

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700152-52.2021.8.05.0229 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: RICARDO SILVA SANTOS Advogado (s): LUIZ ALMIRO DA SILVA SANTANA, LORENA SILVA DE OLIVEIRA SANTOS, REBECA SILVA DE OLIVEIRA SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA ACORDÃO APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA INCONTROVERSAS. DOSIMETRIA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. TEMA 1139, DO STJ. AÇÃO PENAL EM CURSO. RECONHECIMENTO DO REDUTOR, NA FRAÇÃO MÁXIMA. DOSIMETRIA REDIMENSIONADA. PENA DE MULTA RECALCULADA. REGIME MODIFICADO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITO DEFERIDA. CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Tráfico de Drogas. Autoria e Materialidade incontroversas. Dosimetria. Pena base no mínimo legal, com manutenção na segunda fase. Inteligência da Súmula n.º 231, do STJ. 2. Na terceira fase, o Superior Tribunal de Justiça, firmou, no Tema Repetitivo de nº 1139, a tese de que “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.”. 3. Portanto, no caso em concreto, sendo o fundamento da negativa da concessão do privilégio a existência de ação penal em curso, bem como inexistindo nos autos de outros elementos idôneos capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, 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, necessário o redimensionamento da pena na terceira fase, impondo-se a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), fixando a pena em 01 (um) ano e 08 (oito) meses, tornando-a definitiva, em regime inicialmente aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. 4. Em observância ao princípio da proporcionalidade, a pena de multa deve guardar simetria com a reprimenda corporal e ser dosada fase por fase, motivo pelo qual há de ser estabilizada no patamar de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente na data do delito. 5. Por fim, atento aos critérios do art. 44 do CPB, mostra-se adequada a substituição da pena corporal por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, o qual também deverá analisar possível detração da pena. 6. Em face da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, não subsiste justificativa para a negativa ao réu do direito a recurso em liberdade, tornando-se imperativo revogar sua prisão preventiva, inclusive atribuindo-se ao presente decisum força de alvará de soltura. 7. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, para aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços), fixando a pena definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, determinando, de logo, a expedição de alvará de soltura em seu favor, caso por ela se encontre recolhido. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação n.º 0700152-52.2021.8.05.0229, em que figuram, como Apelante, RICARDO SILVA SANTOS e, como Apelado, o Ministério Público da Bahia, ACORDAM os Desembargadores componentes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto condutor, adiante registrado.

