

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000128-49.2021.8.05.0189 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA e outros Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros (2) Advogado (s): DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO ESPECIAL. DECISÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. TEMA 1.139. REAPRECIAÇÃO PELA TURMA JULGADORA. JUÍZO DE RETRATAÇÃO COM A RECONSIDERAÇÃO DO JULGADO ANTERIOR TÃO SOMENTE PARA REAFIRMAR O ENTENDIMENTO ADOTADO PELO STJ. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA EXCLUSIVAMENTE EM FAVOR DE ADRIANO REIS DA CRUZ. REQUISITOS PREENCHIDOS. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO INTERPOSTO. 1.Com efeito, uma das teses sustentadas pela defesa refere-se à terceira fase da dosimetria da pena, aduzindo-se a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, na fração máxima de 2/3 (dois terços) aos Recorrentes. 2.In casu, tendo em vista o provimento do recurso ministerial, para fazer incidir a agravante da reincidência em desfavor de Araildo dos Santos Dias, Bruno Santos de Jesus e Danilo Oliveira Abreu, o que fez a partir da confirmação da existência de condenações pretéritas com trânsito em julgado, nada há que se reparar. 3.Inclusive, sobre a matéria, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, “a utilização da agravante da reincidência para majorar a pena e afastar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, não caracteriza bis in idem” (AgRg no AREsp 1637754/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2020, DJe 25/05/2020). 4.No entanto, em relação a ADRIANO REIS DA CRUZ, cabe consignar que os antecedentes apontados no decisum não impedem a aplicação do redutor, porquanto a Terceira Seção do Col. 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. 5.Com efeito, de acordo com a certidão constante no id 20732657, o Réu ADRIANO REIS DA CRUZ ostenta apenas 01 (um) registro de processo (nº 8056878-87.2020.8.05.0001), pela suposta prática do delito previsto no artigo 16, caput, parágrafo único, inciso IV da Lei 10.826/2003, arquivado em 07/06/2020. 6.Em consulta aos autos do PJE 1º Grau, foi possível constatar que o referido processo corresponde ao Auto de Prisão em Flagrante, por fato praticado em 06/06/2020, objeto da Ação Penal nº 0000130-97.2020.8.05.0058, que tramita na Vara Criminal de Cipó-BA, com sentença condenatória prolatada em 22/09/2022, ainda sem trânsito em julgado. 7.Diante do quanto acima mencionado, para efeitos penais, à época do crime o réu era tecnicamente primário e sem qualquer prova de que integrasse organização criminosa, fazendo, pois, jus ao aludido benefício, no patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços). 8.Ausentes causas de aumento de pena, e presente a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, deve ser reduzida a sanção corporal, para o delito de tráfico de drogas, para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, que ora torno definitiva. 9.A fim de guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade, fixo a pena de multa em 166 (cento e sessenta e seis) dias, ao valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato. 10.Por conseguinte, tendo em vista o concurso material com os crimes previstos no artigo 14, caput, da Lei 10.826/2003 e 157, § 2º, II, e § 2º-A, I, do Código Penal, procedendo-se o somatório das

penas, na forma do art. 69, do CP, conclui-se que a pena definitiva de Adriano Reis da Cruz deverá ser fixada em 10 (dez) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 192 (cento e noventa e dois) dias-multa. 11. Por fim, devem ser mantidos inalterados os demais termos da decisão fustigada. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8000128-49.2021.8.05.0189, provenientes da Comarca de Paripiranga/BA, em que figuram, simultaneamente, como Apelantes e Apelados, Adriano Reis da Cruz, Araildo dos Santos Dias, Bruno Santos de Jesus, Danilo Oliveira Abreu e o Ministério Público do Estado da Bahia. ACORDAM os Senhores Desembargadores componentes da Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade de votos, nos moldes do art. 1.040, inciso II, do Código de Processo Civil, em REFORMAR PARCIALMENTE o acórdão, apenas para aplicar, em favor de ADRIANO REIS DA CRUZ, a minorante do tráfico privilegiado, em seu patamar máximo, haja vista que a referida decisão colegiada não se encontra em completa sintonia com o aresto paradigma, reduzindo a sanção corporal fixada para o delito de tráfico de drogas, para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, mantendo inalterados os demais termos do decisum objurgado, consoante certidão de julgamento, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto do Desembargador Relator. Salvador/BA, (data constante na certidão eletrônica de julgamento) Des. Antonio