

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0410748-91.2012.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: ANA CLÁUDIA PINTO DE CARVALHO DEFENSOR PÚBLICO: JOSÉ GANEM APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTORA DE JUSTIÇA: ANA PAULA COITÉ PROCURADORA DE JUSTIÇA: ÁUREA LOEPP ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. APELANTE CONDENADA A 07 (SETE) ANOS DE RECLUSÃO, SOB REGIME SEMIABERTO, ALÉM DE 700 (SETECENTOS) DIAS-MULTA. 1. ALEGAÇÃO DE NULIDADE PROCESSUAL EM RAZÃO DA INVERSÃO DA ORDEM DO INTERROGATÓRIO DA RÉ. NÃO ACOLHIDA. PRECLUSÃO PARA A REFERIDA ARGUIÇÃO. ART. 571, I DO CPP. AUSÊNCIA DE INFRAÇÃO AOS PRINCÍPIOS DA AMPLA DEFESA E CONTRADITÓRIO. 2. PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA. ACOLHIMENTO. NÃO OBSTANTE A PENA-BASE INCREMENTADA FUNDAMENTADAMENTE, NÃO HÁ COMPROVAÇÃO DA REINCIDÊNCIA, SENDO MISTER AFASTAR O ACRÉSCIMO DE 1/6 DA REPRIMENDA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO. NA ESTEIRA DE JULGADOS DO STF E FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA PELA 3ª SEÇÃO DO STJ (Resp n. 1.977.027/PR), CONDENAÇÕES NÃO TRANSITADAS EM JULGADO NÃO POSSUEM O CONDÃO DE AFASTAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REDUÇÃO DAS PENAS. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. VALORAÇÃO NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. 3. APELAÇÃO CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA, REDUZINDO-SE AS PENAS APLICADAS PARA 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO, SOB REGIME ABERTO, ALÉM DE 160 (CENTO E SESENTA) DIAS-MULTA. Vistos, relatados e discutidos estes autos de n. 0410748-91.2012.8.05.0001, em que figuram como apelante ANA CLÁUDIA PINTO DE CARVALHO e como apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os magistrados integrantes da 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por JULGAR PARCIALMENTE PROVIDA A APELAÇÃO, nos termos do voto da Relatora. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA JULGOU-SE PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL À UNANIMIDADE. Salvador, 15 de Dezembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0410748-91.2012.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: ANA CLÁUDIA PINTO DE CARVALHO DEFENSOR PÚBLICO: JOSÉ GANEM NETO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTORA DE JUSTIÇA: ANA PAULA COITÉ PROCURADORA DE JUSTIÇA: ÁUREA LOEPP RELATÓRIO ANA CLÁUDIA PINTO DE CARVALHO, por meio da Defensoria Pública do Estado da Bahia, interpôs Apelação, em face da sentença exarada pelo juízo da 1ª Vara Privativa de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que a condenou pela prática do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, às penas de 07 (sete) anos de reclusão, sob regime semiaberto, e 700 (setecentos) dias-multa. Narrou a Denúncia que, no dia 1º de novembro de 2012, por volta da 17h30min, policiais civis receberam denúncia anônima acerca da ocorrência de tráfico de drogas praticado por uma mulher em uma residência situada na Ladeira da Independência, no bairro do Gravatá. Narrou, ainda, que, chegando ao endereço apontado, constatou-se a veracidade das informações, procedendo-se, então, à revista do local. Destaca que foram encontrados, no interior do imóvel da acusada, 101,43g de maconha, 24,59g de crack, R\$ 41,95 e uma balança de precisão. A peça acusatória aduziu também que a ré teria confessado a autoria delitiva e dito que estava praticando o delito há três meses, pois tinha de adimplir dívida contraída com um indivíduo conhecido por "COROA". Após regular instrução, sobreveio a condenação acima aludida, tendo a acusada interposto a Apelação. Requer que seja declarado nulo o processo,

