

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0531038-62.2017.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Robson Guimarães Barros Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06) E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PROIBIDO (ART. 14, DA LEI Nº 10.826/003). RECURSO ANTERIORMENTE JULGADO POR ESTA TURMA, EM 12.05.2020, NO QUAL NEGOU-SE PROVIMENTO À UNANIMIDADE. DETERMINAÇÃO DO STJ PARA QUE PROCEDA NOVA DOSIMETRIA DA PENA, DE MODO A SER APLICADA A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. RÉU QUE POSSUÍA UMA CONDENAÇÃO TRANSITADA EM JULGADO À ÉPOCA DA SENTENÇA – INFORMAÇÃO QUE NÃO CONSTOU EXPRESSAMENTE NO ACÓRDÃO INVECTIVADO – INVIÁVEL A APLICAÇÃO DO REDUTOR PRETENDIDO – EXISTÊNCIA DE MAUS ANTECEDENTES – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. ACÓRDÃO MANTIDO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Trata-se de determinação do C. Superior Tribunal de Justiça que deu provimento ao recurso especial interposto pela Defesa de Robson Guimarães Barros para determinar “o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que refaça a dosimetria da pena, com a aplicação da causa especial de diminuição de pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, como entender de direito, nos termos da fundamentação acima declinada.” 2. Em sessão de julgamento realizada no dia 12.05.2020, esta Turma julgadora, sob a relatoria desta Magistrada, negou provimento ao apelo interposto por Robson Guimarães Barros e manteve a pena imposta na sentença recorrida, de 07 (sete) anos de reclusão, no regime semiaberto, e 510 (quinhentos e dez) dias-multa, pela prática dos crimes previstos no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 e art. 14, da Lei nº 10.826/03. 3. Apesar de não ter constado no acórdão invecivado, expressamente, que o Réu era possuidor de maus antecedentes, porquanto possuía contra si uma sentença penal transitada em julgado, este fato obsta, efetivamente, a benesse pretendida. Evidenciados, pois, os maus antecedentes do Recorrente, inviável é a incidência do tráfico privilegiado, pois ausentes os requisitos exigidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Isso porque, na esteira do dispositivo legal ora referido, a benesse será concedida na proporção de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando o agente é primário, tem bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, devendo preencher esses requisitos de forma cumulada, circunstâncias que não se verificam no caso concreto. 4. Pontue-se que, aqui não se está inovando para deixar de cumprir a ordem superior, mas esclarecendo as razões que, em consonância com o entendimento jurisprudencial, não permitiram aplicar a respectiva causa de diminuição da pena, pois no decisor combatido não foram explicitados, de forma cristalina, os motivos da negativa da benesse, como ora faço neste julgado. ACORDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0531038-62.2017.8.05.0001, da Comarca de Salvador, sendo Apelante Robson Guimarães Barros e, Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em conhecer do recurso e, em reexame, negar-lhe provimento, mantendo-se o acórdão proferido por esta Turma em 12.05.2020, com os acréscimos realizados nesta decisão, nos termos do voto da Relatora. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 12 de Junho de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0531038-62.2017.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Robson Guimarães Barros Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ALB/03 RELATÓRIO Trata-se de determinação do C. Superior Tribunal de Justiça que deu provimento ao recurso especial interposto pela Defesa de Robson Guimarães Barros para determinar “o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que refaça a dosimetria da pena, com a aplicação da causa especial de diminuição de pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, como entender de direito, nos termos da fundamentação acima declinada” (ID 42397572). Em sessão de julgamento realizada no dia 12.05.2020, esta Turma julgadora, sob a relatoria desta Magistrada, negou provimento ao apelo interposto por Robson Guimarães Barros e manteve a pena imposta a ele na sentença recorrida, consoante ementa a seguir transcrita: “APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DA DEFESA. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PROIBIDO (ART. 33, DA LEI Nº 11.343/06 E 14 DA LEI Nº 10.826/2003). PEDIDO DE RECORRER EM LIBERDADE. NÃO CONHECIMENTO. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA ART. 28. SENTENÇA AMPARADA NA PROVA DOS AUTOS. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS APTOS A ENSEJAR PROLAÇÃO DE ÉDITO CONDENATORIO. INVIABILIDADE. PLEITO DE APLICAÇÃO DO PORT DE ARMA COMO CAUSA DE AUMENTO ESPECIAL DO ART. 40, IV DA LEI DE DROGAS. CRIMES AUTÔNOMOS. IMPOSSIBILIDADE. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA ( § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06). CONDENAÇÃO ANTERIOR PELO MESMO DELITO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA QUE IMPEDE A CONCESSÃO. IMPOSSIBILIDADE. PLEITO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO.” (ID 22404633). Em face do referido acórdão, o Ministério Público opôs embargos de declaração, sendo o recurso acolhido parcialmente, para reconhecer a contradição pontuada sem, contudo, modificar o aresto combatido, em sessão de julgamento realizada em 03.08.2021 (ID 22404648). Insatisfeita, a Defesa interpôs Recurso Especial, pleiteando a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, com a consequente modificação do regime inicial e a substituição por pena restritiva de direitos ou eventual sursis, bem como o afastamento do concurso material de crimes, fazendo incidir a majorante prevista no art. 40, IV, do mesmo diploma legal (ID 22404656). O respectivo recurso não fora admitido pela 2ª Vice-Presidência (ID 32806356). Ainda irresignada, a Defesa interpôs Agravo em Recurso Especial (ID 33516493). Remetidos os autos ao Tribunal da Cidadania, este deu parcial provimento ao recurso, com a determinação da modificação da dosimetria da pena por esta Corte (ID 40971804). É o relatório, que submeto à apreciação do Desembargador Revisor. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0531038-62.2017.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Robson Guimarães Barros Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ALB/03 VOTO Conforme relatado, trata-se de determinação do Superior Tribunal de Justiça que deu provimento ao recurso especial interposto pela Defesa de Robson Guimarães Barros para determinar “o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que refaça a dosimetria da pena, com a aplicação da causa especial de diminuição de pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, como entender de direito, nos termos da fundamentação acima declinada” (ID 42397572). Para melhor compreensão, transcreve-se o capítulo do acórdão que analisou a pena imposta ao Réu: “IV – DA DOSIMETRIA DA PENA Do exame dos autos, evidencia-se que a reprimenda imposta ao Apelante foi adequada

e proporcional, não comportando reparo, porquanto em consonância com critérios definidos em lei, nos termos dos arts. 59 e 68, ambos do Código Penal. O pleito da Defesa no sentido de que seja aplicada a atenuante da confissão, de modo a fixar a pena aquém do mínimo legal, não merece guarida. É que a matéria em debate já foi apreciada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário nº 597270/RS, com efeitos decorrentes da aplicação do regime de repercussão geral na questão de ordem, assegurando às instâncias do Poder Judiciário aplicá-la em processos similares, cuja exegese não abala o teor dos arts. 65 e 68, caput, ambos do CP, tampouco o princípio da individualização da pena, senão vejamos: "AÇÃO PENAL. Sentença. Condenação. Pena privativa de liberdade. Fixação abaixo do mínimo legal. Inadmissibilidade. Existência apenas de atenuante ou atenuantes genéricas, não de causa especial de redução. Aplicação da pena mínima. Jurisprudência reafirmada, repercussão geral reconhecida e recurso extraordinário improvido. Aplicação do art. 543-B, 3º, do CPC. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. (RE 597270 RG-Q0, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, julgado em 26/03/2009, 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)". (grifo nosso). Dessa forma, descabido o pleito defensivo, tendo o Magistrado de primeiro grau decidido a questão acertadamente. Ademais, quanto à minorante do Tráfico Privilegiado, com efeito não se afigura possível sua incidência no caso em comento, justamente à vista das razões consignadas pelo Juiz singular no Édito obliterado, considerando que o Apelante já foi condenado em outro processo criminal pelo mesmo crime, motivo pelo qual o Réu não reúne os requisitos necessários à incidência da causa de diminuição. O entendimento majoritário da jurisprudência pátria é que ações penais em curso impedem o reconhecimento do tráfico privilegiado, pois sinalizam a dedicação criminosa do Acusado. Neste sentido o seguinte julgado: APELAÇÃO-CRIME. PENAL. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33 DA LEI N.º 11.343/2006. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSIÇÃO DAS PENAS DE 06 ANOS E 06 MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL FECHADO, E DE 660 DIAS-MULTA, CADA UM NO VALOR MÍNIMO LEGAL. APELO DEFENSIVO. [...] PLEITO DE RECONHECIMENTO DA FIGURA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. [c] PRIVILÉGIO QUE DEVE SER RECONHECIDO EXCEPCIONALMENTE, EM CASOS CUJAS CIRCUNSTÂNCIAS SEJAM DE MENOR GRAVIDADE JUSTAMENTE POR NÃO OFENDER INTENSAMENTE O BEM JURÍDICO TUTELADO DA SAÚDE PÚBLICA. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. ELEMENTOS QUE APONTAM A DEDICAÇÃO DO RÉU A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGISTRO DE OUTRAS AÇÕES PENAIS EM CURSO. LINHA INTELECTIVA FIRMADA PELA SEÇÃO CRIMINAL DESTES TRIBUNAL DE JUSTIÇA. [...] (Apelação: 0503700-21.2014.8.05.0001, Relatora: Ivone Bessa Ramos, Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma, Publicado em: 19/12/2017) (TJ-BA – APL: 05037002120148050001, Relator: Ivone Bessa Ramos, Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma, Data de Publicação: 19/12/2017) Em relação à pena pecuniária, mantenho 510 (quinhentos dez) dias-multa, equivalente a este na fração de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo, à época dos fatos, para guardar proporcionalidade com a pena de reclusão aplicada." (ID 22404633). Nota-se, portanto, que fora negado ao Réu a aplicação do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006), haja vista que este possuía uma condenação em seu desfavor, pela prática do mesmo crime. Com efeito, em que pese não ter constado no acórdão invectivado, expressamente, que o Réu era possuidor de maus antecedentes, porquanto possuía contra si uma sentença penal transitada em julgado, tenho que este fato obsta, efetivamente, a benesse pretendida. Isso

porque, é sabido o atual entendimento da jurisprudência das Cortes Superiores, no sentido de que, em regra, inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem fundamentação idônea apta a respaldar o não reconhecimento do tráfico privilegiado. Neste sentido, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no dia 10.08.2022, sob o rito dos recursos especiais repetitivos (Tema 1.139), no Resp 1977027/PR e Resp 1977180/PR, estabeleceu a tese de que é vedada a utilização de inquéritos ou ações penais em curso para impedir a aplicação da redução de pena pela configuração do chamado tráfico privilegiado (artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006). Sucede que, na hipótese, o fato ocorreu em 15.05.2017 e a sentença condenatória fora proferida em 07.03.2019 (ID 149490584 – PJe 1º grau). Lado outro, o decisum prolatado nos autos da ação penal de nº 0518333-37.2014.8.05.0001, que condenou o Réu pela prática do crime de tráfico de drogas (art. 33, caput, do CP), transitou em julgado em 20.06.2017, conforme se verifica no sistema e-SAJ do 1º grau. Logo, conclui-se que o Réu possui maus antecedentes e, por isso, não faz jus ao benefício pleiteado. Acerca da existência de antecedentes criminais, Rogério Sanches Cunha[1] leciona que “Somente as condenações definitivas que não caracterizam a agravante da reincidência (arts. 61, I, e 63, ambos do CP), seja pelo decurso do prazo de 5 anos após o cumprimento ou extinção da pena (art. 64, I, CP), seja pela condenação anterior por crime militar próprio ou político (art. 64, II), seja pelo fato de o novo crime ter sido cometido antes da condenação definitiva por outro delito”. No mesmo sentido, já decidiu o Tribunal da Cidadania: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 289, § 1º, DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL. MAUS ANTECEDENTES. IMPUGNAÇÃO. INOVAÇÃO RECURSAL. REGIME SEMIABERTO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. NEGATIVA DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] 2. Ainda que assim não fosse, o conceito de maus antecedentes, por ser mais amplo, abrange não apenas as condenações definitivas por fatos anteriores cujo trânsito em julgado ocorreu antes da prática do delito em apuração, mas também aquelas transitadas em julgado no curso da respectiva ação penal, além das condenações transitadas em julgado há mais de cinco anos, as quais também não induzem reincidência, mas servem como maus antecedentes (HC 337.068/SP, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe de 28/6/2016). 