

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Juízo de Retratação na Apelação 0010265-97.2009.8.05.0271 Comarca: Valença Recorrente: Adailton Conceição Santos Defesa técnica: Defensoria Pública Recorrido: Ministério Público do Estado da Bahia Relator: Des. Nilson Castelo Branco JUÍZO DE RETRATAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 1.030, II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006 – VIABILIDADE – ALINHAMENTO DO ENTENDIMENTO DESTA COLEGIADO À JURISPRUDÊNCIA ATUAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – TEMA 1139 – PENA REDIMENSIONADA. 01 – Compulsando os autos, verifica-se que a Sentença originária condenou o Recorrente a 05 (cinco) anos de reclusão, inicialmente em regime semiaberto, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. 02 – A condenação do Recorrente foi confirmada no Acórdão lavrado sob o ID 27501422 (ementa transcrita no Voto). 03 – No que importa observar, destaca-se que, no julgamento realizado em 03/05/2022, a 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça confirmou a Sentença no tópico que afastou a incidência da causa de diminuição prevista no § 4º do Art. 33 da Lei 11.343/2006, considerando que a existência de ação penal em curso evidenciava a dedicação do Apelante às atividades criminosas. 04 – Neste ponto, vale lembrar que o Superior Tribunal de Justiça entendia que inquéritos policiais e ações penais em curso poderiam ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 05 – No entanto, posteriormente, sob o rito dos recursos repetitivos, no julgamento dos Recursos Especiais n. 1.977.027/PR e n. 1.977.180/PR, em sessão realizada em 10/08/2022, o Superior Tribunal de Justiça firmou a tese, segundo a qual “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 1.139). 06 – No referenciado Acórdão, o Superior Tribunal de Justiça destacou que: “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).” 07 – Diante do exposto e nos termos do art. 927, III, do Código de Processo Civil, é imperioso o alinhamento do entendimento desta 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia à tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça (Tema 1139), segundo a qual “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 ”. 08 – Feitas essas considerações e retornando ao caso concreto, observa-se que a Sentença apelada afastou a aplicação da aludida causa de diminuição, considerando a existência de ação penal em curso em desfavor do Apelante, assim como a quantidade de droga apreendida. 09 – Visto que a existência de ação penal em curso não impede a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06, é imperioso o reconhecimento da sua incidência ao caso concreto. 10 – A quantidade de droga apreendida foi valorada na primeira fase da dosimetria da pena, exasperando-a ao patamar de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. 11 – Na segunda fase da

dosimetria, a pena privativa de liberdade foi atenuada em 10 (dez) meses, em razão da confissão espontânea do Apelante. Diante da ausência de agravantes, a pena intermediária se estabilizou em 05 (cinco) anos de reclusão. 12 – Na terceira e última fase da dosimetria, a incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, na fração de 2/3 (dois terços), resulta na pena definitiva de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias–multa. 13 – A quantidade da pena aplicada viabiliza o início do seu cumprimento em regime aberto, conforme disposto no art. 33, § 2º, c, do Código Penal. 14 – Conforme disposto no Art. 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem individualizadas pelo Juízo das execuções. PENA REDIMENSIONADA EM JUÍZO DE RETRATAÇÃO, COM A INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PRECONIZADA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006.

ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos esses autos de Apelação Criminal de n. 0010265–97.2009.8.05.0271, da Comarca de Valença, interposto por Adailton Conceição Santos em face do Ministério Público do Estado da Bahia, em Juízo de retratação, na forma do art. 1.030, II, do Código de Processo Civil. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em ajustar o entendimento da Turma à atual jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (Tema 1139), com o consequente redimensionamento da pena imposta ao Recorrente. 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 na Apelação 0010265–97.2009.8.05.0271 Comarca: Valença Recorrente: Adailton Conceição Santos Defesa técnica: Defensoria Pública Recorrido: Ministério Público do Estado da Bahia Relator: Des. Nilson Castelo Branco RELATÓRIO Em síntese, narra a Denúncia (fl. 01) que, no dia 23/07/2009, Adailton Conceição Santos (Apelante) foi preso em flagrante na posse de 09 Kg (nove quilos) de maconha que seriam destinados à comercialização. Após a instrução criminal, Adailton Conceição Santos (Apelante) foi condenado a 05 (cinco) anos de reclusão, inicialmente em regime semiaberto, e ao pagamento de 30 (trinta) dias–multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 (Sentença – fls. 157/171). Inconformado, interpôs o recurso de apelação cujas razões foram juntadas às fls. 238/253. Pleiteou a absolvição, alegando que as provas constantes dos autos não foram suficientes para lastrear o decreto condenatório. Subsidiariamente, postulou a aplicação do redutor previsto no § 4º do Art. 33 da Lei 11.343/2006, o estabelecimento do regime aberto para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade e a sua substituição por penas restritivas de direitos. Em suas contrarrazões (fls. 257/264), o Ministério Público do Estado da Bahia pleiteou o desprovimento do apelo interposto. A douta Procuradoria de Justiça, por sua Eminente Procuradora Sônia Maria da Silva Brito, ofertou Parecer pelo conhecimento e pelo não provimento do apelo (fls. 15/21 dos autos físicos). O recurso de apelação interposto foi desprovido por este Colegiado, em sessão de julgamento realizada em 02/02/2021 (ID 24529771). A Defesa opôs ao Acórdão os Embargos de Declarações juntados sob o ID 24529775, buscando a nulificação do julgamento da apelação, pois fora realizado sem a intimação da Defensoria Pública. Os Embargos de Declaração foram acolhidos e o

julgamento da apelação foi anulado, conforme Acórdão de ID 24529783. Em novo julgamento, realizado em 03/05/2022, a 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça, à unanimidade, negou provimento ao Apelo e manteve a condenação do Recorrente a 05 (cinco) anos de reclusão, inicialmente em regime semiaberto, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 (Acórdão – ID 27501422). Ainda inconformado, Adailton Conceição Santos interpôs o Recurso Especial juntado sob o ID 28385701, postulando a reforma do Acórdão, “A FIM DE QUE AO FINAL SEJA APLICADA A FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06) A QUAL O RECORRENTE FAZ JUS, EM SEU PATAMAR MÁXIMO, QUAL SEJA 2/3, OU COM QUALQUER OUTRA FRAÇÃO DE REDUÇÃO, REDIMENSIONANDO-SE POR CONSEQUENCIA A PENA DEFINITIVA, ALTERANDO-SE AINDA O REGIME PRISIONAL, SENDO ESTE COLOCADO EM LIBERDADE, ACASO SE ENCONTRE PRESO, COM A CONSEQUENTE EXPEDIÇÃO DO ALVARÁ DE SOLTURA, FACE A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DA LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO”. (sic). Em suas contrarrazões (ID 28627909), a Procuradoria de Justiça pugna “pelo NÃO CONHECIMENTO e, no mérito, pelo TOTAL IMPROVIMENTO do Recurso Especial.” Em Decisão lavrada sob o ID 33558211, a Eminente Desembargadora Márcia Borges Faria, 2ª Vice-Presidente deste Tribunal de Justiça, determinou o retorno dos autos a esta Relatoria, para o exercício do Juízo de retratação previsto no art. 1.030, II, do CPC. Decisão abaixo: “O Superior Tribunal de Justiça, constatando a multiplicidade de Recursos Especiais com fundamento em idêntica controvérsia, qual seja, a discussão sobre a ‘possibilidade de inquéritos e ações penais em curso serem empregados na análise dos requisitos previstos para a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei 11.343.2006, admitiu os Recursos Especiais representativos da controvérsia (REsp nº 1977027/PR e 1977180/PR – Tema 1139), sujeitando-o ao procedimento do art. 1.036 do CPC, vigente. No julgamento do supracitado paradigma qualificado, o Egrégio Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese: Tema 1139: 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. Sobre o tema em análise, assentou-se o aresto recorrido nos seguintes termos: (...) Na terceira fase da pena, ao contrário do invocado pela defesa, não se revela possível a incidência da causa de diminuição inculpada no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, visto