Cunha Cavalcanti Relator (assinado eletronicamente) PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 6 de Março de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000128-49.2021.8.05.0189 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA e outros Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros (2) Advogado (s): RELATÓRIO Adriano Reis da Cruz, Araildo dos Santos Dias, Bruno Santos de Jesus e Danilo Oliveira Abreu interpuseram recurso especial contra acórdão proferido nos autos da apelação criminal, no qual este Órgão Julgador conheceu em parte e, na parte conhecida, negou provimento ao recurso de apelação por eles interposto, ao tempo em que conheceu e deu provimento ao recurso ministerial, apenas para fazer incidir a agravante genérica da reincidência, na dosimetria dos crimes praticados por Araildo dos Santos Dias, Bruno Santos de Jesus e Danilo Oliveira Abreu, mantendo inalterados os demais termos da sentença condenatória. A 2ª Vice-Presidência, por ocasião do exame da admissibilidade do recurso especial interposto, entendeu que este colegiado afastou a incidência da causa especial de pena prevista no § 4º, do art. 33 da Lei nº 11.343/06, contrariando, em princípio, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça (Tema 1139), sedimentado por ocasião da análise do Resp. n.º 1977027/PR e Resp. n.º 1977180/PR, em sede de recurso repetitivo, razão pela qual determinou a remessa dos autos a este Relator, para analisar a compatibilidade das matérias discutidas na presente hipótese com o parâmetro vinculante derivado dos julgamentos retromencionados. Cientes as partes acerca de eventual exercício do juízo de retratação. É o relatório. Encaminhem-se os autos à Secretaria para inclusão em pauta de julgamento. Salvador/BA, (Data registrada no sistema) Des. Antonio Cunha Cavalcanti Relator (assinado eletronicamente) AC10 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000128-49.2021.8.05.0189 Órgão Julgador: Segunda Câmara

Criminal 2ª Turma APELANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA e outros Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros (2) Advogado (s): VOTO Trata-se de acórdão submetido ao juízo de retratação, por analogia, ao quanto previsto nos arts. 1.030, inciso II, c/c 1.040, inciso II, do NCPC. Convém rememorar que a sentença condenatória de 1º Grau julgou procedente o pedido constante na denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado da Bahia para condenar os Réus nas sanções do artigo 157, § 2º, II, e § 2º-A, I, do Código Penal; do artigo 14, caput, da Lei 10.826/2003 e artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, em concurso material (artigo 69 do Código Penal). No que tangencia ao delito de tráfico de drogas previsto no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, a pena de Adriano Reis da Cruz não sofreu qualquer ajuste, sendo mantida a sanção corporal fixada na sentença condenatória, in verbis: ADRIANO REIS DA CRUZ: Tendo em vista a quantidade e a qualidade de substância ilícita apreendida, bem assim a previsão contida no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, fixada a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos e setenta) dias-multa. Na segunda fase, reconhecida a circunstância atenuante prevista no artigo 65, I, 1ª parte, do Código Penal (menoridade relativa), a pena foi reduzida em 01 (um) ano, passando a 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Ausentes agravantes. Na terceira etapa, ausentes causas de diminuição ou aumento de pena, tornou-se definitiva a sanção corporal em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Sucede que, em face do provimento do apelo ministerial, reconhecida a agravante genérica da reincidência em desfavor de Araildo dos Santos Dias, Bruno Santos de Jesus e Danilo Oliveira Abreu, as reprimendas foram redimensionadas, nos seguintes termos: ARAILDO DOS SANTOS DIAS: Tendo em vista a quantidade e a qualidade de substância ilícita apreendida, bem assim a previsão contida no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, fixada a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos e setenta) dias-multa. Na segunda fase, inexistentes atenuantes, mas tendo em vista o provimento do recurso ministerial, para fazer incidir a agravante genérica da reincidência, deve ser majorada a pena em 1/6 (um sexto), passando a 07 (sete) anos e 700 (setecentos) dias-multa. Na terceira etapa, ausentes causas de diminuição ou aumento de pena, torno-a definitiva em 07 (sete) anos e 700 (setecentos) dias-multa. BRUNO SANTOS DE JESUS: Tendo em vista a quantidade e a qualidade de substância ilícita apreendida, bem assim a previsão contida no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, fixada a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos e setenta) dias-multa. Na segunda fase, inexistentes atenuantes, mas tendo em vista o provimento do recurso ministerial, para fazer incidir a agravante genérica da reincidência, deve ser majorada a pena em 1/6 (um sexto), passando a 07 (sete) anos e 700 (setecentos) dias-multa. Na terceira etapa, ausentes causas de diminuição ou aumento de pena, torno-a definitiva em 07 (sete) anos e 700 (setecentos) dias-multa. DANILLO OLIVEIRA ABREU: Tendo em vista a quantidade e a qualidade de substância ilícita apreendida, bem assim a previsão contida no art. 42 da Lei n. 11.343/2006, fixada a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos e setenta) dias-multa. Na segunda fase, inexistentes atenuantes, mas tendo em vista o provimento do recurso ministerial, para fazer incidir a agravante genérica da reincidência, deve ser majorada a pena em 1/6 (um sexto), passando a 07 (sete) anos e 700 (setecentos) dias-multa. Na terceira etapa, ausentes causas de diminuição ou aumento de pena, torno-a definitiva em 07 (sete) anos e 700 (setecentos) dias-multa. Com efeito, uma das teses sustentadas

pela defesa refere-se à terceira fase da dosimetria da pena, aduzindo-se a possibilidade de aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, na fração máxima de 2/3 (dois terços) aos Recorrentes. Na hipótese, a Magistrada sentenciante afastou a possibilidade de aplicação da benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, ante a existência de ações penais em curso em desfavor dos Réus, assim como condenações e, ainda, por considerar excessiva a quantidade de entorpecentes apreendida, o que foi mantido pelo Colegiado por unanimidade. Observe-se que a incidência do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006 requer o preenchimento dos requisitos legais: a) que o agente seja primário; b) tenha bons antecedentes; c) não se dedique a atividades delituosas; e d) não integre organização criminosa. In casu, tendo em vista o provimento do recurso ministerial para fazer incidir a agravante da reincidência em desfavor de Araildo dos Santos Dias, Bruno Santos de Jesus e Danilo Oliveira Abreu, a partir da confirmação da existência de condenações pretéritas com trânsito em julgado, nada há que se reparar. Inclusive, sobre a matéria, nos termos da jurisprudência da Corte Superior, “a utilização da agravante da reincidência para majorar a pena e afastar a minorante do § 4º do art. 33 da Lei de Drogas, não caracteriza bis in idem” (AgRg no AREsp 1637754/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 19/05/2020, DJe 25/05/2020). Confira-se: “Insta consignar que os requisitos previstos na causa de diminuição (o agente ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas nem integrar organização criminosa) são de observância cumulativa. A ausência de qualquer deles implica a não aplicação da causa de diminuição de pena.” (STJ, AgRg no HC 348.782/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 26/04/2016, DJe 05/05/2016) “é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica à atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06” (EResp 1431091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 01/02/2017). “PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INAPLICABILIDADE. RÉU QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL PELO DELITO DE TRÁFICO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA. REGIME PRISIONAL. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. MODO FECHADO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO. WRIT NÃO CONHECIDO. [...] 2. Nos termos do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas. 3. A existência de outros processos criminais, pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem afastar a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, quando permitem concluir que o agente é habitual na prática delitiva. Precedentes. 4. Hipótese em que as instâncias antecedentes negaram, motivadamente, a aplicação do redutor, diante da comprovada habitualidade delitiva do paciente, evidenciada na natureza e na quantidade de droga apreendida, assim como na existência de outra sentença condenatória ainda não definitiva, também, pelo mesmo delito. Logo, a modificação desse entendimento, a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas, enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede

de habeas corpus. Precedentes. 5. Na identificação do modo inicial de cumprimento de pena, o magistrado deve observar às regras estabelecidas no art. 33 do Código Penal e, no caso de condenado pelo delito de tráfico de drogas, também o art. 42 da Lei de Drogas. 6. Embora o paciente seja primário e a pena aplicada seja de 5 anos de reclusão, o regime fechado é o adequado para prevenção e reprovação do delito, diante da quantidade e da natureza de droga apreendida, como posto no acórdão impugnado (Precedente). 7. Habeas corpus não conhecido.” (STJ, HC 379.597/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 25/04/2017, DJe 02/05/2017). (grifos acrescidos). No entanto, em relação a ADRIANO REIS DA CRUZ, cabe consignar que os antecedentes apontados no decisorium não impedem a aplicação do redutor, porquanto a Terceira Seção do Col. 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. Neste sentido, anoto trecho do paradigma já citado: “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.” (destaquei) Com efeito, de acordo com a certidão constante no id 20732657, o Réu ADRIANO REIS DA CRUZ ostenta apenas 01 (um) registro de processo (nº 8056878-87.2020.8.05.0001), pela suposta prática do delito previsto no artigo 16, caput, parágrafo único, inciso IV da Lei 10.826/2003, arquivado em 07/06/2020. Em consulta aos autos do PJE 1º Grau, foi possível constatar que o referido processo corresponde ao Auto de Prisão em Flagrante, por fato praticado em 06/06/2020, objeto da Ação Penal nº 0000130-97.2020.8.05.0058, que tramita na Vara Criminal de Cipó-BA, com sentença condenatória prolatada em 22/09/2022, ainda sem trânsito em julgado. Diante do quanto acima mencionado, para efeitos penais, à época do crime o réu era tecnicamente primário e sem qualquer prova de que integrasse organização criminosa, fazendo, pois, jus ao aludido benefício, no patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços). Nesse contexto, não havendo o que se reparar na primeira fase, deve ser mantida a pena basilar em 06 (seis) anos de reclusão e pagamento de 600 (seiscentos e setenta) dias-multa. Na segunda fase, reconhecida a circunstância atenuante prevista no artigo 65, I, 1ª parte, do Código Penal (menoridade relativa), a pena foi reduzida em 01 (um) ano, passando a 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Desta forma, ante a ausência de agravantes, mantenho a pena intermediária neste patamar. Na última etapa, ausentes causas de aumento de pena, e presente a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, deve ser reduzida a sanção corporal, para o delito de tráfico de drogas, para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, que ora torno definitiva. A fim de guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade, fixo a pena de multa em 166 (cento e sessenta e seis) dias, ao valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato. Sobre o tema, confira-se o seguinte precedente deste Tribunal: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. NEGATIVA DE AUTORIA.

ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DECISÃO CONDENATÓRIA RESPALDADA NO ACERVO PROBATÓRIO. DESCLASSIFICAÇÃO. NÃO CABIMENTO. APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º, ART. 33 DA LEI 11.343/06. POSSIBILIDADE. REQUISITOS LEGAIS ATENDIDOS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. DE OFÍCIO, ALTERADO O VALOR DO DIA-MULTA. Provada a autoria delitiva pela convergência do inquérito policial com as provas produzidas em juízo, impõe-se a condenação. Preenchidos os requisitos do § 4º, art. 33, da Lei 11343/2006, aplica-se a causa de especial em seu grau máximo. A fixação do valor do dia-multa obedece ao previsto no art. 49, § 1º, do CP, a fim de que seja considerado o salário mínimo vigente à data do crime. (TJ-BA – APL: 05699612620188050001, Relator: INEZ MARIA BRITO SANTOS MIRANDA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 04/03/2022) Por conseguinte, tendo em vista o concurso material com os crimes previstos no artigo 14, caput, da Lei 10.826/2003 e 157, § 2º, II, e § 2º-A, I, do Código Penal, procedendo-se o somatório das penas, na forma do art. 69, do CP, conclui-se que a pena definitiva de Adriano Reis da Cruz deverá ser fixada em 10 (dez) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 192 (cento e noventa e dois) dias-multa. Por fim, devem ser mantidos inalterados os demais termos da decisão fustigada. CONCLUSÃO Ante o exposto, nos moldes do art. 1.040, inciso II do Código de Processo Civil, VOTO no sentido de reformar parcialmente o acórdão, apenas para aplicar, em favor de ADRIANO REIS DA CRUZ, a minorante do tráfico privilegiado, em seu patamar máximo, haja vista que a referida decisão colegiada não se encontra em completa sintonia com o aresto paradigma, reduzindo a sanção corporal fixada para o delito de tráfico de drogas, para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, mantendo inalterados os demais termos do decisorio objurgado. Decorrido o prazo recursal, sem manifestação das partes, encaminhem-se os autos conclusos à douta 2ª Vice-Presidência, para nova análise do recurso interposto e adoção das providências devidas. Salvador/BA (data constante na certidão eletrônica de julgamento) Des. Antonio Cunha Cavalcanti Relator (assinado eletronicamente) AC10