

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte POR MAIORIA, LAVRA O ACÓRDÃO A DESA. RITA DE CÁSSIA MACHADO MAGALHÃES. Salvador, 8 de Novembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8001913-70.2022.8.05.0105 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: THIAGO SILVA DE AZEVEDO Advogado (s): GABRIEL BISPO DO CARMO, MARINA BISPO DO CARMO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotora de Justiça: Fernanda Cunha Procurador (a) de Justiça: João Paulo Cardoso

RELATÓRIO THIAGO SILVA DE AZEVEDO interpôs Apelação em face da r. sentença (ID 35141095), que o condenou pela prática do delito previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, a 5 (cinco) anos de reclusão, sob regime aberto, além de 500 (quinhentos) dias-multa. Narrou a Denúncia: No dia 12 de fevereiro de 2022, por volta das 19h, na Rua São Bartolomeu, bairro Euclides Neto, neste município de Ipiaú, o denunciado trazia consigo grande quantidade de substâncias entorpecentes análogas a cocaína, condicionadas para comercialização, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentação conforme descrição abaixo: Segundo consta nos autos em epígrafe, nas circunstâncias de tempo e espaço inicialmente descritas, a guarnição policial estava em ronda rotineira quando viu o denunciado com um certo volume nos bolsos de seus shorts, procedendo com a revista pessoal em seguida. Ao procederem a abordagem, encontraram uma sacola com cerca de 178 (cento e setenta e oito) petecas análogas à cocaína, bem como dinheiro em espécie e um aparelho celular. Por conseguinte, os policiais militares encaminharam o suspeito para a delegacia. O fato imputado ao denunciado é comprovado por meio dos termos de depoimento do condutor e testemunhas (ID 183657213 – págs. 7 a 10), dos Laudos de exame pericial preliminar das drogas apreendidas (ID 183657213 – pág. 38), bem como a interrogatório do denunciado (ID 183657213 – págs. 15 e 16), que também demonstram indícios suficientes de autoria. A conduta narrada é prevista como infração penal na legislação brasileira, tipificada no Art. 33 da Lei nº 11.343/2006. (ID 35140979) Após regular instrução, sobreveio a sentença condenatória, contra a qual o acusado interpôs Apelação, aduzindo, em suas Razões Recursais (ID 35141104), que deve ser aplicada a causa de diminuição de pena do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, em sua fração máxima (2/3), e a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos; que seja reformada a sentença condenatória no que pertine a pena de multa, ante as parcas condições financeiras do Apelante, devendo ser apurada a precariedade da situação financeira, com mais acuidade, no Juízo de Execuções Penais; que seja concedido o benefício de justiça gratuita. Em Contrarrazões (ID 35141118), o membro do Ministério Público pugnou pelo improvimento do Recurso. A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo conhecimento parcial, e na extensão, pelo provimento do recurso, aplicando-se a minorante do tráfico privilegiado, observando os consectários legais, inclusive quanto à pena de multa, substituindo-se a pena corporal por restritivas de direitos. (ID 36066477) Elaborado o Relatório, encaminhei os autos ao nobre Revisor. Salvador/BA, 24 de outubro de 2022. Des. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora Prezada Des. Soraya, Peço vênias para divergir do seu judicioso voto, por entender que, na espécie, o afastamento do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, restou suficientemente fundamentado pelo Juízo de primeiro grau. Sobre o tema: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS.

