

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8005426-24.2023.8.05.0004 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotor de Justiça: Rafael de Castro Matias APELADO: RAFAEL GERMANO JOAQUIM Advogado (s): SERGIO SANTOS CORREIA Procuradora de Justiça: Lícia Maria de Oliveira ACORDÃO DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO MINISTERIAL. RECEPÇÃO E TRÁFICO DE ENTORPECENTES PRIVILEGIADO – ARTIGOS 180, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL E 33, § 4º, DA LEI FEDERAL DE N.º 11.343/2006, APLICADA AO ACUSADO, EM PRIMEIRO GRAU, A REPRIMENDA DE 03 ANOS E 06 MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIALMENTE ABERTO, BEM COMO O PAGAMENTO DE 260 (DUZENTOS E SESENTA) DIAS-MULTA, SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, CONFORME ARTIGO 44 DO CÓDIGO PENAL. PLEITOS RECURSAIS. PEDIDO MINISTERIAL PARA QUE SEJA AFASTADA OU DIMINUÍDA A FRAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI FEDERAL DE N.º 11.343/06. IMPROVIDO. 1. O "tráfico privilegiado", previsto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, deve ser concedido se o réu for primário, tiver bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa. A pena pode ser reduzida de 1/6 a 2/3 na terceira fase da dosimetria. 2. O argumento do Ministério Público de que ações penais em andamento devem influenciar a aplicação do benefício ofende jurisprudência consolidada tanto pelo Supremo Tribunal Federal quanto pelo Superior Tribunal de Justiça, por meio do Tema Repetitivo 1.139, os quais consideram que a utilização de processos em andamento para negar o benefício fere o princípio da presunção da inocência. A Súmula 444 do STJ também reforça que processos pendentes não podem ser usados para agravar a pena. 3. Para afastar o "tráfico privilegiado", seria necessário comprovar que o réu se dedica a atividades criminosas. Contudo, no caso de Rafael Germano Joaquim, os autos não apresentam elementos suficientes para essa conclusão. A quantidade de drogas apreendida foi pequena, ele não portava armas e não houve resistência à prisão. Não há provas de que faça parte de organização criminosa e a alegação de que estava em uma "área conhecida pelo tráfico" é discriminatória e inconstitucional. 4. Por fim, a escolha da fração de redução da pena no tráfico privilegiado é uma discricionariedade do juiz, desde que fundamentada, como ocorreu no caso, ao considerar a natureza e variedade das drogas apreendidas, principalmente a cocaína. Assim, não há erro a ser corrigido na sentença. CONCLUSÃO: APELO CONHECIDO E IMPROVIDO, PARA MANTER HÍGIDA A SENTENÇA, EM TODOS OS SEUS TERMOS Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal, tombados sob nº. 8005426-24.2023.8.05.0004, oriundos da 1ª Vara Criminal da Comarca de Alagoinhas/BA, tendo como recorrente o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e como recorrido RAFAEL GERMANO JOAQUIM. ACORDAM os desembargadores integrantes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em NÃO CONHECER da apelação, julgando-a IMPROVIDA, PARA MANTER HÍGIDA A SENTENÇA, EM TODOS OS SEUS TERMOS, de acordo com o voto da Relatora, que foi vertido nos seguintes termos: Salvador, . PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 1 de Outubro de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8005426-24.2023.8.05.0004 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotor de Justiça: Rafael de Castro Matias APELADO: RAFAEL GERMANO JOAQUIM

