

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0526499-82.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Washington Luis Alves de Alcantara Advogado (s): APELADO: Washington Luis Alves de Alcantara 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 AFASTOU A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º, DA LEI Nº 11. 343/2006, COM BASE NA EXISTÊNCIA DE AÇÕES PENAS 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 MANUTENÇÃO DA SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU QUE APLICOU A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE TRÁFICO PRIVILEGIADO AO RÉU. JUÍZO DE RETRATAÇÃO REALIZADO. APELAÇÃO CRIMINAL –JUÍZO DE RETRATAÇÃO OPERADO. AP Nº 0526499-82.2019.8.05.0001 – SALVADOR. RELATOR: DESEMBARGADOR ESERVAL ROCHA. Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0526499-82.2019.8.05.0001 da Comarca de Salvador, sendo Apelante WASHINGTON LUIS ALVES DE ALCANTARA 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. Desembargador Eserval Rocha Presidente/Relator

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Procedente Por Unanimidade Salvador, 27 de Março de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0526499-82.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Washington Luis Alves de Alcantara Advogado (s): APELADO: Washington Luis Alves de Alcantara e outros Advogado (s): RELATÓRIO I – Trata-se de processo no qual foram interpostas apelações criminais simultâneas pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e pelo réu WASHINGTON LUIS ALVES DE ALCÂNTARA, por intermédio da Defensoria Pública, inconformados com a sentença, proferida pela MM. Juiz de Direito da 2º Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que condenou o acusado pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, estabelecendo como pena definitiva 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, e à sanção pecuniária de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, fixadas no valor de um trigésimo do salário mínimo, porque trazia consigo 241 g (duzentos e quatro gramas é quarenta e um decigramas) de maconha, acondicionadas em 11 (onze) porções, 02 (duas) balanças de precisão, diversos sacos plásticos transparentes e a quantia de R\$ 48,35 (quarenta e oito reais e trinta e cinco centavos) (ID. 177933761). O Ministério Público, em suas razões, sustentou ser impossível o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado (ID.177933768). O réu interpôs recurso sustentando ausência de provas de autoria e materialidade delitiva (ID.177933775). A Douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra da Procuradora de Justiça Marlene Pereira Mota, opinou pelo não provimento do recurso do réu e pelo provimento do recurso da acusação (ID. 25937152). A Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal negou provimento ao recurso da defesa e deu provimento ao recurso da acusação, para afastar a aplicação

do art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, mantendo a fixação da pena-base no mínimo legal, fixando a pena definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, em regime inicial semiaberto (ID. 28784258). A Defensoria Pública interpôs Recurso Especial contra o Acórdão (ID. 28910134), pugnando pelo reestabelecimento da sentença de primeiro grau que reconheceu o tráfico privilegiado. 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. 1040, inciso II, do Código de Processo Civil (ID. 34144545). É o relatório.

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0526499-82.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: Washington Luis Alves de Alcantara Advogado (s):

APELADO: Washington Luis Alves de Alcantara 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, e art. 1.040 II, ambos do Código de Processo Civil, em face do Acórdão (ID. 28784258)) proferido por esta Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal, que, à unanimidade, deu provimento ao Recurso de Apelação interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, afastando a aplicação da causa de diminuição de tráfico privilegiado realizada pelo juiz de primeiro grau. O recorrente insurgiu-se contra o afastamento da minorante, 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 PENASIS 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, é imperiosa o restabelecimento da decisão de primeiro grau. Dessa forma, tendo em vista que na ação penal não existem outros elementos que denotem a dedicação do réu a atividades criminosas, mantém-se a causa de diminuição do art. 33 § 4º, da Lei nº 11.343/06. Assim, restaura-se a pena fixada na sentença proferida pela MM. Juiz de Direito da 2º Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que condenou o Recorrente pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, fixando a pena de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, e à sanção pecuniária de 166 dias-multa, fixadas no valor de um trigésimo do salário-mínimo. 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 negar provimento à Apelação Criminal interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, mantendo a pena conforme fixada em primeira instância. Sala das Sessões, data constante da certidão eletrônica de julgamento. Desembargador Eserval Rocha Presidente/Relator Procurador (a) de Justiça