

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000991-97.2016.8.05.0228

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

APELADO:

Advogado (s):

ACORDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. DIREITO PENAL. PROCESSUAL PENAL. LEI ANTIDROGAS. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33, CAPUT, C/C O ARTIGO 40, INCISO IV, AMBOS DA LEI Nº 11.343/2006. APELANTE CONDENADO À PENA DEFINITIVA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIAL FECHADO, BEM COMO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, NO VALOR UNITÁRIO ARBITRADO NO MÍNIMO LEGAL.
FORA NEGADO AO APELANTE O DIREITO DE O MESMO RECORRER EM LIBERDADE.

RAZÕES RECURSAIS:

PLEITO DE REANÁLISE DA DOSIMETRIA DA PENA, A FIM DE QUE A PENA DO APELANTE SEJA REDUZIDA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL EM FACE DO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE RELATIVA À CONFISSÃO ESPONTÂNEA, PREVISTA NO ARTIGO 65, INCISO III, ALÍNEA D, DO CÓDIGO PENAL, AFASTANDO-SE O QUANTO DISPOSTO NA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. INACOLHIMENTO. ATENUANTE QUE EMBORA DEVIDAMENTE RECONHECIDA PELO MAGISTRADO A QUO, NÃO FORA APLICADA EM FACE DA VEDAÇÃO CONTIDA NA SUPRACITADA SÚMULA 231, CUJO ENTENDIMENTO, ALÉM DE SE SOBREPOR ÀQUELE CONTIDO NA SÚMULA 545 DO MENCIONADO TRIBUNAL, FORA

PACIFICADO EM RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA, DE OBSERVÂNCIA OBRIGATÓRIA POR ESTE EGRÉGIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA, ALÉM DE SER AMPLAMENTE ADOTADO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. REDIMENSIONAMENTO DE OFÍCIO DO QUANTUM DEFINITIVO DAS PENAS CORPORAL E DE MULTA IMPOSTAS AO APELANTE, EM VIRTUDE DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/2006, EM SEU SEU PATAMAR MÁXIMO, QUAL SEJA, 2/3(DOIS TERÇOS). PEDIDO DE AFASTAMENTO DO PAGAMENTO DA PENA DE MULTA APLICADA, EM FACE DA HIPOSSUFICIÊNCIA FINANCEIRA DO APELANTE. IMPOSSIBILIDADE. PENA DE MULTA QUE CONSTITUI SANÇÃO IMPOSTA PELO LEGISLADOR, SENDO IMPOSSÍVEL A SUA SUPRESSÃO SOB O ARGUMENTO DE IMPOSSIBILIDADE ECONÔMICA DO PAGAMENTO, CABENDO AO JUÍZO DA EXECUÇÃO APRECIAR A REFERIDA QUESTÃO. REQUERIMENTO DE CONCESSÃO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA QUE DEVE SER ANALISADA PERANTE O JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIS. PRECEDENTES DO STJ E DESTE ÓRGÃO JULGADOR. CONCESSÃO DO DIREITO DE O APELANTE RECORRER EM LIBERDADE. PREJUDICADO. ATRAVÉS DE CONSULTA REALIZADA NOS AUTOS DO PROCESSO DE Nº 0305633-62.2017.8.05.0080, O QUAL TRAMITA NO SEEU – SISTEMA ELETRÔNICO DE EXECUÇÃO UNIFICADA, VERIFICOU-SE QUE FORA DECLARADA A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE DO REFERIDO APELANTE NO DIA 13/08/2021, EM FACE DO EFETIVO CUMPRIMENTO DA SANÇÃO PENAL QUE LHE IMPOSTA, TENDO SIDO, INCLUSIVE, EXPEDIDO ALVARÁ DE SOLTURA EM SEU FAVOR. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE MENCIONAR EXPRESSAMENTE CADA DISPOSITIVO. REQUISITO DO PREQUESTIONAMENTO QUE SE SATISFAZ, NESTE JULGAMENTO, COM A EXISTÊNCIA DE PRONUNCIAMENTO SOBRE AS MATÉRIAS QUE SE PRETENDE SUBMETER AO CRIVO DA INSTÂNCIA EXTRAORDINÁRIA. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NA PARTE CONHECIDA, IMPROVIDO. REDIMENSIONAMENTO, EX OFFICIO, DO QUANTUM DAS PENAS CORPORAL E DE MULTA IMPOSTAS DEFINITIVAMENTE AO APELANTE, EM VIRTUDE DA APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º, DO ARTIGO 33, DA LEI Nº 11.343/2006, EM SUA FRAÇÃO MÁXIMA.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal de nº 0000991-97.2016.8.05.0228, oriundos da Vara Criminal, Execuções Penais, Júri, Juizado Especial Criminal, Infância e Juventude da Comarca de Santo Amaro, sendo Apelante , e Apelado, o Ministério Público Estadual. Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em conhecer parcialmente do presente Recurso de Apelação, para, na parte conhecida, julgá-lo improvido, redimensionando, de ofício, as penas corporal e de multa que lhe foram impostas definitivamente, de acordo com o voto do Relator.