Advogado (s):SERGIO SANTOS CORREIA Procuradora de Justiça: Lícia Maria de Oliveira RELATÓRIO Trata-se de apelação criminal, interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA em face de RAFAEL GERMANO JOAQUIM, devidamente assistido por advogado constituído, contra a referida sentença ao id. 67279555, datada de 23/06/2024, prolatada pelo M.M. Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Alagoinhas/BA, a qual condenou o segundo como incurso nas penas dos artigos 180, caput, do Código Penal e 33, § 4º, da Lei Federal de n.º 11.343/2006, impondo-lhe a reprimenda de 03 anos e 06 meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente ABERTO, bem como o pagamento de 260 (duzentos e sessenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, sendo substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, conforme artigo 44 do Código Penal Consta dos autos, com base no Inquérito Policial nº 19257/2023, advindo da Delegacia de Repressão a Furtos e Roubos de Alagoinhas/BA, em suma, que no dia 14 de abril de 2023, por volta das 23h, na Rua Dom José Cornelis, próximo ao estabelecimento comercial "Ioiô Burger", no município de Alagoinhas/BA, RAFAEL GERMANO JOAQUIM foi preso em flagrante por policiais que faziam ronda, ao ser surpreendido conduzindo uma motocicleta, marca Honda, modelo Biz, cor vermelha e sem placa, que ele sabia ser produto de crime. A moto tinha restrição de furto/roubo, conforme boletim de ocorrência nº 00051710/2023, registrado em Pojuca/BA, tendo sido roubada na madrugada de 24 de janeiro de 2023. RAFAEL admitiu ter comprado a moto em Alagoinhas/BA, de um desconhecido, por R\$ 4.000,00, dois meses antes. Além disso, durante a abordagem, foram encontradas no baú da motocicleta 64g de maconha, 8g de cocaína, uma balança de precisão e R\$ 32,00 em dinheiro trocado. Nestes termos, o parquet ofereceu denúncia, ao id. 67279401, em desfavor do apelante, deflagrando a marcha processual da qual adveio sentença penal condenatória, julgando "procedente a pretensão punitiva estatal deduzida na denúncia para condenar o réu RAFAEL GERMANO JOAQUIM". Ciente do teor da sentença, o parquet não se resignou com o decisum, juntando as razões do presente recurso de apelação ao id. 67279565, nas quais requereu a reforma da sentença para afastar a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei Federal de n.º 11.343/2006 ou para que seja aplicando o referido redutor em seu grau mínimo. Neste sentido, aduz que as circunstâncias da prisão demonstram a dedicação do acusado ao crime, já que ele foi flagrado com drogas, balança de precisão e dinheiro, além de estar em uma motocicleta de origem criminoso, em uma área conhecida pelo tráfico de drogas e responder a outras ações penais por crimes semelhantes. O apelado, ficando a par das razões do recorrente, apresentou suas contrarrazões, ao id. 67279572, requerendo seu improvimento e consequente manutenção da sentença vergastada. Encaminhados os autos à Procuradoria de Justiça do Ministério Público do Estado da Bahia, esta se manifestou por meio do parecer ao id. 68194638, argumentando pelo conhecimento e improvimento do apelo ministerial. Neste diapasão, argumenta que, conforme decisão recente do STJ, inquéritos ou ações penais em andamento não podem ser usados para impedir a aplicação da minorante discutida, tornando inviável a alteração pedida pela acusação. Além disso, afirma que a escolha da fração de redução da pena é discricionária do juiz, não havendo erro ou excesso a corrigir. Relatados os autos, encaminhei-os ao Douto Desembargador Revisor, o qual solicitou a inclusão do feito em pauta para julgamento. É o Relatório. Salvador/BA, (data da assinatura digital). 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. 8005426-24.2023.8.05.0004 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotor de Justiça: Rafael de Castro Matias APELADO: RAFAEL GERMANO JOAQUIM Advogado (s):SERGIO SANTOS CORREIA Procuradora de Justiça: Lícia Maria de Oliveira

VOTO Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, conheço do mesmo. I – PEDIDO MINISTERIAL PARA QUE SEJA AFASTADA OU DIMINUÍDA A FRAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ARTIGO 33, § 4º DA LEI FEDERAL DE N.º 11.343/06. No que concerne ao pedido para afastamento da causa especial de diminuição de pena presente no artigo 33, § 4º da Lei Federal de nº. 11.343/06, o “tráfico privilegiado”, vale se considerar, que o benefício depende do preenchimento dos seguintes requisitos: ser primário, possuir bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e não integrar organização criminosa. Sua concessão reduz a pena, na terceira fase da dosimetria, entre 1/6 (um sexto) e 2/3 (dois terços). De início, há de se afastar o argumento ministerial segundo o qual a existência de ações penais em curso deveria influir, de qualquer forma, na consideração deste pedido, visto que a Suprema Corte Brasileira, em ambas as turmas, já considera, há pelo menos quatro anos, que a negação do citado benefício por este fundamento fere o princípio constitucional da presunção da inocência, não constituindo, sendo inválido para afastar o § 4º do artigo 33 da Lei de Drogas: AGRADO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. ORDEM CONCEDIDA PARA DETERMINAR A APLICAÇÃO DO REDUTOR DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. MANUTENÇÃO DA DECISÃO. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão agravada. 2. À luz do princípio constitucional da presunção da não culpabilidade, a existência de inquéritos ou ações penais em curso não constitui fundamento válido para afastar a incidência da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. 3. Agravo regimental desprovido. (AgR no HC 177.670/MG, Rel. Ministro EDSON FACHIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 31/08/2020, DJe 23/09/2020; sem grifos no original.) PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DESINFLUÊNCIA. O Pleno do Supremo, por ocasião do julgamento do recurso extraordinário nº 591.054, de minha relatoria, assentou a neutralidade, na definição dos antecedentes, de inquéritos ou processos em tramitação, considerado o princípio constitucional da não culpabilidade. PENA – CAUSA DE DIMINUIÇÃO – ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 – CONDENAÇÕES NÃO DEFINITIVAS. Não cabe afastar a causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas com base em condenações não alcançadas pela preclusão maior. (HC 166.385, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/04/2020, DJe 13/05/2020; sem grifos no original.) AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FIXAÇÃO DA PENA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO: FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. AGRADO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO. (AgR HC 170392, Rel. Ministra CÁRMEN LÚCIA, SEGUNDA TURMA, julgado em 08/06/2020, DJe 12/06/2020; sem grifos no original.) Além disso, posteriormente, o Superior Tribunal de Justiça alterou seu entendimento para convergir àquele dos Ministros da Suprema Corte, estabelecendo a tese, por meio do Tema Repetitivo 1.139, que ante ao princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais e, assim, não podem ser utilizados para afastar o causade diminuição de pena

