

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Classe : Apelação Criminal n.º 0531314-25.2019.8.05.0001 Órgão : Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Relator (a) : Abelardo Paulo da Matta Neto Apelante : Jairo de Jesus Silva Filho Advogados : Andre Luis do Nascimento Lopes, Andreia Luciara Alves da Silva Lopes, Rafael Smith Freire Lima Apelado : Ministério Público APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL. RETRATAÇÃO. TEMA Nº 1139 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ADEQUAÇÃO. IMPERATIVIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. REDUTOR (ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06). AFASTAMENTO. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIIS EM CURSO. UTILIZAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO. RECONSIDERAÇÃO. 1. A teor do que preconiza o art. 1.030, II, do Código de Processo Civil, de supletiva aplicação ao Processo Penal, a constatação, em sede de Recurso Especial, de divergência entre a conclusão alcançada pelo Colegiado Julgador da Corte Estadual e o entendimento consolidado no Superior Tribunal de Justiça ou no Supremo Tribunal Federal sobre o mesmo tema, em sede de repercussão geral ou recursos repetitivos, impõe a submissão do feito à reapreciação daquele, para viabilizar o exercício de juízo de retratação. 2. Vigente na Corte Superior de Justiça, ainda que em cunho superveniente ao julgamento originário, o entendimento consolidado no Tema nº 1139, pela impossibilidade de se utilizar inquéritos e ações penais em curso para afastar a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n 11.343/06, torna-se inviável a utilização de tais elementos para caracterizar a habitual dedicação criminosa do agente e, por conseguinte, negar-lhe o benefício. 3. Constatando-se que o julgamento desta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal, ao analisar o recurso de apelação originário, prestigiando precedentes temáticos então majoritários, negou o reconhecimento do tráfico privilegiado com lastro em ação penal em curso, confrontando o predito tema de repercussão geral, torna-se imperativo, diante do Recurso Especial interposto, rever o aludido posicionamento, para àquele adequá-lo. 4. Nesse sentido, afastando-se a condenação anterior do agente, eis que ainda não definitiva ao tempo dos fatos em apuração, bem assim a sentença desclassificatória de que também já fora beneficiário, para se ater apenas aos elementos contidos no feito de origem, tem-se por impositivo a ele reconhecer incidente a multicitada causa de diminuição, em sua fração máxima (2/3), para que a pena definitiva seja reduzida a 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, além de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. 5. Alterada a pena definitiva, e considerada a natureza do delito, tem-se por também necessário alterar o regime inicial de seu cumprimento para o aberto, bem assim substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 6. Julgamento alterado em juízo de retratação, para dar parcial provimento à apelação originária. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Retratação em Apelação Criminal n.º 0531314-25.2019.8.05.0001, em que figuram, como Apelante, Jairo de Jesus Silva Filho 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 RECONSIDERAR O JULGAMENTO ANTERIOR, PARA DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, nos termos do voto condutor, adiante registrado. DES. ABELARDO PAULO DA MATT 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, 11 de Abril de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Classe : Apelação Criminal

n.º 0531314-25.2019.8.05.0001 Órgão : Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Relator (a) : Abelardo Paulo da Matta Neto Apelante : Jairo de Jesus Silva Filho Advogados : Andre Luis do Nascimento Lopes, Andreia Luciara Alves da Silva Lopes, Rafael Smith Freire Lima Apelado : Ministério Público RELATÓRIO Cuidam os autos de Recurso Especial em Apelação Criminal encaminhados pela Egrégia 2ª Vice-Presidência desta Corte de Justiça ao Colegiado desta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal, com vistas a viabilizar o exercício de juízo de retratação quanto ao julgamento originalmente proferido, no qual foi rejeitada a postulação recursal manifestada por Jairo de Jesus Silva Filho, impugnando a negativa de incidência à causa de diminuição de pena contida no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ante sua condenação pelo crime de tráfico de drogas. No recurso de origem, na específica delimitação de abrangência do juízo de retratação ora em apreço, aduziu o então apelante ter sido indevidamente condenado à pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, pela prática do delito de tráfico de drogas, tendo em vista que faria jus à aludida causa de diminuição de pena, o que lhe foi negado na sentença e mantido no acórdão deste Colegiado de Segunda Instância. No julgamento do aludido feito, este Colegiado entendeu por rejeitar a tese recursal, em entendimento, no particular, assim ementado: "6. Não obstante, a teor do que pacifica o Enunciado da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça, seja inviável a elevação da pena-base com fundamento em processos penais em curso, estes são legítimos para evidenciar o histórico envolvimento do Réu com condutas ilícitas, justificando a não incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, por descaracterizar a condicionante cumulativa de não dedicação à atividade criminosa. Precedentes." À vista do aludido entendimento, foi interposto Recurso Especial pelo apelante, insistindo na aplicação ao caso concreto da causa de diminuição perseguida (ID 33259530). Conclusos os fólios virtuais à Egrégia 2ª Vice-Presidência, para exercício do juízo de admissibilidade, foi ali constatada a divergência entre o entendimento impugnado e a recente tese fixada na Superior Corte de Justiça sob o Tema nº 1139, derivada dos recursos repetitivos, resultando no encaminhamento dos autos, em retorno, a este Órgão Julgador para, em observância ao art. 1.030, II, do supletivo Código de Processo Civil, ser oportunizado o exercício do juízo de retratação (ID 35080967). Recebendo os autos conclusos, neles lancei a presente sinopse, encaminhando-a à insigne Revisão, para fins de julgamento integrativo. É o suficiente a relatar. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Classe : Apelação Criminal n.º 0531314-25.2019.8.05.0001 Órgão : Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Relator (a) : Abelardo Paulo da Matta Neto Apelante : Jairo de Jesus Silva Filho Advogados : Andre Luis do Nascimento Lopes, Andreia Luciara Alves da Silva Lopes, Rafael Smith Freire Lima Apelado : Ministério Público PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Classe : Apelação Criminal n.º 0531314-25.2019.8.05.0001 Órgão : Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma Relator (a) : Abelardo Paulo da Matta Neto Apelante : Jairo de Jesus Silva Filho Advogados : Andre Luis do Nascimento Lopes, Andreia Luciara Alves da Silva Lopes, Rafael Smith Freire Lima Apelado : Ministério Público VOTO Ao exame dos autos, constata-se cuidar-se de procedimento específico previsto na legislação processual regente dos recursos às instâncias superiores, voltado à obtenção de alinhamento entre os posicionamentos alcançados nos Tribunais

Estaduais e aqueles pacificados, dentre outros, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, sob o rito dos precedentes de vinculação obrigatória. No caso em apreço, a matéria delimitada para reexame, em face da abrangência do Recurso Especial, é concernente à aplicação, na condenação pelo crime de tráfico de drogas, da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, quando constatada, por inquéritos e ações penais ainda em curso, a habitualidade delitiva do agente. O julgado atacado pelo Recurso Especial, no particular, assim registrou: "6. Não obstante, a teor do que pacifica o Enunciado da Súmula nº 444 do Superior Tribunal de Justiça, seja inviável a elevação da pena-base com fundamento em processos penais em curso, estes são legítimos para evidenciar o histórico envolvimento do Réu com condutas ilícitas, justificando a não incidência da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, por descaracterizar a condicionante cumulativa de não dedicação à atividade criminosa. Precedentes."(Ementa)"Já na terceira fase do cálculo, o Julgador primevo negou ao réu o benefício trazido no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, para tanto apontando seu histórico delitivo. Confira-se (ID 167989844, p. 09): 'A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. Embora o acusado seja tecnicamente primário, das informações contidas à fl. 51, verifica-se que o mesmo possui uma condenação em grau de recurso, além de uma sentença de desclassificação de tráfico para uso pessoal de drogas, ambas perante este Juízo. Verifica-se também que não consta nos autos comprovação que o acusado exerça atividade lícita, o que fortalece ainda mais a certeza do seu envolvimento com o tráfico de drogas e que vem fazendo dessa atividade ilícita seu meio de subsistência, motivos que justificam o afastamento da aplicação do redutor. Pena definitiva: Dessa forma, torno a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.' Sob esse tópico, a sentença não merece qualquer reparo. De fato, os requisitos estabelecidos no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas se firmam em cunho cumulativo, sendo necessária a simultânea presença de todos eles para a obtenção da fração redutora ali prevista, o que não é o caso do Réu, que, conforme adrede consignado em transcrição da sentença, tem histórico de envolvimento com condutas criminosas, a indicar habitual prática ilícita. Nesse espectro, embora os aludidos registros criminais não legitimem a elevação da pena-base (ex-vi Enunciado Sumular nº 444 do Superior Tribunal de Justiça), prestam-se, à saciedade, ao afastamento do benefício previsto no aludido dispositivo legal. Confira-se, acerca do tema, o entendimento vigente na jurisprudência temática: [omissis] Destaques adicionais. Desse modo, constatada a dedicação habitual do Réu às atividades ilícitas, justifica-se idoneamente a não incidência da minorante legal, não havendo, pois, o que ser retificado sob essa rubrica". (Voto condutor). Como se infere, este Colegiado, privilegiando a compreensão dominante nas Cortes Pátrias e em precedentes próprios, afastou a incidência da malsinada causa de diminuição de pena, tendo em vista que o apelante contava com uma condenação anterior pelo mesmo delito, ainda pendente de trânsito em julgado, além de uma sentença pela qual a conduta foi desclassificada para a posse de drogas para consumo próprio, o que indicaria o envolvimento habitual com entorpecentes ilícitos. Sucede que, sendo o tema submetido, pela via recursal especial, ao Superior Tribunal de Justiça, denota-se a inviabilidade de manutenção da predita compreensão, eis que, naquela Corte, o entendimento fixado em