que, conforme foi fundamentado no bojo desta decisão, restou comprovado nos autos que o réu dedica-se a atividades criminosas, consoante certidão do Sistema SAJ acostada à fl. 156, na qual, verifica-se a existência de uma outra ação penal, atualmente em curso neste Juízo, na qual o denunciado está sendo acusado também pelo delito inculpado no art. 33 da Lei 11.343/2006, como também em razão da grande quantidade de droga apreendida, fl. 16, pela comprovação dos policiais acerca do transporte e guarda de drogas realizado pelo acusado, bem como pelo fato de o acusado ter sido flagrado no momento em que transportava em seu veículo a quantidade de droga, conforme comprovam os depoimentos testemunhais acima transcritos. Inexistem, pois, causas de diminuição e aumento. Destarte, torno a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão. (...) Observa-se da leitura do trecho acima colacionado que este Tribunal de Justiça, divergiu do entendimento firmado pelo E. STJ em precedente obrigatório. Ante o exposto, amparado no art. 1.030, II, do NCPC, encaminhem-se os presentes autos à Exma Sra. Relatora, ou seu substituto, para fins, se for o caso, de juízo de retratação por órgão colegiado. Publique-se. Intimem-se.” Os autos voltaram-me conclusos. Elaborado o presente relatório, submeti o

exame do feito ao eminente Desembargador Revisor, para os devidos fins. É o relatório. (ULB) PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Juízo de Retratação na Apelação 0010265-97.2009.8.05.0271 Comarca: Valença Recorrente: Adailton Conceição Santos Defesa técnica: Defensoria Pública Recorrido: Ministério Público do Estado da Bahia Relator: Des. Nilson Castelo Branco VOTO Compulsando os autos, verifica-se que a Sentença originária condenou o Recorrente a 05 (cinco) anos de reclusão, inicialmente em regime semiaberto, e ao pagamento de 30 (trinta) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. Ipsis verbis: "(...) Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE, o pedido formulado na denúncia, para CONDENAR ADAILTON CONCEIÇÃO SANTOS, já qualificado, como incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06, passando a dosar-lhe a pena. Analisadas as diretrizes traçadas pelo art. 59, do Código Penal e observadas as circunstâncias que devem preponderar à dosimetria da reprimenda base (art. 42, da Lei 11.343/06), verifico que o réu agiu com culpabilidade normal à espécie, nada tendo a se valorar que extrapole os limites previstos pelo tipo incriminador; é possuidor de bons antecedentes, ante a inexistência de condenação anterior transitada em julgado (fl. 156); a quantidade (8370,19 g) da droga (maconha) apreendida revela a necessidade de reprovação dessa circunstância; provou-se que tem boa conduta social, conforme demonstram os depoimentos da testemunha de defesa de fl. 122; não existem elementos suficientes para se valorar sua personalidade; o motivo do delito é identificável como o desejo de obtenção de lucro fácil, o qual já é punido pelo próprio tipo, razão pela qual deixo de valorar para não incorrer em bis in idem; as consequências do crime são desconhecidas, não havendo que se cogitar acerca de comportamento de vítima, posto que circunstância estranha ao cometimento do delito. À vista dessas circunstâncias analisadas individualmente, fixo a pena base em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. Não concorrem circunstâncias agravantes. Reconheço a atenuante da CONFISSÃO JUDICIAL, ainda que parcial, para atenuar a pena base em 10 (dez) meses. Na terceira fase da pena, ao contrário do invocado pela defesa, não se revela possível a incidência da causa de diminuição inculpada no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, visto que, conforme foi fundamentado no bojo desta decisão, restou comprovado nos autos que o réu dedica-se a atividades criminosas, consoante certidão do Sistema SAJ acostada à fl. 156, na qual, verifica-se a existência de uma outra ação penal, atualmente em curso neste Juízo, na qual o denunciado está sendo acusado também pelo delito inculpado no art. 33 da Lei 11.343/2006, como também em razão da grande quantidade de droga apreendida, fl. 16, pela comprovação dos policiais acerca do transporte e guarda de drogas realizado pelo acusado, bem como pelo fato de o acusado ter sido flagrado no momento em que transportava em seu veículo a quantidade de droga, conforme comprovam os depoimentos testemunhais acima transcritos. Inexistem, pois, causas de diminuição e aumento. Destarte, torno a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão. Aplico-lhe, ainda, pena de multa. Atenta à natureza delitiva e às circunstâncias judiciais supra mencionadas, fixo em 30 (trinta) o número de dias multa. Não havendo prova acerca da situação econômica do réu, arbitro o valor de cada dia-multa em um trigésimo do salário mínimo vigente atualmente. A sanção privativa de liberdade ora aplicada deverá ser cumprida, inicialmente, em regime semiaberto, nos termos do artigo 33, § 2º, alínea b, do CP. (...)." A condenação do Recorrente foi confirmada

