

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500493-85.2019.8.05.0244 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: ERISON CEZAR NASCIMENTO DOS SANTOS Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE REDUÇÃO DA REPRIMENDA POR APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA DE TRÁFICO PRIVILEGIADO EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA. INVIABILIDADE. ACUSADO QUE RESPONDE A OUTRAS AÇÕES PENAIAS. PEDIDO DE DETRAÇÃO DA PENA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. RECURSO DESPROVIDO. Não se faz possível aplicar a causa especial de diminuição da pena previsto no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, eis que o Recorrente responde a outras ações penais, não sendo o ilícito aqui em exame fato isolado em sua vida. Ressalte-se o entendimento pacificado nos Tribunais Superiores de que a consideração de ações penais em trâmite para o afastamento do tráfico privilegiado não viola o princípio da presunção de inocência. Recurso desprovido. A C Ó R D ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0500493-85.2019.8.05.0244, de Senhor do Bonfim/BA, em que figura como apelante ERISON CEZAR NASCIMENTO DOS SANTOS, e como apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores componentes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em NEGAR PROVIMENTO ao recurso, pelas razões dispostas no voto. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 12 de Maio de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500493-85.2019.8.05.0244 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: ERISON CEZAR NASCIMENTO DOS SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA RELATÓRIO O ilustre presentante do Ministério Público ofertou denúncia de fls. 02/04 contra ERISON CEZAR NASCIMENTO DOS SANTOS, pela prática do crime tipificado no art. 33, da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Tóxicos) e art. 16 parágrafo único IV da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento). Narra a denúncia que, no dia 01 de agosto 2019, por volta das 16h07min, na Rua Caminho I, em frente ao Clube AABB, Bairros Casas Populares, município de Senhor do Bonfim, o acusado foi preso em flagrante pela prática do crime de tráfico e posse de arma sem autorização nem numeração, quando policiais da polícia apreenderam em posse do acusado determinada quantidade de cannabis sativa, conhecida como maconha, do entorpecente benzoilmetilecgonina, conhecido como cocaína, e uma arma de fogo longa, tipo espingarda, de fabricação artesanal, apta a realização de disparos. De acordo com a incoativa, prepostos da polícia estavam em serviço ostensivo quando vislumbraram o condutor da motocicleta HONDA CG/150 em atitude suspeita, haja vista ter integrado um invólucro estranho ao denunciado. Por esse motivo, a polícia aproximou-se e ambos empreenderam fuga. Ato contínuo, os policiais entraram em perseguição e conseguiram alcançar apenas o denunciado, que estava a pé, no momento em que ele adentrava em sua residência. Diante do flagrante, houve a autorização da entrada da polícia e, no interior desta, foram encontradas 57 (cinquenta e sete) porções de maconha, 37 (trinta e sete) porções de cocaína, ambas prontas para comercialização, além de uma sacola branca, dentro de um pote de fermento em pó, utilizado para misturar a droga, e 22 (vinte e dois) pinos vazios, inferindo-se que lá havia o preparo da droga para aumentar os lucros na revenda. Foi encontrada, ainda, uma espingarda caseira, sem numeração, embaixo do sofá, e um celular da marca LG.

