

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0503951-29.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JANDERSON NASCIMENTO DOS SANTOS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO. JUÍZO DE RETRATAÇÃO (ART. 1.030, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL). ACÓRDÃO QUE AFASTOU A CAUSA DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006, COM BASE NA EXISTÊNCIA DE AÇÕES PENAIS EM CURSO EM DESFAVOR DO RÉU. RECURSO ESPECIAL Nº 1.977.027/PR, JULGADO PELA SISTEMÁTICA DOS RECURSOS REPETITIVOS (TEMA 1.139). TESE VINCULANTE. RETRATAÇÃO DA DECISÃO DO COLEGIADO, COM APLICAÇÃO DO REDUTOR DE TRÁFICO PRIVILEGIADO AO RÉU. JUÍZO DE RETRATAÇÃO REALIZADO. APELAÇÃO CRIMINAL – JUÍZO DE RETRATAÇÃO OPERADO. AP Nº 0503951-29.2020.8.05.0001 – SALVADOR. RELATORA: NARTIR DANTAS WEBER. Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0503951-29.2020.8.05.0001, da Comarca de Salvador, sendo Apelante JANDERSON NASCIMENTO DOS SANTOS e Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em JUÍZO DE RETRATAÇÃO, DECORRENTE DE RECURSO ESPECIAL, RECONSIDERAR O ACÓRDÃO RECORRIDO, na forma do relatório e do voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Sala das Sessões, data constante da certidão eletrônica de julgamento. Presidente Nartir Dantas Weber Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Procedente Por Unanimidade Salvador, 31 de Janeiro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0503951-29.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JANDERSON NASCIMENTO DOS SANTOS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros Advogado (s): RELATÓRIO I – O Recorrente JANDERSON NASCIMENTO DOS SANTOS foi condenado à pena de 5 (cinco) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, além de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa (ID. 28860185). Irresignado, interpôs Apelação Criminal, pugnando pela absolvição por ausência de provas, ou pela fixação da pena-base no mínimo legal e pelo reconhecimento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. A Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal deu provimento parcial ao recurso, fixando a pena definitiva em 5 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, conforme certidão de julgamento (ID. 33087557). A Defensoria Pública interpôs Recurso Especial contra o Acórdão (ID. 34496133). O Ministério Público apresentou contrarrazões, requerendo o parcial provimento do recurso (ID. 35050545). Considerando o que restou decidido no acórdão mencionado, a 2ª Vice-Presidência, observando divergência com a tese que compõe o tema 1139 do Superior Tribunal de Justiça remeteu os autos para, se for o caso, ser realizado juízo de retratação (ID. 35849694). É o relatório. Nartir Dantas Weber Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0503951-29.2020.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JANDERSON NASCIMENTO DOS SANTOS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros Advogado (s): VOTO II – Cumprindo a determinação supramencionada, prossigo na análise do quanto determinado. Trata-se de Juízo de Retratação, previsto no art. 1.030, II, e art. 1.040, II, ambos do CPC, em face do Acórdão (ID. 33169811) proferido por esta Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal, que, à

unanimidade, deu parcial provimento ao Recurso de Apelação interposto por JANDERSON NASCIMENTO DOS SANTOS. O recorrente insurgiu-se contra o não reconhecimento do tráfico privilegiado, porque o acórdão aplicou entendimento no sentido de que ações penais em curso poderiam ser utilizadas como fundamento para inaplicabilidade do referido benefício. O posicionamento adotado harmonizava-se, à época, com o entendimento da Terceira Seção da Superior, que, ao julgar o REsp n. 1.431.091/SP, firmou o entendimento de que era possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. No entanto, a Terceira Seção do STJ, no julgamento dos Recursos Especiais n. 1.977.027/PR e 1.977.180/PR, sob o rito dos recursos especiais repetitivos, revisou o entendimento anterior e passou a adotar 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" (Tema n. 1.139). Confira-se: EMENTA: 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. 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). [...] (REsp 1977027 PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022). Sendo assim, considerando o caráter cogente do entendimento firmado, é imperiosa a readequação da pena do Recorrente. Dessa forma, tendo em vista que na ação penal não existem outros elementos que denotem a dedicação do réu a atividades criminosas, aplicável a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, na fração máxima. Assim, a pena intermediária de 5 anos e 500 dias-multa deve sofrer redução, na terceira fase do sistema de dosimetria, à razão de 2/3, passando ao patamar de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa, em regime aberto, tornando-a definitiva, a qual substituo por 2 (duas) penas restritivas de direitos a serem estabelecidas pelo Juízo de Execuções Penais. CONCLUSÃO III – Por todo o exposto, a Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal, nos termos do artigo art. 1.040, II, do CPC, retrata-se da decisão colegiada proferida, nos temos acima expostos. Sala das Sessões, data constante da certidão eletrônica de julgamento. Presidente Nartir Dantas Weber Relatora Procurador (a) de Justiça