no Acórdão lavrado sob o ID 27501422, nos termos da ementa abaixo:  
“APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 33 DA LEI 11.343/2006 – ABSOLVIÇÃO – NÃO ACOLHIMENTO – REDUÇÃO DA PENA – INVIABILIDADE – MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E A SUA SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO DESPROVIDO. 01 – Trata-se de apelação criminal contra a Sentença lavrada às fls. 157/171, que condenou o recorrente a 05 (cinco) anos de reclusão, inicialmente em regime semiaberto, e ao pagamento de 30 (trinta) dias multa, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. 02 – O pleito absolutório formulado pela Defesa não pode ser acolhido, uma vez que a prova produzida na instrução criminal evidencia que o recorrente foi preso em flagrante na posse de 8,173 kg (oito quilos, cento e setenta e três gramas) de maconha. 04 – A materialidade delitiva consta do Auto de Exibição (fls. 15/16), do Laudo de Constatação (fls. 23) e do Laudo Pericial de fls. 49, que confirmam a apreensão de 8,173 kg (oito quilos, cento e setenta e três gramas) de maconha. 05 – A autoria delitiva, por sua vez, emerge dos depoimentos prestados em Juízo pelas testemunhas César Ferreira Pereira, Gerson Martins Britto Pinheiro e Cândido José da Silva (CD – fls. 13 dos autos físicos), uníssonas ao narrar que, após serem informados sobre o envolvimento do Apelante com o tráfico de drogas, realizaram uma busca em seu veículo e encontraram aproximadamente 08 (oito quilos) de maconha. Acrescentaram, ainda, que após esta apreensão, realizaram buscas também na casa do Recorrente e lá encontraram outras porções da mesma substância. Transcrições no voto. 06 – Oportuno ponderar, neste ponto, que o exercício da atividade policial, por si só, não é apto a gerar o impedimento ou a suspeição dos depoentes, muito menos a presunção de sua inidoneidade, sobretudo quando prestados em juízo, à luz do contraditório, e de forma harmônica e coerente com as demais provas constantes do caderno processual, como na hipótese dos autos. Precedentes. 07 – Também dos depoimentos é possível extrair que os policiais entraram na residência do Recorrente após ter sido com ele encontrada parte da droga apreendida. Deste modo, é evidente a presença de fundada suspeita apta a justificar a entrada dos policiais em seu domicílio sem mandado judicial. Precedente. 08 – Além disso, vale anotar que, em seu interrogatório prestado em Juízo, o Recorrente confessou que, no momento da sua prisão, estava com 09 kg (nove quilos) de maconha, que iria entregar a uma pessoa, a pedido de seu amigo “Paulo Flor”. Transcrição no voto. 09 – Desta forma, conclui-se que o acervo probatório confirma que a conduta do recorrente se amolda ao art. 33 da Lei 11.343/2006, não sendo possível, portanto, o acolhimento do pleito absolutório formulado pela Defesa. 10 – Seguindo à análise da pena imposta em 1º Grau de Jurisdição, verifica-se que a Sentença, acertadamente, exasperou a pena base em 10 (dez) meses acima do mínimo previsto para o crime praticado, fixando-a em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, considerando a quantidade de maconha apreendida, que ultrapassa 08 kg (oito quilos) da substância. Dosimetria da pena transcrita no voto. 11 – Na segunda fase da dosimetria, a pena privativa de liberdade foi atenuada em 10 (dez) meses, em razão da confissão espontânea do Apelante. Diante da ausência de agravantes, a pena intermediária se estabilizou em 05 (cinco) anos de reclusão. 12 – Na terceira e última fase da dosimetria, a Sentença, também acertadamente, afastou a incidência da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, considerando não apenas a quantidade de droga apreendida, mas também a dedicação do Recorrente às atividades criminosas. 13 – No capítulo específico, a Sentença destacou que “restou comprovado nos autos

que o réu dedica-se a atividades criminosas, consoante certidão do Sistema SAJ acostada à fl. 156, na qual, verifica-se a existência de uma outra ação penal, atualmente em curso neste Juízo, na qual o denunciado está sendo acusado também pelo delito insculpido no art. 33 da Lei 11.343/2006, como também em razão da grande quantidade de droga apreendida, fl. 16, pela comprovação dos policiais acerca do transporte e guarda de drogas realizado pelo acusado, bem como pelo fato de o acusado ter sido flagrado no momento em que transportava em seu veículo a quantidade de droga, conforme comprovam os depoimentos testemunhais acima transcritos. Inexistem, pois, causas de diminuição e aumento.” 14 – Neste ponto, vale lembrar que, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “inquéritos policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas.” (AgRg no REsp 1823467/MG. Data do Julgamento: 27/08/2019). Precedentes. 