

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA INEZ MARIA B. S. MIRANDA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA APELAÇÃO CRIMINAL 8001169–15.2023.8.05.0146 COMARCA DE ORIGEM: TEIXEIRA DE FREITAS PROCESSO DE 1.º GRAU: 8001169–15.2023.8.05.0146 APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTOR: ROBERTA MASUNARI APELADO: JULIO BARBOSA DA SILVA ADVOGADO (A): AJAX MERCES ATTA JUNIOR, ROBERTA MARIA OLIVEIRA DE SOUZA RELATORA: INEZ MARIA B. S. MIRANDA APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º, ART. 33 DA LEI 11.343/06, RECONHECIDA NA SENTENÇA. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS NÃO COMPROVADAS. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE AÇÕES PENAIIS EM CURSO PARA AFASTAR A REDUÇÃO OU MODULAR A FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO, SOB PENA DE VIOLAÇÃO À PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Ausentes elementos a indicar que o condenado pelo crime de tráfico de drogas se dedicava habitualmente às atividades criminosas, ou estava envolto em organização criminosa, imperativo a aplicação da minorante do tráfico privilegiado. Viola o princípio da presunção de inocência a utilização de ações penais em curso para afastar ou modular a fração de redução do tráfico privilegiado, prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, devendo a fração ser fixada no patamar máximo legal. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação criminal nº 8001169–15.2023.8.05.0146, da 1ª Vara Criminal da comarca de Juazeiro, em que figuram como recorrente o Ministério Público e recorrido Júlio Barbosa da Silva. Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme resultado expresso na certidão de julgamento, em conhecer e negar provimento ao recurso, na esteira das razões explanadas no voto da Relatora. Salvador, data e assinatura registradas no sistema. INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATORA 13 (APELAÇÃO CRIMINAL 8001169–15.2023.8.05.0146) PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 7 de Dezembro de 2023. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATÓRIO Adoto, como próprio, o relatório constante da sentença de id. 53724157, acrescentando que esta julgou parcialmente procedente a exordial acusatória para condenar o réu Júlio Barbosa da Silva como incurso nas sanções previstas no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 e art. 180 do Código Penal. A pena definitiva foi fixada em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão em regime inicial aberto, cumulada com o pagamento de 130 (cento e trinta) dias–multa, sendo a pena privativa de liberdade substituída por duas restritivas de direitos, em razão do art. 44 do CP, nas modalidades previstas no art. 43, III e IV do Código Penal. O Ministério Público interpôs apelação, id. 53724170, com suas razões no id. 53724173, nas quais requerer o afastamento da causa de diminuição prevista no art. 33. § 4º, da Lei nº 11343/2006, sob o fundamento de que restou comprovado a dedicação do Réu ao exercício das atividades criminosas, mormente pelo fato de o mesmo responder a outras ações penais por delito da mesma natureza e até por homicídio qualificado. Subsidiariamente, requer a aplicação da fração de diminuição em seu patamar mínimo de 1/6 e a readequação do regime inicial de cumprimento de pena, “tendo em vista o redimensionamento da pena”. Em sede de contrarrazões, a defesa (id. 53724177) requerer o conhecimento e improvimento do recurso. A Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento e provimento do apelo (id. 54214429). É o relatório. Salvador, data e assinatura registradas no sistema. INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATORA 13

(APELAÇÃO CRIMINAL 8001169-15.2023.8.05.0146) TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA INEZ MARIA B. S. MIRANDA VOTO