sede de tema repetitivo, ainda que superveniente ao julgamento do apelo, é manifestamente contrário, vedando a utilização de inquéritos e ações penais em curso para caracterizar a habitualidade delitiva do agente. Repise-se: “Tema 1139 (STJ): 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.” Da direta exegese do entendimento vinculante, conclui-se que, no âmbito da compreensão da Superior Corte de Justiça, a habitualidade delitiva, para fins de afastamento da causa de diminuição, não pode ser alcançada com a utilização de inquéritos e ações penais em curso, justamente o que se utilizou na origem. Portanto, em que pese a crítica meritória que se impõe registrar a tal compreensão, na medida em que, na prática, limita a habitualidade delitiva aos casos de reincidência formal, tem-se, sob essas circunstâncias e em detrimento do posicionamento anteriormente alcançado por este Colegiado Julgador, que a retratação do julgado se impõe, para que, na apreciação dos temas integrados ao apelo de origem, seja reconhecida ao apelante a incidência da causa de diminuição de pena perseguida em seu inconformismo (Lei nº 11.343/06, art. 33, § 4º). Consequentemente, consideradas as balizas remanescentes para aferição do benefício, e tendo em voga que seu afastamento originário se estabeleceu exclusivamente em face dos procedimentos penais anteriores, tem-se por imperativo reconhecer ao apelante a incidência do redutor em sua máxima fração (dois terços), a fim de que a pena definitiva seja redimensionada para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, além de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. Procedido o ajuste na reprimenda definitiva, o regime inicial para seu cumprimento deve ser estabelecido como o aberto, na direta exegese do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. O crime em que incurso o réu não abriga violência ou grave ameaça, o total da pena não supera 04 (quatro) anos e não houve valoração negativa da culpabilidade, antecedentes, conduta social ou personalidade do agente, tampouco motivos e circunstâncias. Logo, fazem-se presentes os requisitos do art. 44 do Código Penal para a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, ao que se procede, na razão de duas delas, a serem fixadas em concreto pelo Juízo da Execução, tendo em vista sua maior proximidade com o distrito da culpa e melhor possibilidade de avaliação quanto à adequação daquelas em relação aos efeitos restritivos, pedagógicos e acautelatórios que devem exprimir. Em face da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, não subsiste justificativa para a negativa ao réu do direito a recurso em liberdade, tornando-se imperativo revogar sua prisão preventiva, inclusive atribuindo-se ao presente decisor força de alvará de soltura. Ilustra-se (com destaques da transcrição): “PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA REFORMADA PELA SEGUNDA INSTÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO DE POSSE DE ENTORPECENTES PARA CONSUMO PESSOAL. APLICAÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. INCOMPATIBILIDADE COM A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. WRIT CONHECIDO E CONCEDIDO. 1. Busca o impetrante com o presente writ, a concessão da ordem de habeas corpus, para que seja determinada a imediata soltura do paciente, cuja condenação foi reformulada em sede de apelação, sendo a pena aplicada substituída por prestação de serviços à comunidade. 2. É incompatível a manutenção da prisão privativa de liberdade com a aplicação de pena restritiva de direitos. 3. In casu, a sentença condenatória foi reformada pela segunda instância, sendo desclassificada a conduta para o delito de posse de entorpecentes para consumo pessoal e, por conseguinte, o paciente

condenado à pena de prestação de serviços à comunidade, restando, assim, revogado o decreto prisional e configurado constrangimento ilegal. 4. Ordem conhecida e concedida". (TJ-CE – HC: 06284883920218060000 CE 0628488–39.2021.8.06.0000, Relator: JOSÉ TARCÍLIO SOUZA DA SILVA, Data de Julgamento: 13/07/2021, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 13/07/2021) “HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – RECORRER EM LIBERDADE – REGIME SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS – INCOMPATIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA COM A RESPOSTA ESTATAL. A condenação do Paciente, em regime Semiaberto, com substituição da Pena Corporal por Restritivas de Direitos, demonstra ser desproporcional e mais gravosa a Prisão Preventiva mantida na Sentença.” (TJ-MG – HC: 10000200548881000 MG, Relator: Octavio Augusto De Nigris Boccalini, Data de Julgamento: 02/06/2020, Data de Publicação: 04/06/2020) Conclusão À vista de todos os fundamentos aqui consignados, sopesados em cotejo com a realidade dos autos, e em alinhamento à compreensão externada pelos arestos aqui transcritos, igualmente adotados como fundamentação decisória, tem-se por necessário, observando-se as estritas delimitações do objeto do juízo de retratação, exercendo-o, dar parcial provimento à apelação originária, a fim de fazer incidir no cálculo dosimétrico o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06 e, por conseguinte, redimensionar a pena definitiva para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito e concedendo ao réu o direito a recorrer em liberdade. Dispositivo Ex positis, em estrita observância à delimitação da matéria devolvida à apreciação e nos exatos termos das precedentes conclusões, em juízo de retratação, DOU PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DE ORIGEM. É o voto. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Relator