15 – Deste modo, inexistindo causas de diminuição ou de aumento, a pena do Recorrente cristaliza-se definitivamente em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 30 (trinta) dias multa. Neste ponto, vale ressaltar que a pena de multa, fixada na Sentença abaixo do mínimo legal, deve ser mantida, ante a vedação da reformatio in pejus. 16 – Para o início do cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser mantido o regime semiaberto, conforme disposto no art. 33, § 2º, do Código Penal. 17 – Diante da quantidade da pena privativa de liberdade imposta, não é viável a sua substituição por restritivas de direitos, conforme disposto no art. 44 do Código Penal. 18 – Parecer da d. Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do recurso. RECURSO DESPROVIDO.” No que importa observar, destaca-se que, no julgamento realizado em 03/05/2022, a 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal deste Tribunal de Justiça confirmou a Sentença no tópico que afastou a incidência da causa de diminuição prevista no § 4º do Art. 33 da Lei 11.343/2006, considerando que a existência de ação penal em curso evidenciava a dedicação do Apelante às atividades criminosas. Neste ponto, vale lembrar que o Superior Tribunal de Justiça entendia que inquéritos policiais e ações penais em curso poderiam ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Neste sentido: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4.º, DO ART. 33, DA LEI N. 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO DO AGENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. AÇÕES PENAIS EM CURSO PODEM SER UTILIZADOS PARA AFASTAR A CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. POSSE ILEGAL DE MUNIÇÃO DE USO PERMITIDO E TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO DO ART. 12 DA LEI N. 10.826/03. CRIME DE PERIGO ABSTRATO. ATIPICIDADE MATERIAL DA CONDUTA NÃO EVIDENCIADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Para a aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o acusado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso em concreto. O legislador, entretanto, não definiu os critérios a serem adotados pelo magistrado para a escolha do percentual de redução da pena. 2. A Terceira Seção desta Corte Superior, ao julgar o EREsp n. 1.431.091/SP, em sessão realizada no dia 14/12/2016, firmou posicionamento no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso podem ser utilizados para afastar a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º,

da Lei n. 11.343/2006, por indicarem que o agente se dedica a atividades criminosas. 3. No presente caso, o fato do acusado possuir uma condenação, sem trânsito em julgado, além de ter assumido que participa da organização criminosa Primeiro Comando da Capital, compatibiliza com a posição de quem se dedica a atividade delituosa, não podendo ser aplicado o benefício do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 4. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou-se no sentido de que tanto a posse irregular de arma de fogo de uso permitido (art. 12 da Lei n. 10.826/2003) quanto o porte ou posse de arma de fogo de uso restrito (art. 16 da mesma lei) são crimes de perigo abstrato, dispensando-se prova de efetiva situação de risco ao bem jurídico tutelado (AgRg no AREsp n. 1027337/MT, Rel. Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, julgado em 14/3/2017, DJe 27/3/2017). 5. Não se desconhece que o Supremo Tribunal Federal, analisando as circunstâncias do caso concreto, reconheceu ser possível aplicar o princípio da insignificância na hipótese de apreensão de quantidade pequena de munição de uso permitido desacompanhada de arma de fogo, tendo concluído pela total inexistência de perigo à incolumidade pública (RHC n. 143.449/MS, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 9/10/2017; HC n. 154.390, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 7/5/2018). Nesse mesmo sentido, ambas as Turmas que compõem a Terceira Seção desta Corte Superior passaram a reconhecer a atipicidade da conduta perpetrada por agente, pela incidência do princípio da insignificância, diante da ausência de afetação do bem jurídico tutelado pela norma penal incriminadora. 6. No presente caso, embora em pequena quantidade, a apreensão de 1 munição, calibre .22, de uso permitido, em desacordo com determinação legal ou regulamentar, portada por indivíduo preso em flagrante no contexto de atividade de tráfico de drogas, integrante do PCC, sendo, portanto, descabida a flexibilização do entendimento consolidado desta Corte, já que não restam preenchidos os requisitos para o reconhecimento do princípio da insignificância. 