

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000331-34.2020.8.05.0225 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOSELITO GOMES MACHADO Advogado (s): RAFAEL JAMBEIRO ANDRADE SILVA DE ARAGAO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): 08 ACÓRDÃO APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRETENSÃO RECURSAL: DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. RÉU MANTIDO PRESO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. NECESSIDADE DA MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA PARA GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. RÉU REINCENTE NO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONCRETO RISCO DE REITERAÇÃO DELITIVA. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. AUSÊNCIA DE CONTEMPORANEIDADE NÃO VERIFICADA. DOSIMETRIA: PENA BASILAR FIXADA NO MÍNIMO LEGALMENTE ESTABELECIDO. RECONHECIMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA AGRAVANTE ATINENTE À REINCENTÊNCIA. INCREMENTO DA FRAÇÃO DE UM SEXTO À PENA-BASE. AUSÊNCIA DE CAUSAS DE AUMENTO OU DIMINUIÇÃO DE PENA. PROCEDIMENTO DOSIMÉTRICO QUE NÃO COMPORTA REPAROS. PENA DEFINITIVA RATIFICADA NO QUANTUM SENTENCIADO. CORRETAMENTE FIXADO O REGIME FECHADO COMO INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA, CONSIDERANDO A REINCENTÊNCIA DO APELANTE E A REPRIMENDA FIXADA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos da apelação criminal nº 8000331-34.2020.8.05.0225, da comarca de Santa Terezinha, em que figuram como recorrente Joselito Gomes Machado e recorrido o Ministério Público. Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal, do Tribunal de Justiça da Bahia, em conhecer e negar provimento ao recurso, na esteira das razões explanadas no voto do relator. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 23 de Janeiro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000331-34.2020.8.05.0225 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOSELITO GOMES MACHADO Advogado (s): RAFAEL JAMBEIRO ANDRADE SILVA DE ARAGAO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): 08 RELATÓRIO Vistos. Adoto, como próprio, o relatório constante da sentença (ID 25568525), acrescentando que foi julgada procedente a denúncia, para condenar Joselito Gomes Machado como incurso nas sanções previstas no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, aplicando-lhe a pena de 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, no regime inicial fechado, e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo legal, sendo-lhe negado o direito de recorrer em liberdade. Narra a denúncia que: "(...) Constam dos autos que no dia 10 de novembro de 2020, por volta das 18hrs40min, na Rua Dois de Julho, no município de Itatim/BA, o denunciado foi preso em flagrante por uma guarnição da Polícia Militar estando de posse de 01 (um) tablete da droga conhecida como "maconha" pesando cerca de 150g (cento e cinquenta gramas) a ser repartido para efetuar a venda, além 08 (oito) pino vazios comumente usados para a venda de "cocaína". Segundo o apuratório, no dia e local dos fatos a polícia militar estava realizando rondas no local, quando avistaram o denunciado em atitude suspeita e ao procederam a abordagem do mesmo foi encontrado no bolso direito de sua bermuda, um saco contendo o entorpecente descrito em epigrafe. Cumpre destacar ainda que o denunciado possui antecedentes criminais da prática de tráfico de drogas e se encontrava em gozo de liberdade provisória. Desta maneira, estando o denunciado incurso na pena do art. 33, caput, Lei nº 11.343/2006, pede

esta Promotoria de Justiça a sua condenação, requerendo, após o recebimento da exordial, a sua citação para oferecimento de defesa, devendo ser o mesmo processado e condenada ao final, ouvindo-se as testemunhas abaixo arroladas. (...)” sic (ID 25568425 – PJE 1º grau) Inconformado com o r. decismum, a defesa interpôs recurso de apelação (ID 25568537), com suas respectivas razões (31730116), pleiteando apenas a concessão do direito de recorrer em liberdade. O Órgão Ministerial apresentou suas contrarrazões (ID 31730118), nas quais requereu, em sede de preliminar, o não conhecimento do apelo, diante da ausência de motivação, manifestando-se, no mérito, pelo não provimento do recurso interposto, com a consequente manutenção da prisão do recorrente. A Procuradoria de Justiça (ID 32404907), manifestou-se pelo não conhecimento do recurso de Apelação, pugnando, no mérito, pelo seu improvimento. É o relatório. Salvador, 14 de dezembro de 2022. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000331-34.2020.8.05.0225 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: JOSELITO GOMES MACHADO Advogado (s): RAFAEL JAMBEIRO ANDRADE SILVA DE ARAGAO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): 08 VOTO Vistos. O Ministério Público, em suas contrarrazões, arguiu preliminar, pugnando pelo não conhecimento do apelo, argumentando que “o recurso interposto não obedece ao pressuposto legal da motivação”. Dispõe o art. 932, III, do CPC, aplicável subsidiariamente ao Processo Penal, que: “Art. 932. Incumbe ao relator: (...) III – não conhecer de recurso inadmissível, prejudicado ou que não tenha impugnado especificamente os fundamentos da decisão recorrida;” (g.n) Sobre o tema, importante a lição do doutrinador Renato Brasileiro de Lima: “Por conta do princípio da dialeticidade, a petição de um recurso deve conter os fundamentos de fato e de direito que embasam o inconformismo do recorrente. O recurso deve, portanto, ser dialético, discursivo, ou seja, incumbe ao recorrente declinar os fundamentos do pedido de reexame da decisão impugnada, pois somente assim poderá a parte contrária apresentar suas contrarrazões, respeitando-se o contraditório em matéria recursal. Destarte, em virtude desse princípio, exige-se do recorrente a exposição da fundamentação recursal (causa de pedir: error in judicando e error in procedendo) e do pedido, que poderá ser de reforma, invalidação, integração ou esclarecimento da decisão impugnada. Por isso, há de se considerar nulo o julgamento de recurso de apelação da defesa manifestado pôr termo na hipótese em que as razões não são apresentadas, a despeito do pedido formulado para juntada destas na instância superior, nos termos do art. 600, § 4º, do CPP, porquanto é inadmissível que um recurso seja apreciado pelo juízo ad quem sem que se apresentem as razões (ou contrarrazões da defesa). Dois são os fundamentos do princípio da dialeticidade: a) permitir que a parte contrária possa elaborar suas contrarrazões; b) fixar os limites de atuação do Tribunal na apreciação do recurso [...]”. (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de processo penal: volume único. 6 ed. rev. Ampl e atual. Salvador: Ed. JusPodivm, 2018, p. 1671-1672) (g.n) Contudo, em que pese não tenha o recorrente se insurgido contra a condenação e penalidades a ele impostas, o pleito de concessão do direito recorrer em liberdade não se mostra dissociado da matéria decidida na sentença, uma vez que tal direito fora-lhe negado, quando da prolação do édito condenatório. Assim, verifica-se que a controvérsia fora firmada dentro dos limites estabelecidos na sentença, permitindo a elaboração das contrarrazões e fixando os limites de atuação deste Egrégio Tribunal.

Desse modo, uma vez que se encontram presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, dele conheço, rejeitando, por conseguinte, a preliminar ministerial. Passa-se à análise dos argumentos deduzidos no apelo. I. DA MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS. Em que pese não tenha sido objeto do recurso, não é demais reforçar que, no que tange à autoria e materialidade do crime imputado ao apelante, verifica-se patente nos autos a existência de lastro probatório apto a deferir o pedido da acusação, conforme se infere dos depoimentos das testemunhas de acusação prestados em juízo, assim como das demais provas colhidas na fase policial, tais como, o Auto de Prisão em Flagrante (ID 25568423 – pág. 02), Boletim de Ocorrência (ID 25568423 – pág. 03/04), Recibo de Entrega do Preso (ID 25568423 – pág. 07) o Auto de Exibição e Apreensão (ID 25568423 – pág. 08), Auto de Constatação Prévia (ID 25568423 – pág. 09) e o Laudo Pericial Definitivo (ID 25568441), que comprova o caráter ilícito da substância apreendida. Destarte, ratifico a condenação do apelante pela prática do crime de tráfico de entorpecentes. Feito isso, procedo à análise da pretensão recursal. II. DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. Em suas razões recursais, pleiteia o réu a concessão do direito de recorrer em liberdade, arguindo para tanto a “desnecessidade da manutenção da prisão preventiva ante a inequívoca insubsistência dos requisitos autorizadores da ultima ratio, mais especificamente no que tange a garantia da ordem pública e a consequente presunção de reiteração delitiva”, bem como ante a ausência de contemporaneidade. É sabido que, diante do direito fundamental da presunção de inocência ou da não-culpabilidade, insculpido no art. 5º, inciso LVII, da CF/88, tem-se como regra geral que o réu/indiciado aguarde em liberdade o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. De outro lado, porém, a ordem jurídica pátria, conforme leciona autorizada doutrina, permite que a liberdade do réu ou indiciado seja constricta, por razões de necessidade, desde que sejam respeitados os requisitos previstos em lei (NUCCI, 2020). A prisão preventiva encontra-se inserida nesse contexto e constitui como espécie de medida cautelar de segregação da liberdade, que deve ser decretada sempre que estiverem preenchidos os requisitos