

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0001828-92.2016.8.05.0248 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOSÉ AMILSON DA SILVA Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE ILICITUDE DA PROVA REJEITADA. REVISTA ÍNTIMA EM VISITANTE DE UNIDADE PRISIONAL. FUNDADA SUSPEITA DE QUE A CORRÉ TRAZIA CONSIGO – TRANSPORTAVA DROGA. DIREITO À INTIMIDADE QUE NÃO TEM NATUREZA ABSOLUTA. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. PROVA LÍCITA. PRECEDENTES. INVIABILIDADE DA TESE DE CRIME IMPOSSÍVEL POR INEFICÁCIA ABSOLUTA DO MEIO. DELITO UNISSUBSISTENTE. DESNECESSIDADE DE EFETIVA TRADIÇÃO DO ENTORPECENTE. DESCABIMENTO DE REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231/STJ. IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. AUSÊNCIA DE REQUISITO LEGAL. DEMONSTRAÇÃO DE DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. DEPOIMENTO JUDICIAL DO RÉU. CONDENAÇÃO POR FATO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO NO CURSO DA PERSECUÇÃO PENAL. MAUS ANTECEDENTES. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Recorrente condenado à pena de 05 anos e 10 meses de reclusão, regime semiaberto, e pagamento de 580 dias-multa, no valor unitário mínimo legal, concedido o direito de recorrer em liberdade, pela prática do crime tipificado no art. 33, caput, c/c art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/06, visto que, em 19.02.2016, agentes de disciplina constataram que a corré, sua companheira, trazia consigo uma porção de maconha para entregá-lo, sendo que se encontrava custodiado no Conjunto Penal de Serrinha-BA. 2. Na hipótese, não resta configurada qualquer nulidade da prova obtida por meio da realização de revista íntima na corré. Isso porque, conforme entendimento consagrado no âmbito do STJ é legítima a realização do referido procedimento, desde que realizada conforme as normas administrativas que disciplinam a atividade fiscalizatória e quando há fundada suspeita de que a visitante esteja trazendo a seu corpo objetos proibidos para o interior do estabelecimento prisional, como na hipótese dos autos. 3. Conforme restou apurado, a corré L.S.S., companheira do Recorrente, ao tentar adentrar ao presídio para visitá-lo, os agentes policiais, sem realizar qualquer contato físico, perceberam que ela estava com sangramento na região anal. Diante de tal constatação, conduziram-na até o hospital, local em que foi realizado exame médico (raio x), momento em que a droga foi encontrada. Desse modo, “não viola o princípio da dignidade da pessoa humana, a revista íntima realizada conforme as normas administrativas que disciplinam a atividade fiscalizatória, e quando há fundada suspeita de que a visitante esteja trazendo a seu corpo droga para o interior do estabelecimento prisional, pois, diante da inexistência de direito absoluto, a proteção da intimidade da ré não pode ser usada como escudo para práticas ilícitas” (HC n. 381.593/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/5/2017, DJe de 19/5/2017). 3. O crime impossível se traduz na tentativa não punível, na qual o agente se vale de meios absolutamente ineficazes ou se utiliza de objetos absolutamente impróprios na prática da infração penal, tornando impossível a sua consumação, nos termos do art. 17, do CP, exige a demonstração de irremediável prejuízo à consumação do delito em razão da ineficácia absoluta do meio empregado ou da absoluta impropriedade do objeto. In casu, o meio empregado pelo Recorrente não seria suficiente para impossibilitar a consumação do crime de tráfico de drogas, visto que a submissão de visitante à revista íntima não é capaz de inibir, com absoluta certeza, o ingresso de drogas em unidades prisionais. Ademais, a

