

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0006147-26.2017.8.05.0230 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: LUIZ ANTONIO ALMEIDA SOUZA Advogado (s): FABIO FRANCO BACELAR APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. MATERIALIDADE E AUTORIA. DEMONSTRAÇÃO. NULIDADE DO PROCESSO. VIOLAÇÃO AO DOMICÍLIO. NÃO ACOLHIMENTO. REDUÇÃO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL COMINADO. ADMISSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO NA VALORAÇÃO NEGATIVA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. PLEITO DE INCIDÊNCIA DA CAUSA DE REDUÇÃO ESTATUÍDA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06. NÃO ACOLHIMENTO. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. REQUISITOS DO ART. 44, I, CP NÃO PREENCHIDOS. PENA SUPERIOR A 4 ANOS. PEDIDO DE CONCESSÃO DA ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. DEFERIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. I. O Apelante foi condenado como incurso nas sanções previstas no art. 33, da Lei n.º 11.343/06, à reprimenda de 07 (sete) anos de reclusão e 1000 (mil) dias-multa, a ser cumprida inicialmente em regime fechado, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. II - Comprovando-se, pelo vasto conjunto probatório constante dos autos, a inequívoca destinação das drogas apreendidas à traficância, tornando-se imperativo o reconhecimento de sua incursão nas sanções estabelecidas no art. 33 da Lei nº 11.343/06. III- Não há que se falar em fragilidade da prova quando assentada em exame pericial acerca da natureza das substâncias apreendidas e em depoimentos testemunhais coerentes, tanto na fase inquisitorial, quanto na fase instrutória judicial. IV- Por outra banda, diante da ausência de fundamentação adequada para aplicação de circunstâncias judiciais negativas, é imperativo a fixação da pena-base no mínimo legal cominado, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. V- Outrossim, não merece amparo o pleito defensivo no sentido de que seja aplicada ao Apelante a benesse prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, uma vez que restou demonstrado, in folio, sua dedicação às atividades criminosas. V. Afasta-se o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o Apelante não preenche os requisitos exigidos pelo artigo 44 do Código Penal. VI. Pronunciamento da Procuradoria de Justiça pelo provimento parcial do apelo. VIII. Recurso conhecido e parcialmente provido, para redimensionar a pena. ACÓRDÃO Vistos, discutidos e relatados os autos da apelação crime nº 0006147-26.2017.8.05.0230 em que são partes, como apelante, LUIZ ANTONIO ALMEIDA SOUZA, e, como apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, ACORDAM os Senhores Desembargadores, componentes da 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO PARCIAL ao recurso, nos termos do voto do Desembargador relator. DES. ABELARDO PAULO DA MATTA NETO RELATOR/ PRESIDENTE PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 21 de Novembro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0006147-26.2017.8.05.0230 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: LUIZ ANTONIO ALMEIDA SOUZA Advogado (s): FABIO FRANCO BACELAR APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de apelação criminal, interposta pelo apelante Luiz Antônio Almeida Souza, irresignado com a sentença condenatória proferida pelo Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Santo Estêvão, no

bojo do processo nº 0006147-26.2017.8.05.0230, aforado pelo órgão ministerial. De logo, há de ser encampado o relatório albergado na sentença, com espeque no princípio da economia processual, havendo de crescer-se, ainda, o quanto segue explicitado. Em sede de razões recursais, ao ID 39974623, pleiteia o apelante pela reforma da decisão de primeiro grau, que o teria condenado como incurso nas penas do art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, à pena corporal definitiva de 07 (sete) anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, além de 1000 (mil) dias-multa. Preliminarmente, o Recorrente impugna a busca realizada pela polícia que resultou na apreensão das drogas ilícitas, afirmando que, diante da ausência de mandado judicial, houve violação de domicílio. Outrossim, a defesa relata que o réu foi ameaçado pelos policiais atuantes naquela ocasião para assumir a propriedade da droga encontrada no sítio objeto de busca. O recorrente pleiteia a absolvição alegando que a confissão do delito em sede policial não é suficiente para embasar uma condenação e que "(...) não existe nenhuma prova nos autos que aliada a confissão do réu façam consubstanciar prova cabal para a sua condenação." Aduz ainda, subsidiariamente, que, sendo mantida a condenação, o réu faz jus à atenuante legal da confissão espontânea. Pugna ainda pela imposição da pena no mínimo legal cominado e pleiteia pela aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º da Lei n.º 11.343/06, haja vista o Recorrente não possuir personalidade voltada para o crime. Pleiteia, ainda, pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito, argumentando que o réu preenche os requisitos do art. 44 e respectivos incisos, do Código Penal. Nas razões de contrariedade, ao ID 39974637, o Ministério Público estadual propugna pelo conhecimento e improvimento do apelo, para que a sentença seja mantida em todos os seus termos. A Procuradoria de Justiça pronunciou-se pelo conhecimento e provimento parcial do recurso. Encaminhe-se o presente relatório, a ser submetido à apreciação da eminente desembargadora revisora, com as homenagens de estilo. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0006147-26.2017.8.05.0230 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: LUIZ ANTONIO ALMEIDA SOUZA Advogado (s): FABIO FRANCO BACELAR APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Presentes os pressupostos recursais, conhece-se do apelo. Exsurge da inicial acusatória (ID 39972706) que: "Noticiam os autos do incluso inquérito policial que, no dia 19 novecentos de 2017, por volta das 11h00min, na Fazenda Lamarão, neste município, policiais militares em diligência avistaram Luiz Antônio Almeida Souza, ora denunciado, o qual empreendeu fuga ao perceber a aproximação da guarnição, sendo certo que o mesmo foi perseguido até uma chácara que estava sob sua posse, tendo logrado êxito em sua fuga naquele momento. Na sequência, os policiais militares adentraram a referida chácara em busca do denunciado, tendo localizado em seu interior Gilmário Soares dos Santos e Yasmin Correia Sampaio, os quais informaram que Luiz Antônio Almeida Souza havia fugido. Neste momento, foi encontrado no interior da chácara 14 (quatorze) tabletes e meio da droga conhecida como maconha, pesando 15.335,82g (quinze mil trezentos e trinta e cinco gramas e oitenta e dois centigramas), assim como meio tablete da droga conhecida como crack, pesando 675,21g (seiscentos e setenta e cinco gramas e vinte e um centigramas), uma balança de precisão, um caderno com anotações de débito do tráfico de drogas e rolo de papel alumínio, utilizado para embalar a droga. (...) Em que pese ter sido realizada a prisão em flagrante de

Gilmário Soares dos Santos no referido dia, apurou-se que na verdade a droga e os veículos apreendidos pertenceriam ao denunciado Luiz Antônio Almeida Souza, o qual foi localizado posteriormente e confessou a propriedade de ambos, tendo esclarecido que Gilmário Soares dos Santos seria apenas um usuário de drogas, conforme alegado pelo mesmo, e Yasmin Correia Sampaio estaria no local em razão de ter sido contratada para realização de um “programa”. Durante a investigação verificou-se que o denunciado Luiz Antônio Almeida Souza se associou a um traficante de drogas conhecido como “Pia”, o qual já seria falecido, para receber, fracionar e efetuar a venda de drogas neste município, repassando parte dos lucros, tendo por isso mesmo alugado a chácara já referida para servir como local de guarda da droga por ser mais afastada e com menor vigilância.” Após a regular instrução do feito, o apelante foi condenado à pena de 07 (sete) anos de reclusão, a ser cumprida em regime fechado, além de 1000 (mil) dias-multa, mediante sentença prolatada pelo MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Santo Estevão, no bojo da Ação Criminal nº 0006147-26.2017.8.05.0230. Diante do contexto fático, o acusado impetrou o presente recurso de apelação objetivando a absolvição quanto ao crime previsto no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, arguindo, preambularmente, a inexistência de provas suficientes, a servirem de base à sua condenação no tocante ao crime previsto no art. 33 da Lei 11.343/06. Aduz, subsidiariamente, que, sendo mantida a condenação, o réu faz jus à atenuante legal da confissão espontânea. Pugna ainda pela imposição da pena no mínimo legal cominado, haja vista o Recorrente não possuir personalidade voltada para o crime e, por fim, pleiteia pela aplicação da minorante prevista no § 4º da Lei n.º 11.343/06. Ao final, pede, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. I – DO PEDIDO DE GRATUIDADE DE JUSTIÇA Inicialmente, o pedido de concessão do beneplácito da Gratuidade de Justiça, sob a alegação de insuficiência de recursos do Apelante é medida que se impõe, na forma do que dispõe o art. 98, § 3º, do supletivo Código de Processo Civil – atualmente regente do tema. Assim, concedo a gratuidade da justiça na condição suspensiva de exigibilidade das despesas a ela inerentes, incluídas na condenação, pelo prazo de cinco anos, observadas as demais prescrições do aludido dispositivo legal, bem assim do que o sucede – CPC, art. 99. II – DA ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DA BUSCA E APREENSÃO Preliminarmente, a defesa aponta a ilegalidade da busca e apreensão, realizada sem autorização judicial, na casa que estava sob posse do acusado. Não assiste razão à defesa. Senão vejamos: Frise-se que o Supremo Tribunal Federal, em sede de Repercussão Geral (Tema 280), firmou entendimento de que: “A entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade, e de nulidade dos atos praticados.” (grifado) Dessa forma, a moldura factual retratada nos autos permite concluir que a incursão policial restou amparada em fundadas razões. No caso concreto, a suspeita dos policiais residiu no fato de que, em patrulhamento de rotina, avistaram o réu, que empreendeu fuga para dentro da residência. Nesse sentido, percebe-se que o ingresso no imóvel decorreu de perseguição que se iniciou fora da residência. Depreende-se do depoimento do PM RAFAEL DE ALMEIDA NASCIMENTO, acostado à fl. 4 do ID 39972708, que: “Neste dia, por volta das 11:00, encontrava-se de serviço, em companhia da 2º testemunha, em ronda normal pela localidade conhecida

por Fazenda Lamarão, zona rural do município de Santo Estevão/BA, quando ao se aproximar de um indivíduo, este, ao avistar a aproximação da viatura policial, empreendeu fuga de forma suspeita, momento em que, saíram em perseguição ao mesmo, que adentrou em uma chácara;" Não obstante, em juízo, a mesma testemunha afirmou que houve autorização, por parte do outro indivíduo, para entrada na casa. Vejamos: "Na verdade ele chamou na frente da chácara, disse que a gente podia entrar. Mesmo podendo passar por um lado, ele disse que o outro lado estava aberto, justamente para dar tempo de alguém correr. A situação foi essa. Tanto que quando nós entramos o terceiro indivíduo já não estava mais." Outrossim, depreende-se do relato da testemunha YASMIN CORREIA SAMPAIO (fls. 08/09, ID 39972708) que a entrada na residência foi consentida: "quando ali chegou uma guarnição da PM, que conversou primeiro com Gilmario e em seguida pediu a depoente que abrisse a porta e neste ínterim, enquanto abria a porta Luis Vitor fugiu do local;" (grifado) O mesmo se extrai do depoimento de GILMARIO SOARES em sede inquisitorial (fl. 10, ID 39972708): "Que em seguida chegou uma guarnição, tendo chamado um dos que estava no local, e prontamente o interrogando levantou e foi atender, pois não estava devendo nada. Que em seguida o policial pediu para abrir o portão e pouco depois quando olharam Luis Vitor tinha fugido do local;" Mister esclarecer, por oportuno, os testemunhos policiais são válidos até prova em contrário (presunção juris tantum), isso em razão de gozarem de presunção legal de veracidade, eis que exercem o munus na qualidade de Servidores Públicos. Logo, os mesmos têm elevado valor probante quando em harmonia com o arcabouço das provas coligidas. A respeito: PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE DO ACÓRDÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. DECISÃO DE PRONÚNCIA CONSUBSTANCIADA EXCLUSIVAMENTE EM ELEMENTOS OBTIDOS POR INQUÉRITO POLICIAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. NÃO OCORRÊNCIA. DELEGADO DO CASO OUVIDO EM JUÍZO. POSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça não têm admitido o habeas corpus como sucedâneo do meio processual adequado, seja o recurso ou a revisão criminal, salvo em situações excepcionais, quando manifesta a ilegalidade ou sendo teratológica a decisão apontada como coatora. 2. Na linha dos precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal, embora não seja possível sustentar uma condenação com base em prova produzida exclusivamente na fase inquisitorial, não ratificada em juízo, tal entendimento não se aplica à sentença de pronúncia. 3. A decisão que submete o acusado a julgamento perante o Tribunal do Júri, não exige um juízo de certeza, mas tão somente que seja apontada a materialidade do delito e os indícios suficientes sobre a autoria. Ademais, no procedimento do júri, haverá a possibilidade de renovação da prova por ocasião do julgamento da causa pelos jurados. 4. No caso dos autos, a sentença de pronúncia do paciente abordou os necessários requisitos de autoria e materialidade, com base nos depoimentos colhidos na fase policial e na prova testemunhal produzida em juízo, sob o crivo do contraditório, atendendo, portanto, o comando do art. 413 do CPP. 5. A eficácia probatória do testemunho da autoridade policial não pode ser desconsiderada tão só pela sua condição profissional, sendo plenamente válida para fundamentar um juízo, inclusive, condenatório. Precedentes. 6. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça firmou entendimento no sentido de que o reconhecimento da nulidade exige demonstração do prejuízo, à luz do art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o princípio *pas de nullité sans grief* . Prejuízo

não demonstrado. 7. Habeas corpus não conhecido. (HC 314454 SC 2015/0010105-7, STJ, Ministro RIBEIRO DANTAS, 17/02/2017). Rememore-se que os policiais presentes na diligência que resultou a apreensão das drogas confirmaram em juízo seus depoimentos – também prestados em sede policial – tendo salientado que efetivamente apreenderam a droga no local, bem como confirmaram a fuga do apelante do local durante a ação policial. As narrativas apresentadas pelos policiais militares são coesas e harmoniosas entre si. Logo, diante da autorização para ingresso na residência, a tese defensiva de violação de domicílio não prospera. III- DA MATERIALIDADE E AUTORIA A materialidade do delito é comprovada no tocante a droga apreendida, demonstrada pelo Auto de Exibição e Apreensão, acostado à fl. 14 do ID 39972708, bem como através dos laudos preliminar e definitivo de constatação, acostados ao ID 39974538, que constatou que as substâncias apreendidas se tratavam de cannabis sativa (maconha) e cocaína, entorpecentes de uso proscrito no Brasil. De igual modo, não prosperam dúvidas acerca da autoria delitiva, uma vez que se encontram presentes nos autos elementos suficientes a ensejar a condenação lançada, mormente dos depoimentos harmoniosos prestados pelos policiais militares que diligenciaram no dia dos fatos, os quais merecem singular destaque. O PM HERNANDO EDUARDO DE OLIVEIRA disse que estava passando em frente à chácara, quando desceu e abordou um indivíduo, perto da cerca do terreno. Nesse momento, quando estava abordando um dos investigados, Luiz Antonio Almeida Souza empreendeu fuga. Que deram a volta e verificaram que havia outra pessoa na chácara. Que a casa estava aberta, pois um dos indivíduos havia corrido. Que não sabia se ele havia entrado na casa. Dentro da casa, encontraram as drogas. Afirmou também que os indivíduos que permaneceram na casa disseram que quem morava na residência era o indivíduo que correu. O PM RAFAEL DE ALMEIDA NASCIMENTO disse que: “Nós estávamos nas proximidades dessa chácara aí, quando visualizamos três indivíduos, que eram dois homens e uma mulher, que ao avistarem a viatura tiveram atitude suspeita de se assustar, de esboçar uma reação mais abrupta, então nós chamamos eles para que se aproximassem. Nesse momento que chamamos, um correu.” (...) “Quando nós adentramos a casa, propriamente dito, fica dentro da chácara, nós encontramos lá a droga.” Perguntado se houve autorização para entrar na casa, respondeu que “houve sim”, detalhando que: “Na verdade ele chamou na frente da chácara, disse que a gente podia entrar, mesmo podendo passar por um lado ele disse que o outro lado estava aberto, justamente para dar tempo de alguém correr. A situação foi essa. Tanto que quando nós entramos, o terceiro indivíduo já não estava mais.” O ora Recorrente, em trecho retirado do interrogatório realizado perante a Autoridade Policial, confessou que as drogas lhe pertenciam (fl. 24/25, ID 39972709). Disse que: “Que a droga pertencia ao interrogado, e pegou nas mãos do finado PIA, tendo acertado pagar R\$ 600,00 (seiscentos reais) por cada quilograma, mas não chegou a pagar porque ele morreu; Que o interrogado pegou 15 (quinze) tablets em mãos de PIA; Que em relação a porção de “crack”, não se lembra o preço acertado, mas o interrogado ficou devendo tudo a ele” A testemunha GILMÁRIO SOARES DOS SANTOS, em juízo, reconheceu Luiz Antonio Almeida Souza como aquele que ia fornecer um “baseado” de maconha. Afirmou que a viatura o abordou e não acharam nada com ele. Após, os policiais entraram na chácara. Relatou que via “TITA”, apelido pelo qual é conhecido Luiz Antônio Almeida Souza, e que “quando a pessoa tem, o comentário sai”, se referindo a comercialização de drogas por “TITA”. Comparando os depoimentos policiais com o depoimento de uma testemunha ocular que, a princípio, figurava como investigado, percebe-se

