

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000837-96.2019.8.05.0059

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE:

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

ACORDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL DA DEFESA. TRÁFICO DE DROGAS (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006). PRELIMINAR DE CONCESSÃO AO ACUSADO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. NÃO CONCESSÃO. SUBSISTÊNCIA DOS MOTIVOS QUE ENSEJARAM A DECRETAÇÃO DA PRISÃO PREVENTIVA. ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O DE USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. INVIABILIDADE. COMPROVADAS A MATERIALIDADE E A AUTORIA DO CRIME PERPETRADO. CREDIBILIDADE DOS DEPOIMENTOS POLICIAIS. REDIMENSIONAMENTO DA PENA. INVIABILIDADE. PENA FIXADA DENTRO DOS PARÂMETROS LEGAIS. PENA-BASE DOSADA NO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO DE 1/6 EM RAZÃO DA AGRAVANTE DESCRITA NO ART. 61, INCISO I, DO CP (REINCIDÊNCIA). NÃO APLICADA A CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006 (ACUSADO REINCENTE). ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA. NÃO CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DA VARA DE EXECUÇÕES PENAS. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, PRELIMINAR REJEITADA E, NO MÉRITO, DESPROVIDO.

1. Não se concede o direito de recorrer em liberdade a réu que permaneceu preso durante toda a instrução do processo, quando ainda subsistem os

motivos que ensejaram a decretação da prisão preventiva, constituindo a manutenção da prisão, neste caso, um dos efeitos da respectiva condenação.

2. Demonstradas de forma inequívoca a autoria e materialidade do crime de tráfico de drogas perpetrado, impossível cogitar-se da absolvição do Acusado, bem como da desclassificação para o tipo penal descrito no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006.

3. Os depoimentos dos agentes policiais possuem grande importância na prova do tráfico de drogas, não revelando a existência de suspeita de parcialidade ou indignidade de fé, a determinar as suas rejeições, uma vez que a sua credibilidade não pode ser esvaziada tão somente em razão do exercício da sua função, sem que haja indícios concretos capazes de desaboná-los, o que não restou demonstrado neste caso.

4. Havendo concreta fundamentação quando da análise das circunstâncias previstas no art. 59 do CP, bem como das demais fases da dosimetria da pena, deve ser mantida a reprimenda fixada pelo MM. Magistrado a quo. Na hipótese, a pena-base foi fixada no mínimo legal, aplicando-se, na segunda fase, a agravante da reincidência, na fração de 1/6 e, na terceira fase, sendo o réu reincidente, não foi reconhecida a causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, perfazendo a pena definitiva em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime fechado (réu reincidente – art. 33, § 2º, do CP), e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

5. A análise da matéria atinente à gratuidade da justiça e hipossuficiência do Apelante deverá ser feita pelo Juiz da Execução Penal, e não por esta Relatora, sob pena de configurar-se supressão de instância.

## ACÓRDÃO

Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0000837-96.2019.8.05.0059 da Comarca de Coaraci, sendo Apelante , e Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER PARCIALMENTE o Recurso de Apelação interposto pela Defesa e, nessa extensão, REJEITAR a preliminar arguida e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, na forma do Relatório e do Voto constantes dos autos, que integram este julgado.

Salvador, data registrada pelo sistema

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Improvido. Unânime.  
Salvador, 1 de Setembro de 2022.

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000837-96.2019.8.05.0059

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE:

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

RELATÓRIO

Cuida-se de Ação Penal movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO em face de e , imputando-lhes a prática das condutas tipificadas nos arts. 33, caput, e 35, da Lei nº 11.343/2006 (id 28358910).

Narra a inicial acusatória que no dia 23 de maio de 2019, por volta das

10h30min, nas imediações da Av. Almerinda Carvalho Santos, Centro, na cidade de Coaraci/BA, os denunciados, agindo em unidade de desígnios e para fins de comercialização, tinham em sua posse e guarda entorpecentes do tipo maconha, substâncias de uso proscrito no Brasil, quando foram presos em flagrante

Consta da exordial que investigadores da Polícia Civil, com o objetivo de apurar uma denúncia anônima de uso de drogas, dirigiram-se até a Av. Almerinda Carvalho Santos e observaram o denunciado, que tinha em sua posse, para fins de comercialização, 01 (uma) trouxinha confeccionada em plástico transparente, perfazendo 0,69g (sessenta e nove centigramas) de substância de uso proscrito. Na oportunidade, o acusado estava acompanhado de outros indivíduos, e foi filmado no momento em que comercializava drogas, conforme mídia acostada aos autos, tendo dispensado o invólucro, no momento da abordagem policial.