legais (art. 313, do CPP), ocorrerem os motivos autorizadores constantes no art. 312, do CPP, e desde que se revelem insuficientes as medidas cautelares diversas da prisão. Nesse panorama, insurge-se o réu contra a manutenção da prisão preventiva na sentença condenatória, que tratou do assunto nos termos abaixo transcritos: “(...) O réu respondeu ao processo preso. Ao que consta, o delito foi cometido em momento no qual o réu já se beneficiava da liberdade, a despeito da prévia condenação pelo crime de tráfico privilegiado. A superveniência desta sentença condenatória, aliada à reiteração delitiva que se verifica, impõe que se mantenha a prisão preventiva como garantia da ordem pública, pois a prova da existência do crime e a autoria ficaram cabalmente comprovadas e o estado de liberdade do réu, conforme demonstrou a acusação, se revela em perigo concreto e contemporâneo, como já demonstrou o réu por ocasião da prisão em flagrante que levou a esta ação penal. Portanto, na forma prevista no art. 387, § 1º, do CPP, INDEFIRO o direito de o réu recorrer em liberdade. (...)” sic (ID 25568525) (g.n) A prisão preventiva necessita de prova da existência do crime, indícios suficientes de autoria e, pelo menos, um dos elementos constantes no artigo 312 do CPP, o que restou devidamente demonstrado no caso dos autos em análise. Como visto alhures, restou cabalmente comprovada a materialidade e autoria delitiva, tanto é que sobre tais circunstância sequer se insurgiu o recorrente. Gize-se o réu é reincidente, pois ostenta condenação transitada em julgado pela

prática do crime de tráfico de entorpecentes, nos autos da ação penal n.º 0000029-83.2016.805.0225, além de figurar como réu em outra ação penal em tramitação, tombada sob o número 0000041-58.2020.8.05.0225, pela prática dos crimes de porte ilegal de arma de fogo de uso permitido e tráfico de entorpecentes. Curial ressaltar que no momento da prisão o réu encontrava-se em liberdade provisória, em razão de decisão que revogou a prisão preventiva decretada no processo 0000041-58.2020.8.05.0225, por ter se contaminado com o vírus causador da COVID-19. Assim, confirmada a prática de outro crime de tráfico pelo Apelante, com a prolação do édito condenatório destes autos, e diante do concreto risco de reiteração delitiva, mostra-se imprescindível a manutenção da sua segregação cautelar para preservação da ordem pública, sobretudo quando permaneceu ele preso preventivamente durante toda a instrução processual. Nesse sentido, é o entendimento do STJ: “[...] A manutenção de custódia cautelar ganha reforço com a prolação de sentença condenatória que não concede a paciente que ficou preso durante toda a instrução processual o direito de recorrer em liberdade, por subsistirem as circunstâncias que justificaram a decretação da prisão preventiva”. (AgRg no HC 612.972/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 28/06/2021). (g.n) Por fim, a alegação de ausência de contemporaneidade não deve prosperar, uma vez que a sua aferição não está restrita ao critério cronológico, mas sim a verificação da necessidade da prisão preventiva no momento de sua decretação/manutenção, ainda que o fato criminoso tenha ocorrido em período pretérito, permanecendo hígida desde que se encontrem preenchidos os pressupostos e requisitos legais, como no caso em comento. III. DOSIMETRIA A dosimetria da pena é matéria de ordem pública, que diz respeito ao direito de liberdade do acusado, podendo, em razão disso, ser conhecida a qualquer tempo e em qualquer grau de jurisdição, cumprindo observar ainda o efeito devolutivo amplo do recurso de apelação. No tocante à fixação da pena do acusado, o juiz primevo, após proceder à análise das circunstâncias judiciais, assim fundamentou a sentença condenatória: “(...) Quadra pontuar que incide, no presente caso, a agravante da reincidência (art. 61, inciso I, do Código Penal). Ao que consta, o fato ora julgado foi praticado em 10 de novembro de 2020. Segundo consta do DIÁRIO DA JUSTIÇA ELETRÔNICO – n. 1.762 – Disponibilização: quarta-feira, 5 de outubro de 2016, o réu foi condenado nos seguintes termos: “Diante do exposto, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTE a acusação para ABSOLVER o réu JOSELITO GOMES MACHADO do delito descrito no artigo 29, § 1º, III da Lei nº 9.605/98, com fundamento artigo 386, inciso VII, do CPP, e CONDENÁ-LO pela prática do crime descrito no artigo 33, caput combinado com § 4º ambos da Lei nº 11.343/06.” Em consulta ao sistema SAIPRO, desta Comarca, verifico que transitou em julgado a sentença penal condenatória em 28/11/2017. Portanto, à data do fato ora julgado, o réu se caracterizava como reincidente. A reincidência, aliás, impede a aplicabilidade da figura privilegiada do tráfico (art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006: “§ 4º. 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”). Isso não significa bis in idem. A reincidência, de fato, produz dois efeitos, mas um diz respeito à tipicidade e, outro, à dosimetria. Não há, pois, a produção de efeitos múltiplos sobre a dosimetria, o que é exigido para caracterizar o bis in idem. DISPOSITIVO. Portanto, na forma dos arts. 381 e 387 do Código de

