

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8013777-20.2021.8.05.0080

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: MATHEUS DA SILVA OLIVEIRA

Advogado (s): JESSICA SOUZA PEREIRA DE OLIVEIRA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

APELAÇÃO CRIME. RECURSO DA DEFESA. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENA BASE ABAIXO DO MÍNIMO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. PEDIDO DE AUMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. PERCENTUAL MÁXIMO. DOSIMETRIA ESCORREITA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. REDUTOR PROPORCIONAL. SENTENÇA. MANUTENÇÃO. RECURSO IMPROVIDO.

1. Estando a sentença em compasso com o entendimento sedimentado na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, não há como se acolher a pretensão recursal para se reduzir, na fase intermediária da dosimetria, o apenamento para aquém do mínimo legal.

2. Noutro giro, entendemos proporcional o parâmetro utilizado pelo Juízo a quo para redução do tráfico privilegiado (1/2 – metade), levando em consideração os aspectos negativos refletidos na variedade e natureza da droga apreendida (maconha e cocaína).

3. De mais a mais, importante ressaltar que a natureza da droga, na hipótese vertente, não sendo valorada na primeira fase da dosimetria, incorreta sua utilização de forma supletiva na terceira fase para modular a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, conforme entendimento recente da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 725534/SP (Informativo 734).

4. Portanto, imperativo manter a sentença que reconheceu ao réu o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, na fração de $\frac{1}{2}$ (metade), em decorrência do qual deve a sentença ser mantida integralmente.

5. RECURSO NÃO PROVIDO.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação nº 8013777-20.2021.8.05.0080, em que figuram como Apelante o MATHEUS DA SILVA OLIVEIRA e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. ACORDAM os Desembargadores componentes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, nos termos do voto condutor, adiante registrado.

DES. ABELARDO PAULO DA MATTA NETO
PRESIDENTE / RELATOR

PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA

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

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e não provido Por Unanimidade
Salvador, 29 de Novembro de 2022.

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8013777-20.2021.8.05.0080

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: MATHEUS DA SILVA OLIVEIRA

Advogado (s): JESSICA SOUZA PEREIRA DE OLIVEIRA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Apelação Criminal interposto pela Defesa de Matheus da Silva Oliveira, por meio de advogado constituído nos autos, contra sentença proferida pelo Juízo de Direito da Vara de Tóxicos da Comarca de Feira de Santana – BA, que o condenou à pena de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além de 260 (duzentas e sessenta) dias-multa, esta fixada em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput c/c art. 33, § 4º, todos da Lei n. 11.343/2006 e art. 14 da Lei 10.826/03.

De proêmio, em prestígio aos preceitos da celeridade, da eficiência e da economia processual, e tendo em vista ali se externar suficientemente, no que relevante a realidade da marcha processual até então desenvolvida, adota-se o relatório da sentença registrada no Id 24229207, a ele acrescendo o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto.

Irresignada, a Defesa interpôs o presente apelo (Id 24229217) requerendo a fixação da pena base abaixo do mínimo legal e a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006 no seu percentual máximo. Modificada a pena, por consequência, pede a modificação do regime inicial para o aberto, assim como a substituição da pena privativa de liberdade por outras restritivas de direito.

O Ministério Público manifestou-se nas contrarrazões de Id 24229225 pelo improvimento do recurso, mantendo-se a sentença indevidamente vergastada. A douta Procuradoria de Justiça exarou opinativo, manifestando-se pelo conhecimento e improvimento do Apelo (Id 33294056).

Retornando-me os autos virtuais à conclusão, neles lancei a presente sinopse, submetendo-a à Eminente Revisão.

É o suficiente a relatar.

Des. Abelardo Paulo da Matta Neto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma
Relator

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

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8013777-20.2021.8.05.0080

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma

APELANTE: MATHEUS DA SILVA OLIVEIRA

Advogado (s): JESSICA SOUZA PEREIRA DE OLIVEIRA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

VOTO

Ao exame do feito, deflui-se cuidar-se de Apelação Criminal manifestada contra sentença condenatória proferida por Juiz singular, revelando-se, à luz do art. 593, I, do Código de Processo Penal, patente a adequação da modalidade recursal à hipótese em que utilizada. O recurso foi interposto no prazo legal, com observância das formalidades a ele inerentes, tornando, portanto, imperativo seu recebimento formal.