reconhecendo-se a preliminar por cerceamento de defesa, já que a ré foi interrogada antes da oitiva das testemunhas arroladas pelo órgão acusador. Subsidiariamente, postula o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, para que a pena-base seja fixada aquém do mínimo legal; e, ainda, que seja aplicada a causa de diminuição prevista no § 4º, artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, em seu patamar máximo. Em Contrarrazões, o membro do Ministério Público pugnou pelo provimento do Recurso. A Procuradoria de Justiça, por sua vez, manifestou-se pelo não provimento do Apelo. Relatados os autos, determinei o seu encaminhamento ao Revisor. É o Relatório. Salvador/BA, 21 de novembro de 2022. Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0410748-91.2012.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: ANA CLÁUDIA PINTO DE CARVALHO DEFENSOR PÚBLICO: JOSÉ GANEM APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTORA DE JUSTIÇA: ANA PAULA COITÉ PROCURADORA DE JUSTIÇA: ÁUREA LOEPP

VOTO Cinge-se a Apelação na pretendida declaração de nulidade processual, reconhecendo-se a preliminar por cerceamento de defesa, já que a ré foi interrogada antes da oitiva das testemunhas arroladas pelo órgão acusador. Subsidiariamente, postula-se o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, para que a pena-base seja fixada aquém do mínimo legal; e, ainda, que seja aplicada a causa de diminuição prevista no § 4º, artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, em seu patamar máximo. Presentes os pressupostos e requisitos recursais, conheço do presente Apelo. 1. Da alegada nulidade processual decorrente da antecipação do interrogatório da acusada e alteração da ordem da instrução processual Sustenta a Defesa que deve ser declarada a nulidade processual, haja vista que o interrogatório da acusada ocorreu anteriormente à oitiva das testemunhas arroladas pela acusação, Não obstante o combativo labor defensivo, entendo que não deve ser acolhida a arguição de nulidade, uma vez que é extemporânea a alegação. Com efeito, prevê o art. 571, inciso I do Código de Processo Penal, que as nulidades devem ser suscitadas até o término da instrução processual, não se observando que a Defesa tenha levado tal expediente a efeito, em suas alegações finais (ID 35589250, p. 73/74), de modo que entendo precluso o momento para a arguição da mácula apontada. Demais disso, não há indicativos de que o interrogatório da acusada foi viciado por violação ao contraditório e à ampla defesa. Isto posto, afastos a preliminar aventada. 2. Do pleito de redução da pena aplicada Destaca, a Defesa, que a fixação da pena-base, acima do mínimo legal, foi desprovida de justificativa idônea. Da análise da fundamentação da sentença condenatória, observa-se que a pena-base foi incrementada em 01 (um) ano, considerando a quantidade da droga encontrada em poder da acusada: “Culpabilidade – O crime cometido pela acusada é de grande repercussão em nossa sociedade, diante da reprovabilidade social, uma vez que o tráfico de drogas, sob qualquer forma, não põe em risco somente o usuário que vier a consumi-las, mas a sociedade como um todo que fica à mercê dos desatinos daqueles que estão sob sua influência maléfica. Antecedentes – Como antecedentes criminais é considerada a vida anteacta da ré, já tendo sido condenada anteriormente por tráfico de drogas. Conduta Social – A acusada não trouxe aos autos testemunhas que falassem de sua boa conduta social, pelo que não pode este Juízo Personalidade – A sentenciada demonstra personalidade voltada à prática de crimes, em especial o de tráfico de drogas. Motivo – A ré disse que vendia drogas para pagar uma dívida. Circunstâncias – A acusada cometeu o ilícito em circunstâncias as quais

não demonstraram periculosidade. Consequências do Crime – O crime de tráfico causa o aumento de dependentes químicos, além de fomentar a prática de outros delitos a exemplo de roubos e furtos para sustento do vício, ou tráfico e porte ilegal de armas para resistência dos próprios traficantes contra ação policial. Do comportamento da vítima – A vítima não teve qualquer conduta a qual pudesse contribuir para a prática do delito. Entende-se como vítima, neste caso, a sociedade como um todo.

Natureza da substância ou produto apreendido – As substâncias apreendidas se tratam da erva vulgarmente conhecida como maconha, bem como de cocaína. Dentre as substâncias de uso proscrito, a maconha é uma das que tem menor potencial danoso à saúde humana, no entanto, não torna a conduta da ré menos lesiva à ordem pública. Quanto ao crack, tem-se entorpecente que traz graves danos à saúde humana e que apresenta maior potencial danoso à saúde humana, bem como, representa, na sociedade atual, uma das principais drogas responsáveis pelo grande aumento da criminalidade, por induzir o vício ao extremo, o que faz com que os seus usuários, muitas vezes, pratiquem outros ilícitos penais com o objetivo de adquirir mais crack.