Juiz Convocado
Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma
Relator

SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

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

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000991-97.2016.8.05.0228

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

APELADO:

Advogado (s):

RELATÓRIO

"Cuida-se de Apelação interposta por contra a r. sentença proferida pelo M.M. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Santo Amaro. Narrou o Ilustre Representante do Parquet em sua preambular acusatória acostada aos presentes autos (ID 16918951), que no dia 08 de agosto de 2016, por volta das 09:30 horas, em uma fazenda localizada à Rua Alto do São Francisco, naquela cidade de Santo Amaro, o acusado fora flagrado

trazendo consigo uma mochila preta contendo 216 (duzentos e dezesseis) pedras de crack embaladas em pedaços de plásticos, pesando o total de 37,84 (trinta e sete gramas e oitenta e quatro centigramas), 94 (noventa e quatro) porções de maconha, acondicionadas em saco plástico, além de mais 03 (três) porções sem embalagem, totalizando 274g (duzentos e setenta e quatro gramas), bem como uma balança de precisão, dois “brucutus” e a quantia de R\$ 70,00 (setenta reais), oriunda da mercancia ilícita de entorpecentes.

De acordo com a referida peça, a polícia militar realizava diligências com o fito de averiguar um roubo praticado contra alunos e funcionários do IFBA, sendo que ao chegarem ao local, lograram êxito em prenderem o referido acusado com os objetos supracitados, bem como uma arma de fogo calibre 12, três cartuchos do mesmo calibre e mais 106 (cento e seis) pés de maconha.

Diante do exposto, fora o acusado, ora Apelante, denunciado como incurso nas penas dos artigos 33, c/c o artigo 40, inciso IV, ambos da Lei nº 11.343/2006.

A denúncia fora recebida no dia 14/09/2016 (ID 16918958), recebimento este posteriormente ratificado (ID 16919019).

Ultimada a instrução criminal e apresentadas as alegações finais pelas partes envolvidas, fora proferida em desfavor do Apelante, sentença condenatória (ID 16919034), oportunidade em que a pretensão contida na denúncia fora julgada procedente para condená-lo como incurso nas sanções do artigo 33, caput, c/c o artigo 40, inciso IV, ambos da Lei nº 11.343/2006, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, bem como pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, no valor unitário arbitrado no mínimo legal.

Fora negado ao referido Apelante o direito de o mesmo recorrer em liberdade.

Irresignada, a defesa do Apelante interpôs o presente Recurso de Apelação (ID 16919064), pleiteando a reforma da sentença para: a) aplicar a atenuante relativa à confissão espontânea, mesmo que a pena fique aquém do mínimo legal, principalmente considerando-se que o entendimento contido na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça fora superado pelo quanto disposto no Enunciado 545, do referido Tribunal Superior; b) substituição da pena privativa de liberdade imposta ao Apelante por pena restritiva de direitos; c) direito de o Apelante recorrer em liberdade; d) exclusão da pena de multa; e, e) concessão da gratuidade da justiça em favor do Apelante em virtude da hipossuficiência financeira deste.

Prequestionou, para fins de eventual interposição de Recurso Especial e/ou Extraordinário, a violação aos seguintes artigos: 5º, incisos XXXIX, LVII, 93, inciso IX, ambos da CF/1988, 33, § 4º, da lei 11.343/083, e 59, 65, inciso III, alínea d, e 68, todos do Código Penal.

Em Contrarrazões (ID 16919124 – fls. 02/08), o Parquet pugnou pelo improvimento do presente Recurso de Apelação, mantendo-se a sentença vergastada em sua inteireza.

Distribuídos por sorteio à relatoria do Eminentíssimo Des. Seixas (ID 16952884), cumprida a diligência que fora determinada (ID 16994486), a qual fora posteriormente reiterada (ID 17632452), os autos foram encaminhados à douta Procuradoria de Justiça, que se manifestou pelo conhecimento e parcial provimento do apelo, “a fim de que seja alterado o regime inicial de cumprimento de pena, observadas as diretrizes do artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal”(ID 17626148).

Elaborado o presente relatório, submeto o exame dos autos ao eminente

Desembargador Revisor, para os devidos fins.

É o Relatório.

Salvador (data registrada no sistema no momento da prática do ato).

Juiz Convocado

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma

Relator

11

PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA

Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0000991-97.2016.8.05.0228

Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

APELADO:

Advogado (s):

VOTO

Presentes os requisitos de admissibilidade, conheço do presente recurso. A materialidade delitiva é incontroversa e pode ser extraída através dos Autos de Exibição e Apreensão e dos Laudos de Exame Pericial acostados aos autos (ID's 16918953 – Fls. 14, 22/25, 27/28, e ID 16919029), bem como através das declarações colhidos no in folio, notadamente daquelas prestadas na fase judicial, momento em que o Apelante confessou a prática delituosa.

Feitos tais esclarecimentos e não havendo questões preliminares a serem examinadas, passa-se, de logo, à análise do mérito recursal.

Ab initio, deve ser registrado que a defesa do Apelante não se insurgiu acerca da condenação deste como incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, mesmo porque a prova carreada aos autos demonstram, indubitavelmente, que este cometeu o crime que lhe fora imputado, tendo, inclusive, confessado em Juízo a prática delituosa.

Da dosimetria da pena

Requer a defesa do Apelante o redimensionamento da sua pena base para o mínimo legal, por entender que embora o Magistrado sentenciante tenha reconhecido a presença da atenuante prevista no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal, em seu favor, deixou de aplicá-la em virtude da vedação contida na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça.

Defende que o entendimento contido na referida súmula se encontra superado, haja vista o quanto disposto no Enunciado 545, do supracitado Tribunal Superior.

Entretanto, a insurgência do Apelante não merece prosperar, pelos motivos a seguir aduzidos.

Do teor do documento acostado aos presentes autos (ID 16919034), é possível inferir que na primeira fase da dosimetria da pena, a pena-base do Apelante fora fixada acima do mínimo legal, qual seja, 05 (cinco) anos e 03 (três) meses de reclusão, em virtude da quantidade e natureza da substância apreendida consigo, qual seja, 300g (trezentos gramas) de entorpecentes, divididos entre crack e maconha. A pena de multa fora estabelecida em 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa.

Por sua vez, na segunda fase, fora reconhecida a presença da atenuante relativa à confissão espontânea (artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal), motivo pelo qual as penas corporal e de multa impostas ao Apelante, foram reduzidas, respectivamente, para 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário fixado no mínimo legal.

Ao reconhecer a presença da atenuante supracitada uma vez que o Apelante confessou a prática delitiva, confissão esta que fora utilizada para fundamentar a sua condenação, agiu acertadamente a nobre Magistrada, principalmente considerando-se que o enunciado sumular nº 545, do Superior Tribunal de Justiça, dispõe que "Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no artigo 65, III, d, do Código Penal".

Todavia, em que pese o quanto observado acima, a Magistrada a quo deixou de aplicar, apropriadamente, a atenuante supracitada, em respeito à Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que o entendimento ali sumulado se sobrepõe àquele contido na mencionada Súmula 545, do referido Tribunal Superior.

Nestes termos, o julgado abaixo descrito:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO MAJORADO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL PELA INCIDÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. SÚMULA 231/STJ. REGIME PRISIONAL FECHADO. CARÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. RÉU PRIMÁRIO. GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 718 E 719 DO STF E 440 DO STJ. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 3. No que se refere à segunda fase do critério trifásico, nos termos da Súmula/STJ 545, a atenuante da

confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos. Porém, nos moldes do entendimento consolidado na Súmula/STJ 231," a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal ". (...) 8. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, com o fim de estabelecer o regime prisional semiaberto, salvo se, por outro motivo, o paciente estiver descontando pena em meio mais severo. (HC 378.618/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 20/06/2017, DJe 28/06/2017) Grifos do Relator

Realmente, fixar a pena do Apelante aquém do mínimo legal, afastando, assim, o quanto disposto na Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça, se mostra manifestamente incabível. É que a proibição contida na supramencionada Súmula foi sedimentada em sede de julgamento do Recurso Especial Repetitivo de nº. 1117073/PR, conforme ementa a seguir transcrita:

“RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ESTUPRO. PENAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ENUNCIADO DA SÚMULA N.º 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIOLAÇÃO AOS ART. 59, INCISO 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 que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 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.
3. Cabe ao Juiz sentenciante oferecer seu arbitrium iudicis dentro dos limites estabelecidos, observado o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, sob pena do seu poder discricionário se tornar arbitrário, tendo em vista que o Código Penal não estabelece valores determinados para a aplicação de atenuantes e agravantes, o que permitiria a fixação da reprimenda corporal em qualquer patamar.
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 n.º 08, de 07 de agosto de 2008.” (REsp 1117073/PR, Rel. Ministra , TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 29/06/2012)

Trata-se, assim, de hipótese de observância obrigatória do entendimento da Corte Superior, nos termos dos artigos 926 e 927, incisos III e IV, do Código de Processo Civil, c/c o artigo 3º do Código de Processo Penal, in verbis:

"Art. 926. CPC. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente."

"Art. 927, CPC. Os juízes e os tribunais observarão:

III – os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional."

"Art. 3º, CPP. A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de

direito."

Decerto, há discussões doutrinárias a respeito da possibilidade de o Código de Processo Civil ter previsto eficácia vinculante a Acórdãos em julgamento de Recursos Especial ou Extraordinário Repetitivos. Entretanto, parcela majoritária da doutrina entende que a definição de precedentes obrigatórios, sobretudo quando emanados dos Tribunais Superiores, gera isonomia e segurança jurídica.

Acerca do tema, os ensinamentos de :

"(...) A harmonização dos julgados é essencial para um Estado Democrático de Direito. Tratar as mesmas situações fáticas com a mesma solução jurídica preserva o princípio da isonomia. Além do que a segurança no posicionamento das cortes evita discussões longas e inúteis, permitindo que todos se comportem conforme o Direito. Como ensina a melhor doutrina, a uniformização de jurisprudência atende à segurança jurídica, à previsibilidade, à estabilidade, ao desestímulo à litigância excessiva, à confiança, à igualdade perante a jurisdição, à coerência, ao respeito à hierarquia, à imparcialidade, ao favorecimento de acordos, à economia processual (de processos e de despesas) e à maior eficiência." (in Novo Código de Processo Civil Comentado.- 2.ed.- Salvador: ED. JusPodivm, 2017 p. 1522)

Outrossim, ressalve-se que o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou sobre a impossibilidade de fixação da pena intermediária aquém do mínimo legal no julgamento do RE 597270, com repercussão geral, 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. (RE 597270 Q0-RG, Relator(a): Min. , 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)

Por fim, a própria Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, vem sendo expressamente adotada nos julgamentos do Supremo Tribunal Federal, esvaindo-se qualquer discussão a respeito de sua constitucionalidade.

Veja-se:

Agravo regimental no recurso extraordinário. 2. Penal e Processual Penal. 3. Roubo circunstanciado com concurso de agentes. 4. Dosimetria da pena. 5. Alegação de direito à redução da pena-base aquém do mínimo legal ante a atenuante da confissão espontânea. Inadmissibilidade. 6. Jurisprudência reafirmada desta Corte e repercussão geral reconhecida. Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Precedente: RE 597.270-Q0-RG/RS, Rel. Min. . 7. Agravo improvido. (RE 1269051 AgR., órgão Julgador: Segunda Turma. Relator Min. , Redator do Acórdão Min. , Julgamento 20/10/2020, Publicação 19/11/2020) Grifos do Relator

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. MATÉRIA CRIMINAL. INVIABILIDADE DE O WRIT FIGURAR COMO SUCEDÂNEO DE REVISÃO CRIMINAL. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE EVIDENTE OU TERATOLOGIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. IMPOSSIBILIDADE DE ATENUANTE GENÉRICA REDUZIR A PENA AQUÉM DO MÍNIMO

LEGAL. TEMA 158 DA REPERUSSÃO GERAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. No caso concreto, por contrariar frontalmente a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o recurso ordinário em habeas corpus não merece conhecimento, na medida em que funciona como sucedâneo de revisão criminal. Precedentes. 2. Devido ao caráter excepcional da superação da jurisprudência da Corte, a concessão da ordem de ofício configura providência a ser tomada tão somente em casos absolutamente aberrantes e teratológicos, o que não se verifica na espécie. 3. O Supremo Tribunal Federal já assentou, em regime de repercussão geral, que “Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.” (Tema 158, RE 597.270, Rel. Min. , DJe 6.4.2009). 4. Agravo regimental desprovido. (RHC 199333 AgR, Órgão julgador: Segunda Turma, Relator (a): Min. , Julgamento: 19/10/2021, Publicação: 19/11/2021) Grifos do Relator

Por tudo quando exposto, deixa-se de proceder à redução da pena intermediária do Apelante aquém do mínimo legal, devendo esta permanecer fixada nos termos constantes da sentença vergastada, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão.