Logo em seguida, os policiais avistaram o outro denunciado, , que, ao perceber a presença da polícia no local, arremessou (treze) trouxinhas confeccionadas em plástico transparente, perfazendo 15,55g (quinze gramas e cinquenta e cinco centigramas) de maconha que trazia consigo, também para fins de comercialização. As circunstâncias indicaram, ainda, que as drogas apreendidas encontravam-se na posse dos dois acusados, que realizavam comercialização na localidade, bem como o envolvimento na facção criminosa denominada "RAIO B", na cidade de Coaraci/BA.

A denúncia foi recebida em 08/07/2019 (id 28358916).

Transcorrida a instrução processual, o MM. Juiz da Vara Criminal de Coaraci julgou PARCIALMENTE PROCEDENTE a denúncia e condenou e nas iras do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, ABSOLVENDO-OS da imputação da prática do crime tipificado no art. 35 da Lei nº 11.343/2006, fixando a pena definitiva, para , em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, convertida em pena restritiva de direitos, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade, e para , em 05 (cinco) anos e 10(dez) meses de reclusão, em regime fechado, e 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade.

Em razão de não ter sido encontrado para ser intimado da sentença, o Magistrado a quo, determinou o desmembramento do feito, prosseguindo estes autos tão somente em relação a .

Irresignada com o teor da sentença, a Defesa de interpôs Recurso de Apelação (id 28359238), com as razões apresentadas no id 28359252, requerendo, preliminarmente, a concessão do direito de recorrer em liberdade e, no mérito, a absolvição por falta de provas ou a desclassificação para o tipo penal descrito no art. 28 da Lei nº 11.343/2006. Subsidiariamente pugna pela revisão da dosimetria, com aplicação da pena no mínimo legal e o deferimento da gratuidade da justiça.

Em contrarrazões apresentadas no id 28359255, o Ministério Público requer seja o Recurso conhecido e, no mérito, desprovido.

Abriu-se vista à Procuradoria de Justiça que opinou, no id 30517372, em parecer da lavra da Procuradora de Justiça , pelo conhecimento e desprovimento do Recurso interposto.

É o relatório.

Salvador/BA, 25 de julho de 2022.

Desa.  
Relatora

PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA  
Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000837-96.2019.8.05.0059

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE:

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado(s):

VOTO

## 1. PRESSUPOSTOS RECURSAIS

Do exame dos autos, percebe-se que o Apelante foi intimado pessoalmente do teor da sentença no dia 19/05/2022 (id 31427865), não havendo nos autos informação de publicação da sentença no DJe, nem tampouco outra forma de

intimação do seu advogado, tendo este, entretanto, interposto Recurso de Apelação no dia 07/03/2022, suprindo, assim, a sua intimação, restando assentada a tempestividade do Recurso.

Ante o preenchimento dos demais pressupostos recursais exigidos na hipótese vertente, impõe-se o conhecimento do Recurso interposto.

## 2. DA PRELIMINAR DE CONCESSÃO AO ACUSADO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE.

Pleiteia a Defesa a concessão ao Acusado do direito de recorrer em liberdade. Razão, entretanto, não lhe assiste.

Consoante evidenciado nos autos, o Apelante permaneceu preso durante toda a instrução criminal, não havendo fatos novos capazes de autorizar a devolução do seu status libertatis, mantendo-se, portanto, os mesmos motivos que embasaram a decretação da custódia cautelar, autorizando, assim, a negativa do direito de o Acusado aguardar em liberdade o trânsito em julgado da ação penal, como bem fundamentado pelo Magistrado a quo na sentença condenatória, in verbis:

Considerando a recalcitrância do Réu na prática delitiva, plasmada nas certidões de Id. 161099376 e Id.98082433, indicando condenação anterior e o curso de ação penal em seu desfavor, ambas pela prática de crime do crime de tráfico de drogas, vê-se que sua liberdade representa risco à ordem pública, face à probabilidade de reiteração delitiva, razão pela qual mantenho a prisão cautelar decretada em seu desfavor para NEGAR-LHE O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. (Grifos no original).

Deve ser destacado, nesse passo, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, para o qual a prisão preventiva deve ser mantida, nos casos em que subsistem os motivos que ensejaram a sua decretação:

“Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a manutenção da custódia cautelar no momento da sentença condenatória, em hipóteses em que o acusado permaneceu preso durante toda a instrução criminal, não requer fundamentação exaustiva, sendo suficiente, para a satisfação do art. 387, § 1.º, do Código de Processo Penal, declinar que permanecem inalterados os motivos que levaram à decretação da medida extrema em um primeiro momento, desde que estejam, de fato, preenchidos os requisitos legais do art. 312 do mesmo diploma.”

(STJ – HC: 605306 SP 2020/0203822-1, Relator: Ministra , Data de Publicação: DJ 20/08/2020).

Assim, neste caso, não há constrangimento ilegal, devendo o Apelante ser mantido recolhido enquanto aguarda o julgamento do recurso.

## 3. DO MÉRITO. DA AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME PERPETRADO

Ab initio, compulsando detidamente os fólios, constata-se que a autoria e a materialidade do crime de tráfico de drogas (artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006) revelam-se incontestes, devendo ser afastada a irresignação da Defesa, uma vez que não remanescem dúvidas acerca da culpabilidade do Apelante, estando a sentença calcada no arcabouço probatório colacionado,

apto a ensejar a condenação na tipificação legal que lhe foi imputada.

Inferese dos autos que a materialidade do crime de tráfico de drogas restou devidamente comprovada por meio do auto de prisão em flagrante (id 28358911, fl. 02), auto de exibição e apreensão (id 28358911, fl. 06) e dos laudos periciais toxicológicos de constatação (id 28358912, fls. 07 e 15/18) e definitivo (id 28358912, fl. 19), cujo resultado detectou a presença da substância Tetrahydrocannabinol (THC), um dos princípios ativos do vegetal Cannabis sativa, L., constante da Lista F-2 da Portaria nº 344/89, da Secretaria de Vigilância Sanitária, no material periciado.

Importante mencionar que a quantidade das substâncias apreendidas, bem como o modo como foram acondicionadas – 14 (catorze) porções –, o local da infração, conhecido pela polícia como de intenso tráfico de drogas (nas proximidades do Colégio de Coaraci, centro da cidade), a tentativa de fuga do Acusado, além dos depoimentos dos policiais que ratificaram a versão apresentada na fase do inquérito policial e o vídeo do momento do flagrante, constantes dos autos, revelam que a destinação da substância apreendida não se limitava ao consumo pessoal, justificando a adequação da conduta ao tipo penal previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

A seguir, os depoimentos das testemunhas de acusação, em juízo, corroborando com aqueles prestados na fase do inquérito policial, os quais confirmam a versão dos fatos narradas na peça inicial acusatória (com gravação audiovisual e links disponíveis no id 28359203, fl 02, e transcrição na sentença de id 28359223).

A testemunha , declarou: que recebeu uma denúncia, via Whatsapp, de que havia um usuário de drogas em frente ao Colégio Coaraci, por parte de uma pessoa que residia nas imediações e sentia-se amedrontada; que a pessoa enviou uma foto do dito usuário de drogas; que, a bordo de um veículo descaracterizado, se deslocou para o local; que no percurso seu colega identificou o suposto usuário; que pararam o veículo e passaram a filmar; que naquele local era costumeira a realização de tráfico de drogas; que registraram e um lado do cais e do outro o multicitado usuário; que atravessou e conversou com ele [o usuário] e atravessou e entregou algo; que, quando foi feita a abordagem, ele [não deixa claro quem seria] joga a trouxinha no chão; que viu o momento em que a trouxinha foi jogada ao chão; que visualizou do outro lado e afirmou que este jogou algo para o lado; que se deslocou para o outro lado e desceu no cais para procurar, tendo encontrado a trouxinha, com o mesmo tipo de drogas, embalado em saco plástico de “juju”; que na abordagem inicial foram abordados , e o usuário; esclareceu que quem fez o descarte do material apreendido foi Calango [Willian].

A testemunha , em seu depoimento judicial, declarou: “que se encontrava na delegacia, quando o IPC recebeu a informação de que um usuário de drogas estava ameaçando uma dona de casa; que se deslocaram a bordo de uma viatura descaracterizada e passaram a procurar o indivíduo; que, ao avistarem o usuário de drogas, pararam a viatura e passaram a observá-lo; que passaram a filmar a ação; que passou a droga para o dito usuário; que estava em companhia de ; que [], ao perceber a ação da polícia, arremessou um objeto na beira do rio; que foi ao local e encontrou uma certa quantidade de drogas, entre 10 e 12 buchas de substância semelhante

a maconha; que o local onde se deu a ação ocorre intenso tráfico de drogas.

Consta, ainda, dos autos, no id 28358940, registro audiovisual que comprova parte da ação narrada pelos agentes policiais, em que é possível ver um indivíduo atravessar a rua, entregar algo a outro indivíduo e ambos entrarem no estabelecimento comercial,

O Acusado, em juízo, negou os fatos (gravação audiovisual e link disponível no id 28359203, fl 02).

Não foram apresentadas testemunhas de Defesa que pudessem desconstituir os fatos narrados na denúncia.

A análise da prova testemunhal, em consonância com as demais provas produzidas, corrobora todos os argumentos acima apresentados acerca da inexistência de dúvida quanto à autoria do delito perpetrado. Embora tal prova corresponda aos depoimentos dos policiais que realizaram as diligências, estes servem, perfeitamente, como elementos de convicção, não revelando a existência de suspeita de parcialidade ou indignidade de fé, a determinar as suas rejeições, uma vez que, como qualquer outra testemunha, assumem o compromisso de dizer a verdade (artigo 203 do Código de Processo Penal), não havendo razão para que a sua credibilidade seja esvaziada tão somente em razão do exercício da sua função, sem que haja indícios concretos capazes de desaboná-los, o que não restou demonstrado neste caso.

As mínimas divergências porventura existentes nos depoimentos dos policiais, desde que não relevantes, e incapazes de desvirtuar os fatos, devem ser desprezadas, como bem salientou o MM. Magistrado sentenciante, ao afirmar que a poeira do tempo (o fato ocorreu há mais de 2 anos e meio) pode obnubilar as lembranças, sobretudo as de agentes policiais que lidam na rotina de seu labor com inúmeras ocorrências.

Aliás, nesse sentido é a orientação recente do Colendo STJ:

"Para afastar-se a presumida idoneidade dos policiais militares (ou ao menos suscitar dúvida), é preciso que se constatem importantes divergências em seus relatos ou que esteja demonstrada alguma desavença com o réu, séria o bastante para torná-los suspeitos, pois seria incoerente presumir que referidos agentes, cuja função é justamente manter a ordem e o bem estar social, teriam algum interesse em prejudicar inocentes"(STJ, Decisão monocrática HC 542127, Relator Ministro , Data da Publicação 29/10/2019)

Conclui-se, portanto, que o conjunto probatório produzido nos autos demonstra, de modo claro, a efetiva consumação, pelo Apelante, do crime previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, o que torna totalmente infundada a tese defensiva de absolvição, e, ainda, da desclassificação pretendida, razão por que mantenho a condenação nos termos da sentença.

### 3. DA DOSIMETRIA DA PENA



Em análise da fundamentação utilizada pelo douto Juiz sentenciante, verifica-se que em nada deve ser reformada a sentença condenatória proferida, já que obedeceu aos critérios fixados pelo Código Penal.

1ª Fase. O Magistrado a quo, após apreciar de modo cuidadoso as circunstâncias judiciais do artigo 59, fixou a pena-base no mínimo legal, em 05 (cinco) anos de reclusão, associada à pena pecuniária de 500 (quinhentos) dias-multa.

2ª Fase. Ausentes quaisquer das circunstâncias atenuantes e presente a agravante descrita no art. 61, inciso I, do CP (reincidência), consoante certidão de id 161099376 PJE 1º grau, aplicou, acertadamente, a fração de 1/6 (um sexto), tornando a pena intermediária em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, associada à pena pecuniária de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Por não haver o Código Penal estabelecido a quantidade de aumento das agravantes genéricas, a doutrina e a jurisprudência têm entendido, com certa uniformidade, que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, devendo, entretanto, ser pautada pelo patamar mínimo fixado para as majorantes, que é de 1/6 (um sexto), podendo ser fixada fração superior, desde que mediante fundamentação concreta e específica para justificar o incremento em maior extensão.

No mesmo sentido, o STJ:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. RECEPÇÃO. CORRUPÇÃO DE MENOR. DOSIMETRIA. AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. AUMENTO SUPERIOR A 1/6. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO CONCRETA. REGIME FECHADO. REINCIDÊNCIA. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. SEMIABERTO. POSSIBILIDADE. SÚMULA 269/STJ. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Assim, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, por exigirem revolvimento probatório. 3. O Código Penal olvidou-se de estabelecer limites mínimo e máximo de aumento ou redução de pena a serem aplicados em razão das agravantes e das atenuantes genéricas. Assim, a jurisprudência reconhece que compete ao julgador, dentro do seu livre convencimento e de acordo com as peculiaridades do caso, escolher a fração de aumento ou redução de pena, em observância aos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Todavia, a aplicação de fração diversa de 1/6 exige motivação concreta e idônea. Precedentes. 4. Evidenciado que o aumento de 1/2 sobre a pena-base, em razão da agravante da reincidência, foi definido

no acórdão impugnado sem a indicação de qualquer motivação, o paciente faz jus à aplicação do índice de 1/6 pela presença da agravante genérica. 5. Consoante o disposto na Súmula 269/STJ, "é admissível a adoção do regime prisional semiaberto aos reincidentes condenados a pena igual ou inferior a quatro anos se favoráveis as circunstâncias judiciais". 6. Malgrado os réus sejam reincidentes, o Juízo sentenciante considerou favoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal e, por isso, a pena-base foi fixada no mínimo legal, sem que tenha sido declinado fundamento concreto apto a justificar a fixação do regime prisional fechado. Assim, estabelecida sanção corporal inferior a 4 anos de reclusão, os pacientes fazem jus ao regime semiaberto de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, 'b', e § 3º, do Código Penal. Precedentes desta Corte. 7. Writ não conhecido. Ordem concedida, de ofício, a fim de reduzir a reprimenda dos pacientes para 2 anos e 4 meses de reclusão, mais o pagamento de 11 dias-multa, e estabelecer o regime semiaberto para o início de cumprimento da reprimenda a eles imposta. (STJ – HC: 540452 RJ 2019/0313261-6, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 10/03/2020, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/03/2020). (Grifamos).

Correta, portanto, a aplicação da fração de 1/6 para o incremento da pena, em razão da incidência da agravante da reincidência específica, razão por que mantenho a pena intermediária em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, associada à pena pecuniária de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

3ª Fase. Ausentes quaisquer das causas de aumento. Em relação às causas de diminuição, cabe salientar que, em razão de ser o réu reincidente, justifica-se o afastamento da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.

Assim, mantenho a pena definitiva fixada na sentença primeva, em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, associada à pena pecuniária de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, cada dia à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

#### 4. DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA

A determinação do regime inicial de cumprimento da pena, como bem salientado pelo Magistrado sentenciante, depende de dois fatores: a quantidade de pena fixada (art. 33, § 2º, do CP) e as condições pessoais do condenado (art. 33, § 3º, do CP).

Na hipótese, considerando a quantidade da pena aplicada e a condição de reincidente do Acusado, mantenho o regime fechado para o cumprimento inicial da pena.

#### 5. DO PEDIDO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA.

Quanto ao pedido de assistência judiciária gratuita requerido pelo Apelante, este não deve ser conhecido, uma vez que a matéria atinente à isenção de custas e gratuidade da justiça, disposta na Lei nº 1.060/50 e nos artigos 804 do Código de Processo Penal e 98 e seguintes do Código de Processo Civil, é da competência do Juiz da Vara das Execuções Penais.

Veja-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CONTRABANDO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO. CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL VALORADA NEGATIVAMENTE. ADEQUAÇÃO AO PATAMAR DE 1/6. TESE TRAZIDA SOMENTE NO AGRAVO REGIMENTAL. INOVAÇÃO RECURSAL. PRESTAÇÃO PECUNIÁRIA. ADEQUAÇÃO À SITUAÇÃO ECONÔMICA DO RÉU. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. INCIDÊNCIA. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. CONCESSÃO. MOMENTO ADEQUADO. FASE DE EXECUÇÃO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. Tendo o tribunal a quo, à luz dos elementos probatórios constantes dos autos, concluído que, a despeito de o agravante ser assistido pela Defensoria Pública, nada obsta que arque com a pena de prestação pecuniária a ele atribuída, desconstituir tal premissa demandaria em incursão no acervo fático-probatório carreado aos autos, o que é vedado na via especial, ut Súmula 7/STJ.

2. O momento de verificação de miserabilidade do condenado, para fins de suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais, é na fase de execução, visto que é possível que ocorra alteração na situação econômica do réu entre a data da condenação e a da execução do decreto condenatório.

3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1857040/RS, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 05/05/2020, DJe 18/05/2020)

Dessa forma, a análise da hipossuficiência do Apelante deverá ser feita pelo Juiz da Execução Penal e não por esta Relatora, sob pena de configurar-se supressão de instância, razão por que não conheço do pedido.

## CONCLUSÃO

Ante o exposto, CONHEÇO PARCIALMENTE o Recurso de Apelação interposto pela Defesa e, nessa extensão, REJEITO a preliminar arguida e, no mérito, NEGOLHE PROVIMENTO.

Salvador/BA, data registrada pelo sistema

Desa.  
Relatora