Salienta a denúncia que, interrogado durante o inquérito, o acusado confessou os fatos que lhe foram imputados, especialmente a propriedade da droga, sem indicar a origem desta, e da arma de fogo, que argumentou servir à sua defesa pessoal. Acrescentou, ainda, que comercializava a droga por R\$10,00 (dez reais) a porção, tanto para maconha, quanto para cocaína. Frisou a acusatória, por fim, que o denunciado responde a uma ação pela prática do crime de roubo, tendo asseverado responder, também, a um processo no Estado de São Paulo, por assalto. Transcorrida a instrução, o d. Juiz, às fls. 127/140, julgou procedente o pedido contido na acusatória para condenar ERISON CEZAR NASCIMENTO DOS SANTOS como incurso nas penas do art. 33, caput, da Lei 11.343/06, art. 12 da Lei 10.826/03, c/c art. 69 do CP. A reprimenda foi fixada em 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão, em regime inicial fechado, em razão de duas condenações anteriores, e 572 (quinhentos e setenta e dois) dias-multa, para o crime de tráfico de drogas, e 10 (dez) meses de detenção e 8 (oito) dias-multa, para o delito de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido. Cada dia-multa foi fixado no valor unitário mínimo (1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos). Inconformado com a r. sentença, o réu interpôs Apelação (fl. 160), requerendo, nas razões de fls. 164/173, a redução da pena pela incidência da causa especial de diminuição da pena disposta no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 em seu patamar máximo, 2/3 (dois terços), substituindo-se a sanção privativa de liberdade por restritivas de direitos. Pugnou, também, pela revisão da dosimetria, em razão de fundamentação que sustentou ser genérica em alguns pontos e prequestionou a matéria, com fins recursais. Em suas contrarrazões, o membro do Ministério Público, às fls. 180/195, pugnou pelo desprovemento do apelo interposto, mantendo-se, por seus próprios fundamentos, a sentença recorrida. A d. Procuradoria de Justiça, no Parecer contido no ID nº 24623413, pronunciou-se pelo desprovemento da apelação, mantendo-se a sentença impugnada em todos os seus termos. É o relatório. Salvador/BA, 29 de abril de 2022. Des. Carlos Roberto Santos Araújo – 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500493-85.2019.8.05.0244 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: ERISON CEZAR NASCIMENTO DOS SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA VOTO Ante o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso ora interposto. Trata-se de Apelação interposta por ERISON CEZAR NASCIMENTO DOS SANTOS, em razão de seu inconformismo com pena aplicada na sentença de fls. 127/140, que o condenou pela prática dos crimes previstos no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 e no art. 12 da Lei nº 10.823/03. O pleito recursal resume-se em: reforma da dosimetria, com aplicação do tráfico privilegiado no patamar de 2/3 (dois terços); e análise dos fundamentos que resultaram na exasperação da pena, sob a alegação de argumentação genérica. Pois bem. Para melhor análise do pedido, cumpre transcrever a sentença no trecho em que versa sobre a dosimetria: “(...) Em razão da condenação do réu, passo-lhe a dosar as penas a serem aplicadas, em estrita observância ao disposto pelo art. 68, caput, do CP. Analisando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, verifico que o condenado ostenta apenas as circunstâncias do crime de tráfico de drogas desfavoráveis, em razão da natureza (maconha e cocaína) e quantidade – 192,5g e 195,9g respectivamente – de substâncias entorpecentes apreendidas, sobretudo a cocaína, substância de alto poder de dependência e destruição da saúde humana, conforme determina o art. 42 da Lei nº 11.343/2006, bem como o fato de estar comercializando a droga

ilícita há mais de 8 (oito) meses, conforme declarado pelo próprio réu no seu interrogatório. As demais circunstâncias são neutras, não havendo elementos nos autos para valoração. Portanto, em razão da natureza (maconha e cocaína) e quantidade – 192,5g e 195,9g respectivamente – de substâncias entorpecentes apreendidas, conforme determina o art. 42 da Lei nº 11.343/2006, e da sua preponderância sobre as circunstâncias do art. 59 do CP, fixo a PENA-BASE privativa de liberdade do acusado, para o crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei nº 11.343/2006), em 6 (seis) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão e 687 (seiscentos e oitenta e sete) dias-multa, cada dia em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato (art. 49, § 1º, c/c 60, ambos do CP), devidamente atualizado quando do pagamento; e, para o crime de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 12, da Lei 10.826/03), em 1 (um) ano de detenção, mais 10 (dez) dias-multa, cada dia em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato (art. 49, § 1º, c/c 60, ambos do CP), devidamente atualizado quando do pagamento. Presente a atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP), atenuo a pena anteriormente estabelecida e, por não subsistirem agravantes, causas de diminuição e aumento de pena, passo a dosar as penas do réu, para o crime de tráfico de drogas (art. 33, da Lei nº 11.343/2006), em 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão e 572 (quinhentos e setenta e dois) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal estabelecido acima; e, para o crime de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido (art. 12, da Lei 10.826/03), em 10 (dez) meses de detenção, mais 8 (oito) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal estabelecido acima. Considerando o concurso material de crimes (art. 169 do CP), FIXO A PENA DEFINITIVA do réu, ERISON CÉSAR NASCIMENTO DOS SANTOS, 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão e 10 (dez) meses de detenção, mais 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, cada dia no valor mínimo legal estabelecido acima, devendo ser cumprida a pena de reclusão em primeiro lugar, na forma da lei penal. Nos termos dos arts. 49 e 50, ambos do CP, a multa deverá ser paga no prazo de 10 (dez) dias, a contar do trânsito em julgado da presente sentença, devendo ser recolhido ao Fundo Penitenciário. A obrigatoriedade de iniciar o cumprimento da pena no regime fechado, para os crimes hediondos, como previsto no art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, foi declarado inconstitucional pelo Supremo Tribunal Federal, conforme a seguir se infere (HC 97256/RS, rel. Min. Ayres Britto, 1º.9.2010 e STF, 2ª Turma, HC 101291-SP, rel. min. Eros Grau, DJe 12/02/2010)". Fundado nas razões acima, com supedâneo nas circunstâncias judiciais desfavoráveis (circunstâncias do crime), somadas ao patamar da pena, considerando ainda que o réu já possui duas condenações por roubo, uma nesta Comarca e outra no Estado de São Paulo, com fulcro no art. 33, § 2º, a, c/c § 3º, do Código Penal, fixo o regime inicial fechado para o cumprimento da pena privativa de liberdade pelo acusado. Não é o caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que ausentes os requisitos do art. 44, do Código Penal, nem de suspensão condicional da pena, eis que a pena cominada é superior a 02 (dois) anos. DENEGO ao condenado o direito de recorrer em liberdade, visto que presentes os motivos concretos autorizadores de sua segregação cautelar corporal, uma vez que a liberdade põe em risco à ordem pública, com possibilidade de reiteração delitiva, visto possuir conduta reiterada em prática delitivas graves, porquanto já condenado em duas ações penais pela prática de roubo, uma nesta Comarca e outra no Estado de São Paulo, conforme já disposto acima. Ademais, se o acusado for posto em liberdade, apesar de

condenado, muito provavelmente continuará na prática de tráfico de drogas, conforme vinha fazendo, mesmo após processado e condenado por duas vezes. Outrossim, a conduta do acusado apresentou gravidade concreta, ao traficar drogas e possuir arma de fogo em sua residência. Ressalte-se que o réu permaneceu preso durante toda a instrução processual, não havendo motivos e coerência lógica para a liberdade após a conclusão do feito nesta instância. Dessa forma, considero persistentes os requisitos autorizadores da manutenção da segregação cautelar corporal do acusado, nos termos do art. 312 do CPP. Deixo de condenar os réus ao pagamento de danos causados pelo crime, porque não existiu uma vítima certa e determinada (art. 387, IV, do CPP). Fica desde já deferida a detração do tempo cumprido em prisão provisória. Isso deverá ser observado pela Secretaria quando da expedição da competente guia de execução da pena. Recomendo a manutenção do réu na unidade penitenciária de Juazeiro/BA, onde deverão permanecer até o trânsito em julgado desta sentença. Expeça-se guia de execução provisória e remeta-se ao núcleo do SEEU para o início da execução provisória da pena. (...)" Inicialmente, verifico que o Magistrado a quo, na primeira fase da dosimetria, fixou a pena-base em 06 (seis) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão, por considerar desfavoráveis a natureza de uma das drogas apreendidas, cocaína, e o fato de o próprio acusado ter confessado estar comercializando entorpecentes há 08 (oito) meses, o que tornaria desfavorável sua conduta social, tudo em observância ao art. 42 da Lei nº 11.343/06. O aumento mostra-se favorável ao recorrente, considerando que, caso utilizado o critério comumente adotado por este e. Tribunal de Justiça, de considerar cada circunstância judicial equivalente a 1/8 (um oitavo) do intervalo entre o resultado da subtração da pena máxima e mínima prevista para o ilícito, alcançar-se-ia pena-base maior do que a estabelecida pelo Magistrado a quo. A pena-base do delito de posse ilegal de arma de fogo de uso permitido, por sua vez, foi fixada no mínimo legal, o que também não merece reparos. Na segunda fase, presente a atenuante relativa à confissão espontânea, art. 65, III, alínea d, do Código Penal, devendo a pena ser atenuada em 1/6 (um sexto), de acordo com os parâmetros utilizados pela jurisprudência pátria. E o MM. Juiz sentenciante assim o fez, alcançando a sanção de 05 (cinco) anos, 08 (oito) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão. A pena intermediária do crime de posse ilegal de arma de fogo também foi atenuada pela confissão, perfazendo o total de 10 (dez) meses de detenção e 08 (oito) dias-multa. A redução abaixo do mínimo legal previsto para o tipo é vedada pela Súmula nº 231 do STJ, mas, pelo princípio do non reformatio in pejus, mantém-se a dosagem efetuada na sentença. Na terceira fase, requer a Defensoria Pública a aplicação do § 4º (tráfico privilegiado) ao delito de tráfico de drogas, por entender estarem presentes os requisitos autorizadores para a aplicação, o que foi, inclusive, o principal objeto do recurso que ora se analisa. O Magistrado, ao afastar o benefício, expôs os seguintes fundamentos, in verbis: "(...) É de ser afastada a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, porquanto, apesar de tecnicamente primário, restou provado nos autos que o réu se dedica às atividades criminosas, visto que já fora condenado por roubo nesta Comarca e no estado de São Paulo, conforme disposto acima. (STJ, HC 160496, Relator Desembargador Convocado do TJ/RS VASCO DELLA GIUSTINA; STJ, HC 148226, Relator Ministro JORGE MUSSI). Outrossim, cabe salientar que a jurisprudência dos Tribunais Superiores, em especial o STJ, é pacífica no sentido de admitir a utilização dos maus antecedentes para valoração da penabase, assim como para desautorizar a concessão do

privilégio disposto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 (...)” (Grifo nosso) Assevera a ilustrada Defesa, neste ponto, não ser possível utilizar feitos criminais em andamento para afastar a incidência da referida benesse, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência. Todavia, não se faz possível a aplicação da causa de diminuição mencionada, eis que o acusado demonstra dedicação à atividade criminosa, haja vista a existência em seu desfavor de outras ações penais (processos nº 0002738-18.2014.8.26.0083, pela prática do crime de roubo majorado no Estado de São Paulo – fl. 24, e processo nº 0007857-77.2012.8.05.0191, da comarca de Senhor do Bonfim, pela prática dos delitos de roubo majorado, tráfico de drogas e ilícito relacionado à Lei do Desarmamento – fl. 25), efetivo indicativo de que possivelmente faça da prática de ilícitos seu meio de vida. O benefício em questão, “tráfico privilegiado”, não deve ser aplicado de forma desmedida, devendo incidir somente em casos singulares, quando preenchidos os requisitos dispostos na legislação, os quais merecem interpretação restritiva, de modo a prestigiar quem efetivamente mereça redução de pena. Justamente por isso, a referida causa de diminuição não foi criada pensando em beneficiar réus que possuam contra si inquéritos policiais, ações penais em andamento, ou transitadas em julgado. Conceder o benefício do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 para o réu que responde a outras ações penais ou seja investigado, é equipará-lo com aquele que numa única ocasião na vida se envolveu com o crime, situação que ofende o princípio previsto na Constituição Federal de individualização da pena. Assim, diante da ausência de comprovação de que este exercia atividades lícitas como meio de vida e da existência de outras ações penais, resta impossibilitada a diminuição da reprimenda pela incidência do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06. No mesmo sentido é o entendimento do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça: (...) 