

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000439-26.2022.8.05.0150 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: ARI ROBERTO SANTOS MENEZES Advogado (s): ACORDÃO EMENTA APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – RECURSO MINISTERIAL – AFASTAR A CONCESSÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO – REINCENTE E DEDICADO A ATIVIDADES CRIMINOSAS – FLAGRANTE OCORREU ENQUANTO O RÉU CUMPRIA PENA – SENTENÇA CONDENATÓRIA DEFINITIVA POR QUALQUER TIPO PENAL PROVOCA A REINCENTE – O § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/06 EXIGE PRIMARIEDADE DO RÉU PARA USUFRUIR DA BENESSE – REFORMA DOSIMÉTRICA DECORRENTE – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. I – O Apelado foi condenado, com fulcro no art. 33, caput, § 4º, c/c art. 40, III, todos da Lei nº. 11.343/06, ao cumprimento de 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime inicial fechado (art. 33, § 2º, b, do Código Penal), e ao pagamento de 334 (trezentos e trinta e quatro) dias-multa, no valor mínimo unitário. Consta nos autos que em revista efetuada no réu quando este retornava ao Conjunto Penal de Lauro de Freitas/BA, após saída temporária, foram localizadas em suas vestes íntimas 116 (cento e dezesseis) trouxinhas de maconha, material este confirmado pelo Laudo Pericial. Tanto em juízo quanto na delegacia, o réu afirmou que estava com os entorpecentes porque havia encontrado os mesmos no pátio de visitas do estabelecimento prisional, mas que não tinha nenhuma intenção com as drogas. II – Irresignado, o Ministério Público do Estado da Bahia interpôs Apelação, suplicando pela retirada do benefício do tráfico privilegiado, pois o réu tem contra si sentença condenatória transitada em julgado (art 14 da Lei nº. 10.826/03), responde a outra ação pela prática de roubo majorado e cometeu o crime aqui sob análise enquanto estava recluso em cumprimento de pena no Conjunto Penal de Lauro de Freitas. Salienta não ser o acusado primário, além de demonstrar “possuir comportamento dedicado a prática de atividades criminosas”. III – Da leitura do édito condenatório, infere-se ter a juíza a quo majorado a pena-base por incidir a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), no entanto, quando da análise dos requisitos para concessão do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06, desconsiderou a condenação existente contra o réu, em vista do tipo penal ali examinado ser distinto do constante nestes fólios, deixando de configurar-se a reincidência específica. Contudo, a norma constante no referido dispositivo legal traz expressamente como um dos requisitos para a concessão do benefício a primariedade do réu (“desde que o agente seja primário”). Ora, se existe contra alguém uma sentença condenatória definitiva, este indivíduo não pode mais ser considerado primário, independente do delito que praticou. IV – Ademais, resta evidente que o réu responde a outros processos, pois estava cumprindo pena quando flagrado da prática delitiva objeto destes autos, além de constar nos fólios duas ações penais contra ele existentes, indicando dedicação do indivíduo a atividades criminosas. V – Por todo o exposto, julga-se pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial, reformando-se a sentença para afastar o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06, fixando a pena definitiva em 6 (seis) anos, 10 (dez) meses e 8 (oito) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado (art. 33, § 2º, b, do Código Penal), e ao pagamento de 670 (seiscentos e setenta) dias-multa, no valor mínimo unitário, mantendo-se os demais termos da sentença vergastada. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. APELAÇÃO Nº 8000439-26.2022.8.05.0150 – LAURO DE FREITAS/BA. RELATOR: DESEMBARGADOR

ESERVAL ROCHA. ACÓRDÃO Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8000439-26.2022.8.05.0150, da Comarca de Lauro de Freitas/BA, sendo Apelante o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e Apelado ARI ROBERTO SANTOS MENEZES, representado pela DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em conhecer e dar provimento ao Apelo, na forma do relatório e do voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado Sala das Sessões, de de 2022. Presidente Desembargador Eserval Rocha Relator Procurador (a) PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido Por Unanimidade Salvador, 13 de Setembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000439-26.2022.8.05.0150 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: ARI ROBERTO SANTOS MENEZES Advogado (s): RELATÓRIO I – Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA contra sentença proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Lauro de Freitas, condenando o réu à pena de 4 (quatro) anos, 5 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão, em regime inicial fechado (art. 33, § 2º, b, do Código Penal), e ao pagamento de 334 (trezentos e trinta e quatro) dias-multa, no valor mínimo unitário, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, § 