

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8140614-32.2022.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: ALEX VINICIUS MENDONCA VIEIRA e outros

Advogado(s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros

Advogado(s):

APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006). RECURSO DA DEFESA – ABSOLVIÇÃO – INVIABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS – DEVIDAMENTE COMPROVADAS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO – AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STJ. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA. RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

1.Trata-se de Recursos de Apelação interpostos pelo Ministério Público do Estado da Bahia e Alex Vinícius Mendonça Vieira, tendo em vista suas irresignações com a sentença, proferida pelo Juízo da 3ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que julgou procedente a pretensão punitiva deduzida na peça acusatória e condenou o Réu à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial aberto, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

2. Demonstradas de forma inequívoca a autoria e materialidade delitivas do crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006), inviável cogitar-se a absolvição do Réu. Laudo Pericial que aponta 127,37g (cento e vinte e sete gramas de massa bruta de maconha).

3. Dosimetria da Pena – Da análise da dosimetria da pena, com o intuito de aferir a prática de eventual irregularidade no momento de sua fixação pelo Magistrado a quo, em nada deve ser reformada a sentença condenatória proferida, porquanto obedecidos os critérios fixados pelo Código Penal e pela jurisprudência pátria.

4. Recurso do Ministério Público – Inviável o afastamento do tráfico

privilegiado, com fundamento em ações penais em curso e inquéritos policiais, porquanto não se prestam para subsidiar o argumento de que o Réu se dedica a atividades criminais. Ademais, o uso da tornozeleira eletrônica no momento em que o sentenciado foi preso em flagrante, não justifica o afastamento da benesse porque contrário ao entendimento consolidado no Tema 1.139, sob o rito dos recursos especiais repetitivos, que firmou 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. 11.343/2006, em violação ao art. 5º, LIV, da CF/1988.

RECURSOS CONHECIDOS E DESPROVIDOS.

### ACORDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8140614-32.2022.8.05.0001, da Comarca de Salvador/BA, tendo como Apelantes o Ministério Público do Estado da Bahia e Alex Vinícius Mendonça Vieira e como Apelados, o Ministério Público do Estado da Bahia e Alex Vinícius Mendonça Vieira.

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Primeira Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por maioria, em conhecer dos recursos e negar-lhes provimento, na forma do voto da Relatora.

Salvador,

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA

### DECISÃO PROCLAMADA

Improvido. Maioria. Divergiu da Relatora o Desembargador Eserval Rocha Salvador, 18 de Junho de 2024.

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8140614-32.2022.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: ALEX VINICIUS MENDONCA VIEIRA e outros

Advogado(s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros

Advogado(s):

ALB/05

## RELATÓRIO

Trata-se de Recursos de Apelação interpostos pelo Ministério Público do Estado da Bahia e Alex Vinícius Mendonça Vieira, tendo em vista suas irresignações com a sentença, proferida pelo Juízo da 3ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que julgou procedente a pretensão punitiva deduzida na peça acusatória e condenou o Réu à pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, no regime inicial aberto, pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Nas razões recursais, pretende o Ministério Público o afastamento da causa de diminuição da pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, ante a dedicação do Réu à atividade criminosa. (ID 54145212).

A Defesa do Réu, por sua vez, pugna pela sua absolvição, em face da insuficiência de provas contundentes de autoria e materialidade delitivas. Prequestiona, o art. 386, VII, do CPP. (ID 54145217).

Nas contrarrazões recursais, ambos os Recorrentes refutam os argumentos dispostos, pugnando pelo conhecimento e desprovemento dos apelos. Prequestiona a Defesa, os arts. 33, caput, e § 4º, e art. 42, da Lei nº 11.343/2006; arts. 59 e 68, do CP, além dos incisos XLVI, LIV, LVII, do art. 5º, da CF/1988.

A Procuradoria de Justiça, manifestou-se pelo provimento do recurso do

Parquet e desprovinimento ao do Réu. (ID 57543578).

Estando em condições de proferir julgamento, lancei este relatório, submetendo-o à apreciação do eminente Desembargador Revisor.