Ab initio, deve-se consignar que o inconformismo abrigado no recurso não controverte a materialidade ou a autoria do fato.

Sob esse prisma analítico, tem-se que, conforme relatado acerca das razões recursais, a postulação a ser abordada refere-se à dosimetria da pena alcançada na origem, em específico, a fixação da pena base abaixo do mínimo legal e o aumento da redução prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n.º 11.343/2006.

Na hipótese, considerando que a impugnação versa sobre a dosimetria da pena, imperioso destacar o trecho da decisão vergastada que trata do tema:

“(...) Passo à dosimetria da pena.

I – DO CRIME PREVISTO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06: No tocante às circunstâncias judiciais de natureza subjetiva (antecedentes, conduta social, personalidade), não há nos autos elementos que atribuam uma valoração negativa ao agente.

No que tange às circunstâncias objetivas (motivos, circunstâncias e consequências do crime), nada há que já não se relacione intimamente à gravidade da conduta apurada.

Não se olvida, quanto à culpabilidade, sua valoração negativa, dada a variedade e natureza de parte das drogas apreendidas (maconha e cocaína, sendo esta altamente nociva a sociedade e ao usuário, dado o alto teor de toxicidade e a rápida dependência provocada). Nada obstante, antevendo-se a sua valoração em outra fase da dosimetria, revela-se inadequada a incidência destes aspectos nesta oportunidade, para evitar bis in idem, diante do entendimento firmado no julgamento do ARE n. 666.334/AM pelo STF.

Diante do exposto, fixo pena base em 05 (anos) de reclusão, além de 500 (quinhentos) dias-multa. Inexistem causas agravantes de pena. Presente a atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, “d”, do CP), a qual deixo de valorar, tendo em vista que a pena foi fixada em seu mínimo legal e a impossibilidade de conduzi-la aquém deste patamar nesta fase da dosimetria (Súmula 231 – STJ).

Não há causas de aumento de pena. O que se extrai do procedimento não obsta a aplicação da minorante do tráfico privilegiado, posto não evidenciados elementos que afastem os requisitos para a sua incidência. Todavia, considerando os aspectos negativos da culpabilidade, refletidos na variedade e natureza de parte da droga apreendida, aplico a redução no patamar mínimo (1/2 – metade).

Ante o exposto, torno definitiva a pena para este delito em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, além de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, à base de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, com a devida correção monetária, diante da presumida situação financeira do denunciado.

II – DO CRIME PREVISTO NO ART. 14 DA LEI 10.826/03:

No tocante às circunstâncias judiciais de natureza subjetiva (antecedentes, conduta social, personalidade), não há nos autos elementos que atribuam uma valoração negativa ao agente.

No que tange às circunstâncias objetivas (motivos, circunstâncias e consequências do crime) e à culpabilidade, nada há que já não integre o tipo penal. Assim, fixo a pena base em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa. Não há circunstâncias agravantes.

Presente a atenuante da confissão espontânea, a qual não será valorada diante do enunciado da Súmula n. 231 do STJ. Não há causas de aumento nem de diminuição de pena. Assim, torno a pena definitiva para este crime em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, à base de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, com a devida correção monetária, diante da presumida situação financeira do denunciado. (...)”

Do que se extrai da sentença, o Magistrado de origem, na primeira fase,

fixou a pena base no mínimo legal para os dois crimes imputados (art. 33, caput, da Lei 11.343 e art. 14 da Lei 10.826/03).

Na segunda fase, também, em ambos os crimes, o julgador reconheceu a atenuante espontânea, mas, acertadamente, deixou de aplicá-la em virtude da Súmula 231 do STJ.

In casu, em que pese a objetiva impugnação lançada no apelo sobre o tema, não subsiste razão para o afastamento do entendimento sumular, tendo em vista que consolidado a partir das objetivas diretrizes do sistema trifásico de fixação da pena, pelo qual, salvo na presença de causas específicas de aumento ou de diminuição (terceira fase), a reprimenda não pode extrapolar os limites mínimo e máximo fixados pelo legislador.

Desse modo, admitir que a pena intermediária possa ser estabelecida aquém do mínimo legal, pela incidência de atenuante, conduz à igual permissão a que, caso presentes todas as vetórias do art. 59 do Código Penal em desfavor do réu, com a basilar fixada no máximo legal, uma agravante (CP, art. 61) a conduza para além desse limite, o que não encontra sequer discussão acerca de sua inadmissibilidade.

Registre-se, inclusive, que o entendimento não se resume à Súmula 231 da Superior Corte de Justiça, sendo, também, ratificado pelo Supremo Tribunal Federal, sob a égide ritualística de repercussão geral (tema nº 158):

“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.” (STF – RE 597270 Q0-RG, Relator (a): Min. CEZAR PELUSO, 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).

Na mesma linha intelectual, os seguintes precedentes desta Egrégia Turma Criminal:

APELAÇÃO CRIME. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MENORIDADE E CONFISSÃO. RECONHECIMENTO SEM REDIMENSIONAMENTO DA PENA, NOS MOLDES DA SÚMULA 231, DO STJ. MANUTENÇÃO. PRECEDENTES RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1 . Conforme disposto na Súmula n.º 231 do Superior Tribunal de Justiça, a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei. 2 . No caso em apreço o eminente julgador agiu acertadamente ao reconhecer a incidência da atenuante da menoridade relativa e da confissão espontânea, porém deixou de valorá-las por conta da Súmula 231 do STJ, em virtude de ter aplicado a pena base no mínimo legal, não havendo quaisquer correções a serem feitas neste aspecto. Precedentes. 3. Pronunciamento da Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e improvido do apelo. 4 . RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (TJ-BA – APL: 05002289020198050080, Relator: ABELARDO PAULO DA MATTA NETO, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 04/12/2020)

“APELAÇÃO CRIMINAL. POSSE OU PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. (ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI Nº 10.826/03). PEDIDO DE REDUÇÃO DA PENA PARA PATAMAR ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL PELO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, COM AFASTAMENTO DA INCIDÊNCIA DA SÚMULA

231 DO STJ. INACOLHIMENTO. DOSIMETRIA DA PENA QUE NÃO MERECE REPARO. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 59 E 68, DO CÓDIGO PENAL E DA SÚMULA 231 DO STJ. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO". (TJ-BA – APL: 04022466620128050001, Relator: Rita de Cassia Machado Magalhães Filgueiras Nunes, Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Data de Publicação: 01/12/2016)

"APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 157, § 2º, INCISOS I E II, DO CÓDIGO PENAL – REDUÇÃO DA PENA – INVIABILIDADE – MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DO SEU CUMPRIMENTO – NÃO CABIMENTO – SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS – IMPOSSIBILIDADE – DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE – NÃO VERIFICAÇÃO – AUMENTO DO VALOR DOS HONORÁRIOS DO DEFENSOR DATIVO – CABIMENTO – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 01 – Trata-se de apelação criminal interposta contra a Sentença lavrada às fls. 79/82, que condenou o Recorrente a 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, em regime inicialmente semiaberto, por reconhecida violação da norma proibitiva contida no art. 157, § 2º, incisos I e II, do Código Penal. 02 – O pedido de redimensionamento da pena imposta ao Apelante não merece provimento. 03 – A pena base foi fixada no mínimo previsto para o tipo penal violado (04 anos de reclusão), motivo pelo qual não comporta redução. 04 – Também não prospera o pedido de incidência das atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, tendo em vista que a pena base foi fixada no mínimo previsto para o tipo penal violado. Segundo pacífico entendimento jurisprudencial, cristalizado na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. (...) (TJ-BA – APL: 00005032420168050041, Relator: Nilson Soares Castelo Branco, Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Data de Publicação: 02/02/2017) [Destaques da Transcrição]

Portanto, estando a sentença em compasso com o entendimento sedimentado na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, não há como se acolher a pretensão recursal para se reduzir, na fase intermediária da dosimetria, o apenamento para aquém do mínimo legal.

Noutro giro, entendemos proporcional o parâmetro utilizado pelo Juízo a quo para redução do tráfico privilegiado (1/2 – metade), levando em consideração os aspectos negativos refletidos na variedade e natureza da droga apreendida (maconha e cocaína).

Restaram patenteadas nos Laudos de Exames Periciais acostados no Id 24229114 – Pág. 18 e Id 24229182, a existência de meia barra envolta por fita adesiva com massa bruta de 496,30g (quatrocentos e noventa e seis vírgula trinta gramas), com resultado positivo para cocaína; 01 (um) frouxinha plástica amarela contendo substância pó de cor branca, com massa bruta de 0,90g (zero vírgula noventa gamas), com resultado positivo para cocaína e 01 (uma) porção de erva seca envolta por papel filme, de coloração marrom esverdeada, com massa bruta de 24,45g (vinte e quatro vírgula quarenta e cinco gramas), com resultado positivo para "cannabis sativa", todas consideradas substâncias psicotrópicas de uso proscrito no Brasil, constante da Lista F-2 da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde.

De mais a mais, importante ressaltar que a natureza da droga, na hipótese vertente, não sendo valorada na primeira fase da dosimetria, escoreta sua utilização de forma supletiva na terceira fase para modular a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, conforme entendimento recente da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no

Julgamento do HC 725534/SP (Informativo 734).

Nessa linha de raciocínio, segue o escólio do professor NUCCI:

“Portanto, se o juiz notar um fator de destaque no crime cometido pelo traficante primário, de bons antecedentes, sem ligações criminosas, com a pequena quantidade de droga, deve utilizar esse critério para operar maior diminuição da pena (ex.: dois terços), deixando de considerá-la para a fixação da pena-base (a primeira etapa da aplicação da pena, conforme art. 68 do Código Penal). O contrário também se dá. Percebendo enorme quantidade de drogas, ainda que em poder de traficante primário, de bons antecedentes, sem outras ligações com o crime organizado, pode reservar tal circunstância para utilização na diminuição da pena [...]” (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis penais e processuais penais comentadas. 4ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 361-362). (grifamos)

A propósito, segue o julgado da Corte Superior:

“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. DOSIMETRIA DA PENA. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. FUNDAMENTO QUE, ISOLADO, NÃO É IDÔNEO PARA O AFASTAMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. INCIDÊNCIA DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, NA FRAÇÃO MÍNIMA. CONDIÇÃO DE" MULA ". PRECEDENTE. ORDEM CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A Terceira Seção desta Corte, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (relator Ministro João Otávio de Noronha, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1º/7/2021), definiu que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.
2. O referido colegiado, posteriormente, aperfeiçoou o entendimento exarado por ocasião do julgamento do Recurso Especial n. 1.887.511/SP, passando a adotar o posicionamento segundo o qual a quantidade e a natureza da droga apreendida podem servir de fundamento para a majoração da pena-base ou para a modulação da fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenha sido utilizada na primeira fase da dosimetria (HC n. 725.534/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022).
3. No caso, o Tribunal de origem deu provimento ao recurso do Ministério Público para considerar a quantidade de drogas apreendida como circunstância negativa na primeira fase do cálculo, mas afastou a incidência da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 também com fundamento na quantidade de droga apreendida em poder do agravado, indicadora de que ele dedicar-se-ia a atividades criminosas, o que, com base na atual jurisprudência desta Corte sobre o tema, não se admite. No entanto, as circunstâncias do caso concreto permitem a conclusão de que o agravado exerceu o papel de" mula "do tráfico e não de integrante de organização criminosa, o que justifica a incidência da fração mínima de redução, na espécie, pois o transportador teve perfeita consciência de estar a serviço de um grupo dessa natureza, o que não pode ser desprezado, reforçado tal patamar na espécie pela expressiva quantidade de drogas apreendida.
4. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 747.301/SC, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 27/9/2022, DJe de 4/10/2022)" (com registros nossos)

Portanto, imperativo manter a sentença que reconheceu ao réu o benefício previsto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, na fração de $\frac{1}{2}$ (metade), em decorrência do qual deve a sentença ser mantida integralmente.

No que concerne ao regime prisional estabelecido na decisão de primeiro grau, semiaberto, este se encontra em compasso com o disposto no art. 33, § 2º, b, do Código Penal.

CONCLUSÃO

À vista de todos os fundamentos aqui consignados, sopesados em cotejo com a realidade dos autos, e em alinhamento à compreensão externada pelos arestos aqui transcritos, igualmente adotados como fundamentação decisória, tem-se por necessário, observando-se as estritas delimitações do objeto do recurso, a este negar provimento, mantendo todos os termos da sentença de primeiro grau.

Ex positis, na exata delimitação das conclusões acima, NEGÓ PROVIMENTO ao apelo.

É o voto.

Des. Abelardo Paulo da Matta Neto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma
Relator