7. Agravo regimental não provido. (STJ. AgRg no REsp 1823467/MG. Relator (a): Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA. Órgão Julgador: T5 – QUINTA TURMA. Data do Julgamento: 27/08/2019) No entanto, posteriormente, sob o rito dos recursos repetitivos, no julgamento dos Recursos Especiais n. 1.977.027/PR e n. 1.977.180/PR, em sessão realizada em 10/08/2022, o Superior Tribunal de Justiça firmou a tese, segundo a qual “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 1.139). No referenciado Acórdão, o Superior Tribunal de Justiça destacou que: “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).” Ementa abaixo: 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 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. Também nesta linha: "AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. SÚMULA N. 182/STJ, A INVIABILIZAR A COGNIÇÃO DO RECURSO. CONCESSÃO DA ORDEM DE HABEAS CORPUS EX OFFICIO. AUMENTO DA PENA-BASE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS. AUSÊNCIA DE EXPRESSIVIDADE. ACRÉSCIMO AFASTADO. INDEFERIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. AÇÃO PENAL EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. MATÉRIA PACIFICADA NO ÂMBITO DA TERCEIRA SEÇÃO DESTA CORTE. PENA INFERIOR A DOIS ANOS. FLUÊNCIA DO PRAZO PRESCRICIONAL ENTRE A SENTENÇA E O ACÓRDÃO CONDENATÓRIO. DECLARADA EXTINTA A PUNIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO. 1. A teor do art. 932, inciso III, do Código de Processo Civil de 2015, aplicável por força do art. 3.º do Código de Processo Penal, cabe ao Relator "não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida". 2. Constatação da existência de ilegalidade flagrante, a ser reparada, sponte

própria, por esta Corte Superior, e não por força de acolhimento de pedido ou recurso defensivo, nos termos do art. 654, § 2.º, do Código de Processo Penal. 3. No caso, a pena-base foi fixada acima do mínimo legal, especialmente, em razão da quantidade e natureza dos entorpecentes apreendidos. No entanto, o montante encontrado é diminuto e, portanto, não justifica o incremento da pena-base, pois não demonstra, por si só, maior reprovabilidade da conduta delituosa prevista no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. 4. 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, consoante consolidado no Tema 1.139, firmado por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais n. 1.977.027/PR e 1.977.180/PR, realizado em 10/08/2022, sob o rito dos recursos especiais repetitivos. 5. Agravo regimental desprovido. Ordem de habeas corpus concedida, de ofício. (AgRg no AREsp n. 2.157.441/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 13/12/2022, DJe de 19/12/2022.)” Diante do exposto e nos termos do art. 927, III, do Código de Processo Civil, é imperioso o alinhamento do entendimento desta 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia à tese firmada pelo Superior Tribunal de Justiça (Tema 1139), segundo a qual “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”. Feitas essas considerações e retornando ao caso concreto, observa-se que a Sentença apelada afastou a aplicação da aludida causa de diminuição, considerando a existência de ação penal em curso em desfavor do Apelante, assim como a quantidade de droga apreendida. Visto que a existência de ação penal em curso não impede a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06, é imperioso o reconhecimento da sua incidência ao caso concreto. A quantidade de droga apreendida foi valorada na primeira fase da dosimetria da pena, exasperando-a ao patamar de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. Na segunda fase da dosimetria, a pena privativa de liberdade foi atenuada em 10 (dez) meses, em razão da confissão espontânea do Apelante. Diante da ausência de agravantes, a pena intermediária se estabilizou em 05 (cinco) anos de reclusão. Na terceira e última fase da dosimetria, a incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, na fração de 2/3 (dois terços), resulta na pena definitiva de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. A quantidade da pena aplicada viabiliza o início do seu cumprimento em regime aberto, conforme disposto no art. 33, § 2º, c, do Código Penal. Conforme disposto no Art. 44 do Código Penal, a pena privativa de liberdade deve ser substituída por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem individualizadas pelo Juízo das execuções. CONCLUSÃO Ante o exposto, apesar do Parecer da douta Procuradoria de Justiça, voto pelo redimensionamento da pena do Recorrente a 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, inicialmente em regime aberto, e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, em observância à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça fixada em Recursos repetitivos (Tema 1139). É como voto. Salvador, \_\_\_\_/\_\_\_\_/\_\_\_\_.

\_\_\_\_\_  
Presidente.\_\_\_\_\_  
RelatorDes. Nilson Castelo Branco  
de Justiça. (ULB)\_\_\_\_\_  
Procurador (a)