Quantidade da substância ou produto apreendido – A quantidade apreendida foi considerável (24,59g de crack e 101,43g de maconha).” (ID 35589255) A fundamentação está em conformidade com o que dispõe o art. 42 da Lei nº 11.343/2006, tendo havido o acréscimo proporcional à pena basilar, de acordo com a circunstância judicial reconhecidamente desfavorável à Apelante. No que concerne à segunda fase da dosimetria, observa-se que foi reconhecida a reincidência, sem que se fizesse menção a certidão com trânsito em julgado de condenação por crime praticado anteriormente pela acusada, de modo que deve ser afastada a majoração ali efetuada. Noutra banda, a confissão espontânea não pode conduzir à redução da pena além do mínimo legal, reduzindo a pena em 1/6 (um sexto), resultando 05 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa. Por fim, de acordo com a Defesa, a acusada faz jus à aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, pois não possui condenação com trânsito em julgado, em seu desfavor. O Magistrado denegou o referido benefício sob o seguinte argumento: “Não deve ser reconhecido o redutor previsto no parágrafo 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, uma vez que a condenação anterior de ANA CLAUDIA, ressalte-se que também por tráfico de drogas, demonstra que o envolvimento dela não é fato inédito e eventual.” Sobre o tema, faz-se mister pontuar que o § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas prevê a redução da pena em 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) para os indivíduos que preencham os requisitos trazidos no referido parágrafo, sendo eles: primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividade criminosa, nem integre organização criminosa. A conclusão de dedicação à atividade criminosa exige, a partir de uma análise constitucional do princípio da não culpabilidade, robustez probatória produzido pela acusação. A aplicação de jurisprudência para corroborar entendimentos jurídicos adotados nas decisões deve ser feita com prudência pelo julgador, principalmente quando utilizadas para afastar benefícios penais, como é o caso em referência, uma vez que o mero “silogismo jurisprudencial” pode representar na vida do indivíduo consequências práticas irreversíveis quando não individualizadas as peculiaridades de cada caso concreto. Não se pode desconsiderar que, embora necessária a função retributiva da pena, suas consequências são indelévels ao indivíduo, indo desde a sua privação de liberdade até o etiquetamento social pelo qual o acusado passará (labelling approach). A causa especial de diminuição de pena referente ao “tráfico privilegiado”

está voltada, em verdade, a conceder ao pequeno traficante, tratamento penal proporcionalmente mais adequado a um menor juízo de reprovação da conduta praticada pelo agente que se envolve em atuação delitativa de modo episódico e eventual. No caso dos autos, esta Relatora entende, na esteira do que foi decidido na Corte Suprema, e ora registra que condenações não transitadas em julgado não possuem o condão de afastar a aplicação da minorante em testilha. Nessa linha de intelecção, foi o julgado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa ora transcrevo: EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 AFASTADA COM FUNDAMENTO EM PROCESSOS EM CURSO. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (Julgado em 06/12/2019, SEGUNDA TURMA AG.REG. NO HABEAS CORPUS 175.466 SÃO PAULO RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA) A Terceira Seção do 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 (artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006): RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAIIS 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. (REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022.) – grifamos Sendo direito subjetivo da acusada, aplico a causa de diminuição de pena em questão, no patamar de 2/3 (dois terços), reduzindo as penas para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, sob regime aberto, além de 160 (cento e sessenta) dias-multa. O regime prisional deve ser alterado para o aberto, em face da admissão do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, com fundamento no art. 33, § 2º, alínea c do Código Penal. A acusada não faz jus à substituição da pena corporal por penas restritivas de direitos, à luz do art. 44 do Código Penal. 3. Conclusão Ante o exposto, voto pelo conhecimento da Apelação e pelo provimento parcial, aplicando-se a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, no patamar de 2/3 (dois terços), reduzindo as penas para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, sob regime aberto, além de 160 (cento e sessenta) dias-multa. Salvador/BA, 21 de novembro de 2022. Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora