduta supostamente criminosa anterior. Não foi apurada a personalidade do agente. Também não foram avaliados os motivos do crime. Não há informação negativa sobre as circunstâncias do crime. Não há informação negativa das conseqüências do crime. No caso, a vítima sendo a sociedade, o comportamento da vítima não deve ser valorado. Quanto ao art. 42 da Lei Antidrogas, deve ser mencionado o ponto negativo da material entorpecente,

que continha a substância cocaína/crack, objeto sabidamente mais agressivo à saúde. Dessa sorte, arbitro a pena base em cinco anos e seis meses de reclusão em regime inicialmente semiaberto, com seiscentos dias multa, no mínimo legal. Conforme estabelecido no acórdão guerreado, conserva-se a pena-base em cinco anos e seis meses de reclusão, além de seiscentos dias multa. Da mesma forma, diante da inexistência de agravantes ou atenuantes a serem sopesadas, mantém-se a pena intermediária em cinco anos e seis meses de reclusão em regime inicialmente semiaberto, além de seiscentos dias-multa. Na terceira fase da dosimetria, considerando a supramencionada necessidade de aplicação da minorante prevista no art. 33 § 4º, da Lei nº 11.343/06, passa-se a fixação do patamar de diminuição. Perlustrando detidamente os autos em referência, constata-se que para além da elevada quantidade de droga apreendida, o Recorrente foi preso em flagrante na posse de "Crack", "Maconha" e "Cocaína", elemento a ser valorizado na dosimetria, notadamente na fixação do patamar de diminuição. Nessa esteira de intelecção, observa-se que ao exasperar a pena-base, o Juízo de Primeiro Grau não valorou a variedade de substâncias proscritas, elemento que, portanto, pode ser plenamente utilizado na terceira fase da dosimetria, não havendo que falar em bis in idem. Sobre a questão, insta evidenciar que a variedade de substâncias sequer se encontra mencionada no art. 42 da lei 11.343/06 como circunstâncias judicial, motivo pelo qual inexistem óbices para sua valoração na terceira fase da dosimetria. Nessa esteira, reconhece-se a incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, e, dada a diversidade de substâncias proscritas apreendidas, bem como as peculiaridades do caso concreto, aplica-se o percentual redutor de 1/6 (um sexto), fixando-se a pena definitiva do apelante DEYVID NASCIMENTO NUNES pela prática do crime delineado no art. 33, caput, da Lei 11.343, em 04 (quatro) anos e 07 (sete) meses de reclusão, além de 408 quatrocentos e oito) dias-multa, no valor individual mínimo legal. Ato contínuo, em atendimento ao exposto no art. 33, § 2º, b, do Código Penal, mantém-se o regime semiaberto determinado pelo Juízo a quo, de modo que ante o patamar de pena aplicado, resta incabível a substituição por penas restritivas de direitos, não preenchendo os requisitos preconizados pelo art. 44, I, do Código Penal. Registre-se, por fim, a manutenção integral do acórdão vergastado quanto ao réu Venícius Ferreira dos Santos.

CONCLUSÃO III – Por todo o exposto, a Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal, nos termos do artigo art. 1.040, II, do Código de Processo Civil, retrata-se da decisão colegiada proferida, nos termos acima expostos, reformando o acórdão recorrido para aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, e fixando pena definitiva do apelante DEYVID NASCIMENTO NUNES pela prática do crime delineado no art. 33, caput, da Lei 11.343, em 04 (quatro) anos e 07 (sete) meses de reclusão, além de 408 (quatrocentos e oito) dias-multa, no valor individual mínimo legal. Mantém-se o acórdão vergastado nos demais termos. Sala das Sessões, data constante da certidão eletrônica de julgamento. Presidente Desembargador Eserval Rocha
Relator Procurador (a) de Justiça