Prosseguindo na dosimetria da pena, observa-se que, na terceira fase, foram reconhecidas as causas de diminuição e aumento previstas, respectivamente, no § 4º, do artigo 33, e no artigo 40, inciso IV, ambos da Lei nº 11.343/2006, tendo o Magistrado sentenciante aplicado em ambos os casos, a fração de 1/6 (um sexto), motivo pelo qual a pena do Apelante restou fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Entretanto, apesar de não haver reparo a ser feito em relação à supramencionada causa de aumento, o mesmo não pode ser dito em relação ao tráfico privilegiado.

Com efeito, urge ser ressaltado que a citada causa de diminuição deve ser reconhecida quando se tratar de indivíduo com bons antecedentes, primário, que não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa, ou seja, trata-se de diminuição de pena que deve ser reconhecida para aquele pequeno traficante, que não faz do tráfico ou do crime o seu modo de vida, a exemplo do usuário que, a fim de pagar alguma dívida com o traficante e para manter o seu vício, passa a vender pequenas quantidades de entorpecentes.

Sobre o tema, ensinam , e :

“(...) como já mencionado, a causa de diminuição de pena deve beneficiar aquele que não faz do crime um meio de vida, não age com habitualidade. Se restar comprovado que o agente dedicava-se a atividades criminosas, para além do tráfico a que responde, impossível a incidência da causa de diminuição. Importante destacar que não há necessidade de se comprovar que o agente foi condenado por outros crimes. Não. Pode ocorrer de, no curso da instrução, haver a comprovação do envolvimento do agente em outras atividades criminosas e a prova produzida nesse processo, ainda que em relação a outros crimes, já será suficiente para afastar o benefício penal.” (in Legislação Criminal para concursos: LECRIM – Salvador: Juspodivm, 2016. p. 548) Grifos do Relator

In casu, é possível observar do quanto disposto na sentença condenatória (ID 16919034) que, a referida causa de diminuição, fora aplicada na fração de 1/6 (um sexto), em que pese entender o Magistrado a quo que “ a quantidade de droga apreendida e demais circunstâncias não conduzem ao entendimento de que o agente se dedica à prática de atividade criminosa.” Saliente-se que o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo que a

utilização da quantidade de entorpecentes para fixar a pena-base acima do mínimo legal e para afastar ou modular a fração relativa à causa de aumento prevista no supracitado § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, caracteriza *bin in idem*, quando dissociada de outras circunstâncias extraídas do caso concreto, que caracterizasse a dedicação do acusado às atividades criminosas, senão veja-se:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. INQUÉRITOS E AÇÕES PENAIIS EM CURSO. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. NOVO ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA E DA SEGUNDA TURMAS DO STF. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIA PREPONDERANTE A SER NECESSARIAMENTE OBSERVADA NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA. UTILIZAÇÃO PARA AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO OU MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO TOLERÂNCIA NA ORDEM CONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 4. No julgamento do RE n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral (Tese n. 712), o STF fixou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes não podem ser utilizadas em duas fases da dosimetria da pena. 5. A Terceira Seção do STJ, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (DJe de 1º/7/2021), partindo da premissa fixada na Tese n. 712 do STF, uniformizou o entendimento de que a natureza e a quantidade de entorpecentes devem ser necessariamente valoradas na primeira etapa da dosimetria, para modulação da pena-base. 6. Não há margem, na redação do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, para utilização de suposta discricionariedade judicial que redunde na transferência da análise dos vetores "natureza e quantidade de drogas apreendidas" para etapas posteriores, já que erigidos ao status de circunstâncias judiciais preponderantes, sem natureza residual. 7. Apenas circunstâncias judiciais não preponderantes, previstas no art. 59 do Código Penal, podem ser utilizadas para modulação da fração de diminuição de pena do tráfico privilegiado, desde que não utilizadas para fixação da pena-base. (...) 10. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC 619.217/AM, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2021, DJe 15/12/2021)

Grifos do Relator

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. UTILIZAÇÃO DA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA PARA JUSTIFICAR O AUMENTO DA PENA-BASE E COMO ÚNICO FUNDAMENTO PARA AFASTAR A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CARACTERIZAÇÃO DE BIS IN IDEM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Nos termos do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organização criminosa. 2. A Terceira Seção, no julgamento do REsp 1.887.511/SP (Rel. Ministro , ocorrido em 9/6/2021, DJe 1/7/2021), alinhando seu entendimento ao já decidido pelo Supremo Tribunal Federal no Recurso Extraordinário n. 666.334/AM, submetido ao regime de repercussão geral (Tese de Repercussão Geral n. 712), assentou ser inadmissível a utilização concomitante da natureza e da quantidade da droga apreendida na primeira e na terceira fases da dosimetria, nesta última para descaracterizar o tráfico privilegiado ou modular a fração de diminuição de pena, por caracterizar indevido *bin in idem*. Afirmou, ainda, que "A utilização supletiva desses elementos para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com

outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa". 3. Na espécie, as instâncias ordinárias consideraram a quantidade de drogas apreendidas tanto na primeira, quanto na terceira fases da dosimetria, o que configura o apontado constrangimento ilegal. Diante disso, cabe ao julgador, em atenção ao princípio da individualização da pena, afastar o apontado bis in idem, aplicando o referido fundamento em apenas uma das fases. Precedentes. 4. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no HC 693.444/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 07/12/2021, DJe 13/12/2021) Grifos do Relator

Diante do exposto, a mencionada causa de diminuição deverá ser aplicada em sua fração máxima, qual seja, 2/3 (dois terços), devendo a pena do Apelante ser fixada definitivamente, em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, nos termos artigo 33, § 3º, do Código Penal, conforme vem decidindo o Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DA PENA. ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. INVIABILIDADE. PACIENTE QUE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. NÃO ATENDIMENTO DAS DIRETRIZES EXIGIDAS PARA O RECONHECIMENTO DO PRIVILÉGIO. REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA ESTREITA DO HABEAS CORPUS. ABRANDAMENTO DO REGIME PRISIONAL. INVIABILIDADE. MONTANTE DA PENA E CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL DESFAVORÁVEL. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...) – Apesar de o montante da sanção (5 anos de reclusão) permitir, em tese, a fixação do regime intermediário, deve ser mantido o regime mais gravoso haja vista a existência de circunstância judicial desfavorável – quantidade e variedade dos entorpecentes –, a qual justificou a exasperação da pena-base em 1/6; O que está em harmonia com a jurisprudência desta Corte Superior, que é pacífica no sentido de que a existência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, como in casu, ou ainda, outra situação que demonstre a gravidade concreta do delito perpetrado, são condições aptas a recrudescer o regime prisional, em detrimento apenas do quantum de pena imposta, nos termos do art. 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal, e do art. 42, da Lei n. 11.343/2006. Precedentes. – Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 709.697/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 14/12/2021, DJe 17/12/2021) Grifos do Relator

A pena de multa, por sua vez, deve guardar proporcionalidade com a pena corporal, motivo pelo qual deverá ser estabelecida em 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor unitário arbitrado no mínimo legal. Deixa-se de substituir a pena privativa de liberdade imposta ao Apelante por pena restritiva de direitos, uma vez que este não preenche os requisitos previstos no artigo 44, inciso III, do Código Penal, haja vista a valoração negativa da circunstância judicial relativa à natureza e quantidade de drogas apreendidas.

Do Pleito de afastamento do pagamento da pena de multa

No que tange ao pleito de afastamento do pagamento da pena de multa, impende ressaltar que, assim como a pena privativa de liberdade, a pena de multa constitui sanção imposta pelo legislador, razão pela qual se afigura como impossível a sua supressão, sob o argumento de impossibilidade

econômica do pagamento, cabendo ao Juízo da Execução apreciar a referida questão, inclusive no que se refere ao seu parcelamento.

Nesse sentido, já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO MAJORADO. INOVAÇÃO RECURSAL. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. OFENSA AO ART. 155 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CPP. NÃO OCORRÊNCIA. APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL. INVIABILIDADE. IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA NÃO AFASTA A IMPOSIÇÃO DE PENA DE MULTA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...) 6. No que tange à violação ao art. 60 do CP, "(...) nos termos do entendimento pacífico desta Corte, a impossibilidade financeira do réu não afasta a imposição da pena de multa, inexistindo previsão legal de isenção do preceito secundário do tipo penal incriminador" (HC 298.169/RS, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 11/10/2016, DJe 28/10/2016). 7. Agravo regimental desprovido. (AgRg nos EDcl no AREsp 1667363/AC, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 01/09/2020, DJe 09/09/2020) Grifos do Relator

De igual forma, vem decidindo esta Corte de Justiça, senão veja-se:

"(...) DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÕES ACUSATÓRIA E DEFENSIVA (RECORRENTE). ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE PESSOAS, POR RESTRIÇÃO DA LIBERDADE DA VÍTIMA E PELO EMPREGO DE ARMA DE FOGO – ARTIGO 157, § 2º, INCISOS II E V E § 2º-A, INCISO I DO CÓDIGO PENAL BRASILEIRO. RECORRENTE CONDENADO, APLICANDO-LHE A REPRIMENDA 10 (DEZ) ANOS, 4 (QUATRO) MESES E 11 (ONZE) DIAS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIALMENTE FECHADO, BEM COMO O PAGAMENTO DE 3731 (TRÊS MIL, SETECENTOS E TRINTA E UM) DIAS–MULTA, NO VALOR DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. PLEITOS RECURSAIS. (...) IV – O AFASTAMENTO DA PENA DE MULTA. NOS TERMOS DA JURISPRUDÊNCIA DO STJ, NÃO SE ADMITE A ISENÇÃO DA PENA DE MULTA PREVISTA NO PRECEITO SECUNDÁRIO DA NORMA PENAL INCRIMINADORA, POR FALTA DE PREVISÃO LEGAL. A IMPOSSIBILIDADE FINANCEIRA DO RÉU NÃO AFASTA A IMPOSIÇÃO DA PENA DE MULTA, INEXISTINDO PREVISÃO LEGAL DE ISENÇÃO DO PRECEITO SECUNDÁRIO DO TIPO PENAL INCRIMINADOR" (HC 298.169/RS, REL. MINISTRO , SEXTA TURMA, JULGADO EM 11/10/2016, DJE 28/10/2016). (...)” (Apelação nº 0000092–51.2020.8.05.0231, Relatora: , Publicado em: 04/11/2021) Grifos do Relator

Assim, o pleito supracitado não deve ser acolhido.

Do direito de o Apelante recorrer em liberdade

Quanto ao pleito defensivo de o Apelante recorrer em liberdade em virtude do édito condenatório, neste particular, encontrar-se desfundamentado, faz-se necessário ressaltar que através de consulta aos autos do processo de nº 0305633–62.2017.8.05.0080, o qual tramita no SEEU – Sistema Eletrônico de Execução Unificada, verificou-se que fora expedido alvará de soltura em favor do Apelante no dia 15/09/2021 (evento 109.1), em virtude de ter sido declarada a extinção da punibilidade deste, nos termos do quanto disposto no artigo 90 do Código Penal (evento 104.1).

Dessa forma, o pleito relativo à concessão em favor do Apelante do direito deste recorrer em liberdade, resta prejudicado.

Da Gratuidade Judiciária

Requer a defesa do Apelante, ainda, a concessão do benefício da Justiça

Gratuita.

Entretanto, entende-se que o pleito supracitado não deve ser conhecido. Constata-se que diante do que dispõe o artigo 804, do Código de Processo Penal, c/c o artigo 98, §§ 2º e 3º do Código de Processo Civil, deve a sentença condenar nas custas o acusado, ainda que este seja assistido pela Defensoria Pública ou beneficiário da justiça gratuita, podendo, entretanto, ficar suspensa a exigência do pagamento, pelo prazo de 05 (cinco) anos, após avaliação das condições econômico-financeiras do Condenado, pelo Juízo da Execução Penal, e, findo o referido prazo, ficará prescrita a obrigação.

Todavia, resta claro que o exame da hipossuficiência do Apelante não pode ser analisada por este Relator, pois tal matéria é afeta ao Juízo das Execuções Penais, consoante orientação predominante no Superior Tribunal de Justiça, senão veja-se:

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. 1. (...) 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. (...) 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) – Grifos do Relator

Nesse sentido também vem decidindo este Egrégio Tribunal de Justiça:

APELAÇÃO CRIMINAL. APELANTE CONDENADO A 02 (DOIS) ANOS DE RECLUSÃO, SOB REGIME ABERTO, E 10 (DEZ) DIAS-MULTA PELA PRÁTICA DO DELITO PREVISTO NO ART. 14, DA LEI Nº 10.826/2003. (...) I. PLEITO DE CONCESSÃO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA. NÃO CONHECIMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL PARA AFERIR A HIPOSSUFICIÊNCIA DO ACUSADO E DEFERIR A ISENÇÃO DE CUSTAS PROCESSUAIS, EM QUE PESE A ASSISTÊNCIA DO RÉU PELA DEFENSORIA PÚBLICA. (...) III. APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA E, NA EXTENSÃO, IMPROVIDA. (Apelação nº 0542774-48.2015.8.05.0001, Relatora: , Publicado em: 19/11/2020)– Grifos do Relator

PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. 1) BENEFÍCIO DA JUSTIÇA GRATUITA. NÃO CONHECIMENTO. QUESTÃO AFETA AO JUÍZO DE EXECUÇÃO PENAL. 2) PEDIDO ABSOLUTÓRIO DO CRIME DE ESTUPRO DE VULNERÁVEL. IMPROVIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. PROVAS SUFICIENTES PARA A CONDENAÇÃO. ESPECIAL RELEVÂNCIA DO DEPOIMENTO DA VÍTIMA. TESTEMUNHO INDIRETO. INCREMENTO AO STANDART PROBATÓRIO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. 3) CONCLUSÃO: CONHECIMENTO PARCIAL E IMPROVIMENTO. (Apelação nº 0300743-47.2015.8.05.0146, Relator: , Publicado em: 16/11/2020) Grifos do Relator

Dessa forma, não deve ser conhecido o pedido, sob pena de supressão de instância.

Do Prequestionamento

A defesa do Apelante prequestionou para fins de eventual interposição de Recurso Especial ou Extraordinário, a contrariedade da sentença recorrida aos seguintes artigos: 5º, incisos XXXIX, LVII, e 93, IX, da Constituição

Federal/1988; 33, § 4º, da Lei nº 11.343/03; 59, 65, inciso III, alínea d, e 68, todos do Código Penal.

Consoante entendimento pacificado no Superior Tribunal de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, o pronunciamento explícito acerca das matérias argüidas para fins de prequestionamento se mostra desnecessário, senão veja-se:

PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA – ICMS – RECOLHIMENTO EFETIVADO ANTECIPADAMENTE – BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – REDISCUSSÃO DA MATÉRIA – PREQUESTIONAMENTO – I – Os embargos de declaração enfitam eliminar obscuridade, omissão ou contradição do julgado embargado, vedada sua utilização para suscitar novos questionamentos ou mesmo rediscutir a matéria. II – "O requisito do prequestionamento se satisfaz com a existência de pronunciamento sobre as matérias que se pretende submeter ao crivo da instância extraordinária, somente sendo exigido menção expressa dos dispositivos tidos por violados na fundamentação do recurso, consoante, neste particular, já decidiu o STF (AGREGAG nº 193.772, DJ 24/10/1997)". (EDROMS nº 14.444/MG, Relator Ministro). III – Embargos declaratórios rejeitados. (EDcl nos EDcl no RMS 11.927/MG, Rel. Ministro , PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/04/2004, DJ 24/05/2004, p. 152, STJ). – Grifos do Relator

Devidamente efetuada a escorreita análise e aplicação dos dispositivos legais necessários e atinentes à espécie, despicienda revela-se (neste julgamento) a menção expressa da adequação da sentença recorrida a cada um dos dispositivos supracitados, para fins de prequestionamento e eventual interposição de recurso às instâncias superiores.

Diante do exposto, o voto é no sentido de conhecer parcialmente do presente Recurso de Apelação, para, na parte conhecida, julgá-lo improvido, ficando mantidos todos os termos da sentença combatida, redimensionando de ofício o quantum das penas corporal e de multa impostas definitivamente ao Apelante , em face da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, em sua fração máxima, qual seja, 2/3 (dois terços), restando mantidos os demais termos da sentença combatida."

Ex positis, acolhe esta Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, o voto através do qual se conhece do Apelo, para julgá-lo improvido, redimensionando de ofício o quantum das penas corporal e de multa impostas definitivamente ao Apelante , em virtude da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, em seu patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços), ficando mantidos os demais termos da sentença condenatória.

Sala das Sessões (data registrada no sistema no momento da prática do ato).

Juiz Convocado

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma

Relator