1. O § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 dispõe que “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. 2. In casu, a minorante especial a que se refere o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 foi corretamente afastada ante a comprovação, por certidão cartorária, de que o paciente está indiciado em vários inquéritos e responde a diversas ações penais, entendimento que se coaduna com a jurisprudência desta Corte: RHC 94.802, 1ª Turma, Rel. Min. MENEZES DE DIREITO, DJe de 20/03/2009; e HC 109.168, 1ª Turma, Rel. Min. CÂRMEN LÚCIA, DJe de 14/02/2012, entre outros. (...) (STF. 1ª Turma. HC 108135, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 05/06/2012) (Grifos aditados) É 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 n.º 11.343/2006. (STJ. 3ª Seção. EREsp 1.431.091-SP, Rel. Min. Felix Fischer, julgado em 14/12/2016 – Info 596) (Grifo nosso) Saliente-se que nenhum princípio constitucional é absoluto. Ainda assim, não se cogita violação ao princípio da presunção de inocência na hipótese em análise, eis que a existência de ações penais em curso é aqui considerada não para condenar o acusado, mas sim para afastar a concessão de um benefício legal, considerando-se, para tanto, o princípio, também constitucional, da individualização das penas. Dessa forma, fica mantida a pena definitiva do apelante, para o crime de tráfico de drogas, em 5 (cinco) anos, 8 (oito) meses e 22 (vinte e dois) dias de reclusão e 572 (quinhentos e setenta e dois) dias-multa, no valor unitário mínimo; e

para o crime do art. 12 da Lei nº 10.826/03 em 10 (dez) meses de detenção e 08 (oito) dias-multa. Ressalte-se a desnecessidade de reforma da pena de multa, considerando que esta encontra-se em conformidade com as penas privativas de liberdade. Mantém-se o regime prisional no fechado, em observância aos ditames do art. 33, § 2º, alínea b, e § 3º, do Código Penal, considerando as circunstâncias judiciais do acusado e as duas condenações existentes em desfavor do recorrente, conforme pontuado na sentença. Como a pena privativa de liberdade aplicada ao apelante foi superior a 04 (quatro) anos, resta impossibilitada a substituição por penas restritivas de direitos, em consonância com o preceito contido no inciso I, do art. 44, do Código Penal. Concernente à detração penal, a Lei nº 12.736/12 manteve a função do Juízo da Execução. Imperiosa, para a concessão, a aferição dos elementos objetivos previstos em lei. Em verdade, a modificação do regime de cumprimento da pena por efeito da detração demanda a comprovação de requisitos subjetivos relacionados ao comportamento dos Acusados. Isto não pode ser examinado, com precisão, por esta Corte, nesta fase processual. Assim, tendo em vista o seu grau maior de informações, deverá o Juízo da Execução aferir a eventual detração penal do réu, modificando, se for o caso, o regime inicial de cumprimento da pena, em prestígio ao princípio da segurança jurídica. Por fim, quanto ao prequestionamento apresentado pela Defesa em suas razões, friso inexistir ofensa aos dispositivos de lei invocados (artigo 5º, incisos LV e LVII, da Constituição Federal, bem como aos artigos 384 e 387, § 2º, todos do Código de Processo Penal e aos artigos 33, § 2º, b e c, e art. 59 c/c art. 68, 69 e 70 todos do Código Penal, bem como aos arts. 33, caput, § 4º, 35 e 40, da Lei de Drogas), eis que o posicionamento deste decisio representa a interpretação da colenda Turma Julgadora quanto à matéria em discussão, conforme seu convencimento, não se cogitando negativa de vigência a tais dispositivos. A ausência de discussão explícita, acerca das normas que envolvem a matéria debatida, não macula o prequestionamento da matéria, feito pela parte. Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao recurso interposto, mantendo a sentença a quo em todos os seus termos. DES. CARLOS ROBERTO SANTOS ARAÚJO RELATOR