DES. ABELARDO PAULO DA MATTA NETO PRESIDENTE / RELATOR PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 31 de Outubro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700152-52.2021.8.05.0229 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: RICARDO SILVA SANTOS Advogado (s): LUIZ ALMIRO DA SILVA SANTANA, LORENA SILVA DE OLIVEIRA SANTOS, REBECA SILVA DE OLIVEIRA SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA RELATÓRIO RICARDO SILVA SANTOS interpôs recurso de apelação contra a sentença penal condenatória prolatada pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Santo Antônio de Jesus, condenando-o como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, à pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, sendo o valor de cada dia multa fixado em 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato, negando ao réu o direito de recorrer em liberdade. De proêmio, em prestígio aos preceitos da celeridade, da eficiência e da economia processual, e tendo em vista ali se externar suficientemente, no que relevante, a realidade da marcha processual até então desenvolvida, adota-se o relatório da sentença de ID 40765875, a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto. Irresignado, o Acusado interpôs apelação, por cujas razões pugna pela reforma da sentença, para tanto postulando a redução da pena de multa para 10 (dez) dias multa e reconhecimento do privilégio previsto no § 4º, do art. 33, Lei n.º 11.343/2002, na fração máxima, com alteração do regime inicial de cumprimento de pena para o aberto ou domiciliar, com destaque de não haver estabelecimento prisional na cidade de residência do réu (ID 40765885 e 43442587). O Ministério Público apresentou contrarrazões pugnando pela integral manutenção do decisor (ID 45768396). A Procuradoria de Justiça ofertou parecer, pelo "CONHECIMENTO do Apelo interposto e, no mérito, pelo PROVIMENTO PARCIAL, apenas para aplicar o privilégio previsto no parágrafo 4º, artigo 33 da Lei 11.343/06, no patamar mínimo de 1/6 e fixar o regime inicial de cumprimento da pena em aberto; mantendo-se o decisor em seus demais termos." (ID 50488519). Retornando-me os autos à conclusão, constatada a ausência de diligências pendentes, neles lancei a presente sinopse, submetendo-a à Eminente Revisão. É o suficiente a relatar. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma 8 Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0700152-52.2021.8.05.0229 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: RICARDO SILVA SANTOS Advogado (s): LUIZ ALMIRO DA SILVA SANTANA, LORENA SILVA DE OLIVEIRA SANTOS, REBECA SILVA DE OLIVEIRA SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA VOTO Ao exame dos autos, deflui-se cuidar-se de Apelação Criminal manifestada contra sentença condenatória proferida por Juiz singular, revelando-se, à luz do art. 593, I, do Código de Processo Penal, patente a adequação da modalidade recursal à hipótese em que utilizada. O recurso foi interposto no prazo legal, com observância das formalidades a ele inerentes, tornando, portanto, imperativa a sua análise. Ab initio, deve-se consignar que o inconformismo abrigado no recurso não controverte materialidade e a autoria do fato. O exame dos autos digitais revela que, em suas razões, o Apelante inicialmente centra seu inconformismo no capítulo atinente à dosimetria da pena. Na hipótese dos fólhos, extrai-se dos autos virtuais que o Magistrado de origem, na primeira fase, fixou a pena-base no mínimo legal e 05 (cinco) anos de reclusão e 500 dias-multa, o que se ratifica.

Na segunda fase, foram reconhecidas atenuantes (art. 65, I, do CP – menor de 21 anos), contudo restou inviável a redução da reprimenda para aquém do mínimo legal, diante do disposto na Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, cuja elisão de incidência não encontra qualquer amparo objetivo. "Súmula 231 | STJ: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal." Não subsiste razão para o afastamento do entendimento sumular, tendo em vista que consolidado a partir das objetivas diretrizes do sistema trifásico de fixação da pena, pelo qual, salvo na presença de causas específicas de aumento ou de diminuição (terceira fase), a reprimenda não pode extrapolar os limites mínimo e máximo fixados pelo legislador. Com efeito, admitir que a pena intermediária possa ser estabelecida aquém do mínimo legal, pela incidência de atenuante, conduz à igual permissão a que, caso presentes todas as vetoriais do art. 59 do Código Penal em desfavor do réu, com a basilar fixada no máximo legal, uma agravante (CP, art. 61) a conduza para além desse limite, o que não encontra sequer discussão acerca de sua inadmissibilidade. Registre-se, inclusive, que o entendimento não se resume à Súmula 231 da Superior Corte de Justiça, sendo, também, ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, inclusive sob a égide ritualística de repercussão geral (tema nº 158): "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." (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). Desse modo, impositiva a manutenção da pena intermediária no equivalente ao mínimo legal. Já na terceira fase, o Magistrado de Primeiro Grau consignou na sentença que o réu ostenta Maus antecedentes, por responder ação penal em curso, o que comprovaria a dedicação em atividade criminosa, negando, por conseguinte o reconhecimento da modalidade delitiva privilegiada (art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06). Vejamos: "(...) Doravante, passo a analisar a possibilidade de aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06. Em consulta ao Sistema SAJ, noto que o réu se dedica às atividades criminosas e responde a outro processo proc. nº 0500796-47.2019.8.05.0229 – de natureza criminal, o que impede a aplicação da causa de diminuição constante no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06, que estabelece que o agente seja primário, de bons antecedentes e, não se dedique às atividades criminosas. Por tais razões, afasto a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, para o réu. (...)” (ID 40765875). [Destaques da transcrição] Cumpre ressaltar, a priori, que a norma legal referida disciplina a possibilidade de redução da pena de 1/6 a 2/3 “desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa”. Sobre a matéria em análise, o Superior Tribunal de Justiça, firmou, no Tema Repetitivo de nº 1139, a tese de que “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.”. Portanto, no caso em concreto, sendo o fundamento da negativa da concessão do privilégio a existência de uma ação penal em curso, bem como inexistindo nos autos de outros elementos idôneos capazes de demonstrar a dedicação a atividades

criminosas, 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, necessário o redimensionamento da pena na terceira fase, impondo-se a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, no patamar máximo de 2/3 (dois terços), fixando a pena em 01 (um) ano e 08 (oito) meses, tornando-a definitiva, em regime inicialmente aberto, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. Ademais, inobstante o Juízo primevo haver aplicado a pena multa em 500 dias-multa, em observância ao princípio da proporcionalidade, esta deve guardar simetria com a reprimenda corporal e ser dosada fase por fase, motivo pelo qual há de ser estabilizada no patamar de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 do salário-mínimo vigente na data do delito. Registre-se, neste tópico, que o pedido da defesa em estabelecer a pena de multa em 10 (dez) dias multa, não encontra respaldo legal, vez que a pena de multa mínima prevista no tipo (art. 33, da Lei 11.343/2006) é de 500 (quinhentos) dias multa. Por fim, atento aos critérios do art. 44 do CPB, mostra-se adequada a substituição da pena corporal por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, o qual também deverá analisar possível detração da pena. Em face da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, não subsiste justificativa para a negativa ao réu do direito a recurso em liberdade, tornando-se imperativo revogar sua prisão preventiva, inclusive atribuindo-se ao presente decisum força de alvará de soltura. Ilustra-se (com destaques da transcrição): "PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA REFORMADA PELA SEGUNDA INSTÂNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDOTA PARA O DELITO DE POSSE DE ENTORPECENTES PARA CONSUMO PESSOAL. APLICAÇÃO DE PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. INCOMPATIBILIDADE COM A MANUTENÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CONFIGURADO. WRIT CONHECIDO E CONCEDIDO. 1. Busca o impetrante com o presente writ, a concessão da ordem de habeas corpus, para que seja determinada a imediata soltura do paciente, cuja condenação foi reformulada em sede de apelação, sendo a pena aplicada substituída por prestação de serviços à comunidade. 2. É incompatível a manutenção da prisão privativa de liberdade com a aplicação de pena restritiva de direitos. 3. In casu, a sentença condenatória foi reformada pela segunda instância, sendo desclassificada a conduta para o delito de posse de entorpecentes para consumo pessoal e, por conseguinte, o paciente condenado à pena de prestação de serviços à comunidade, restando, assim, revogado o decreto prisional e configurado constrangimento ilegal. 4. Ordem conhecida e concedida". (TJ-CE – HC: 06284883920218060000 CE 0628488-39.2021.8.06.0000, Relator: JOSÉ TARCÍLIO SOUZA DA SILVA, Data de Julgamento: 13/07/2021, 3ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 13/07/2021) "HABEAS CORPUS – TRÁFICO DE DROGAS – RECORRER EM LIBERDADE – REGIME SEMIABERTO E SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS – INCOMPATIBILIDADE DA PRISÃO PREVENTIVA COM A RESPOSTA ESTATAL. A condenação do Paciente, em regime Semiaberto, com substituição da Pena Corporal por Restritivas de Direitos, demonstra ser desproporcional e mais gravosa a Prisão Preventiva mantida na Sentença." (TJ-MG – HC: 10000200548881000 MG, Relator: Octavio Augusto De Nigris Bocalini, Data de Julgamento: 02/06/2020, Data de Publicação: 04/06/2020) Permanecem hígidas as demais prescrições acessórias da sentença penal sob análise. Dispositivo Por todo o exposto, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, para aplicar o redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º

11.343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços), fixando a pena definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente no regime aberto, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução, determinando, de logo, a expedição de alvará de soltura em seu favor, caso por ela se encontre recolhido. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Relator