3. O regime mais gravoso e a negativa de substituição da pena foram negados, porquanto, além de ostentar maus antecedentes, o presente processo permaneceu suspenso por mais de dez anos, sendo apenas retomado diante de sua custódia no Centro de Detenção Provisória. 4. Agrado regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.143.163/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 28/11/2022 – grifos nossos). Convém ressaltar que, já constava nos autos do presente processo, disponíveis no 1º grau, a folha de antecedentes criminais do Réu, pontuando que a ação penal de nº 0518333-37.2014.8.05.0001 estava julgada, conforme se verifica no ID 149490380, no PJe do 1º grau. Vejamos: Assim, evidenciado o registro dos maus antecedentes em desfavor do Recorrente, inviável a incidência do tráfico privilegiado, pois ausentes os requisitos exigidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Isso porque, na esteira do dispositivo legal ora referido, a benesse será concedida na proporção de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), quando o agente é primário, tem bons antecedentes, não se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa, devendo preencher esses requisitos de forma cumulada, circunstâncias que não se verificam no caso concreto. Neste sentido, confira-se: AGRADO

REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. LEGISLAÇÃO EXTRAVAGANTE. TRÁFICO DE DROGAS (43 G DE COCAÍNA E 333 G DE MACONHA). POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. MAUS ANTECEDENTES. TRÂNSITO EM JULGADO HÁ MAIS DE 5 ANOS. CONFIGURAÇÃO. PRECEDENTES DE AMBAS AS TURMAS. UTILIZAÇÃO DOS MAUS ANTECEDENTES PARA MAJORAR A PENA-BASE E PARA VEDAR O RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. Na análise das circunstâncias judiciais, assim pronunciou-se o magistrado singular: o réu registra antecedentes criminais, como consta da certidão de fls. 421/422, possuindo uma condenação transitada em julgado, já extinto o cumprimento da pena. 2. O Tribunal de origem reconheceu que, em consulta ao Sistema informatizado deste Tribunal – referente à Certidão de Antecedentes Criminais atualizada do réu, em que pese possua sentença condenatória pelo crime de furto (Processo n. 121/2.06.0000041-5), com decisão transitada em julgado, houve a extinção ou cumprimento da pena em 10/4/2012, há mais de 5 anos e, portanto, não podendo assim ser utilizado como maus antecedentes. [...] 6. Em conformidade com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, reconhecidos os maus antecedentes do agente, não se admite a aplicação da mencionada benesse, porquanto ausente o preenchimento dos requisitos legais. A utilização de tal vetor concomitantemente na primeira e na terceira fase da dosimetria não enseja bis in idem (HC n. 419.989/PR, Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 25/4/2018). 7. Não há como aplicar a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, haja vista a vedação expressa da concessão desse benefício aos acusados possuidores de maus antecedentes (AgRg no HC n. 700.776/SP, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 23/11/2021). 8. Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.953.906/RS, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 15/3/2022, DJe de 23/3/2022 – grifos nossos) Deste modo, considerando que o Réu possuía uma condenação criminal transitada em julgado à época da sentença e, portanto, era possuidor de maus antecedentes, mas que essa notícia não havia sido explicitada no voto desta Relatora, deixo de cumprir na íntegra a decisão proferida pelo Sr. Ministro Messod Azulay Neto para, em consonância com a jurisprudência do Tribunal da Cidadania, negar a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas. Registro, ainda, que aqui não se está inovando para deixar de cumprir a ordem superior, mas esclarecendo as razões que, em consonância com o entendimento jurisprudencial, não permitiram aplicar a respectiva causa de diminuição da pena, pois, repita-se, no decurso combatido não foram explicitados, de forma cristalina, os motivos da negativa da benesse, como ora faço neste julgado. Ante o exposto, em reexame, voto no sentido de conhecer e negar provimento ao recurso de apelação, mantendo-se o acórdão proferido por esta Turma, com os acréscimos realizados nesta decisão. Des. Aracy Lima Borges Relatora [1] CUNHA, Rogério Sanches. Manual de Direito Penal: parte geral. 10ª ed. Rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2021. p. 545.