4º, c/c 40, III, ambos da Lei nº. 11.343/06, deixando de conceder o direito de recorrer em liberdade (ID nº. 31611965). Consta da exordial acusatória que, em 09/12/2021, por volta das 11h12min, em revista efetuada no réu quando este retornava ao Conjunto Penal de Lauro de Freitas/BA, após saída temporária, foram localizadas em suas vestes íntimas 116 (cento e dezesseis) trouxinhas de maconha, material este confirmado pelo Laudo Pericial (IDs nºs. 31611937 e 31611938 – fls. 5, 9, 11, 13 e 31). Perante a autoridade policial, o réu afirmou que estava com os entorpecentes porque havia encontrado os mesmos no pátio de visitas do estabelecimento prisional, mas que não tinha nenhuma intenção com as drogas (ID nº. 31611938 – fls. 15/16). Antecedentes criminais acostados no ID nº. 31611940. Em juízo, os agentes penitenciários participantes do flagrante confirmaram as informações constantes na denúncia e no Auto de Prisão em Flagrante, o acusado, por sua vez, reiterou a negativa da prática delitiva, noticiando que dividia o local onde encontrou a droga com mais dois custodiados (links disponibilizados no ID nº. 31611964). O Ministério Público do Estado da Bahia nas razões recursais (ID nº. 31611969) suplica pela retirada do benefício do tráfico privilegiado, pois o réu tem contra si sentença condenatória transitada em julgado (art 14 da Lei nº. 10.826/03), responde a outra ação pela prática de roubo majorado e cometeu o crime aqui sob análise enquanto estava recluso em cumprimento de pena no Conjunto Penal de Lauro de Freitas. Salienta não ser o acusado primário, além de demonstrar “possuir comportamento dedicado a prática de atividades criminosas”. Em sede de contrarrazões (ID nº. 31611971), o réu, por meio da Defensoria Pública do Estado da Bahia, manifestou-se pelo improvimento do recurso interposto, suscitando a Súmula nº. 444 do Superior Tribunal de Justiça. A douta Procuradoria de Justiça exarou parecer pelo conhecimento e provimento do pedido recursal "para que seja afastada a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, com a readequação da pena " (ID nº. 32259576). Examinados, lancei este relatório

e o submeti ao Exmo. Desembargador Revisor. É o relatório. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000439-26.2022.8.05.0150 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: ARI ROBERTO SANTOS MENEZES Advogado (s): VOTO II – Como acima relatado, o Ministério Público interpôs Apelação requerendo a retirada do benefício do tráfico privilegiado, alegando ser o réu reincidente e dedicado à prática de atividades criminosas. Inicialmente, cumpre ressaltar não haver questionamento acerca da autoria e materialidade delitivas, razão pela qual não tratar-se-á acerca dos temas. Cumpre, portanto, realizar neste mérito a análise acerca dos efeitos causados pelos antecedentes criminais do sentenciado na concessão ou não do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06. A magistrada de primeiro grau fundamentou nos seguintes termos a dosimetria da pena estabelecida ao recorrido (ID nº. 31611965): Procedente a denúncia, passa-se a análise das circunstâncias judiciais e fixação da pena com observância do disposto no artigo 59 do Código Penal e, especial atenção, às prescrições do artigo 42 da Lei 11343/06. I – A culpabilidade não deve ser considerada desfavorável, porquanto não há elementos nos autos para se aquilatar se a autodeterminação do agente extrapola os limites do próprio tipo penal. II) Quanto aos antecedentes, deve-se esclarecer que somente podem ser consideradas as condenações definitivas por crime anterior à prática do fato descrito nos autos e que não impliquem reincidência. No caso presente, inexistem informações sobre condenações anteriores que preencham tais requisitos. A reincidência será apreciada na fase oportuna. III) Não há elementos nos autos que possam dar suporte à análise da conduta social do Acusado cuja apreciação exige exame do desempenho do agente na sociedade, em família, no trabalho, na religião, no grupo comunitário, circunstâncias essas que darão suporte à averiguação se o delito é consequência de má educação ou se revela, de fato, sua propensão ao desvalor social. IV) Inexistentes nos autos informações que caracterizem a personalidade do Réu porquanto ausentes elementos que permitam mensurar sua sensibilidade ético-social, a presença ou não de desvios de caráter bem como seu modo de pensar, sentir e agir, incluindo suas habilidades, atitudes, crenças e emoções, fatores essenciais à análise da presente circunstância; V) As circunstâncias do delito são próprias do tipo, posto que o fato narrado na peça acusatória não possui singularidade residual. VI) As consequências não extrapolam aquelas próprias da conduta típica. VII) Os motivos de agir do agente não se apresentam mais reprováveis que aqueles normais à própria espécie delitiva. VIII) Quanto ao comportamento da vítima, não se vê nos autos que a sociedade tenha contribuído para o delito sendo certo que hipossuficiência econômica ou