

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0328021-02.2017.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Aelson Silva de Jesus Advogado (s): Defensoria Pública do Estado da Bahia APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. PRIVILÉGIO PREVISTO NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/06. MODIFICAÇÃO POSTERIOR. TEMA 1139, DO STJ. REEXAME PARA APLICAR O NOVO ENTENDIMENTO DO STJ. PENA REDIMENSIONADA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. 1. Cuida-se de REEXAME DE RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL, em sede de JUÍZO DE RETRATAÇÃO encaminhado pela 2ª Vice-Presidência deste Tribunal de Justiça, por suposto descumprimento de entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em precedente obrigatório, registrando o seguinte tema: TEMA 1139: É VEDADA A UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIIS EM CURSO PARA IMPEDIR A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. 2 . O Recurso de Apelação Criminal foi julgado, à unanimidade de votos, pela 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal em 02/02/2021, portanto, na data anterior ao de entendimento firmado, em precedente obrigatório, pelo Superior Tribunal de Justiça, vez que o Tema 1139 restou registrado em Acórdão publicado na data de 18.08.2022 (REsp 1977027/PR e REsp 1977180/PR). 3 . Não havendo trânsito em julgado, é possível o reexame da matéria para aplicar o entendimento firmado pela Corte Superior, ex vi do art. 1.040, II, do Código de Processo Civil. 4 . Portanto, no exercício do juízo de retratação previsto no inciso II, do art. 1.040, do CPC, impõe-se a parcial alteração do Acórdão adunado ao ID 22746209, no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, para redimensionar a pena-base e aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços), fixando a pena definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, mantendo o direito de recorrer em liberdade. 4 . JUÍZO DE RETRATAÇÃO EXERCIDO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n.º 0328021-02.2017.8.05.0001, em que figuram, como Apelante AELSON SILVA DE JESUS e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores componentes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em exercer o JUÍZO DE RETRATAÇÃO, para DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto condutor, adiante registrado. DES. ABELARDO PAULO DA MATTA NETO PRESIDENTE / RELATOR PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 21 de Março de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0328021-02.2017.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Aelson Silva de Jesus Advogado (s): Defensoria Pública do Estado da Bahia APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de REEXAME DE RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL, em sede de JUÍZO DE RETRATAÇÃO encaminhado pela 2ª Vice-presidência deste Tribunal de Justiça, por suposto descumprimento de entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em precedente obrigatório, registrando o seguinte tema: TEMA 1139: É VEDADA A UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIIS EM CURSO PARA IMPEDIR A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. Acerca da

aplicação da minorante prevista no § 4º, da Lei n.º 11.343/06, registrou o acórdão datado de 02/02/2021, a negativa do privilégio, em razão de o Acusado responder a outro processo por tráfico de drogas, com condenação em grau de recurso, o que revela a dedicação à atividade criminosa. Interposto Recurso Especial adveio, em 18/08/2022, o julgamento da Tese 1139, pelo Superior Tribunal de Justiça, sendo os autos encaminhados pela 2ª Vice-Presidência para este Colegiado. A Procuradoria de Justiça ofertou parecer pelo parcial provimento da irresignação defensiva, atinente exclusivamente ao tráfico privilegiado, que deverá ser atendida em sede de juízo de retratação por esta Corte de Justiça. É o suficiente a relatar. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0328021-02.2017.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: Aelson Silva de Jesus Advogado (s): Defensoria Pública do Estado da Bahia APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Cuida-se de REEXAME DE RECURSO DE APELAÇÃO CRIMINAL, em sede de JUÍZO DE RETRATAÇÃO encaminhado pela 2ª Vice-Presidência deste Tribunal de Justiça, por suposto descumprimento de entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça em precedente obrigatório, registrando o seguinte tema: TEMA 1139: É VEDADA A UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIS EM CURSO PARA IMPEDIR A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. O Recurso de Apelação Criminal foi julgado, à unanimidade de votos, pela 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal em 02/02/2021, portanto, na data anterior ao de entendimento firmado, em precedente obrigatório, pelo Superior Tribunal de Justiça, vez que o Tema 1139 restou registrado em Acórdão publicado na data de 18.08.2022 (REsp 1977027/PR e REsp 1977180/PR). Não havendo trânsito em julgado, é possível o reexame da matéria para aplicar o entendimento firmado pela Corte Superior, ex vi do art. 1.040, II, do Código de Processo Civil. Art. 1.040. Publicado o acórdão paradigma: I - (...) II - o órgão que proferiu o acórdão recorrido, na origem, reexaminará o processo de competência originária, a remessa necessária ou o recurso anteriormente julgado, se o acórdão recorrido contrariar a orientação do tribunal superior; Portanto, no exercício do juízo de retratação previsto no inciso II, do art. 1.040, do CPC, impõe-se a parcial alteração do Acórdão adunado ao ID 22746209, no tocante a dosimetria da pena aplicada, refletindo igualmente na ementa, a qual passa a ser assim registrada: APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. SUBSTÂNCIAS ILÍCITAS. NULIDADE. AGRESSÕES QUANDO DA PRISÃO. NÃO ALBERGAMENTO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO. CONJUNTO PROBATÓRIO. MATERIALIDADE E AUTORIA. SUFICIÊNCIA. DOSIMETRIA. MENORIDADE. RECONHECIMENTO SEM REDIMENSIONAMENTO DA PENA, NOS MOLDES DA SÚMULA 231, DO STJ. TRÁFICO PRIVILEGIADO. TEMA 1139, DO STJ. AÇÃO PENAL EM CURSO. RECONHECIMENTO DO REDUTOR, NA FRAÇÃO MÁXIMA. DOSIMETRIA REDIMENSIONADA. REGIME MODIFICADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITO, DEFERIDA. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1 . A tese de nulidade por suposta agressão quando da prisão não foi sustentada em sede de alegações finais pela defesa do Recorrente, não sendo, por via de consequência, enfrentada pelo Magistrado de origem na sentença. 2 . Mesmo que trazida diretamente ao segundo grau, verifica-se que, inobstante o Laudo de Lesão Corporal, à fl. 58/59, atestar existência de escoriação na região nasal, por instrumento de ação contundente, não há comprovação no que tange a sua causa/efeito, até porque o acusado, perante a Autoridade Policial e quando da audiência em juízo nada alegou acerca da suposta lesão à sua integridade física. 3 . Em que pese a gravidade da imputação, inexistem, na específica hipótese dos autos, elementos suficientes a

conduzir à pretendida invalidação probatória, com destaque de que, em nenhum momento o acusado aduziu tortura, afirmando que os policiais bateram em seu rosto e mandaram assumir a droga. 4 . No caso, o magistrado a quo embasou a sua convicção em provas produzidas em Juízo, as quais foram submetidas ao crivo do contraditório e da ampla defesa, sobretudo porque os depoimentos utilizados para a formação do convencimento do julgador, informam a apreensão dos entorpecentes na posse direta daquele, durante abordagem pessoal. 5 . Assim, rejeita-se a tese de nulidade. 6 . Comprovando-se, pelo vasto conjunto probatório constante dos autos, a apreensão de 15 (quinze) papelotes de cocaína, já acondicionadas sob a forma em que comumente comercializada, configura-se a incursão objetiva na norma penal incriminadora, haja vista que materializado um de seus verbos nucleares. 7 . A validade da prova subjetiva não é afastada pela condição de policiais das testemunhas, cujos depoimentos são amplamente passíveis de valoração, especialmente quando em compasso com as demais provas que respaldam a imputação e a Defesa não produziu qualquer comprovação, sequer indiciária, da eventual existência de qualquer intento deliberado daqueles em prejudicar o Acusado. Precedentes do STJ. 8 . Dosimetria escorreita. Menoridade, reconhecida, sem redimensionamento da pena, nos moldes da Súmula nº. 231 do STJ, observância. Precedentes. 9 . Na terceira fase, o Superior Tribunal de Justiça, firmou, no Tema Repetitivo de nº 1139, 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.”. 10 . Portanto, no caso em concreto, sendo o fundamento da negativa da concessão do privilégio a existência de ação penal em curso, bem como inexistindo nos autos de outros elementos idôneos capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, 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, necessário o redimensionamento da pena na terceira fase, impondo-se a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), fixando a pena em 01 (um) ano e 08 (oito) meses, tornando-a definitiva, em regime inicialmente aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. 11 . Em observância ao princípio da proporcionalidade, a pena de multa deve guardar simetria com a reprimenda corporal e ser dosada fase por fase, motivo pelo qual há de ser estabilizada no patamar de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente na data do delito. 12 . Por fim, atento aos critérios do art. 44 do CPB, mostra-se adequada a substituição da pena corporal por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, o qual também deverá analisar possível detração da pena. 13. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, para redimensionar a pena-base e aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços), fixando a pena definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, mantendo o direito de recorrer em liberdade. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n.º 0328021-02.2017.8.05.0001, em que figuram, como Apelante AELSON SILVA DE JESUS e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores componentes da Segunda Turma

da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto condutor, adiante registrado. Já a dosimetria e dispositivo devem ser registrados: (...) DA DOSIMETRIA Firmada a prática delitiva e a respectiva autoria do Acusado, cumpre analisar a dosimetria da pena alcançada na origem, sobre a qual também se centra o inconformismo recursal. Na hipótese dos fólhos, o Magistrado de origem, na primeira fase, fixou a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, ou seja, no mínimo legal para o tipo, do que exsurge a inviabilidade de qualquer revisão desta disposição sentencial. Na segunda fase, nada foi sopesado, contudo, reconhece-se, neste ponto, a atenuante da menoridade, vez que o Apelante possuía 18 (dezoito) anos de idade à época do fato, sem modificação do quantum da pena, nos moldes da Súmula n.º 231, do STJ. Na terceira fase, foi negado pelo Juízo a quo, a causa de diminuição da pena, prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, sob o fundamento de que o acusado respondeu a outro processo por tráfico de drogas, com condenação em grau de recurso (fls. 68), o que revela a dedicação à atividade criminosa. Cumpre ressaltar, a priori, que a norma legal referida disciplina a possibilidade de redução da pena de 1/6 a 2/3 “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. No caso em análise, a comprovação da dedicação em atividade criminosa, deriva de ação penal em curso. Sobre a matéria em análise, o Superior Tribunal de Justiça, firmou, no Tema Repetitivo de nº 1139, 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.”. Portanto, no caso em concreto, sendo o fundamento da negativa da concessão do privilégio a existência de ação penal em curso, bem como inexistindo nos autos de outros elementos idôneos capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, 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, necessário o redimensionamento da pena na terceira fase, impondo-se a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), fixando a pena em 01 (um) ano e 08 (oito) meses, tornando-a definitiva, em regime inicialmente aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. Ademais, inobstante o Juízo primevo haver aplicado a pena multa em 500 dias-multa, em observância ao princípio da proporcionalidade, esta deve guardar simetria com a reprimenda corporal e ser dosada fase por fase, motivo pelo qual há de ser estabilizada no patamar de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente na data do delito. Por fim, atento aos critérios do art. 44 do CPB, mostra-se adequada a substituição da pena corporal por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, o qual também deverá analisar possível detração da pena. Foi concedido ao réu o direito de recorrer em liberdade, o que se mantém. Permanecem híginas as demais prescrições acessórias da sentença penal sob análise. Dispositivo Por todo o exposto, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, para redimensionar a pena-base e aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços), fixando a pena definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, substituindo a

pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, mantendo o direito de recorrer em liberdade. (...) Por todo o exposto, no exercício de JUÍZO DE RETRATAÇÃO, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, aplicando, na terceira fase da dosimetria da pena, o Tema 1139, do STJ, mantendo o Acórdão anterior em seus demais termos. É o voto. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Relator