consumação do delito ocorreu quando a corré trouxe consigo substância entorpecente, sendo irrelevante a ausência de tradição ao Apelante recolhido no estabelecimento penitenciário, tendo em vista se tratar de crime de mera conduta, de ação múltipla e conteúdo variado, de modo que resta configurado a partir da mera incursão em quaisquer das elementares previstas no tipo, como “trazer consigo”. 4. Nos termos da jurisprudência consolidada no Plenário do STF e do STJ, inclusive com a edição da Súmula 231/STJ, não é possível a redução da pena aquém do mínimo legal, na segunda fase da dosimetria em razão da presença de atenuantes. 5. No caso vertente, de forma motivada e fundamentada de acordo com o caso concreto, atento às diretrizes do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, bem como de acordo com o entendimento do STJ, o juízo sentenciante afastou a aplicação do benefício do tráfico privilegiado, considerando a existência de “prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime”, consistente no depoimento judicial do Recorrente ao afirmar que “obrigou a acusada a trazer a droga dizendo que se ela não trouxesse a droga não precisaria mais visitá-lo; que disse também para a denunciada que se ela não trouxesse a droga, o interrogado falaria para uns parceiros chegarem lá nela”, a indicar que o “réu possui ligações com o crime, fora do sistema carcerário”, além de ostentar condenação com trânsito em julgado, no curso da apuração do fato em comento, pela pratica dos “crimes de homicídio qualificado, roubo majorado e associação criminosa, nos autos da ação penal nº 0000518-47.2013.8.05.0057, tendo sido condenado a 28 (vinte e oito) anos e 08 (oito) meses de reclusão”. 6. Cumpre pontuar que, nos termos da jurisprudência do STJ, bem como assentado no julgamento do REsp n. 1.977.027/PR, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022, resolvendo 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”, o entendimento da Corte é de “a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Ressaltou-se, ainda, que “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”. 7. Recurso conhecido e não provido, nos termos do Parecer da Procuradoria de Justiça. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Criminal nº 0001828-92.2016.8.05.0248, da Comarca de Serrinha – BA, na qual figuram como Apelante JOSÉ AMILSON DA SILVA e Apelado MINISTÉRIO PÚBLICO 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, em conhecer e NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, pelas razões alinhadas no voto do Relator. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não 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. 0001828-92.2016.8.05.0248 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOSÉ AMILSON DA SILVA Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO

PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Cuidam os autos de Apelação Criminal interposta por JOSÉ AMILSON DA SILVA em face da Sentença proferida nos autos da ação penal nº 0001828-92.2016.8.05.0248 que condenou o réu, pela prática do crime previsto no art. 33, caput, c/c art. 40, III, ambos da Lei nº 11.343/06, a uma pena total de 05 anos e 10 meses de reclusão, regime semiaberto, além de 580 dias-multa., no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato, sendo concedido o direito de recorrer em liberdade ao sentenciado. Nas razões (id. 28746429), preliminarmente, a Defesa suscita a preliminar de nulidade da prova obtida mediante revista íntima vexatória na corré. No mérito, afirma a impossibilidade de consumação do delito, em razão da absoluta ineficácia do meio, considerando que o Recorrente foi condenado sob o fundamento de que teria adquirido a substância entorpecente, no entanto, "não chegou nem a tocar na droga, vez que o objeto foi apreendido no momento da revista realizada, não chegando a entrar no estabelecimento penal". Subsidiariamente, pugna pela aplicação da atenuante da confissão e da causa de diminuição do tráfico privilegiado, bem como pela isenção da pena de multa. Em sede de contrarrazões (id. 31817907), o Ministério Público pugna pelo improvimento do recurso interposto. Remetidos os autos a este Egrégio Tribunal, foram os mesmos distribuídos, por equidade, cabendo-me a Relatoria. A Procuradoria de Justiça por meio do Parecer de Id. 31968078, opina pelo "IMPROVIMENTO do apelo interposto, a fim de que seja mantida, na íntegra, a decisão vergastada". Após conclusão para análise, elaborou-se o relatório competente, que resta submetido ao crivo da revisão. Salvador/BA, 30 de agosto de 2022. Des. Luiz Fernando Lima - 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator A10-AC PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0001828-92.2016.8.05.0248 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOSÉ AMILSON DA SILVA Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Conheço dos recursos, uma vez que presentes os requisitos próprios da espécie. Narra a Denúncia que: "No dia 19 de fevereiro de 2016, por volta das 09h30min, no Conjunto Penal de Serrinha, neste município, a DENUNCIADA Lidiane trazia consigo drogas do tipo "maconha", com o fim entregar ao DENUNCIADO José Amilson, seu companheiro, que se encontrava preso. Segundo se apurou, o JOSÉ AMILSON solicitou a LIDIANE que trouxesse a droga para o presídio. Registra-se que José Amilson e Lidiane associaram para a prática do crime de tráfico de drogas no estabelecimento prisional. No dia do fato, as Agentes de Disciplina, no procedimento de revista das pessoas que visitariam os presos, notaram que a denunciada estava com seu ânus sangrando, levantando a suspeita de que a referida tentava entrar no Conjunto penal com a droga escondida na sua parte íntima. Então, as agentes questionaram a acusada, que negou o delito. Ato contínuo, as agentes conduziram a denunciada até a delegacia, quando foi expedido um ofício, para apresentar a acusada no Hospital Municipal de Serrinha, onde ficou constatado através de raio-x, que a referida portava um objeto estranho no ânus. Diante do exame, a Denunciada confessou que portava a substância entorpecente conhecida vulgarmente como "maconha", retirando a droga do seu corpo, na presença da médica que realizou o atendimento. A droga foi encaminhada para perícia, que constatou que realmente se tratava de Cannabis sativa, acondicionada em um "dolão" feito com três camadas de embalagens plásticas vedadas com fita adesiva transparente, conforme laudo pericial às fis.13, nº 2016 15 PC 000280-01 IP. José Amilson confessou que Lidiane estava levando a droga para ele, afirmando ainda que obrigou a

denunciada a transportar a substância entorpecente. A Denunciada, no interrogatório policial, reconhece que já levou droga para JOSÉ AMILSON no CPS de quatro a cinco vezes. Conforme informa o prontuário do CPS, o Denunciado JOSÉ AMILSON responde pela prática dos crimes de homicídio, roubo e lesões corporais. (...)"

DA PRELIMINAR DE NULIDADE – REVISTA ÍNTIMA NA CORRÉ Na hipótese, não resta configurada qualquer nulidade na obtenção da prova obtida por meio da realização de revista íntima na corré. Isso porque, conforme precedentes do STJ, “não viola o princípio da dignidade da pessoa humana, a revista íntima realizada conforme as normas administrativas que disciplinam a atividade fiscalizatória, e quando há fundada suspeita de que a visitante esteja trazendo a seu corpo droga para o interior do estabelecimento prisional, pois, diante da inexistência de direito absoluto, a proteção da intimidade da ré não pode ser usada como escudo para práticas ilícitas” (HC n. 381.593/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 16/5/2017, DJe de 19/5/2017). Conforme restou apurado, a corré Lidiane Silva Santos, companheira do Recorrente, ao tentar adentrar ao presídio para visitá-lo, os agentes policiais, sem realizar qualquer contato físico na mesma, perceberam que ela estava com sangramento na região anal. Diante de tal constatação, conduziram-na até o hospital, local em que foi realizado exame médico, momento em que a droga foi encontrada. Nesse contexto, não se observa a ocorrência de qualquer ilegalidade ou ato vexatório praticado contra a corré, visto que, diante de fundada suspeita, visto que apresentava sangramento na região anal, sem que tenha havido contato físico por parte dos agentes policiais, fora conduzida ao hospital, tendo sido encontrada a droga após realizado exame médico (raio x). Conforme mencionado, o entendimento consagrado no âmbito do STJ sobre a revista íntima em unidades prisionais é no sentido de ser legítima a realização do procedimento, desde que realizada conforme as normas administrativas que disciplinam a atividade fiscalizatória e quando há fundada suspeita de que a visitante esteja trazendo a seu corpo objetos proibidos para o interior do estabelecimento prisional, como na hipótese dos autos. Rejeita-se, portanto, a preliminar.

DO CRIME IMPOSSÍVEL POR IMPROPRIEDADE DO MEIO – REVISTA ÍNTIMA Alega-se que a conduta do Apelante seria atípica por ineficácia do meio porque realizada a revista pessoal na sua companheira, o Recorrente não chegou a receber o entorpecente, o que constituiria impedimento à materialização do delito de tráfico. O crime impossível traduz-se na tentativa não punível, na qual o agente se vale de meios absolutamente ineficazes ou se utiliza de objetos absolutamente impróprios na prática da infração penal, tornando-se impossível a sua consumação, nos termos do art. 17, do Código Penal. Ressalte-se que o procedimento de revista pessoal não constitui, em princípio, óbice intransponível ao resultado finalístico, se assim não fosse jamais seria constatada a entrada de armas, drogas, aparelhos celulares e outros objetos nas unidades prisionais. Ademais, no caso, se cuida de crime de mera conduta, de ação múltipla e conteúdo variado e, por tal razão, resta configurado a partir da mera incursão em quaisquer das elementares previstas no tipo. Conforme rigorosamente demonstrado nos autos, a corré Lidiane Silva Santos, companheira do Recorrente, o qual confessou em juízo ter solicitado o entorpecente a fim de compartilhar com outros internos, transportou e trouxe consigo a porção de maconha visando repassá-la à este último, prática esta abrangida pelo crime de tráfico nos aspectos objetivo e subjetivo, estabelecendo-se, assim, inegável correlação entre o fato descrito na inicial e as provas que conferem suporte ao édito condenatório. Evidente que a ausência de ingresso no presídio ou a não

ocorrência da tradição da droga, por qualquer razão que seja, se constituem em aspectos supervenientes à consumação do crime (mero exaurimento) em questão e, desse modo, irrelevantes para fins de configuração do delito. Pontue-se que, nos termos da pacífica jurisprudência, a consumação do crime de tráfico de drogas na modalidade "adquirir" prescinde da efetiva posse ou tradição da substância. Nesse sentido, os seguintes precedentes: "(...) 3. O crime descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 é unissubsistente, de maneira que a realização da conduta esgota a concretização do delito. Inconcebível, por isso mesmo, a sua ocorrência na modalidade tentada. 4. É desnecessária, para a configuração do delito previsto no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, a efetiva tradição ou entrega da substância entorpecente ao seu destinatário final. Basta a prática de uma das dezoito condutas relacionadas a drogas para que haja a consumação do ilícito penal. Precedentes. 5. Em razão da multiplicidade de verbos nucleares previstos no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006 (crime de ação múltipla ou de conteúdo variado), inequívoca a conclusão de que o delito ocorreu em sua forma consumada, na modalidade "trazer consigo" ou "transportar". Vale dizer, antes mesmo da abordagem da acusada pelos agentes penitenciários, o delito já havia se consumado com o "trazer consigo" ou "transportar" drogas (no caso, 143,7 g de maconha), sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Inviável, por conseguinte, a aplicação do instituto do crime impossível. 6. Conquanto seja possível inferir que a revista pessoal tenha por objetivo evitar a entrada de armas, explosivos, drogas, aparelhos celulares e outros similares em estabelecimentos prisionais, sua existência apenas minimiza o ingresso de tais objetos no presídio. 7. Não obstante a acusada tivesse o direito de se recusar a ser revistada intimamente, submeteu-se, de maneira voluntária, ao procedimento adotado no estabelecimento prisional, que resultou na localização, no interior de sua vagina, de 143,7 g de maconha, acondicionados dentro de um preservativo, os quais seriam entregues a seu companheiro, que estava preso no local. Assim, não houve ato ofensivo à honra da acusada, tampouco dano à sua integridade física ou moral. 8. As pessoas que se dirigem ao presídio sabem, previamente, que podem ser submetidas à revista pessoal e minuciosa. Trata-se, tal procedimento (quando realizado com estrita observância a procedimento legal e com respeito aos princípios e às garantias constitucionais), de legítimo exercício do poder de polícia do Estado, de cunho preventivo, o qual objetiva garantir a segurança social e os interesses públicos. 9. Caso haja fundadas suspeitas de que o visitante do presídio esteja portando material ilícito, é possível a realização de revista íntima, com fins de segurança, a qual, por si só, não ofende a dignidade da pessoa humana, notadamente quando realizada dentro dos parâmetros legais e constitucionais, sem nenhum procedimento invasivo, tal como ocorreu na espécie dos autos. Precedentes. (...). 12. Recurso especial provido, nos termos do voto do relator." (STJ – REsp n. 1.523.735/RS, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/2/2018, DJe de 26/2/2018). (Sem grifos no original). "(...) – De outro lado, quanto a tese de crime impossível, sob a alegação da ineficácia absoluta do meio empregado por Luciana, tendo em vista o sistema de revista do Presídio, o qual, em tese, inevitavelmente, detectaria a droga transportada, tornando atípico o delito imputado à sentenciada, não há como admiti-la diante da consideração de que, tratando-se de crime de mera conduta, encontra-se consumado apenas com o porte da droga para fins de entrega a terceiro. Neste sentido, os atos de

ingressar no presídio e entregar as drogas caracterizariam mero exaurimento do crime. – Mesmo que, apenas para argumentar, se tratasse de crime de resultado, não seria o caso de crime impossível. A revista pessoal e nos pertences, efetivados em visitantes no ingresso à casa prisional, embora constitua elemento que dificulta, não inviabiliza completamente a consumação. Não se trata, portanto, de absoluta ineficácia do meio empregado, mas, apenas, de relativa ineficácia. Não há, então, que se afastar a tipicidade da conduta, pois não configurado crime impossível. (...) IV – NA ESTEIRA DO PARECER MINISTERIAL, RECURSOS CONHECIDOS E IMPROVIDOS.” (TJBA – APL: 00079846720148050248, Relator: Luiz Fernando Lima, Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma, Data de Publicação: 06/12/2017). (Grifos adicionados). DA REDUÇÃO DA PENA POR APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO Na primeira fase da dosimetria, o juízo sentenciante arbitrou a basilar no patamar mínimo legal de 05 anos de reclusão e 500 dias-multa, visto que reputadas favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59, do CP. Em seguida, a despeito de reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea, deixou de proceder à redução da reprimenda, considerando que “não é possível a atenuação da pena por ter sido fixada no mínimo legal, consoante entendimento consolidado na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, razão pela qual mantenho a pena acima fixada” De fato, nos termos da Súmula 231, do STJ, “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. De igual modo, a orientação do Supremo Tribunal Federal, segundo o qual é impossível a redução da pena aquém do mínimo legal quando houver a presença de alguma circunstância atenuante (STF – RE 597270 Q0-RG, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 26/03/2009, REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-104 DIVULG 04-06-2009 PUBLIC 05-06-2009 EMENT VOL-02363-11 PP-02257 LEXSTF v. 31, n. 366, 2009, p. 445-458). Nesse sentido, os seguintes precedentes desta Colenda Corte de Justiça: (TJBA – Classe: Apelação, Número do Processo: 0000226-49.2016.8.05.0189, Relator (a): LUIZ FERNANDO LIMA, Publicado em: 04/04/2018); (TJBA – Classe: Apelação, Número do Processo: 0503908-48.2018.8.05.0103, Relator (a): ARACY LIMA BORGES, Publicado em: 12/11/2019); (TJBA – Classe: Apelação, Número do Processo: 0507184-30.2016.8.05.0080, Relator (a): INEZ MARIA BRITO SANTOS MIRANDA, Publicado em: 31/01/2020). Portanto, descabido o pleito de redução da pena aquém do mínimo previsto em abstrato, conforme reiterada jurisprudência do STF e Súmula 231 do STJ. DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 – TRÁFICO PRIVILEGIADO O juízo sentenciante afastou a benesse sob o entendimento de que “o conjunto probatório indica que este se dedica a atividades criminosas, não fazendo jus a tal benesse”. Nesse sentido, ressaltou “que os elementos constantes dos autos indicam que o réu possui ligações com o crime, fora do sistema carcerário. Em seu interrogatório perante o juízo, o réu afirmou que “obrigou a acusada a trazer a droga dizendo que se ela não trouxesse a droga não precisaria mais visitá-lo; que disse também para a denunciada que se ela não trouxesse a droga, o interrogado falaria para uns parceiros chegarem lá nela”. Ademais, embora o acusado fosse tecnicamente primário à época do fato, este respondia a processo criminal no qual lhe foram imputados os crimes de homicídio qualificado, roubo majorado e associação criminosa, nos autos da ação penal nº 0000518- 47.2013.8.05.0057, tendo sido condenado a 28 (vinte e oito) anos e 08 (oito) meses de reclusão, sendo que tal sentença transitou em julgado em 27/09/2016, conforme consta dos autos da Execução nº 0306090- 94.2017.8.05.0080. Com efeito, a referida

condenação não pode ser considerada para fins de reincidência ou maus antecedentes, todavia, deve ser ponderada para formação de convicção de que o réu se dedica a atividades criminosas. Nesse sentido, leciona o professor Renato Brasileiro, em sua obra “Legislação Criminal Especial Comentada, 8ª Edição, Editora JusPodvim, Salvador, 2020”: Conquanto não seja possível a utilização de inquéritos policiais e processos penais em curso para se concluir que o acusado tenha maus antecedentes, admite-se a utilização desse critério para se formar a 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. 11.343/06. Não se trata de avaliação de inquéritos ou processos penais para agravar a situação do réu condenado por tráfico de drogas, mas sim uma forma de se afastar um benefício legal, porquanto existentes elementos concretos para concluir que ele se dedica a atividades criminosas, sendo inquestionável que, em determinadas situações, a existência de investigações e/ou ações penais em andamento possam ser elementos aptos para formação da convicção do magistrado (BRASILEIRO, 2020, p. 1.072)”. Cumpre pontuar que, nos termos da jurisprudência do STJ (AgRg no REsp n. 1.840.109/PR, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 19/11/2019, DJe de 3/12/2019), bem como assentado no julgamento do REsp n. 1.977.027/PR, de relatoria da Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022, resolvendo 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”, o entendimento da Corte é de “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. Ressaltou-se, ainda, que “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”. Nesse contexto, embora o sentenciante entenda que a condenação definitiva por fato anterior ao crime descrito na denúncia, mas com trânsito em julgado posterior à data do ilícito penal, não configure a agravante da reincidência e os maus antecedentes, o entendimento do STJ é no sentido de que configura maus antecedentes. Assim, na hipótese, a despeito de não ter sido considerado como impedimento, o Recorrente ostenta maus antecedentes, fato que, por si só, impediria a aplicação do tráfico privilegiado por ausência de um dos requisitos previstos em lei, uma vez que “Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas e nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto” (STJ – AgRg no HC n. 752.884/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 26/8/2022). (Grifos

adicionados). No caso vertente, de forma motivada e fundamentada de acordo com o caso concreto, atento às diretrizes do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, bem como de acordo com o entendimento do STJ, considerando a existência de “prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime”, consistente no depoimento judicial do Recorrente ao afirmar que “obrigou a acusada a trazer a droga dizendo que se ela não trouxesse a droga não precisaria mais visitá-lo; que disse também para a denunciada que se ela não trouxesse a droga, o interrogado falaria para uns parceiros chegarem lá nela”, a indicar que o “réu possui ligações com o crime, fora do sistema carcerário”, além de ostentar condenação com trânsito em julgado, no curso da apuração do fato em comento, pela prática dos “crimes de homicídio qualificado, roubo majorado e associação criminosa, nos autos da ação penal nº 0000518- 47.2013.8.05.0057, tendo sido condenado a 28 (vinte e oito) anos e 08 (oito) meses de reclusão”. Portanto, o Apelante não faz juz à aplicação do tráfico privilegiado. DA ISENÇÃO DA PENA DE MULTA Não há possibilidade de afastar a condenação ao pagamento da pena de multa em face da situação de pobreza do réu, uma vez que a pena pecuniária integra o preceito sancionatório constante no tipo penal violado. Ademais, a situação econômico-financeira do Recorrente já foi levada em conta quando da fixação do valor de cada dia multa. Trata-se, portanto, de censura jurídico-penal diretamente oriunda da prática de crime, de modo que não é possível eximir-se do seu cumprimento invocando a condição econômico-financeira, que é objeto de ponderação pelo julgador quando da fixação do valor do dia-multa, como já referido. Nesse sentido, jurisprudência pacífica do STJ: “AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. (...) IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA NÃO AFASTA A IMPOSIÇÃO DE PENA DE MULTA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 6. No que tange à violação ao art. 60 do CP, “(...) nos termos do entendimento pacífico desta Corte, a impossibilidade financeira do réu não afasta a imposição da pena de multa, inexistindo previsão legal de isenção do preceito secundário do tipo penal incriminador” (HC 298.169/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, Dle 28/10/2016). Agravo regimental desprovido.” (STJ – AgRg nos Edcl no AREsp 1667363/AC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2020, Dje 09/09/2020). Ademais, inexistente previsão legal quanto a tal aspecto, ficando impossibilitado o acolhimento do pedido, sob pena de violação do Princípio Constitucional da Legalidade. Eventual dificuldade no pagamento deve ser invocada perante o Juízo da Execução Penal, que analisará as condições socioeconômicas do sentenciado, sendo resguardado o mínimo necessário ao seu próprio sustento e o de seus familiares. CONCLUSÃO Firme em tais considerações, conheço e NEGÓ PROVIMENTO ao recurso. Salvador/BA, 13 de setembro de 2022. Des. Luiz Fernando Lima – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator A10-AC