Processo Penal, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva do Estado e CONDENO o réu JOSELITO GOMES MACHADO como incurso nas penas previstas no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. DOSIMETRIA. Atento às disposições do art. 5º, XLVI, da CRFB/1988, bem como ao art. 68 do Código Penal, passo à dosimetria. No tocante à culpabilidade, a considero normal à espécie, não havendo circunstância judicial negativa para ser valorada. Quanto aos antecedentes, pontuo que a reincidência será valorada na fase adequada da dosimetria, qual seja, a segunda. A respeito da conduta social e da personalidade do agente, não vejo circunstâncias judiciais negativas. No que concerne aos motivos, às circunstâncias e às conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, não há o que valorar. Fixo, pois, a pena-base em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, ou seja, em seu mínimo legal (art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006). Não verifico atenuantes. Verifico a agravante da reincidência, conforme pontuei na fundamentação (art. 61, inciso I, do Código Penal). Portanto, agravo a pena na fração de 1/6 (um sexto), resultando em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Não verifico causas de diminuição, tampouco causas de aumento de pena. Assim, torno definitiva a pena em 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa. Fixo o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo do fato, pois faltam informações conducentes à conclusão de que ao réu seria razoável impor multa em patamar superior ao mínimo legal (art. 49, § 1º, do Código Penal). Considerando que o réu se encontra preso desde 10 de novembro de 2020 (portanto, há um ano, um mês e sete dias conforme a data desta sentença), segundo a regra contida no art. 387, § 2º, do CPP, atento ao patamar da pena definitiva, atento à reincidência do condenado por crime comum (tráfico privilegiado), segundo os parâmetros estabelecidos no art. 33, § 2º, do Código Penal, fixo o REGIME INICIAL FECHADO para o cumprimento de pena. Embora favoráveis as circunstâncias judiciais, o patamar da pena definitiva impede a adoção do regime semiaberto (Súmula 269-STJ). Neste ponto, é fundamental asseverar que, segundo assente orientação da jurisprudência das Cortes Superiores, o tráfico, na sua figura privilegiada, NÃO é crime hediondo. Além disso, é preciso considerar que, recentemente, o Supremo Tribunal Federal decidiu (ARE 1.327.963) que: "Tendo em vista a legalidade e a taxatividade da norma penal (artigo 5º, XXXIX, CF), a alteração promovida pela Lei 13.964/2019 no artigo 112 da LEP não autoriza a incidência do percentual de 60% (inciso VII) aos condenados reincidentes não específicos para o fim de progressão de regime. Diante da omissão legislativa, impõe-se a analogia in bonam partem, para aplicação, inclusive retroativa, do inciso V do artigo 112 da LEP (lapso temporal de 40%) ao condenado por crime hediondo ou equiparado sem resultado morte reincidente não específico". Portanto, a omissão deve ser interpretada de forma mais benéfica ao réu. Inaplicáveis as medidas previstas nos arts. 44 e 77 do Código Penal. (...)" sic (ID 25568525) Verifica-se, pois, que o Juízo a quo fixou as penas basilares nos valores mínimos legalmente estabelecidos. Na segunda fase da dosimetria, tendo sido reconhecida, acertadamente, a agravante da reincidência, conforme se comprova pela certidão adunada aos autos (ID 25568466), de forma escoreita fora acrescida à pena-base a fração de 1/6 (um sexto). Na terceira fase da dosimetria, não fora verificada nenhuma causa de diminuição ou aumento de pena. Desse modo, o quantitativo das penas aplicadas ao Apelante restou, definitivamente, fixado em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, e ao pagamento de 583 (quinhentos e

oitenta e três) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente por ocasião dos fatos, não havendo reparo a ser feito. Por derradeiro, considerando o quantum da pena privativa de liberdade imposta e sendo o réu reincidente, escorreita a fixação do regime fechado como o inicial de cumprimento da reprimenda. Em se tratando de recurso exclusivamente defensivo, não há correções que possam ser feitas no procedimento dosimétrico adotado pelo Juízo sentenciante. IV. CONCLUSÃO Destarte, voto no sentido de conhecer da apelação, negando-lhe provimento. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE 2.º GRAU – RELATOR