mesmo miserabilidade não podem ser havidos como fatores de criminalidade. IX) Por fim, a quantidade de droga apreendida em poder do acusado totalizou cento e dezesseis gramas de maconha conforme documentado no Laudo Pericial nº 2021 00 LC 042038-01 Assim sopesadas as circunstâncias judiciais de que trata o artigo 59 do Código Penal c/c artigo 42 da Lei 11343/06 fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão. Observado o enunciado da Sumula 545/STJ, reconheço em favor do acusado a circunstância atenuante genérica de que trata o artigo 65, III, d, do Código Penal, deixando, contudo de operar a correspondente redução por se encontrar a pena-base fixada no patamar mínimo cominado ao tipo – Sumula 231/STJ – e não se revestir a confissão de caráter colaborativo. O acusado tem contra si sentença condenatória definitiva

proferida nos autos da AÇÃO PENAL 0320874-32.2011.805.0001. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO/ARTIGO 14 DA LEI 10826/03 – PENA: DOIS ANOS E TRES MESES DE RECLUSÃO. DATA DOS FATOS: 20/11/2011. TRÂNSITO EM JULGADO DO ACÓRDÃO: 29/08/2013. Destarte e por força da agravante genérica de que trata o artigo 61, I, do Código Penal, aumento de 1/6 (um sexto) a pena-base imposta, perfazendo, nesta fase, 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. Considerando não ser o acusado reincidente específico conforme acima consignado vez que os demais processos criminais a que responde encontram-se em tramitação no primeiro grau ou na instância superior em grau de recurso; considerando não haver, nestes autos, elementos que vinculem o Réu a atividades criminosas em caráter habitual ou que demonstrem integrar ele organização criminosa; considerando-se que, na análise das circunstâncias judiciais, sua personalidade e conduta social não foram aquilatadas diante da ausência de informações nos autos, portanto não lhe tendo sido consideradas desfavoráveis, e considerando, finalmente, o disposto no artigo 42 da Lei 11343/06 especialmente em relação à quantidade e natureza da droga apreendida tem-se que a ponderação determina lhe seja reconhecido o direito à diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º da Lei Antidrogas pela fração correspondente a 1/3 (um terço) o que perfaz 03 (três) anos e 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão. Por força da causa de aumento de pena prevista no artigo 40, III, da Lei 11343/06 e sopesadas as circunstâncias já acima consignadas, aumento de 1/6 (um sexto) a pena aplicada no item precedente o que resulta na condenação do acusado a 04 (quatro) anos e 05 (cinco) meses e 23 (vinte e três) dias de reclusão que, à míngua de outros critérios a serem aplicados, torno definitiva. (grifos nossos) Da leitura do trecho acima colacionado, infere-se ter a juíza a quo majorado a pena-base por incidir a agravante da reincidência (art. 61, I, do Código Penal), indicando a ação em cujo bojo houve o proferimento de sentença condenatória definitiva (0320874-32.2011.8.05.0001). No entanto, no momento da análise dos requisitos para concessão do benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06, desconsiderou a condenação existente contra o réu, em vista do tipo penal ali examinado ser distinto do constante nestes fólios. Ou seja, não se configurou a reincidência específica. Acerca do tema, o Superior Tribunal de Justiça já sedimentou entendimento diverso ao exposto pela magistrada, considerando que é apta a afastar a concessão das benesses do tráfico privilegiado qualquer reincidência, de tal forma que a condenação definitiva existente contra o réu não precisa ser por tráfico de drogas. A seguir, julgado do referido Tribunal Superior a fim de exemplificar: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA PROVA. ART. 249 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL ? CPP. INOCORRÊNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVISÃO DE ENTENDIMENTO QUE DEMANDA REVOLVIMENTO FÁTICO-PROBATÓRIO. REGIME FECHADO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O voto condutor no acórdão recorrido foi enfático ao afirmar que foi Alini quem retirou as porções de substância entorpecente do interior de suas vestes e as apresentou à equipe de policiais. 2. A Corte estadual negou a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 em face das circunstâncias apuradas na instrução processual evidenciarem a dedicação da ré em atividades criminosas. Esse entendimento está em conformidade com a jurisprudência pacífica desta Corte e a sua reforma constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto demanda percuente exame de fatos e provas,