É o relatório.

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8140614-32.2022.8.05.0001

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: ALEX VINICIUS MENDONCA VIEIRA e outros

Advogado(s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros

Advogado(s):

VOTO

I – Pressupostos Recursais do Apelo Devidamente Configurados – Conhecimento.

Conheço dos recursos, visto que atendidos os pressupostos de admissibilidade.

II – Mérito do Recurso – Absolvição do Réu – Inviabilidade.

O Ministério Público, com suporte no Inquérito Policial, denunciou Alex Vinícius Mendonça Vieira, pela prática do delito descrito no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, narrando os seguintes fatos:

“(…) 2. Noticiam os autos que, no dia 06.09.22, das 12h20min, na via local G 3, Setor C, Cajazeiras XIII, nesta, localidade de intenso tráfico de drogas, policiais militares, em ronda, avistaram um indivíduo com tornozeleira eletrônica, que, em atitude suspeita, tentou evadir ao avistar a guarnição, sendo alcançado (a/s), abordado (a/s) e revistado (a/s), encontrando com o Denunciado ALEX VINÍCIUS, porções de maconha, objetos e pertences, cujas reportadas diligências policiais levaram à comprovação de ilicitude (s) criminal (ais) praticada (s) pelo (a/s) Denunciado (a/s), notadamente na (s) forma (s) “trazer consigo – drogas” [do (s) art (s). 33, da Lei 11.343/06], em razão dos atos concernentes à comercialização de drogas proscritas (Portaria 344/98, do Ministério da Saúde/ANVISA).

3. Estava (m) em poder de ALEX VINÍCIUS, 140 (cento e quarenta) porção (ões) de maconha, objetos e pertences – conforme Auto (s) de Exibição e Apreensão e demais documentos (id, do IP/APF).

4. A (s) droga (s) foi (ram) alvo de perícia preliminar, confirmando respectivo (s) Laudo de Constatação/Definitivo positivo para maconha, especificando, ainda, em cada, massa bruta total de 127,37g (cento e vinte e sete gramas e trinta e sete centigramas) de maconha distribuída (s) em 140 (cento e quarenta) porção (ões), acondicionada (s) em sacos de plástico incolor (id, do IP/APF).

5. Nesse comenos, o (a/s) Denunciado (a/s) foi (ram) detido (a/s) e levado (a/s) à Delegacia de Polícia, formalmente flagrantado (a/s), oitivados os policiais condutores (id, do IP), que detalhou (aram) os fatos, sendo devidamente apreendido o reportado material, juntando-se Laudo de Constatação/Definitivo positivo (supra).

6. Interrogado (a/s), ALEX VINÍCIUS negou parcialmente os fatos (na forma da doutrinária “confissão qualificada”), foi ao local para comprar drogas, quando os traficantes empreenderam fuga e, permanecendo no local, embora portasse apenas R\$ 5,00 (cinco reais), para a compra dos entorpecentes/maconha; houve forjamento da prova, pois as drogas apresentadas foram encontradas atrás de um veículo; não conhece os policiais, nem sabe a razão de tal abuso; já foi preso (a/s) ou processado (a/s) em razão da Lei Maria da Penha, estando em liberdade aproximadamente há um ano, e por roubo, posto em liberdade na audiência de custódia; não integra facção criminosa, nem sabe qual predomina na localidade; não possui advogado (a); é usuário de drogas/maconha e cocaína; não suscitou agressões, acostado (s) do Laudo (s) de Exame de Lesão Corporal conclusivo (id) (ids, do IP, desacompanhado (a/s) de causídico (a/s)), sendo autuado (a/s) em flagrante – APF homologado e concedida liberdade provisória condicionada/convertido em prisão preventiva, id, do APF, distribuído à 3ª VT).

7. As provas coligidas nos autos, portanto, demonstram que o (a/s) Denunciado (a/s) trazia (m) consigo as drogas apreendidas, com inequívoco intuito ilícito/mercancia.