do tráfico "privilegiado": RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAIS 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. (...) 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.) Portanto, considerações relacionadas a processos penais em curso não poderiam exasperar a pena do Sr. Rafael Germano Joaquim a título de antecedentes criminais, personalidade ou qualquer circunstância judicial que seja, por força da Súmula 444 do STJ, fato este que fora reconhecido pela sentença primeva. Porém, além disso, não lhe poderia ter sido negado o benefício do "tráfico privilegiado" com base neste mesmo fundamento. Dessa forma, entende-se que a única maneira de afastar o reconhecimento da privilegiadora seria por outros elementos jurídicos demonstrando que o recorrido se dedicava a atividades criminosas. Ocorre que, nos autos, não se identificam quaisquer elementos nesse sentido. Muito embora tenha sido o apelante preso com uma balança de precisão, a quantidade de drogas foi ínfima, o recorrido não portava qualquer arma de fogo e, dos depoimentos, não demonstrou resistência à prisão. Não há qualquer indicativo de investigações prévias nos autos demonstrando que o apelante faça parte de qualquer organização criminosa ou se dedique a atividades criminosas e a afirmação genérica de que ele se encontrava em "área conhecida pelo tráfico de drogas" ofende garantias e princípios constitucionais, a exemplo do artigo 5º, caput da Carta Magna. Por fim, como bem argumentou a Procuradoria de Justiça, a fração a ser aplicada no tráfico privilegiado é uma discricionariedade do Juízo, contanto que devidamente fundamentada, como o foi no caso concreto, em que este considerou a variedade e a natureza de uma das drogas apreendidas – cocaína –, assim, não há erro a ser corrigido na dosimetria primeva. Neste sentido, os seguintes arestos ressaltam: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO NA FRAÇÃO DE 1/6. PROPORCIONALIDADE. DECISÃO MANTIDA. 1. Conforme a jurisprudência desta Corte, "o art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 não estabelece parâmetros para a fixação do quantum de redução da pena, mas apenas os requisitos para incidência da minorante no delito de tráfico de drogas. Assim, fica a cargo do julgador, no âmbito da discricionariedade fundamentada, determinar a fração de redução adequada ao caso concreto" (AgRg no REsp n. 2.044.306/PR, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 28/8/2023, DJe de 1º/9/2023.) 2. Tendo a pena-base sido fixada no mínimo legal, revela-se razoável a aplicação da fração de 1/6 referente à minorante do tráfico privilegiado, considerando-se a quantidade de droga apreendida. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 904.226/MG, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDFT), Sexta Turma, julgado em 12/8/2024, DJe de 16/8/2024.) EMENTA PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. SENTENÇA QUE CONSIDEROU A QUANTIDADE DE DROGA PARA ELEVAR A PENA BÁSICA E MODULAR A MINORANTE DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DA DROGAS. TRIBUNAL AFASTA A QUANTIDADE DE DROGA DA TERCEIRA FASE, DE MODO A CORRIGIR O BIS IN IDEM. ESCOLHA DE QUAL FASE UTILIZAR A CIRCUNSTÂNCIA REFERIDA.

DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Em relação à minorante do tráfico privilegiado de drogas, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou, no julgamento do Recurso Especial n. 1.887.511/SP, o posicionamento de que a quantidade e a natureza da droga apreendida podem servir de fundamento para a majoração da pena-base ou para a modulação da fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenha sido utilizada na primeira fase da dosimetria. 2. No caso, a instância ordinária observou tais preceitos, pois afastou a quantidade de droga erroneamente utilizada pelo Juízo de piso para modular a benesse referenciada quando já havia sido utilizada na primeira etapa dosimétrica, corrigindo o bis in idem operado em primeira instância. 3. Ademais, justamente porque a escolha da fase da dosimetria em que a quantidade de droga será considerada está dentro da discricionariedade do julgador, não há obrigação de que a circunstância referida seja aposta, no caso, para modular a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, como interpreta o órgão ministerial. 4. Assim, o acórdão recorrido preferiu a utilização da quantidade de entorpecente apreendido na elevação da pena-base, não cabendo a esta Corte interferir em tal arbitrariedade, mormente quando, repito, não se verifica nenhuma violação à lei no procedimento realizado. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.575.816/MG, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 13/8/2024, DJe de 16/8/2024.) II – DO DISPOSITIVO. Diante do exposto e de tudo quanto fundamentado, vota-se no sentido de que o apelo seja CONHECIDO, julgando no mérito, IMPROVIDO, para manter hígida a sentença, em todos os seus termos. Ex positis, acolhe esta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o voto através do qual CONHECE e julga IMPROVIDO o apelo interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Salvador/BA, (data da assinatura digital).
Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora