

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA

APELAÇÃO N.º 8001172-48.2021.8.05.0078

COMARCA DE ORIGEM:

PROCESSO DE 1.º GRAU: 8001172-48.2021.8.05.0078

APELANTE:

DEFENSOR (A):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO

PROMOTOR (A):

JUIZ CONVOCADO:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ABSOLVIÇÃO DO RÉU EM FACE DO RECONHECIMENTO DA INVALIDADE DO AUTO DE PRISÃO EM FLAGRANTE PELA INVASÃO DE DOMICÍLIO – ART. 386, II, DO CPP. INCABÍVEL. NÃO DEMONSTRADA ILEGALIDADE NA AÇÃO POLICIAL. ABSOLVIÇÃO DO RÉU COM FULCRO NA AUSÊNCIA DE PROVAS – ART. 386, VII DO CPP. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVADO NOS AUTOS A AUTORIA E MATERIALIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME SENTENCIADO PARA AQUELE PREVISTO NO ART. 28 DA LEI N.º 11.343/06. INVIABILIDADE. EXPRESSA CONSUMAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. RATIFICAÇÃO DA PENA DEFINITIVA DOSADA. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Inexistente nulidade na ação policial por violação de domicílio, quando

evidente expressa autorização de acesso cedida pelo Réu, a ocorrência de prévias informações, inclusive do setor de inteligência da polícia civil, quanto à existência de movimentações suspeitas na residência do Acusado e presença deste em locais de tráfico e uso de entorpecentes naquela localidade, e presentes nos autos elementos que corroborem a sua legitimidade.

Diante da comprovação da autoria e materialidade delitiva, resta irrefutável o não cabimento do pugno absolutório.

Inequívoca a perpetração do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, faz-se indevida a desclassificação para o uso – art. 28 da Lei n.º 11.343/06.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 8001172-48.2021.8.05.0078, da comarca de , em que figura como apelante e apelado o Ministério Público.

Acordam os Desembargadores componentes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme certidão de julgamento, em conhecer e negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Relator.

Salvador, data e assinatura registradas no sistema.

JUIZ CONVOCADO

(02) APELAÇÃO N.º 8001172-48.2021.8.05.0078

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e não provido Por Unanimidade
Salvador, 3 de Novembro de 2022.

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA

RELATÓRIO

Adoto, como próprio, o relatório da sentença (id. 148830456 – PJe 1.º grau), prolatada pelo Juízo de Direito da 1.ª Vara Criminal da comarca de . Ademais, acrescenta-se que findada a instrução processual, o Juízo a quo julgou “procedente a pretensão punitiva estatal exposta na denúncia inicial para condenar o réu (...) como incurso nas penas do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06”, à pena definitiva de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, com pena de multa de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente na data do fato.

Por fim, a Magistrada sentenciante substituiu a “pena privativa de liberdade por 02 (duas) penas restritivas de direitos: 1) de prestação de serviços à comunidade a ser cumprida em instituição quando da audiência admonitória (art. 46, do CP), e; 2) limitação de fim de semana”.

Inconformados com o r. decisio, a defesa interpôs recurso de Apelação, com suas respectivas razões (id. 186406322 – PJe 1.º grau), pelas quais requer “o reconhecimento da invalidade do auto de prisão em flagrante em todo seu conteúdo pela patente invasão de domicílio do apelante, absolvendo-o, nos termos do art. 386, II, do CPP”, a absolvição do “apelante em relação ao tráfico de drogas, uma vez não haver prova suficiente de que comercializava drogas, nos termos do art. 386, VII do CPP” ou a desclassificação da tipificação posta “para o crime de posse para consumo pessoal (art. 28 da LD), nos termos do art. 383 do CPP”.

Em sede de contrarrazões, o Ministério Público pugna que seja o “recurso conhecido e julgado totalmente improcedente mantendo-se, em sua integralidade, a sentença impugnada” (id. 201449614 – PJe 1.º grau).

A Procuradoria de Justiça opina pelo “conhecimento e improvimento do apelo defensivo, mantendo-se a sentença objurgada em seus exatos termos” (id. 33152087).

É o relatório.

Salvador, data e assinatura registradas no sistema.

JUIZ CONVOCADO

(02) APELAÇÃO N.º 8001172-48.2021.8.05.0078

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA

VOTO

O recurso é tempestivo e estão presentes os pressupostos de admissibilidade.

Consta na denúncia, que no dia 12/03/21, “no período da tarde, Policiais Militares em regular serviço de policiamento preventivo/ostensivo receberam denúncia de ocorrência de tráfico de entorpecentes nas imediações a residência do denunciado (...)”.

Narra o Ministério Público, que os Policiais Militares se deslocaram para a “apontada localidade” e ao avistar o Denunciado “deram ordem de parada”.

Aponta a exordial acusatória, que o Denunciado “desobedeceu a ordem e empreendeu fuga”, sendo alcançado pelos Policiais Militares, que, “ademais, lograram encontrar no interior da sua residência considerável quantidade de maconha”. (id. 126082201 – PJe 1.º grau).

No que se refere ao pedido “reconhecimento da invalidade do auto de prisão em flagrante em todo seu conteúdo pela patente invasão de domicílio do apelante, absolvendo-o, nos termos do art. 386, II, do CPP”, vê-se que perante a Autoridade Judiciária, em audiência videogravada (PJe mídias), os policiais militares, e foram firmes ao relatar, conforme resumo sentencial, que:

SD/PM : “(...) se recorda da diligência e que a droga não foi encontrada dentro da residência, mas sim no quintal; que no dia estava em ronda no centro de Quijingue, um morador informou à guarnição de que estava havendo tráfico de drogas na residência do acusado que quando estava se deslocando para a casa de Aylton, uma outra pessoa também parou a guarnição e deu a mesma informação; que quando chegaram próximo a casa do acusado, viu chegar perto à sua residência e deu voz de parada e ele empreendeu fuga, mas conseguiram alcançar ele no fundo da casa, que não foi dentro da casa; que ao fazerem a busca encontraram a droga embaixo de uma ramagem; tinha 150 reais e aproximadamente umas 300 gramas de droga; que a droga era maconha e estavam acondicionadas em vasos e todos os vasos estavam dentro de um balde preto; que o acusado confessou que a droga era sua; que já conhecia Aylton, já tinha o abordado outras vezes, mas diziam que ele era usuário de droga; que reitera que a casa do acusado é na zona rural e não

tinha muro; que o balde com as drogas estava encostado numa estaca no quintal; que para ter acesso à droga apreendida não precisava adentrar o quintal; que não pegou autorização para adentrar no terreno, pois quando deu voz de parada o acusado fugiu e daí começou a perseguição; que não filmaram a diligência.” (id. 148830456 – PJe 1.º grau – grifei);

SD/PM : “(...) receberam uma denúncia pelo telefone e no dia recebeu denúncia pessoal de que o acusado estava traficando em sua casa; que se deslocaram até a residência do acusado e ao lhe dar a voz de parada ele empreendeu fuga e iniciou a perseguição; que alcançaram o acusado no terreno da casa; que não adentraram a residência; que após alcançá-lo, encontraram a droga no fundo, encostado na cerca dentro de um balde; que pelo caminho encontrou ainda material utilizado na produção como saco plástico e material de pesagem, além de telefone; que a droga apreendida parecia maconha, na quantidade aproximada de 800 gramas; que o acusado não deu autorização para adentrar, mas que a perseguição que culminou na entrada no terreno se deu pelo fato de que deu voz de parada e ele empreendeu fuga; que não tinha abordado o acusado antes; que a inteligência da polícia civil fez a investigação prévia e constatou que estava havendo movimentação de pessoas na casa do acusado; que a primeira abordagem se deu quando o acusado estava saindo da cozinha para o quintal e que trouxeram-no para o lado de fora da casa e fizeram a revista pessoal, mas que nas suas roupas nada foi encontrado, mas tão somente a droga no balde encostada na estaca e pelo caminho o material para prensagem e embalagem; que em relatórios internos possui registros de que o acusado frequentava lugares onde havia venda e uso de drogas.” (id. 148830456 – PJe 1.º grau – grifei);

SD/PM : “(...) receberam denúncias de que estava ocorrendo tráfico de drogas na residência do acusado e que se deslocaram até lá; que ao avistarem o acusado deu voz de parada e ele largou a bicicleta que estava com ele e empreendeu fuga; que alcançaram-no e encontram no balde 4 vasilhas com maconha, uma de mucilon, uma de vidro e duas de inox; que a quantia encontrada aproximava-se de 200 a 300 gramas; encontraram ainda 150 reais, dois celulares; que não havia balança de precisão; que o acusado confessou a propriedade da droga na delegacia; que nunca tinha abordado o acusado, pois o depoente é novo em Quijingue; que soube que ele era usuário, mas que começaram a chegar denúncias que o acusado estava traficando; que a droga encontrada era maconha e tinha prensada e a granel; que já chegou informação de que continua traficando; que reitera que a droga estava debaixo de uma moita no terreno que era fora da casa; que após a busca pessoal só encontraram dinheiro, só dinheiro; que reitera que já havia denúncias contra o acusado, mas nunca tinha o abordado; que esclarece que após fazer a busca pessoal no acusado, o policial ficou com o acusado e o depoente e o comandante da guarnição saíram para fazer a busca no local, diligência padrão; que cada um foi para um lado e que quem encontrou todo o material foi o comandante, oportunidade em que deu voz de prisão ao acusado e o encaminharam com o material para a delegacia”. (id. 148830456 – PJe 1.º grau – grifei).

O Réu relatou na fase policial que: “(...) foi flagrado pela guarnição da Polícia Militar, com 200 gramas de maconha, distribuída em três vasilhames de alumínio, sendo 15 trouxas e outra quantidade cortada para o seu uso (...) disse que referida droga foi adquirida na cidade de Salvador/BA, em

mãos de um estranho, pelo valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais) (...) o flagranteado disse que esta foi a primeira vez que adquiriu a tal droga (...) admite vender droga quando está sem dinheiro, para o sustento da sua família (...)” (id. 126083925 – PJe 1.º grau).

Judicialmente, em audiência videogravada (PJe mídia), o Apelante reconheceu que era o proprietário de “200 (duzentas gramas)” (sic) de maconha encontrado na ação policial. Disse que estava na cozinha da sua casa, quando os Policiais Militares chegaram no local, o surpreenderam e ordenaram que ele “saísse para frente”, momento em que solicitaram vistoriar a residência, o que foi autorizado pelo Réu. Contou, que a droga estava “fora do meu quintal, entocada no mato”. Narrou o Recorrente, que os entorpecentes eram para seu uso e que não estava traficando, que comprou a maconha em Salvador e preferiu adquirir em maior quantidade para não “ficar pegando”. Apontou, que a droga estava no seu quintal, próximo uns “cinco metros” da casa e que não sabia que poderia negar o acesso dos policiais militares ao local.

Analisado o caso concreto, consigno inexistentes provas robustas que maculem e/ou tornem duvidosas as narrativas expostas de forma uníssona pelos policiais militares responsáveis pela prisão em flagrante, que, por sua vez, foram expressos ao afirmar que o Apelante empreendeu fuga após “ordem de parada” e que os entorpecentes foram apreendidos no quintal no Réu, local sem muro, após perseguição.

Vale dizer, ademais, que o policial informou que “para ter acesso à droga apreendida não precisava adentrar o quintal”, que o policial militar indicou que “a inteligência da polícia civil fez a investigação prévia e constatou que estava havendo movimentação de pessoas na casa do acusado” e que “em relatórios internos possui registros de que o acusado frequentava lugares onde havia venda e uso de drogas”, bem como, que o policial militar disse que “começaram a chegar denúncias que o acusado estava traficando”, que “já havia denúncias contra o acusado” e que, inclusive, “já chegou informação de que continua traficando”. (id. 148830456 – PJe 1.º grau).

Registre-se, ademais, que em seu interrogatório o Réu informou que deu autorização de acesso aos policiais militares, embora depois tenha afirmado à Defensora Pública que não sabia que poderia tê-lo negado; como também confirmou que a droga foi apreendida “fora do meu quintal, entocada no mato”, em que pese tenham afirmado que esta era para uso.

Diante do presente cenário, portanto, firmo evidente a ausência de nulidade na ação policial. Como visto, além do Réu ter dito que cedeu autorização de acesso àqueles, resta inegável que os agentes de segurança pública detinham prévias informações, inclusive do setor de inteligência da polícia civil, referentes à existência de movimentações suspeitas na residência do Acusado e presença deste em locais de tráfico e uso de entorpecentes naquela localidade, o que somado à sua postura diante da “ordem de parada”, sem dúvida justifica a perseguição e abordagem realizada, que culminou com a apreensão da droga na área externa do terreno, que sequer era cercado por muros, quase se confundindo com os demais terrenos, como comumente ocorre na zona rural.

Sobre o tema, aduz a Corte Superior: “A jurisprudência desta Corte é pacífica no sentido de que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos.” (HC 608.558/RJ, Rel. Ministro , Quinta Turma, DJe 07/12/2020).

Destarte, incontestado a validade da ação policial, julgo incabível o pedido de “reconhecimento da invalidade do auto de prisão em flagrante em todo seu conteúdo pela patente invasão de domicílio do apelante, absolvendo-o, nos termos do art. 386, II, do CPP”.

De igual forma, quanto ao pedido de absolvição do Réu, “nos termos do art. 386, VII do CPP”, assevero que a prova colhida não justifica melhor sorte à Defesa.

Patente, in casu, que além dos elementos investigativos prévios e apontamentos de que o Réu estava a exercer o tráfico de drogas no local – conduta inclusive confessada na etapa preliminar (id. 126083925 – PJe 1.º grau), resta presente no auto de exibição e apreensão que foram encontrados na ação policial “01 vaso de vidro contendo dezessete (17) tablets de maconha prensada, pesando 37,0 g, um vaso inox, contendo 15 invólucros de maconha in natura, pesando 26,0 g, uma (01) lata de leite em pó contendo 98,0 g de maconha in natura, um (01) vaso inox contendo 59,0 g de maconha in natura, a quantia de R\$ 154,00 (cento e cinquenta e quatro reais) dividida em uma nota de R\$ 50,00, três notas de R\$ 20,00, quatro notas de 10,00 e duas notas de R\$ 2,00, um (01) canivete com uma (01) capa de couro, dois (02) pacotes contendo sacos plásticos para geladinho (...)”; ou seja, entorpecentes compartimentados, dinheiro subdividido em notas diversas, instrumento para corte e sacos de separação, que, sem dúvida, corroboram a tese acusatória e fundamentam a condenação perpetrada.

Ressalte-se, conforme dito acima, que inexistem nos autos provas capazes de macular os depoimentos dos policiais envolvidos na prisão em flagrante e/ou indicar eventual inaptidão destes como meios de prova idôneos e aptos a consubstanciar a condenação do Réu, panorama que, somado à frágil tese defensiva e provas colhidas ao longo da persecução penal, certamente, fundamenta o indeferimento do pleito absolutório.

Desta forma, ausente razão plausível e concreta para modificação do decisório combatido, na esteira do parecer da d. Procuradoria de Justiça (id. 33152087), firmo indevida a absolvição do Réu pelo crime de tráfico ilícito de entorpecentes, bem como, consequentemente, inequívoco o exercício da traficância, rechaço o pedido de desclassificação para uso – art. 28 da Lei n.º 11.343/06.

Dosimetria da Pena

Na aplicação da reprimenda, consignou o Juízo primevo que:

“Partindo da primeira fase de individualização penal, atentando-se às circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do CP, observa-se que o réu é primário. Atenta ao que reza o art. 42 da Lei nº 11.343/06, verifica-se uma única variedade de droga apreendida, composta, por maconha, em que pese a quantidade. As consequências do crime (dano social) são iminentes

ao tipo, havendo de ser desprezadas, sob pena de bis in idem. A motivação reside na obtenção de lucro fácil, situação abarcada pelo tipo penal. No particular, recomendam o apenamento básico, no patamar mínimo. Por tudo isso, numa margem de cinco a quinze anos de reclusão, fixo a pena base em quantum equivalente a 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. Não há circunstâncias agravantes, mas reconheço a atenuante da confissão espontânea, haja vista que confessou ter em depósito a droga, no entanto mantenho a pena no mínimo legal diante do quanto estabelecido na Súmula 231 do STJ. Na terceira fase da dosimetria da pena verifico que réu possui direito à causa de diminuição de pena descrita no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, posto que é primário e, ao que tudo indica, não se dedica à atividade criminosa, nem integra organização criminosa. De tudo exposto, diminuo a pena em 2/3 (dois terços) passando a dosar a pena definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. Assim, torno a pena definitiva para o efetivo cumprimento em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime inicialmente aberto, com fundamento no artigo 33 3, § 2º, 'c', do Código Penal l, além do pagamento de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do maior salário-mínimo vigente à época do cometimento do crime, corrigido monetariamente, a qual torno definitiva (art. 49, § 1º e 60, ambos do CP). (...). Atendidos os requisitos insertos no art. 44 4 do Código Penal l, substituo a pena privativa de liberdade por 02 (duas) penas restritivas de direitos: 1) de prestação de serviços à comunidade a ser cumprida em instituição quando da audiência admonitória (art. 46, do CP), e; 2) limitação de fim de semana. (...)" (id. 148830456 – PJe 1.º grau – grifei).

Ratifico, integralmente, a dosimetria da pena primeva, assim como, a fixação da pena definitiva em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, no regime aberto, com pena de multa de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso.

De igual maneira, corroboro a aplicação da benesse do art. 44 do CP, na forma sentenciada pela Magistrada a quo.

Em que pese tenha confirmado a pena definitiva dosada, em relação à aplicação da Súmula 231/STJ, cabe esclarecer que acolho o posicionamento adotado em respeito à unicidade do Colegiado, uniformização da jurisprudência, previsibilidade, estabilidade, confiança e igualdade perante a jurisdição, economia processual, maior eficiência e segurança jurídica dos julgamentos, não obstante, pessoalmente, discorde da limitação da reprimenda ao piso na segunda fase da dosimetria.

Em verdade, posiciono-me pela necessidade de evoluirmos para uma melhor interpretação em relação ao tema em questão. Esclareço:

Recorde-se, que nos debates históricos sobre a dosimetria da pena em concreto foram apresentadas, à época, duas propostas principais de formatação desta, a primeira de , que preconizava um critério bifásico de cálculo da pena, em que na primeira fase o juiz ponderava as circunstâncias judiciais e atenuantes e agravantes e, em consequência, estabelecia a pena-base; em seguida, na segunda e última fase, aplicava sobre a pena-base às causas de diminuição e aumento de pena, tendo como

resultado a sanção (pena) definitiva; e, o revés, a segunda de , que aduziu a adoção do do critério trifásico para o cálculo da pena, sendo esta a opção adotada (consagrada) pelo legislador para a definição da sanção (pena) definitiva, conforme preconiza o artigo 68, caput, do Código Penal.

Noutro giro, sabemos que em decorrência de expressa disposição legal a pena-base não poderá ser fixada pelo julgador para fora dos limites mínimo e máximo previstos em abstrato para o tipo penal. Tal situação decorre de a pena-base ser fixada a partir das circunstâncias judiciais elencadas taxativamente pelo artigo 59 do Código Penal, e a referida análise de todas elas servirá, entre outras medidas, para estabelecer “a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos” (art. 59, II, do CP).

Portanto, de modo preciso e com absoluta clareza, o legislador dispôs expressamente que a pena-base não poderá ser estabelecida para além do mínimo legal, nem além do máximo legal dos limites previstos em abstrato para o tipo penal incriminador (art. 59, II, do CP), situação que, em momento algum, revela qualquer controvérsia na doutrina, sequer na própria jurisprudência.

É exatamente a partir deste ponto que vemos que o referido entendimento sumulado pelo Superior Tribunal de Justiça (Súmula 231) manteria a sua pertinência, ou seja, a sua razão de existir, caso estivéssemos diante do critério bifásico para a dosimetria da pena em concreto, o qual, diga-se novamente de passagem, não foi o adotado, ou, melhor dizendo, não foi o mantido pelo legislador no Código Penal, eis que optou em consagrar o sistema trifásico na legislação penal vigente (art. 68 caput do CP).

Ora, quando se encontrava em incidência o sistema bifásico, que trazia previsão para a primeira fase acerca da análise simultânea das circunstâncias judiciais e das circunstâncias atenuantes e agravantes, as quais, em conjunto, compunham a pena-base, estaria irretocável o entendimento sumulado, pois sempre houve consenso na doutrina e na jurisprudência de que a pena-base deve se balizar entre o patamar mínimo e máximo previstos em abstrato para o tipo e, nessa hipótese, as circunstâncias atenuantes e agravantes estariam sendo computadas para a formação da própria pena-base.

Porém, frente à adoção pelo legislador do sistema trifásico para a dosimetria da pena em concreto, com a devida vênia, vemos que não subsiste mais a razão de existir da Súmula 231 do STJ, eis que as circunstâncias atenuantes e agravantes devem ser analisadas apenas na segunda fase do processo de aplicação da pena em concreto, depois de já ter sido fixada a pena-base, a qual resultará tão somente da análise isolada de todas as circunstâncias judiciais previstas taxativamente no artigo 59 do Código Penal, não revelando aquelas, portanto, qualquer óbice à redução ou elevação da sanção penal provisória ou intermediária para fora dos limites em abstrato previstos para o tipo penal incriminador.

Sob esse aspecto, faz-se importante reascender a compreensão de que não é outro o entendimento que se extrai do disposto pelo inciso II do artigo 59 do Código Penal, eis que, se as circunstâncias judiciais determinam a punição no mínimo legal e se reconhece, em favor do condenado, alguma das

circunstâncias atenuantes previstas nos artigos 65 ou 66 do Código Penal, estas devem incidir sobre a pena fixada na primeira fase, diante da inexistência de qualquer vedação legal a respeito.

Somente a pena-base deverá ser fixada entre os limites de penas previstos em abstrato para o tipo (art. 59, II, do CP), não se aplicando tal exigência à segunda fase de aplicação da sanção corporal (art. 68, caput, do CP).

Devemos relembrar que estamos diante da incidência do sistema trifásico de dosimetria da pena em concreto, sendo esta a sistemática eleita pelo legislador; não estamos mais diante do sistema bifásico, o qual, em tom de repetição, tinha a pena-base estabelecida ao se considerar simultaneamente as circunstâncias judiciais e atenuantes e agravantes.

Não obstante o posicionamento ora assumido, sabemos que não é este o entendimento prevalente na jurisprudência dos tribunais, sejam eles superiores ou inferiores. O próprio Supremo Tribunal Federal já se pronunciou acerca da impossibilidade de fixação da pena intermediária ou provisória para fora dos limites indicados em abstrato pelo legislador para o tipo incriminador, diga-se de passagem, em julgamento com repercussão geral (RE 597270/RS), no qual foi fixada a seguinte tese: “Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

O referido julgado foi assim ementado: “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”.

Ademais, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, conforme já retratado em linhas pretéritas, a própria Súmula 231 nos orienta acerca do entendimento uníssono que tem incidência nos julgamentos perante a Corte da Cidadania, sendo que a referida proibição contida no referido verbete sumular foi sedimentada em sede de julgamento de Recurso Especial Repetitivo de nº 1117073/PR, conforme ementa a seguir transcrita:

“RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ESTUPRO. PENAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL, ENUNCIADO DA SÚMULA Nº 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIOLAÇÃO AOS ART. 59, INCISOS II, C.C. ARTS. 65, 68, CAPUT, E 213 DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DIMINUIÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. É firme o entendimento de que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula nº 231 desta Corte Superior. 2. O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal. (....) 4. Recurso especial conhecido e provido para afastar a fixação da pena abaixo do mínimo legal. Acórdão sujeito ao que dispõe o art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ nº 08. De 07 de

agosto de 2008”.

A referida ementa sumular (231 do STJ), inclusive, vem sendo expressamente adotada nos julgados dos tribunais inferiores, estaduais e federais, e, de igual modo, pelo próprio Supremo Tribunal Federal, situação que esvazia qualquer discussão a respeito da sua constitucionalidade.

A voz uníssona que ecoa da jurisprudência do STF e STJ tem como premissa que o Brasil adotou na aplicação da pena o sistema da relativa determinação, e não o da indeterminação da pena, sendo que, tanto na primeira quanto na segunda fase da aplicação, utilizou-se o legislador das expressões “dentro dos limites previstos” e “do limite indicado”, respectivamente, no inciso II do artigo 59 e no artigo 67, ambos do Código Penal, o que conduz a necessidade de, em tais etapas, serem respeitados os limites mínimo e máximo abstratamente cominados pelo tipo secundário.

Com isso, de acordo com a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, a pena não pode ficar aquém do mínimo legal e, por interpretação análoga extensiva, de igual modo, não pode ser estabelecida além do máximo legal previsto em abstrato na segunda etapa da sua aplicação, sendo que a finalidade do verbete é impedir que o julgador desborde dos limites impostos pela lei (arts. 59, II e 67 do CP) e viole a separação dos poderes.

Por tais razões, ao contrário do que acontece na terceira fase do critério de aplicação da sanção penal, em que a lei prevê frações de diminuição e aumento da pena – fixas ou variáveis –, entendem os Tribunais Superiores que nas duas primeiras etapas não há previsão legal do quantum de exasperação ou abrandamento, motivo por que o magistrado não pode criar um quantitativo que desborde dos limites mínimo e máximo, ante o princípio da reserva legal (arts. 59, II e 67 do CP).

Diante desse contexto jurisprudencial consolidado, após inúmeras reflexões acerca da matéria, tenho passado a consignar expressamente, nos julgamentos que me são submetidos, a posição pessoal pela não incidência da Súmula 231 do STJ, por entender que se trata de verbete sumular que não se coaduna com o sistema legal vigente adotado para o processo de dosimetria da pena em concreto (sistema trifásico) e, ainda, por possuir ampla possibilidade de tratamento desigual (e porque não injusto) durante o processo de individualização da pena, porém, por se tratar de temática sumulada e sedimentada em sede de julgamento de Recurso Especial Repetitivo (1177073/PR) pelo Superior Tribunal de Justiça e também em julgamento com Repercussão Geral (RE 597270/RS) pelo Supremo Tribunal Federal, entendemos que tal situação passou a se configurar em hipótese de observância obrigatória, nos termos dos artigos 926 e 927, incisos III e IV, ambos do Código de Processo Civil.

Não desconhecemos as discussões doutrinárias a respeito da possibilidade ou não de o Código de Processo Civil ter previsto eficácia vinculante a acórdãos em julgamento de Recursos Especial ou Extraordinário Repetitivos em matéria penal, entretanto, diante do silêncio do legislador no Código de Processo Penal vigente, entendemos pela incidência do seu artigo 3º, o qual dispõe que “a lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de

direito”.

É cediço que a harmonização dos julgados é algo essencial para um Estado Democrático de Direito, até porque tratar as mesmas questões fáticas com a mesma solução jurídica preserva o próprio princípio da isonomia.

Além disso, quando determinada questão se mostra pacificada nas Cortes Superiores, como ocorre na situação em questão, pois além de o Superior Tribunal de Justiça (Súmula 231 e Recurso Especial Repetitivo nº 1117073/PR), o próprio Supremo Tribunal Federal também já se pronunciou acerca do tema, diga-se de passagem, com Repercussão Geral (RE nº 597270/RS), tais posicionamentos assumidos estabelecem a uniformização da jurisprudência, com o devido atendimento à segurança jurídica, à previsibilidade, à estabilidade, à confiança, à igualdade perante a jurisdição, à coerência, à economia processual e à maior eficiência, valores que, certamente, não podem ser desprezados.

Assim, do ponto de vista prático, embora o julgador tenha autonomia para formar a sua convicção, algo que não deixamos de consignar neste e em outros julgados, é certo que uma decisão contrária ao objeto de decisão proferida no âmbito do Recurso Extraordinário ou Especial onde se reconheceu a existência, respectivamente, de repercussão geral ou de efeito repetitivo, será prontamente reformada pelo tribunal ad quem, causando o fenômeno da litigiosidade excessiva e absolutamente desnecessária.

Podemos concluir então, em nome do pragmatismo, que em situações desse quilate, devemos nos alinhar às decisões proferidas em sede de recurso extraordinário em repercussão geral proferida pelo STF e em recurso especial em recurso repetitivo pelo STJ, pois elas possuem eficácia contra todos (erga omnes) e efeito vinculante com relação aos órgãos do poder judiciário (art. 927 do CPC).

Além disso, no caso em concreto cuja análise ocorre em grau de recurso, não obstante o entendimento deste julgador retratado em linhas pretéritas, diga-se de passagem, que se encontra atuando tão somente em substituição (Juiz Convocado) a Desembargadora, por período determinado decorrente do seu afastamento, de igual modo, em nome da estabilidade das relações jurídicas, que demanda atuação uniforme deste órgão julgador, a partir da existência de entendimento uníssono e consolidado de todos os integrantes deste colegiado, incluindo a própria Desembargadora citada, deverá ser mantida a sentença em debate nos termos em que foi proferida, em homenagem ao Princípio da Colegialidade.

Colaciono abaixo o entendimento uníssono assumido pela integralidade dos Desembargadores integrantes deste órgão julgador:

APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 157, § 2º, II, DO CP. ATENUANTE DA CONFISSÃO E DA MENORIDADE. INAPLICABILIDADE. INCABÍVEL A APLICAÇÃO DAS ATENUANTES. OBSERVÂNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Acertou o Magistrado ao não aplicar as atenuantes da confissão e da menoridade, uma vez que, sendo a pena-base fixada no mínimo legal, não poderia a pena intermediária ficar aquém do mínimo. Observa-se, aqui, o enunciado da Súmula 231 do STJ. (TJ-BA – APL: 05007210420188050274,

Relatora: , Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Data de Publicação: 13/11/2019);

APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. INCIDÊNCIA. REDUÇÃO DA PENA PROVISÓRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. SANÇÃO PECUNIÁRIA. PROPORCIONALIDADE COM A REPRIMENDA CORPORAL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. DE OFÍCIO, REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. As circunstâncias atenuantes não tem o condão de estabelecer a pena provisória fora do limite legal. Incidência da Súmula nº 231 do STJ. A pena de multa deve guardar proporcionalidade com a reprimenda corporal imposta. (TJ-BA – APL: 05000534220198050001, Relatora: , Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Data de Publicação: 14/05/2020);

APELAÇÃO CRIME. PORTE ILEGAL DE ARMA, ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO VI, LEI 10.826/2003. RECURSO DEFENSIVO: FIXAÇÃO DA PENA BASE EM PATAMAR MÍNIMO. POSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. CONCESSÃO DE JUSTIÇA GRATUITA. MATÉRIA PERTINENTE AO JUÍZO DA EXECUÇÃO. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJ-BA Classe: Apelação, Número do Processo: 0500533-20.2017.8.05.0250, Relator (a): , Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Publicado em: 11/12/2018);

APELAÇÃO. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELANTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO DELITO TIPIFICADO NO ART. 157, § 2º, I (REDAÇÃO ORIGINAL) C/C ART. 71 DO CÓDIGO PENAL, ÀS PENAS DE 6 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, E DE PAGAMENTO DE 50 (CINQUENTA) DIAS-MULTA. REVISÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. CABIMENTO. CULPABILIDADE. PREMEDITAÇÃO DA AÇÃO DELITIVA. CONDUTA INERENTE AO TIPO. ANTECEDENTES CRIMINAIS. USO DE AÇÕES PENAS EM CURSO. INADMISSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA 444 DO STJ. APLICAÇÃO. MOTIVOS DO CRIME. AUSÊNCIA DE SITUAÇÃO EXTRAORDINÁRIA. PENA-BASE FIXADA NO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTES DA MENORIDADE E DA CONFISSÃO. NÃO APLICAÇÃO. SÚMULA 231 DO STJ. INCIDÊNCIA. EXCLUSÃO DA CAUSA DE AUMENTO PREVISTA NO INCISO IDO § 2º (REDAÇÃO ORIGINAL) DO ART. 157 DO CÓDIGO PENAL. DESCABIMENTO. DESNECESSIDADE DE PERÍCIA DA ARMA DE FOGO PARA APLICAR A MAJORANTE DA PENA. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE. (TJ-BA Classe: Apelação, Número do Processo: 0500021-37.2017.8.05.0250, Relator (a): , Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Publicado em: 24/07/2018);

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE HOMICÍDIO (ART. 121, § 2º, INCISOS I e IV). PLEITO DE REDUÇÃO DA PENA PARA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE. AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. INACOLHIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA MANTIDA. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 59 E 68, DO CÓDIGO PENAL E DA SÚMULA 231 DO STJ. Parecer ministerial pelo improvimento do apelo. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por , insurgindo-se contra a sentença proferida pelo Conselho de Sentença da Vara do Júri da Comarca de Feira de Santana/Ba, que julgou procedente em parte a pretensão formulada na denúncia, condenando o Réu à pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime fechado, negando-lhe o direito de recorrer em liberdade. 2. Observa-se, pois, que a juíza sentenciante, de maneira correta, na segunda etapa, reconhecendo as atenuantes da confissão espontânea e menoridade, deixou de valorá-las, tendo em vista que, na primeira fase da dosimetria, as reprimendas restaram estabilizadas no mínimo cominado em lei. Nesta

esteira, tem-se que tal operação deve se manter irretocável, porquanto consubstanciada no entendimento consolidado no enunciado nº 231 da Súmula do STJ: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal." 3. Parecer ministerial pelo improvimento do apelo subscrito pela Procuradora de Justiça . 4. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJ-BA – APL: 05129636320168050080, Relator: , Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Data de Publicação: 04/05/2021).

Por tais razões, conforme já frisado, neste momento, a adoção desta atuação uniforme também se faz necessária frente ao citado Princípio da Colegialidade, eis que, para garantir a segurança jurídica deste colegiado, este julgador (Juiz Convocado), com atuação em caráter temporário, deve submeter a sua posição INDIVIDUAL divergente à posição UNÍSSONA e CONSOLIDADA de todos os membros titulares deste órgão julgador (Desembargadores), de modo a evitar a variação de resultados de julgamentos, relacionados ao tema em questão, por conta da temporária composição diferenciada deste órgão fracionário.

Não obstante os argumentos lançados, a fim de fomentarmos a criação de um ambiente reflexivo permanente, não podemos nos furtar em deixar de expor a nossa insurgência acerca de determinada temática ora pacificada pelos Tribunais Superiores em julgamentos com repercussão geral ou efeito repetitivo, bem como por este Órgão Colegiado, eis que o direito é dinâmico e a ordem impositiva jurisprudencial atualmente aplicável poderá ceder em face de eventual revisão da matéria no futuro, com a possibilidade, inclusive, de reversão do atual entendimento.

No que se refere ao prequestionamento defensivo do “artigo 5º, caput, da Constituição da República e, em especial, seus incisos XI e LVI, da CRFB/88 (inviolabilidade de domicílio e provas ilícitas)” e o formulado pela PGJ dos “artigos 1º, inciso III, e 5º, incisos XI, LIV, ambos da Constituição Federal; os artigos 28, 33, § 4º e 42, da Lei nº 11.343/2006; e os artigos 157, 1º e 386, incisos V, VI e VII, do Código de Processo Penal; e os princípios da legalidade e da individualização da pena” (id. 186406322 – PJe 1.º grau, e id. 33152087), destaco que ao Julgador não é imposta a apreciação de todas as normas, artigos e princípios suscitados pelas partes, mas apenas dos motivos que levaram à conclusão fundamentada e objetiva da controvérsia, sobretudo quando a abordagem das matérias propostas trouxeram manifestações implícitas e explícitas sobre as pretensas violações.

Ante o exposto, conheço e nego provimento ao recurso.

É como voto.

Sala de Sessões, data e assinatura registradas no sistema.

JUIZ CONVOCADO

