

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0302528-37.2012.8.05.0150 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: Maich Santos de Oliveira Advogado (s): EMENTA PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. AGENTE CONDENADO PELO DELITO PREVISTO NO ART. 33, § 4º DA LEI N. 11.343/06. TRÁFICO PRIVILEGIADO. RECURSO MINISTERIAL. PLEITO DE AFASTAMENTO DA MINORANTE POR SUPOSTA DEDICAÇÃO DO AGENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. RECORRIDO QUE É RÉU EM OUTRA AÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO DE TAL DADO EM SEU DESFAVOR. AUSÊNCIA DE CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. ENTENDIMENTO FIXADO PELA CORTE CIDADÃ NO TEMA REPETITIVO N. 1139. REQUISITOS DO ART. 33, § 4º DA LEI DE TÓXICOS QUE FORAM ATENDIDOS IN CASU, CONCESSÃO DA BENESSE QUE É DE RIGOR. ACERTO SENTENCIAL. APELO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. ACORDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação n. 0302528-37.2012.8.05.0150, proveniente da 1ª Vara Criminal da Comarca de Lauro de Freitas/BA, em que figura como Apelante o Ministério Público do Estado da Bahia e, como Apelado, Maich Santos de Oliveira. Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma, da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER do recurso e NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos exatos termos do voto do Relator. Relator T001 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Maioria Salvador, 1 de Junho de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0302528-37.2012.8.05.0150 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: Maich Santos de Oliveira Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Apelação interposta pelo Ministério Público do Estado da Bahia em face da sentença de id. n. 34373737 que, em breves linhas, o condenou pela prática do delito previsto no art. 33, Lei n. 11.343/06 e declarou a extinção de sua punibilidade no que atine os crimes elencados nos arts. 12 da Lei 10.826/03 e 180 do Código Penal. Irresignado, o Recorrente apresentou recurso vertical de id. n. 34373743, onde pugnou pela reforma do comando decisório em questão para “afastar a causa de diminuição prevista no art. § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006 concedida ao Recorrido pelo Juízo a quo”. Em contrarrazões de id. n. 34373757, o Parquet local se pronunciou no sentido de manter-se integralmente o édito condenatório proferido, eis que, segundo a lógica defensiva, “agente primário, tem bons antecedentes, não integra organização criminosa e não se dedica a atividade ilícita, devendo ser reconhecido a minorante do tráfico privilegiado”. Após, a Procuradoria de Justiça apresentou parecer (id. n. 43304014) opinando pelo conhecimento e provimento do apelo. Nesta Instância Superior, distribuídos os autos à Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal, coube-me, por sorteio, o encargo de Relator (id. n. 34525995). Vindo-me conclusos, lanço o presente relatório, submetendo-o à análise do (a) eminente Desembargador (a) Revisor (a), em atendimento à redação do art. 166, I, do RI/TJBA. É o relatório. Salvador/BA, de de 2023. Des. Jefferson Alves de Assis – Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal Relator T001 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0302528-37.2012.8.05.0150 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: Maich Santos de Oliveira Advogado (s): VOTO Trata-se de Apelação interposta pelo Ministério Público do

Estado da Bahia em face da sentença de id. n. 34373737 que, em breves linhas, o condenou pela prática do delito previsto no art. 33, Lei n. 11.343/06 e declarou a extinção de sua punibilidade no que atine os crimes elencados nos arts. 12 da Lei 10.826/03 e 180 do Código Penal. Devidamente preenchidos os pressupostos de intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do apelo. Em suma, afirma o Parquet que “não deve incidir em favor do Apelado a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006” uma vez que “o Apelado responde a outro processo criminal por crime de homicídio qualificado, com sentença de pronúncia proferida e prisão preventiva decretada nestes autos, revelando conduta habitualmente voltada a atividades delituosas” (id. n. 34373743). Sem razão. Prima facie, registro que a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, só se aplica ao agente se restar comprovado nos autos ser o agente primário, detentor de bons antecedentes, bem como não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. [grifos aditados]

Esplandece-se da redação legislativa que as condições listadas são cumulativas entre si, sobremaneira que o não preenchimento de ao menos uma delas já impõe a negativa de concessão por parte do juiz. Na situação trazida à baila, perfazendo um exame detalhado dos cadernos digitais, sobressai-se que o Apelante atendeu aos requisitos impostos pela norma de Regência para fazer jus à benesse legal, uma vez que, de acordo com precedente obrigatório fixado pelo Superior Tribunal de Justiça no tema repetitivo n. 1139 que “é vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06”, in verbis: 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 ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017). 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.) Na esteira do entendimento fixado pela Corte Cidadã este Sodalício vem se curvado em seus acórdãos: 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. 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, ainda que em cunho superveniente ao julgamento originário, 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 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 ação penal em curso, confrontando o predito tema de repercussão geral, torna-se imperativo, diante do Recurso Especial interposto, rever o aludido posicionamento, para àquele adequá-lo. 4. Nesse sentido, afastando-se a condenação anterior do agente, eis que ainda não definitiva ao tempo dos fatos em apuração, bem assim a sentença desclassificatória de que também já fora beneficiário, 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 seja reduzida a 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, além de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. 5. Alterada a pena

definitiva, e considerada a natureza do delito, tem-se por também necessário alterar o regime inicial de seu cumprimento para o aberto, bem assim substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 6. Julgamento alterado em juízo de retratação, para dar parcial provimento à apelação originária. [grifos aditados] (TJ-BA – APL: 05313142520198050001 Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Relator: ABELARDO PAULO DA MATTA NETO, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 13/04/2023) Sendo assim, não existindo em desfavor do Recorrente condenação criminal transitada em julgado, não é possível afastar a minorante do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/06) reconhecida em seu favor por expressa determinação de Tribunal Superior. Ante todo o versado, sou pelo CONHECIMENTO do apelo e por NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo-se incólume a sentença guerreada. Des. Jefferson Alves de Assis – Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal Relator T001