

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500501-04.2021.8.05.0079 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: EDIEL RODRIGUES DIAS Advogado (s): JORGE DOS SANTOS SANTANA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): EMENTA PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO. AGENTE CONDENADO PELO DELITO PREVISTO NO ART. 33, § 4º DA LEI N. 11.343/06. TRÁFICO PRIVILEGIADO. PRELIMINAR DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. NÃO CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. PRECEDENTES DA CORTE CIDADÃ. MÉRITO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA MINORANTE (§ 4º, ART. 33, LEI N. 11.343.06) NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3. IMPOSSIBILIDADE. QUANTIDADE E VARIEDADE DE DROGAS ENCONTRADAS COM O AGENTE. PRECEDENTES DA CORTE CIDADÃ. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA MODALIDADE DE CUMPRIMENTO SANCIONATÓRIO PARA RESTRITIVO DE DIREITOS. RECHAÇADO. ART. 44, I, CP. PENA SUPERIOR A QUATRO ANOS. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO. 1. Preliminarmente, o Apelante solicitou lhe fosse concedida a benesse da assistência judiciária gratuita. Todavia, tal pleito não pode ser conhecido por este Tribunal, uma vez que é compreensão assente do STJ que "o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução, por tal razão, [...] o vencido deverá ser condenado nas custas processuais" (STJ – AgRg no AREsp: 1916809 PR 2021/0188170-0). 2. Desse modo, processar o requerimento em questão neste Tribunal ensejaria supressão de instância –, o que não se pode admitir –, razão pela qual não conheço da súplica. 3. No mérito, observa-se que o Apelante cumpriu aos requisitos listados 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06 para fazer jus à redução de pena, porém, em virtude da significativa quantidade e variedade de entorpecentes que portava, correta a diminuição sancionatória na fração mínima de 1/6, conforme entendimento do STJ sobre o assunto (AgRg no HC: 742937 SC 2022/0147898-5; AgRg no HC: 754145 PR 2022/0206484-7). 4. O Recorrente pleiteia seja beneficiado com a substituição de sua reprimenda por restritiva de direitos, porém, não se pode concordar com tal requerimento porque foi condenado a pena superior a quatro anos. Assim, qualquer pretensão substitutiva da reprimenda já se encontra obstada por critério eminentemente objetivo elencado no art. 44, CP. 5. Apelo parcialmente conhecido e, nesta extensão, desprovido. ACORDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação n. 0500501-04.2021.8.05.0079, proveniente da 1ª Vara Criminal da Comarca de Eunápolis/BA, em que figura como Apelante, Ediel Rodrigues Dias e como Apelado o Ministério Público do Estado da Bahia. Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma, da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER PARCIALMENTE do recurso e, na fração conhecida, NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos exatos termos do voto do Relator. Salvador/BA, de de 2023. T001 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 20 de Março de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500501-04.2021.8.05.0079 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: EDIEL RODRIGUES DIAS Advogado (s): JORGE DOS SANTOS SANTANA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Apelação interposta por Ediel Rodrigues Dias em face da sentença de id. n. 33208892 que, em breves linhas, o condenou a uma pena definitiva de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime

inicial aberto, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias—multa pela prática do delito previsto no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/06. Irresignado, o Recorrente apresentou recurso vertical de id. n. 33208904, onde pugnou pela reforma do comando decisório em questão para, preliminarmente, conceder-lhe o benefício da assistência judiciária gratuita. No mérito, pugnou pelo reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei de Tóxicos em sua fração máxima, além de respectiva aplicação do art. 44 do Código Penal, a fim de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Em contrarrazões de id. n. 33208907, o Parquet local se pronunciou no sentido de manter-se integralmente o édito condenatório proferido. Após, a Procuradoria de Justiça apresentou parecer (id. n. 39569400) opinando pelo conhecimento e não provimento do apelo. Nesta Instância Superior, distribuídos os autos à Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal, coube-me, por prevenção, o encargo de Relator (id. n. 33312293). Vindo-me conclusos, lanço o presente relatório, submetendo-o à análise do (a) eminente Desembargador (a) Revisor (a), em atendimento à redação do art. 166, I, do RI/TJBA. É o relatório. Salvador/BA, de de 2023. Des. Jefferson Alves de Assis – Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal Relator T001 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0500501-04.2021.8.05.0079 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: EDIEL RODRIGUES DIAS Advogado (s): JORGE DOS SANTOS SANTANA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Trata-se de Apelação interposta por Ediel Rodrigues Dias em face da sentença de id. n. 33208892 que, em breves linhas, o condenou a uma pena definitiva de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias—multa pela prática do delito previsto no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/06. Parcialmente preenchidos os pressupostos de intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço de fração apelo. Antes de adentrar o mérito recursal, faz-se premente analisar a preliminar suscitada pelo Recorrente. É o que, sem mais delongas, passa-se a fazer. 1. PRELIMINAR DE CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA Consoante adiantado alhures, o Apelante solicitou lhe fosse concedida a benesse da assistência judiciária gratuita. Todavia, tal pleito não pode ser atendido, uma vez que é compreensão assente do Superior Tribunal de Justiça que "o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução, por tal razão, [...] o vencido deverá ser condenado nas custas processuais"1. Na mesma linha intelectual é a jurisprudência deste Sodalício: APELAÇÃO CRIMINAL. FURTO PRIVILEGIADO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. CUMPRIMENTO INTEGRAL DA PENA. NÃO COMPROVADO. PRELIMINAR REJEITADA. ABSOLVIÇÃO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO. INCABÍVEL. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DISPENSA DO PAGAMENTO DAS CUSTAS E MULTA. IMPOSSIBILIDADE. SANÇÃO PENAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DE OFÍCIO, ALTERADA A PENA PECUNIÁRIA APLICADA. A ausência de comprovação do pagamento da pena pecuniária pelo agente inviabiliza o imediato reconhecimento da extinção da punibilidade pelo cumprimento da reprimenda. A reincidência delitiva demonstra, em geral, a existência de relevante grau de ofensividade e periculosidade social, requisitos necessários para o reconhecimento do princípio da insignificância. Inexiste previsão legal que fundamente a exclusão da pena de multa pelo juízo de conhecimento, por se tratar de sanção penal. Cabe ao juízo da execução a análise da eventual condição de

miserabilidade do condenado, para fins de isenção das custas processuais e multa, ante a possibilidade de alteração da situação financeira daquele entre a data da condenação e a concreta execução da sentença condenatória. Deve a pena de multa deter como parâmetro a reprimenda corporal dosada ao agente, sob pena de mácula ao princípio da proporcionalidade. [grifos aditados] (TJ-BA – APL: 05308413920198050001, Relator: INEZ MARIA BRITO SANTOS MIRANDA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 06/08/2021) APELAÇÃO CRIMINAL. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 14 DA LEI Nº 10.826/03). RECURSO DA DEFESA. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. RECURSO CONHECIDO EM PARTE, E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO. I – A matéria atinente à isenção de custas e gratuidade da justiça está disposta no art. 12 da Lei nº 1.060/50, sendo de competência do Juízo da Vara das Execuções Penais. II – Em observância ao princípio do in dubio pro reo, não existindo certeza acerca da autoria delitiva, não há como manter a condenação do Apelante. [grifos aditados] (TJ-BA – APL: 05614986620168050001, Relator: NAGILA MARIA SALES BRITO, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 12/05/2021) Em outras palavras, o órgão com atribuição para decidir sobre o pedido de assistência judiciária gratuita é o Juízo da Execução, o qual, diante de circunstâncias concretas, poderá verificar a hipossuficiência econômica do agente e outorgar-lhe o favor insculpido nos arts. 5º, LXXIV da Constituição Federal de 1988 e 98 do CPC3. Aliás, nos termos do art. 66, alínea f, da Lei de Execução Penal, a competência para apreciar os pleitos relativos à gratuidade da justiça é do Juízo da Execução. Desse modo, processar o requerimento em questão ensejaria supressão de instância –, o que não se pode admitir –, razão pela qual não conheço da súplica. 2. MÉRITO Ultrapassados o tópico preambular, tem-se que, no mérito, os pontos fulcrais do debate em testilha concernem à análise sobre os pleitos de: a) aplicação da causa de diminuição de pena do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 em sua fração máxima; e b) substituição da pena privativa de liberdade para restritiva de direitos. Listados os motivos de insurreição dos Recorrentes, iniciar-se-à o exame de cada deles de modo pormenorizado. 2.1 DO PLEITO DE APLICAÇÃO DA DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA Em suma, afirma o Recorrente que malgrado tenha sido beneficiado com a redução de pena inserta no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, a sentença pecou por não proceder à respectiva diminuição em seu patamar máximo. Sem razão. Prima facie, registro que a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, só se aplica ao agente se restar comprovado nos autos ser o agente primário, detentor de bons antecedentes, bem como não se dedicar às atividades criminosas e nem integrar organização criminosa. § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. [grifos aditados] Esplandece-se da redação legislativa que as condições listadas são cumulativas entre si, sobremaneira que o não preenchimento de ao menos uma delas já impõe a negativa de concessão por parte do juiz. Na situação trazida à baila, perfazendo um exame detalhado dos cadernos digitais, sobressai-se que o Apelante atendeu aos requisitos impostos pela norma de Regência para fazer jus à benesse legal, porém, como bem pontuou o Juízo a quo, o desconto procedido não poderia passar de 1/6 (um sexto) em virtude da significativa quantidade e também da variedade de entorpecentes que guardava consigo

(id. n. 33208892), in verbis: Está presente a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, conforme mencionei acima. Todavia, a redução deve ser pela menor fração, considerando que, como se viu, o crime envolveu dois tipos de substâncias, dentre estas a cocaína, cujos males são reconhecidamente mais potenciais, sopesando negativamente em desfavor do réu, atento ao que dispõe o art. 42, da Lei 11.343/2006. De efeito, o § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, dispõe que as penas do crime de tráfico de drogas 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. No caso, o réu preenche os vetores supra, mas a significativa quantidade (235 buchas de maconha mais as pedras da droga conhecida como crack), a diversidade das drogas apreendidas e alta nocividade de uma delas (cocaína) justificam que o índice de redução seja menor, ou seja, um sexto, passando as reprimendas para quatro anos e dois meses de reclusão e quatrocentos e dezesseis dias-multa. [grifos aditados] Sobre o tema, aliás, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é patente no viés de que se justifica a redução no patamar mínimo “tendo em vista a quantidade, natureza e variedade das drogas apreendidas”, ipsi litteris: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DE REDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGAS SOPESADAS NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MODULAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO EM 1/6. AGRADO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. No caso, encontra-se justificada a redução de 1/6 da pena por incidência da minorante prevista no art. 33 § 4º, da Lei de Drogas, não se constatando ilegalidade na dosimetria então fixada, tendo em vista a quantidade, natureza e variedade das drogas apreendidas. Sendo assim, não é possível desconsiderar a valoração negativa dos referidos vetores, não utilizados para elevação da pena base, ou mesmo aumentar o quantum de redução da pena, como pretende a defesa. 2. É possível a “[...]valoração da quantidade e da natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena” (HC n. 725.534/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022). 3. Agravo regimental desprovido. [grifos aditados] (STJ – AgRg no HC: 742937 SC 2022/0147898-5, Data de Julgamento: 14/06/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 17/06/2022) AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ESCOLHA DA FRAÇÃO. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. 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 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. 2. Quanto ao critério de escolha da fração redutora, a quantidade, a natureza e a variedade das drogas constituem fundamento idôneo para justificar a fixação da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, em patamar inferior ao máximo legal. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido. [grifos aditados] (STJ – AgRg no HC: 754145 PR 2022/0206484-7, Data de Julgamento: 23/08/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe

26/08/2022) Sendo assim, demonstrada a grande quantidade de substâncias proscritas em posse do Recorrente – 235 (duzentas e trinta e cinco) buchas de maconha e pedras de crack – e variedade de drogas – maconha e crack – adequada a redução procedida no patamar mínimo. 2.2 DO PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA Por fim, o Recorrente pleiteia seja beneficiado com a substituição de sua reprimenda por restritiva de direitos –, aspecto com o qual, a toda evidência, não se pode concordar. Como visto, ao Apelante foi aplicada a pena definitiva de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, considerando-se o critério trifásico proposto por Nelson Hungria. Como cediço, o art. 44 do Código Penal é hialino ao prever que as penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: Art. 44, CP. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente. A respeito do assunto, Fernando Capez, leciona (in: Curso de direito penal, volume 1, parte geral : arts. 1º a 120 / Fernando Capez. – 23. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019. ps. 728–729) que os requisitos – objetivos e subjetivos – delineados pelo art. 44 do Código Penal devem ser observados para fins de substituição da pena privativa de liberdade por pena alternativa restritiva de direitos de forma criteriosa pelo julgador, o qual deve se atentar para os seguintes parâmetros concretos para fazê-lo: REQUISITOS OBJETIVOS: (i) quantidade da pena privativa de liberdade aplicada: deve ser igual ou inferior a 4 anos. No caso de condenação por crime culposos, substituição será possível, independentemente da quantidade da pena imposta, não existindo tal requisito; (ii) natureza da infração penal: crime cometido sem violência ou grave ameaça à pessoa. O crime culposos, mesmo quando perpetrado com emprego de violência, como é o caso do homicídio culposos e das lesões corporais culposas, admite a substituição por pena restritiva. A lei, portanto, refere-se apenas à violência dolosa. REQUISITOS SUBJETIVOS: (i) não ser o réu reincidente em crime doloso: atualmente, o reincidente pode beneficiar-se da substituição, pois a atual lei vedou o benefício apenas ao reincidente em crime doloso. Dessa forma, somente aquele que, após ter sido definitivamente condenado pela prática de um crime doloso, vem a cometer novo crime doloso fica impedido de beneficiar-se da substituição. Se entre a extinção da pena do crime doloso anterior e a prática do novo delito doloso tiver decorrido mais de 5 anos, o condenado fará jus à substituição, não subsistindo a vedação (o chamado período depurador, também conhecido como prescrição quinquenal da reincidência); (ii) a culpabilidade, os antecedentes, a conduta ou a personalidade ou ainda os motivos e circunstâncias recomendarem a substituição: convém notar que esses requisitos constituem uma repetição das circunstâncias constantes do art. 59, caput, do CP, salvo duas: comportamento da vítima e consequências do crime, coincidentemente as únicas de natureza objetiva. Fato é que no caso dos autos a primeira condição – quantidade de pena – já não foi atendida, sendo certo que, de pronto, qualquer pretensão substitutiva já se encontra obstada por critério eminentemente objetivo. Demais disso, como bem salientou a Procuradoria de Justiça a respeito (id. n. 39569400), a “almejada fixação/substituição da pena privativa de liberdade por penas

restritivas de direitos, verifica-se que o Apelante não preenche os requisitos encartados no artigo 44 do Código Penal, tendo em vista que foi fixada pena privativa de liberdade superior a quatro anos” e concluiu lembrando que o regime prisional aplicado “já foi estabelecido no aberto em razão da detração do tempo de prisão provisória”. Desse modo, rechaça-se o argumento defensivo também no que atine a tal mote, mantendo-se incólume a pena privativa de liberdade em regime a aberto imposta a Ediel Rodrigues Dias. 3. CONCLUSÃO. Ante todo o versado, sou pelo PARCIAL CONHECIMENTO apelo e, nesta extensão, por NEGAR-LHE PROVIMENTO, mantendo-se incólume a sentença guerreada. Salvador/BA, de de 2023. Des. Jefferson Alves de Assis – Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal Relator

1STJ – AgRg no AREsp: 1916809 PR
2021/0188170-0, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 14/09/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/09/2021 2Art. 5º, CF. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: LXXIV – o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos; 3 Art. 98, CPC. A pessoa natural ou jurídica, brasileira ou estrangeira, com insuficiência de recursos para pagar as custas, as despesas processuais e os honorários advocatícios tem direito à gratuidade da justiça, na forma da lei. T001