8. Por sua vez (até então e apenas com breve consulta ao eSAJ/BA, PJe/BA, SEEU e BNMP), desborda que o (a/s) Denunciado (a/s) ALEX VINÍCIUS respondeu (aram)/responde (m) a processo (s) criminal (ais)/feito (s) (medida protetiva 050013- 89.2021.8.05.0001 e processos 8056911-09.2022.8.05.0001/1ª Vara de Violência Doméstica e Familiar Contra

a Mulher, além de 0702698- 85.2021.8.05.0001/4ª Vara Crime, inclusive com tornozeleira eletrônica; e, embora haja ainda auto de APF/4ª Vara Crime contra si baixados), sua (s) conduta (s) explora (m) personalidade (s) voltada (s) à prática criminosa, donde sequer, até inteiriçadas as certidões dos antecedentes, lograr o benefício do parágrafo 4º, do art. 33, da Lei de Tóxicos (primariedade, bons antecedentes, não dedicação às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, cuja única ocorrência é suficiente para extirpar tal minoração). (...)" (ID 54144258).

A materialidade delitiva restou comprovada por meio do auto de exibição e apreensão e laudo pericial definitivo (ID 54144259), os quais atestaram a presença da substância tetrahydrocannabinol (maconha).

No tocante à autoria, tem-se que a mesma também restou evidenciada no feito, através do depoimento das testemunhas colhidos, em juízo, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. Nesse desiderato, importa transcrever trechos da prova oral produzida em audiência, para fins de análise do pleito defensivo. Destaque-se:

A testemunha Ângelo Matheus Cunha dos Reis – SD/PM, afirmou que:

“(...) no ano de 2022 atuou no CPRC Central, atuando no Bairro de Cajazeiras; que se recorda do acusado; que estavam em deslocamento fazendo patrulhamento e adentramos na Avenida que a senhora informou, sob determinação do comando; que encontramos esse indivíduo que estava usando tornozeleira eletrônica e quando ele avistou a guarnição mudou sua direção, e pôde ser visto um volume em sua cintura; que na verdade não procedeu a abordagem pessoal dele, mas pode ver com os colegas a droga; que eram duas motocicletas, cada uma com dois policiais; que ficou na segurança de busca e visualizou as drogas, maconha; que ele ficou nervoso e entrou em contradição nas perguntas, tipo, de onde ele vinha, se tinha passagem na polícia, a documentação e ele respondeu de forma vaga; que a abordagem não foi só pelo fato dele estar com tornozeleira, mas a junção de fatores, conforme tá escrito na PF lá que nós declaramos; (...) que não tem muitas lembranças assim, porque são muitas ocorrências; que no procedimento de abordagem cada policial tem a sua função; sobre o momento da abordagem a partir de então os colegas informaram que ele estava com drogas; que verificou e continuou a fazer a segurança por fora; que viu o momento que a droga fora retirada dele e viu as drogas; que no local tinham outras pessoas e era em frente a uma escola (...) que apareceram parentes dele e acompanharam a abordagem. (...)”.

O agente Cássio de Jesus Macedo Souza – SD/PM, disse que:

“(...) em 2022 estava lotado no CPRC Central; que se recorda da prisão do réu; que estavam fazendo policiamento; que avistaram a tornozeleira do réu, tendo o mesmo tentado evadir da guarnição; que procederam a abordagem padrão; que foram encontradas 140 porções de uma erva com o réu; que a substância era análoga a maconha; que se dirigiram a Central de Flagrantes; que era o comandante da guarnição; que não se recorda quem fez a abordagem pessoal nele; que ele réu trazia a substância em suas vestes; que foi a primeira vez que abordou o réu; que não procurou saber sobre outros processos envolvendo o réu; que deduziu que estava respondendo a alguma coisa devido a tornozeleira eletrônica em seu tornozelo; que

apareceram duas senhoras durante a abordagem; que uma das senhoras falava a todo tempo com o réu, alertando que havia o avisado; que as senhoras não interromperam o trabalho dos Policiais; que os Policiais solicitaram que as senhoras se distanciassem um pouco da abordagem; que a senhora tentava aconselhar o réu; que não se recorda do momento exato da abordagem do réu; que estava na segurança externa na abordagem”.