TRÁFICO DE DROGAS. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. MINORANTE. ELEMENTOS CONCRETOS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amealhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do acusado pelo crime de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n. 11.343/2006). Por essas razões, mostra-se inviável a desclassificação da conduta imputada ao réu, sobretudo em se considerando que, no processo penal, vigora o princípio do livre convencimento motivado, em que é dado ao julgador decidir o mérito da pretensão punitiva, para condenar ou absolver, desde que o faça fundamentadamente, tal como ocorreu no caso. 2. Para entender-se pela desclassificação da conduta imputada ao agravante para o delito descrito no art. 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o revolvimento de todo o conjunto fático-probatório produzido nos autos, providência, conforme cediço, incabível na via estreita do habeas corpus. 3. Não há como aplicar a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 quando verificado que o Tribunal de origem – dentro do seu livre convencimento motivado –apontou elementos concretos dos autos, notadamente a quantidade e variedade da droga apreendida em local conhecido como ponto de tráfico, notoriamente dominado por facções criminosas; não comprovação de atividade lícita e passagens anteriores pela Vara da Infância e da Juventude, que evidenciam a dedicação do acusado a atividades criminosas. 4. Agravo regimental não provido. (STJ, AgRg no HC n. 758.733/SP, Relator: Ministro Rogério Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 20/9/2022, DJe de 26/9/2022).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. RÉU QUE SE DEDICA A ATIVIDADE CRIMINOSA. ALTERAÇÃO DE ENTENDIMENTO. REEXAME DE FATO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Hipótese em que a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi negada ao réu sob o entendimento de que ele é habitual na prática delitativa, uma vez que foi preso em local conhecido como ponto de venda de drogas, dominado por facção criminosa, com variada quantidade de entorpecente. Destacou-se, ainda, que, após ser solto em audiência de custódia nestes autos, voltou a ser preso em flagrante pelo delito de roubo. Portanto, assentado pelas instâncias antecedentes, com fundamento em elementos colhidos nos autos, que o paciente se dedica a atividade criminosa, a modificação desse entendimento – a fim de fazer incidir a minorante da Lei de Drogas – enseja o reexame do conteúdo probatório dos autos, o que é inadmissível em sede de habeas corpus. 2. Agravo não provido. (STJ, AgRg no HC n. 741.277/SP, Relator: Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 14/6/2022).

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NATUREZA DA DROGA (COCAÍNA E CRACK – 33G EM 54 PORÇÕES). FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE. ART. 42 DA LEI N. 11.343/2006. QUANTUM DE AUMENTO. DESPROPORCIONALIDADE. INOCORRÊNCIA. PLEITO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06. QUANTIDADE/NATUREZA DA DROGA. ENVOLVIMENTO NO TRÁFICO E COM INTEGRANTES DE FACÇÃO CRIMINOSA. CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO. CIRCUNSTÂNCIAS APURADAS. IMPOSSIBILIDADE DE REVISÃO DA PENA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...]

3. A causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06 foi afastada pelo acórdão em razão das circunstâncias apuradas na instrução processual – envolvimento do réu com a atividade do tráfico e com integrantes de facção criminosa –, restando evidenciado que o paciente se dedica à atividade criminosa. A reforma desse entendimento

constitui matéria que refoge ao restrito escopo do habeas corpus, porquanto, demanda percuciente reexame de fatos e provas, inviável no rito eleito. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no HC n. 668.340/SC, Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 5/10/2021, DJe de 8/10/2021). Assim, entendo inviável a aplicação da minorante, eis que o Magistrado a quo apontou elementos concretos que evidenciam a dedicação do Apelante a atividades criminosas: além da apreensão de expressiva quantidade de cocaína (178 buchas) em imóvel indicado como já tendo sido alvo de diligências policiais anteriores, a existência de depoimento testemunhal relatando o envolvimento do Acusado com a facção criminosa denominada "Tudo 3". Salvador/BA, 08 de novembro de 2022.

Desa. Rita de Cássia Machado Magalhães Desembargadora PODER
JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal
2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n.
8001913-70.2022.8.05.0105 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª
Turma APELANTE: THIAGO SILVA DE AZEVEDO Advogado (s): GABRIEL BISPO DO
CARMO, MARINA BISPO DO CARMO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA
BAHIA Promotora de Justiça: Fernanda Cunha Procurador (a) de Justiça:
João Paulo Cardoso VOTO Cinge-se a Apelação interposta
nas seguintes alegações: a) que deve ser aplicada a causa de diminuição de
pena do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, em sua fração máxima (2/3),
e a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de
direitos; b) que seja reformada a sentença condenatória no que pertine à
pena de multa, ante as parcas condições financeiras do Apelante, devendo
ser apurada a precariedade da situação financeira, com mais acuidade, no
Juízo de Execuções Penais; c) que seja concedido o benefício de justiça
gratuita. Presentes os requisitos e pressupostos recursais, conheço da
presente Apelação. 1. Do pleito de aplicação da causa de diminuição de
pena do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, em sua fração máxima (2/3),
e a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de
direitos Após reconhecer a autoria e materialidade do fato imputado, o
juízo de piso deixou de aplicar a causa de diminuição de pena pertinente
ao tráfico privilegiado, sob o seguinte argumento: Nesta toada,
vislumbra-se também que o acusado se dedicava as atividades criminosas,
portanto impossível o reconhecimento da causa de diminuição prevista no
art. 33, § 4º da Lei de drogas. O policial, testemunha ouvida em Juízo,
alega que ele é conhecido da guarnição, que faz parte de facção criminosa.
A despeito disto, deve ser considerando que a elevada quantidade de drogas
encontrada na posse do denunciado, qual seja, 178 (cento e setenta e oito)
buchas de cocaína já embaladas para a venda, são suficientes para afastar
a aplicação do tráfico privilegiado, demonstrando a dedicação na
empreitada criminosa, evidenciando o tráfico de drogas. Ademais, é
importante salientar mais uma vez que, conforme informações da testemunha
de acusação, qual seja, Policial Militar, tais documentos apontam sua
participação em organização criminosa denominado "Tudo 3", facção atuante
neste município, tornando-se necessário mencionar parte de seu depoimento
para maior esclarecimento, vejamos: [...] Que ele e os irmãos são conhecidos
como envolvidos na facção TUDO 3, tanto ele como os irmãos dele já foram
presos; Que um dos irmãos dele ainda se encontra preso; Que ele inclusive
durante uma operação, com sua condução foi encontrado uma arma em seu
imóvel, onde na ocasião ele informou que um elemento invadiu sua casa
tentando se evadir e dispensou esse armamento dele; Que referente a
prática do porte, dede quando conheço nunca ouvi sobre esse motivo; Que
referente ao tráfico ele e a família são conhecidos por fazer a correria

ali na localidade do cantinho do céu [...] Que esse imóvel especificamente, essa casa dele já foi alvo de mandados judiciais, e na época foi concretizado também a apreensão de entorpecentes onde eles dispensaram entorpecentes, então são velhos conhecidos com a prática de delito [...]. Sobre o tema, faz-se mister pontuar que o § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas prevê a redução da pena em 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) para os indivíduos que preencham os requisitos trazidos no referido parágrafo, sendo eles: primariedade, bons antecedentes, não dedicação à atividade criminosa, nem integre organização criminosa. A conclusão de dedicação à atividade criminosa exige, a partir de uma análise constitucional do princípio da não culpabilidade, robustez probatória produzido pela acusação. A aplicação de jurisprudência para corroborar entendimentos jurídicos adotados nas decisões deve ser feita com prudência pelo julgador, principalmente quando utilizadas para afastar benefícios penais, como é o caso em referência, uma vez que o mero “silogismo jurisprudencial” pode representar na vida do indivíduo consequências práticas irreversíveis quando não individualizadas as peculiaridades de cada caso concreto. Não se pode desconsiderar que, embora necessária a função retributiva da pena, suas consequências são indelévels ao indivíduo, indo desde a sua privação de liberdade até o etiquetamento social pelo qual o acusado passará (labelling approach). A causa especial de diminuição de pena referente ao “tráfico privilegiado” está voltada, em verdade, a conceder ao pequeno traficante, tratamento penal proporcionalmente mais adequado a um menor juízo de reprovação da conduta praticada pelo agente que se envolve em atuação delitiva de modo episódico e eventual. No caso dos autos, esta Relatora entende, na esteira do que foi decidido na Corte Suprema, e ora registra que condenações não transitadas em julgado não possuem o condão de afastar a aplicação da minorante em testilha. Nessa linha de intelecção, foi o julgado da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, cuja ementa ora transcrevo: EMENTA: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 AFASTADA COM FUNDAMENTO EM PROCESSOS EM CURSO. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. AGRADO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (Julgado em 06/12/2019, SEGUNDA TURMA AG.REG. NO HABEAS CORPUS 175.466 SÃO PAULO RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA) A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o rito dos recursos especiais repetitivos (Tema 1.139), estabeleceu a tese de que é vedada a utilização de inquéritos ou ações penais em curso para impedir a aplicação da redução de pena pela configuração do chamado tráfico privilegiado (artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006): RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais. 2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na

análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso. 3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza. 4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena. 5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles. 6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante. 7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis. 8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto. 9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para fins penalógicos. 10. Não se deve confundir a vedação à proteção insuficiente com uma complacência diante da atuação

insuficiente dos órgãos de persecução penal. É certo que não podem ser criados obstáculos injustificáveis à atuação do Estado na defesa dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada, todavia isso não legitima a dispensa do cumprimento dos ônus processuais pelos órgãos de persecução penal, não autoriza a atuação fora da legalidade e não ampara a vulneração de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir provas concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice. 11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma "análise de contexto" para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, não há que se recorrer a inquéritos e ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e ações penais em curso na tentativa de demonstrar a dedicação criminosa, é porque os demais elementos de prova são insuficientes, sendo necessário formular a ilação de que o Acusado "não é tão inocente assim", o que não se admite em nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a ilicitude do fundamento, que decorre do raciocínio presuntivo contra o Réu que ele encerra, não se altera em face de outros elementos dos autos. 12. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06". A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017). 13. Recurso especial provido. (REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022.) – grifamos Sendo direito subjetivo do acusado, aplico a causa de diminuição de pena em questão, no patamar de 2/3 (dois terços), reduzindo as penas para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, sob regime aberto, além de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. O regime prisional deve ser alterado para o aberto, em face da admissão do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, com fundamento no art. 33, § 2º, alínea c do Código Penal. Nesse diapasão, faz jus, o Recorrente, à substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, havendo o preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 44, do Código Penal, e mormente ao se verificar que não foram valoradas circunstâncias judiciais em desfavor do acusado. Assim, fixo as penas restritivas de direitos em limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade, em instituições a serem estabelecidas pelo juízo da execução de penas e medidas alternativas desta Comarca. Em face da incompatibilidade das penas alternativas com a prisão cautelar decretada, determino a imediata soltura do Apelante, salvo se por outro motivo estiver preso. Expeça-se alvará de soltura. 2. Do pleito de afastamento da pena de multa O Apelante requer a exclusão da multa, alegando incapacidade financeira de adimpli-la, o que é juridicamente inviável, uma vez que a sanção pecuniária decorre de expressa previsão legal do preceito secundário do tipo penal, no qual o apelante incorreu. Assim, apesar de impor legitimamente constrição a bem jurídico diverso da

pena privativa de liberdade, a pena de multa também se afigura como consectário obrigatório da condenação penal, não havendo respaldo legal para o Poder Judiciário afastá-la, sob pena de inobservância aos princípios constitucionais da legalidade e da separação dos Poderes (art. 2º e 5º, XXXIX da CF). 3. Do pleito de concessão da gratuidade de justiça A referida pretensão não deve ser conhecida. Diante do que dispõe o art. 804 do Código de Processo Penal c/c o art. 98, §§ 2º e 3º do Código de Processo Civil, deve a sentença condenar nas custas o apelante, ainda que este seja assistido pela Defensoria Pública ou beneficiário da justiça gratuita, podendo, entretanto, ficar suspensa a exigência do pagamento, pelo prazo de 5 (cinco) anos, após a avaliação das condições econômico-financeiras do sentenciado, pelo juízo da execução, e findo o referido prazo, ficará prescrita a obrigação. Todavia, resta claro que o exame da incidência, ou não, de custas processuais na hipótese vertente e da possível hipossuficiência do apelante, não pode ser analisada por esta relatora, sob pena de supressão de instância, pois tal matéria é afeta ao Juízo da execução, consoante, mutatis mutandi, se verifica da orientação predominante no Superior Tribunal de Justiça e desta Corte de Justiça, no tocante aos processos penais: "(...) 1. Nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais. 2. O momento de verificação da miserabilidade do condenado, para fins de suspensão da exigibilidade do pagamento, é na fase de execução, visto que é possível que ocorra alteração na situação financeira do apenado entre a data da condenação e a execução do decreto condenatório. (...) (AgRg no AREsp n. 394.701/MG, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 4/9/2014). "(...) 3. A suspensão de que se trata apenas pode ser concedida pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, haja vista ser na fase da execução o momento adequado para aferir a real situação financeira do condenado, diante da possibilidade de alteração após a condenação." (AgRg no AREsp 254.330/MG, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 25/03/2013). "AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PAGAMENTO DE CUSTAS PROCESSUAIS. BENEFICIÁRIO DA JUSTIÇA GRATUITA. CONDENAÇÃO. ART. 804 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E ART. 12 DA LEI N.º 1.060/50. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Mesmo sendo o réu beneficiário da assistência judiciária gratuita, deve ser condenado ao pagamento das custas processuais nos termos do art. 804 do CPC, ficando seu pagamento sobrestado enquanto perdurar o seu estado de pobreza, pelo prazo de cinco anos. 2. A isenção somente poderá ser concedida ao réu na fase de execução do julgado. 3. Agravo regimental desprovido" (AgRg no Ag 1377544/MG, Relatora a Ministra LAURITA VAZ, DJe 14/06/2011) "APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (...) IV. A pena de multa deve ser modificada para 10 (dez) dias-multa, para guardar proporcionalidade com a privativa de liberdade. O regime estabelecido deve permanecer no aberto, obedecendo o quanto disposto no art. 33, §§ 2º e 3º do CP. A Defesa do Apelante pugnou pela concessão da assistência judicial gratuita. O pedido não merece ser acolhido, data venia, por não existir amparo legal, pois independentemente de o réu ser patrocinado pela Defensoria Pública, o julgador deve condenar o sucumbente. Ademais, 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. Ante o exposto,

CONHEÇO do Recurso de Apelação interposto, dando-lhe PARCIAL PROVIMENTO, apenas para reduzir a pena de multa para 10 (dez) dias-multa, mantendo, in totum, os demais termos da sentença objurgada"(Classe: APELAÇÃO, Número do Processo: 0005476-62.2013.8.05.0191, Relator (a): Nágila Maria Sales Brito, Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Publicado em:

10/03/2015)" Sendo assim, deixo de conhecer do Recurso defensivo, no que tange ao pedido de concessão da gratuidade da justiça. 4.

Conclusão Ante o exposto, voto pelo conhecimento parcial da Apelação, e na extensão, pelo provimento parcial, reduzindo as penas para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, sob regime aberto, além de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, alterando o regime prisional para o aberto, substituída a pena corporal por duas restritivas de direitos, fixadas em limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade, em instituições a serem estabelecidas pelo juízo da execução de penas e medidas alternativas desta Comarca. Expeça-se alvará de soltura, devendo ser o Apelante colocado em liberdade, salvo se por outro motivo estiver preso. Salvador/BA, 24 de outubro de 2022. Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora