

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0020228-95.2011.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: Ademir Apolinario da Silva e outros

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TEMA 1.139. REAPRECIAÇÃO PELA TURMA JULGADORA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO COM A RECONSIDERAÇÃO DO JULGADO ANTERIOR TÃO SOMENTE PARA REAFIRMAR O ENTENDIMENTO ADOTADO PELO STJ DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA. REQUISITOS PREENCHIDOS. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO INTERPOSTO.

1. Em apreciação conjunta aos Recursos Especiais 1977027/PR e 1977180/PR, Relatoria da Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 10/8/2022, publicado em 18/8/2022 (TEMA 1139 – repetitivo), o Superior Tribunal de Justiça fixou a seguinte tese jurídica: “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.”

2. Neste sentido, anoto trecho do paradigma já citado: “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”.

3. Da leitura do precedente retromencionado, percebe-se que restou refutada a utilização de inquéritos e ações penais em curso para o afastamento da causa de diminuição da pena tipificada no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343.2006 ( Lei de Drogas), denominada como “tráfico privilegiado”.

4. Nesse contexto, necessário o reconhecimento da aludida minorante, eis que demonstrado nos autos que o preenchimento dos requisitos previstos no § 4º, art. 33 da Lei 11.343/06, fazendo-se necessário o seu reconhecimento.

5. Acórdão a qual se modifica, apenas para reconhecer a aplicação da causa especial de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, no seu patamar máximo, fixando a pena definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicial aberto, cumulada com o pagamento 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário do dia-multa, ao valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, substituindo-se a pena corporal por duas restritivas de direito, a serem definidas pelo juízo de execução.

## ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 0020228-95.2011.8.05.0001, de Salvador, tendo, como Apelante: ADEMIR APOLINARIO DA SILVA e como Apelado: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os Senhores Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, nos moldes do art. 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil, reformar parcialmente a decisão colegiada anteriormente proferida, apenas para reconhecer a a aplicação da causa especial de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, no seu patamar máximo, nos termos do Tema 1.139/STJ, consoante certidão de julgamento, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto do Desembargador Relator.

Sala de Sessões, data constante na certidão eletrônica de julgamento.

Des. Antonio Cunha Cavalcanti  
Relator  
(assinado eletronicamente)

AC04

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido em parte Por Unanimidade  
Salvador, 21 de Novembro de 2022.

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0020228-95.2011.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: Ademir Apolinario da Silva e outros

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

## RELATÓRIO

Ademir Apolinário da Silva interpôs recurso especial contra acórdão proferido nos autos da apelação criminal, no qual este Órgão Julgador conheceu e negou provimento ao recurso de apelação por si interposto. A 2ª Vice-Presidência, por ocasião do exame da admissibilidade do recurso especial interposto, entendeu que este colegiado afastou a incidência da, causa especial de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, contrariando, em princípio, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (Tema 1139), sedimentado por ocasião da análise do Resp. n. 1977027/PR e Resp. n. 1977180/PR, em sede de recurso repetitivo, razão pela qual determinou a remessa dos autos a este Relator, para analisar a compatibilidade das matérias discutidas na presente hipótese com o parâmetro vinculante derivado dos julgamentos retromencionados. Cientes as partes acerca de eventual exercício do juízo de retratação. É o relatório.

Encaminhem-se os autos à Secretaria para inclusão em pauta de julgamento.

Salvador, data registrada no sistema.  
Antonio Cunha Cavalcanti  
Relator

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0020228-95.2011.8.05.0001

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: Ademir Apolinario da Silva e outros

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

## VOTO

Trata-se de acórdão submetido ao juízo de retratação, por analogia, ao quanto previsto nos arts. 1.030, inciso II, c/c 1.040, inciso II, do NCPC.

Acerca da conduta delitiva sub examine, narrou a Exordial Acusatória que, no dia 11 de janeiro de 2011, por volta das 19:20hs, no local denominado Planeta dos Macacos, localizado no bairro de São Cristóvão, Policiais Militares, estavam participando da Operação Nazireu, realizando o procedimento de revista e abordagem a motocicletas que ali passavam, quando perceberam que um motociclista ao avistar a guarnição tentou retornar, em seguida foi ordenado que este parasse, e fizeram uma abordagem no mesmo onde constataram que o denunciado trazia consigo 06 (seis) trouxinhas de maconha (21,46g -vinte e um gramas e quarenta e seis centigramas).

A materialidade e autoria delitivas restaram sobejamente demonstradas através do Auto de Exibição e Apreensão (fl. 22, autos originários) e Laudo definitivo de drogas (fls.46, autos originários), pelos depoimentos judiciais prestados pelas testemunhas Gustavo Santos Barreto, Joseilson Bonfim Santos e Ueliton de Jesus Santos, agentes policiais integrantes da diligência que culminou na apreensão dos entorpecentes e prisão em flagrante dos Apelante.

Na primeira fase da dosimetria a pena base foi mantida no mínimo legal e fixada em 05 anos de reclusão e 500 dias multa.

Na segunda etapa não foram reconhecidas circunstâncias atenuantes ou agravantes.

Na terceira fase, ausentes as causas de aumento. Reconhecida causa de diminuição, contudo estabelecida na fração de  $\frac{1}{2}$ .

Nesta última fase da aplicação da reprimenda, a tese sustentada pela defesa consiste na possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, na fração máxima de 2/3 (dois terços) ao Recorrente.

Na hipótese, o Magistrado afastou a possibilidade aplicação da do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ante a existência de ações em curso, o que foi mantido pelo Colegiado por unanimidade.

Observe-se que a incidência do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006 requer o preenchimento dos requisitos legais: a) que o agente seja primário; b) tenha bons antecedentes; c) não se dedique a atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa.

Cabe, ainda, consignar que os antecedentes apontados no decisum não impedem a aplicação do redutor, porquanto a Terceira Seção do Col. Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o rito dos recursos especiais repetitivos (Tema 1.139), estabeleceu a tese de que é vedada a utilização de inquéritos ou ações penais em curso para impedir a aplicação da redução de pena pela configuração do chamado tráfico privilegiado. Neste sentido, anoto trecho do paradigma já citado:

“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” .(destaquei)

Diante do quanto acima mencionado, tem-se que, para efeitos penais, à época do crime o réu era tecnicamente primário e sem qualquer prova de que integrasse organização criminosa, fazendo, pois, jus ao aludido benefício, no patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), fixando-se a pena em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a qual a torno definitiva. A fim de guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade, fixo a pena de multa em 166 (cento e sessenta e seis) dias, ao valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato. Por conseguinte, fixo o regime aberto, para cumprimento inicial da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 33, § 2º, alínea c, do Código Penal, substituindo-se a pena corporal por duas restritivas de direito, a serem determinadas pelo juízo de execução, eis que preenchidos os requisitos legais previstos no art. 44 do CP. Sobre o tema, confira-se o seguinte precedente deste Tribunal:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE AUTORIA. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO CONDENATÓRIA RESPALDADA NO ACERVO PROBATÓRIO. DESCLASSIFICAÇÃO. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, ART. 33 DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. DE OFÍCIO, ALTERADO O VALOR DO DIA-MULTA. Provada a autoria delitiva pela convergência do inquérito policial com as provas produzidas em juízo, impõe-se a condenação. Preenchidos os requisitos do § 4º, art. 33, da Lei 11343/2006, aplica-se a causa de especial em seu grau máximo. A fixação do valor do dia-multa obedece ao previsto no art. 49, § 1º, do CP, a fim de que seja considerado o salário mínimo vigente à data do crime. (TJ-BA – APL: 05699612620188050001, Relator: INEZ MARIA BRITO SANTOS MIRANDA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 04/03/2022)

Ante o exposto, nos moldes do art. 1.040, inciso II do Código de Processo Civil, VOTO no sentido de reformar parcialmente o acórdão, apenas para aplicar a minorante do tráfico privilegiado em seu patamar máximo, haja vista que a referida decisão colegiada não se encontra em completa

sintonia com o aresto paradigma.

Decorrido o prazo recursal, sem manifestação das partes, encaminhem-se os autos conclusos à douta 2ª Vice-Presidência, para nova análise do recurso interposto e adoção das providências devidas.

Sala de Sessões, data constante na certidão eletrônica de julgamento.

Des. Antonio Cunha Cavalcanti  
Relator  
(assinado eletronicamente)

AC04