André Luiz Santos de Cerqueira Júnior –SD/PM, esclareceu:

(...) que se recorda do réu, pois em razão de patrulhamento ordinário, onde estavam avançando até o setor C de Cajazeiras VIII, flagraram ele que tentou evadir do local; que foi evidenciado que o réu usava tornozeleira eletrônica; que foi verificado que o réu estava com aproximadamente 140 porções de droga, substância análoga a maconha; que não fez a busca pessoal nele e tinha, salvo engano, quatro policiais; que salvo engano foi o colega que fez a busca pessoal nele, mas não lembra o nome dele; que só fez a algemação dele; que viu o momento que a droga foi encontrada com ele, era trouxinhas, porções de maconha; que ele não esboçou uma resistência maior a abordagem; que quando ele já estava contido uma familiar apareceu relatando que ele tinha problemas com a Justiça; que o comandante era o SD/PM CÁSSIO; que por antiguidade era o subcomandante da guarnição; que já tem um tempo considerável do fato; que não fez a busca pessoal, e sim a algemação; que o colega que fez a busca localizou as drogas; (...) que as funções da guarnição no momento da abordagem são móveis; que a abordagem ocorreu em frente a uma escola; que tomaram cuidado devido a esse fato para não assustar os moradores; que conferiu a droga encontrada; que a droga estava na posse do réu, na região da cintura; que essa situação foi a segunda situação que pegou envolvendo drogas; que na situação do flagrante é difícil precisar se ele estava usando droga;(...).”.

Consigne-se que, os depoimentos dos policiais que participaram da prisão do Acusado são harmônicos e coerentes ao afirmarem que a droga apreendida (maconha) estavam sob a posse dele.

O Apelante, por sua vez, na fase investigatória afirmou que:

“(...) saiu para comprar "maconha" e quando chegou na "Boca", situada no Setor C de Cajazeiras XIII, chegou uma guarnição policial, tendo os "traficantes" empreendido fuga, ficando no local apenas o interrogado portando a quantia de R\$ 5,00 (cinco reais), dinheiro que utilizaria para comprar a droga. Que toda a "maconha" apresentada nesta Unidade, cuja a propriedade lhe foi falsamente imputada, os policiais encontraram atrás de um veículo. Que não conhece os componentes da guarnição e não sabe o que os motivou a lhe imputar a propriedade da droga. Que é usuário de "maconha" e cocaína a cerca de 15 anos. Que já foi preso por infringir a Lei Maria da Penha, tendo cumprido pena de três meses, estando em liberdade a cerca de um ano e por conduta análoga a tipificada como roubo, quando foi posto em liberdade na audiência de custódia. (...)”.

Em juízo apresentou outra versão dos fatos, asseverando que:

“(...) se aposentou devido a um problema na mão; que saiu para resolver uma situação, permanecendo no local; que é usuário, tanto que já esteve no CAPS umas cinco vezes depois que separou da esposa; que quando os agentes

lhe abordaram foi no momento que sua tia estava lhe aconselhando para não sair; que estava com R\$ 5,00 (cinco) reais no bolso para comprar drogas; que essas drogas foram colocadas, por eles, em suas mãos; que eles encontraram atrás de um veículo; que eles lhe abordaram porque estava usando tornozeleira; que já foi preso ou processado em razão da Lei Maria da Penha, estando em liberdade aproximadamente há um ano; que não tem necessidade de ser traficante, porque tem o seu benefício e sempre foi trabalhador; que lhe aplicaram essas drogas e hoje está pagando por uma coisa que não fez e hoje está passando por tanto coisa dentro daquele presídio que só Deus sabe; (...)”.

Descabido, portanto, o argumento de fragilidade probatória, posto que os elementos coligidos ao feito não deixam dúvidas acerca da autoria delitiva, tampouco não se vislumbra interesses por parte dos agentes que participaram da prisão do Recorrente, a ponto de anular ou diminuir a legitimidade da prova testemunhal, inclusive a jurisprudência tem se manifestado nesse sentido.

É consabido que no crime de tráfico de entorpecentes a prova da mercancia não necessita ser direta, mas deve ser firmada quando os indícios e presunções, analisados sem preconceito, formam um todo harmônico e demonstram a distribuição comercial da droga. Por isso, as circunstâncias em que ocorreu a ação delitiva e a quantidade de entorpecente apreendida (127,37g) de massa bruta de maconha, se acordo com o laudo pericial definitivo 9ID 54144259 – fl. 38), comprova a mercancia da substância ilícita.

Considerando que a sentença fora lastreada em adequado exame do contexto probatório, adotando-se fundamentação lógica, a manutenção da condenação do Recorrente é medida que se impõe, devendo ser rechaçado de forma veemente o pleito de absolvição.

### III – Dosimetria da Pena

O Magistrado a quo fixou a pena-base no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão.

Na 2ª fase, ausentes agravantes e atenuantes.

Na 3ª etapa, fora aplicada a causa de diminuição da pena em 2/3 (dois terços), tornando-a definitiva em 1 (um) anos e 8 (oito) meses de reclusão, no regime aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

Ante o preenchimento dos requisitos previstos no art. 44, do Código Penal, o nobre sentenciante substituiu a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução Penal.

Do Recurso do Ministério Público – Afastamento do Tráfico Privilegiado – Impossibilidade.

Nesse particular, pretende o Ministério Público o afastamento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, sob a alegação de que o Réu responde a outras ações penais em curso na 1ª Vara da Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher (8056911–



09.2022.8.05.0001) e na 4ª Vara Criminal, por roubo (0702698-85.2021.8.05.0001).

De acordo com o atual entendimento do Tribunal da Cidadania, ações penais em curso e inquérito policiais, não se prestam para subsidiar o fundamento de que o Réu se dedica a atividades criminas e, conseqüentemente, não faz jus ao respectivo benefício.

Assim, os seguintes julgados:

"(...) 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. (...). 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. (...)

12. ..."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. 1.977.180/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022).

"(...) 3. No tocante ao reconhecimento do tráfico privilegiado, este Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais n. 1.977.027/PR e 1.977.180/PR, realizado em 10/08/2022, sob o rito dos recursos especiais repetitivos (Tema 1.139), firmou entendimento segundo o qual "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06" 4. "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). O mesmo entendimento se aplica às condenações transitadas em julgado relacionadas a fatos posteriores" (AgRg no REsp 1.891.998/SP, relator Ministro João Otávio de Noronha, Quinta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 17/6/2022).

5. Agravo regimental não provido". (AgRg no AREsp n. 2.107.531/GO, relatora Ministra Daniela Teixeira, Quinta Turma, julgado em 19/3/2024, DJe de 22/3/2024).

Em consulta ao PJe de 1º grau, verifica-se que o Réu fora absolvido da prática do crime de roubo (Ação Penal 0702698-85.2021.0001), em 25.08.2023, tendo os autos sido remetidos pelo juízo da 4ª Vara Criminal de Salvador/BA, a esta Corte em 10.06.2024, para apreciação do recurso de apelação interposto pelo Parquet.

No tocante a Ação Penal de nº 8056911-09.2022.8.05.0001, que trata de lesão corporal no âmbito doméstico, esta se encontra com audiência de

instrução e julgamento designada para o dia 23.07.2024, às 15h, na 1ª Vara de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher de Salvador. No entanto, o denunciado no dia 08.02.2021, obteve a liberdade provisória nos autos de nº 0500013-89.2021.8.05.0001, mediante imposição de medidas protetivas (Lei nº 11.340/2006) e cautelares (art. 319 do CPP), em favor da vítima, inclusive, o uso de tornozeleira eletrônica.

Registre-se, ainda, que no dia 08.03.2024, fora proferida sentença revogando as medidas impostas, ante a ausência da vítima na audiência designada para manifestar interesse na sua manutenção e, mesmo intimada do decum em 19.03.2024, permaneceu silente.

Nessas circunstâncias, entendo ser inviável o afastamento do benefício concedido ao Réu/Apelante (tráfico privilegiado), considerando que a sentença hostilizada se encontra em consonância com o Tema 1.139 do STJ, firmado por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais n. 1.977.027/PR e 1.977.180/PR, realizado em 10/08/2022, sob o rito dos recursos especiais repetitivos e a jurisprudência pátria. Destaca-se:

- Tema 1.139 – “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”.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

“(...) 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.

(...)

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.

(...)

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.

"AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO.

IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

II- A Quinta Turma desta Corte, alinhando-se ao entendimento sufragado no Supremo Tribunal Federal, além de buscar nova pacificação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, compreende que a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal.

III – O uso da tornozeleira eletrônica, em razão de uma ação penal em curso pelo crime de contrabando, é contrário ao entendimento consolidado no Tema 1.139, firmado sob o rito dos recursos especiais repetitivos, que firmou 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.

IV – A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP também fixou a orientação no sentido de que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas não são circunstâncias que permitem aferir, por si sós, o grau de envolvimento dos Acusados com a criminalidade organizada ou de sua dedicação às atividades delituosas.

Agravo regimental desprovido". (STJ/AgRg no HC nº 757256/SC – Rel. Min. Messod Azulay Neto – 5ª Turma – Julg. em 24.04.2023 – Pub. em 03.05.2023).

Outrossim, entendo que o fato de o Acusado ter sido preso em flagrante quando em uso de tornozeleira eletrônica, imposta nos autos de nº 0500013-89.2021.8.05.0001 (medida protetiva – violência doméstica), ou seja, quando sob imposição de medida cautelar diversa do cárcere, não justifica o afastamento do tráfico privilegiado, notadamente porque não se trata de cumprimento de pena, oriunda de ação penal com trânsito em julgado.

Com efeito, no Agravo Regimental no Habeas Corpus de nº 757256/SC – STJ, o Ministério Público do Estado de Santa Catarina pleiteou o afastamento do tráfico privilegiado concedido ao Réu no Juízo de origem, argumentando que: "não se trata de utilização isolada da grande quantidade de droga ou da simples existência de ação penal em curso para obstar a benesse do tráfico privilegiado, mas, sim, de ambos os fundamentos, somado ainda ao fato de que o réu praticou o crime de tráfico de drogas enquanto submetido a medida cautelar de monitoramento eletrônico, o que, em conjunto, pode servir como fundamento idôneo para afastar a incidência do privilégio". (grifos aditados).

No entanto, o eminente Ministro Messod Azulay Neto ao fundamentar as suas razões de decidir pontuou que "O uso da tornozeleira eletrônica, em razão de uma ação penal em curso pelo crime de contrabando, é contrário ao entendimento consolidado no Tema 1.139, firmado por ocasião do julgamento dos Recursos Especiais n. 1.977.027/PR e 1.977.180/PR, realizado em 10/08/2022, sob o rito dos recursos especiais repetitivos" e negou provimento ao recurso do Parquet, mantendo-se a decisão agravada por seus próprios fundamentos. Inclusive, destacou julgados da 5ª Turma (AgRg no HC n. 691.575/SP, Rel. Min. Jesuíno Rissato, Desembargador convocado do TJDF, DJe de 15/02/2022 e REsp n. 1.838.235/SP, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 18/11/2019).

Nessa toada, vê-se que, não merece reproche a sentença hostilizada, devendo, pois, ser mantida por seus próprios fundamentos.

#### Prequestionamento

Acerca do prequestionamento dos dispositivos invocados pela defesa, destaco que o julgador não está obrigado a emitir pronunciamento sobre cada um dos dispositivos invocados, sendo-lhe exigida, apenas, a apresentação clara dos fundamentos que formaram o seu convencimento, o que de fato foi feito.

#### CONCLUSÃO

Ante o exposto, voto no sentido de Conhecer dos Recursos e Negar-lhes Provimento, mantendo-se in totum o decisum combatido.

Sala das Sessões, de de 2024.

Presidente

Desa. Aracy Lima Borges  
Relatora

Procurador (a) de Justiça