inviável no rito eleito. Precedentes. Ademais, foram ressaltados os maus antecedentes de Luiz Fernando, além da sua reincidência, pois condenado definitivamente por crime doloso contra a vida, o que impede o pleito de redução da pena previsto no parágrafo 4º do art. 33 da Lei de Drogas. 3. A quantidade e a natureza da droga apreendida, aliadas aos outros elementos probatórios coligidos aos autos, demonstram a gravidade concreta do delito, justificando, por força do princípio da individualização da pena, o agravamento do aspecto qualitativo (regime) da pena, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06. 4. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 741.152/SP, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 15/8/2022.) O § 4º do art. 33 da Lei nº. 11.343/06 assim dispõe: “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Observa-se que a jurisprudência acima colacionada nada mais faz do que aplicar o texto normativo, pois o referido dispositivo legal estabelece requisitos para a concessão do benefício, sendo um deles a primariedade. Ora, se existe contra alguém uma sentença condenatória definitiva, este indivíduo não pode mais ser considerado primário, independente do delito que praticou. Saliente-se que as demais condições ali fixadas também não são preenchidas pelo réu, senão vejamos. Não há dúvidas de que o acusado responde por outro delito, pois quando do flagrante da prática criminosa objeto de análise destes autos, o mesmo estava retornando de uma saída temporária ao Conjunto Penal de Lauro de Freitas por ali estar cumprindo pena. Ademais, consta nas peças processuais a existência de ao menos outros dois processos em que o acusado figura como réu: nº. 0320874-32.2011.8.05.0001 (porte ilegal de arma de fogo) e nº. 0564239-16.2015.8.05.0001 (roubo majorado). Apesar dos argumentos expostos pela defesa, os fatos delitivos apurados nos mencionados processos foram praticados em 20/11/2011 e 30/09/2015, respectivamente. Portanto, ambos anteriores à ocorrência da prática criminosa ora analisada. Além disso, consta no sistema e-Saj certidão de trânsito em julgado expedida em 14/10/2013 no bojo do processo nº. 0320874-32.2011.8.05.0001, comprovando a existência de sentença condenatória definitiva contra o apelado. Importante frisar a existência de entendimento exarado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, apesar de o trânsito em julgado ser imprescindível para a verificação dos antecedentes criminais, a existência de processos e procedimentos criminais em andamento é parâmetro válido para a análise quanto à dedicação do indivíduo a atividades criminosas. Nesse diapasão: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS (440 UNIDADES COM PESO DE 434,44G DE COCAÍNA E CRACK), ALÉM DA EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO PENAL EM CURSO E VÁRIOS OUTROS REGISTROS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) II – O redutor não foi aplicado com base na expressiva quantidade de drogas apreendidas e pelo fato das investigações apontarem que o réu já era conhecido nos meios policiais, além de responder a outro processo por crime idêntico, ou seja, tráfico de drogas, a denotar dedicação a atividades criminosas. III – A Terceira Seção pacificou entendimento no sentido de que é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção

de que o Réu se dedica às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 (EResp n. 1.431.091/SP, Rel. Min. Felix Fischer, DJe de 1º/2/2017). (...) (AgRg no HC 688.849/SP, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 28/09/2021, DJe 05/10/2021) (grifos nossos) Dessa forma, reformula-se a sentença condenatória para afastar a concessão da minorante prevista art. 33, § 4º, da Lei Nº. 11.343/06 ("tráfico privilegiado"), procedendo-se com a alteração dosimétrica decorrente. Depreende-se do trecho do édito condenatório anteriormente colacionado que a magistrada de primeiro grau fixou a pena-base no mínimo legal, não havendo razão para qualquer reparo. Na segunda, fase, deixou, corretamente, de aplicar a redutora da confissão, por entender que esta não se revestiu de caráter colaborativo, pois o réu negou a intenção de delinquir em ambas as oportunidades (na delegacia e em juízo). Em vista da reincidência constatada (art. 61, I, do Código Penal), majorou a pena em 1/6 (um sexto), resultando em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. Enfim, por ter sido o crime cometido nas dependências de estabelecimento prisional (art. 40, III, da Lei nº. 11.343/06), aumentou a penalidade em 1/6 (um sexto), de tal forma que a pena definitiva fica estabelecida em 6 (seis) anos, 10 (dez) meses e 8 (oito) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado (art. 33, § 2º, b, do Código Penal), e ao pagamento de 670 (seiscentos e setenta) dias-multa, no valor mínimo unitário. CONCLUSÃO III – Por todo o exposto, julga-se pelo conhecimento e provimento do recurso ministerial, reformando-se a sentença para afastar o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº. 11.343/06, fixando a pena definitiva em 6 (seis) anos, 10 (dez) meses e 8 (oito) dias de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime fechado (art. 33, § 2º, b, do Código Penal), e ao pagamento de 670 (seiscentos e setenta) dias-multa, no valor mínimo unitário, mantendo-se os demais termos da sentença vergastada. Sala das Sessões, de de 2022. Presidente Desembargador Eserval Rocha Relator Procurador (a)