Trata-se de apelação interposta contra a sentença que condenou o réu Júlio Barbosa da Silva como incurso nas penas previstas no art. 33, caput, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 e art. 180 do Código Penal. Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço do apelo. Consta na denúncia que, no dia 05/01/2022, investigadores da Polícia Civil estavam com dois mandados de prisão em desfavor do acusado. Após tentarem localizar o acusado, receberam informações de que este estaria vendendo drogas na Quadra 1, Bairro João Paulo II. Ao chegarem no local, o investigado correu para uma residência, pulando o muro do fundo, sendo preso por investigadores que faziam o cerco ao imóvel. Na residência foram encontrados 28 (vinte e oito) pedras de crack, R\$ 789,00 (setecentos e oitenta e nove reais) e 01 (uma) motocicleta Honda CG 160, com restrição de furto. Processado e julgado, o Apelante foi condenado à pena privativa de liberdade de 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão em regime inicial aberto, cumulada com o pagamento de 130 (cento e trinta) dias-multa do salário mínimo vigente à época dos fatos. Irresignado, o Ministério Público manejou a presente apelação, pugnando pelo provimento do recurso, a fim de que a sentença objurgada seja reformada, afastando-se o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33. § 4º, da Lei n.º 11343/2006. A leitura da sentença vergastada (id. 53724157), por seu turno, revela que o Juízo de origem reconheceu a referida causa de diminuição, prevista na Lei de Drogas, “tendo em vista que as ações penais que o réu responde estão em andamento”. Acerca do argumento recursal, de que o apelado se dedica habitualmente à prática de crimes, possuindo processos por tráfico de drogas e homicídio, não assiste razão ao Ministério Público, porquanto a Terceira Seção da Corte Superior de Justiça, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.977.027/PR, submetido ao rito dos recursos repetitivos (Tema 1.139), fixou 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: “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. (...) 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. (...) 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. (...) 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 1977027 / PR, da Terceira Seção. Rel. Ministra Laurita Vaz, j. 10/08/2022, DJe 18/08/2022). No caso em exame, a análise dos autos, bem assim a consulta ao sistema PJe, 1º e 2º grau, demonstra que o Réu responde a outros dois processos criminais, o de nº 8008803-96.2022.8.05.0146 por supostamente ter cometido o delito de homicídio qualificado, no qual foi, inclusive, impronunciado e o de nº 8006396-20.2022.8.05.0146 que sequer iniciou a instrução. Existe também uma medida socioeducativa, nº 8003149-31.2022.8.05.0146, que já foi extinta, não havendo que cogitar, outrossim, na presença de maus antecedentes em desfavor do Recorrido. Desta forma, embora reste caracterizada nos autos a prática do tráfico de substâncias entorpecentes, pelo conjunto probatório não há como concluir que o apelante habitualmente dedica-se ou está envolto nas atividades criminosas. Igualmente, a quantidade de droga apreendida, não aponta, por si só, para a habitualidade do réu na disseminação de entorpecentes ou por seu envolvimento em uma organização criminosa. Sendo assim, inexistindo prova incontroversa de que o Apelante se dedicava habitualmente às atividades criminosas, os requisitos previstos no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 restam satisfeitos e os efeitos do privilégio no tráfico devem incidir na aplicação da pena. Ainda, deve ser mantida a fração máxima de redução, já

que encontra respaldo na jurisprudência da Corte Superior, senão vejamos: “(...) 3. Inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar ou modular a fração de diminuição de pena do tráfico privilegiado, sob pena de violação do princípio constitucional da presunção de inocência (RE n. 591.054/SC, submetido ao regime de repercussão geral). 4. Configura constrangimento ilegal a presunção de que o agente se dedica a atividades criminosas pela simples existência de inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação criminal definitiva; da mesma maneira, configura constrangimento ilegal a modulação da fração de redução de pena do tráfico privilegiado com considerações exclusivamente acerca desses fundamentos. (...) 6. Agravo regimental desprovido.” (AgRg no HC n. 762.383/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 30/9/2022.) Por fim, tendo em vista que a pena aplicada foi mantida, nada a alterar em relação ao regime inicial de cumprimento de pena. Ante o exposto, conheço e nego provimento ao recurso, mantendo a sentença recorrida em todos os seus termos. É como voto. Sala de Sessões, data e assinatura registradas no sistema. INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATORA 13 (APELAÇÃO CRIMINAL 8001169-15.2023.8.05.0146)