a compatibilidade quanto ao relato dos fatos, constatando a verossimilhança das declarações. Enfim, por todo o conjunto de provas e indícios infere-se que as drogas eram do acusado, e que se destinavam à traficância. Certo é que, no caso em epígrafe, a força do conjunto probatório não se resume apenas nos testemunhos dos policiais, mas, também, na quantidade e natureza das substâncias apreendidas; o local e as condições em que se desenvolveu a ação criminosa. Não se pode olvidar, por sua vez, a desnecessidade, para a caracterização do tráfico ilícito de entorpecentes, que o agente seja flagrado no exato momento da mercancia, uma vez tratar-se de crime de condutas múltiplas. Sem maiores digressões, infere-se que a pretensão acusatória entremostra-se devidamente robustecida pelo arsenal probatório erigido aos autos, de forma que o pleito absolutório suscitado pela Defesa carece de alicerce sólido. IV- DA NECESSIDADE DE DIMINUIR A PENA BASE AO MÍNIMO LEGAL COMINADO A Constituição da Republica determina, no art. 93, IX, que toda decisão judicial será fundamentada, sob pena de nulidade. Nesse sentido, no momento da individualização da pena, o Magistrado deve fundamentá-la. A respeitável sentença não fundamentou a aplicação das circunstâncias judiciais negativas aplicadas: os motivos do crime e suas consequências, se limitando a citá-las de forma genérica. Senão vejamos: "Considerando, ainda, os motivos do crime e suas consequências, bem como por serem as circunstâncias judiciais ligeiramente desfavoráveis ao réu, fixo a pena-base em 07 (sete) anos de reclusão, por entender suficiente e necessária, a qual torno definitiva diante da ausência de circunstâncias atenuante ou agravante, bem como qualquer outra causa especial de aumento ou diminuição de pena, a ser cumprida, inicialmente, no regime fechado, no Presídio de Feira de Santana." Portanto, insta consignar que os fundamentos expostos na Sentença para valorar negativamente as circunstâncias judiciais dos motivos e das consequências de crime são inidôneos, vez que, não ficou demonstrado o porquê de a sua conduta ser merecedora de maior reprovação, isto é, não está evidenciado o motivo pelo qual a conduta perpetrada apresentaria um plus hábil a permitir elevação da pena-base. O fundamento, já esposado, utilizado pela Magistrada de 1º grau não é suficiente para justificar a elevação da pena-base, vez que não foi fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e genéricos, de forma que não poderia ser utilizada para valorar negativamente tal circunstância. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça: HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. CULPABILIDADE, MOTIVOS E CONSEQUÊNCIAS. ARGUMENTOS INERENTES AO TIPO. REDUTORA DA PENA. ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06. FIXAÇÃO EM PATAMAR DIVERSO DO MÁXIMO. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA. ILEGALIDADE. APLICAÇÃO DE 2/3. REDIMENSIONAMENTO DA PENA PARA PATAMAR INFERIOR A 4 ANOS. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRIMÁRIO. POSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CABIMENTO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. O Supremo Tribunal Federal, por sua Primeira Turma, e a Terceira Seção deste Superior Tribunal de Justiça, diante da utilização crescente e sucessiva do habeas corpus, passaram a restringir a sua admissibilidade quando o ato ilegal for passível de impugnação pela via recursal própria, sem olvidar a possibilidade de concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade. 2. A jurisprudência pátria, em obediência aos ditames do art. 59 do Código Penal e do art. 93, IX, da Constituição Federal, é firme no sentido de que a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma

concreta, idônea e individualizada, não sendo suficiente referências a conceitos vagos e genéricos, máxime quando ínsitos ao próprio tipo penal.

3. A culpabilidade foi considerada elevada pelo fato de o acusado ter consciência da ilicitude de sua conduta. Ocorre que "a consciência da ilicitude do fato não justifica a exasperação da pena-base, porque é elemento que diz respeito à culpabilidade em sentido estrito, assim definida como elemento integrante da estrutura do crime em sua concepção tripartida, e não à culpabilidade em sentido lato, a qual se refere a maior ou menor reprovabilidade do agente pela conduta delituosa praticada" (HC 287.449/MG, Ministro ROGÉRIO SCHIETTI CRUZ, Sexta Turma, julgado em 5/3/2015, DJe 12/3/2015).

4. Quanto aos motivos e às consequências, estes foram valorados em elementos inerentes ao tipo penal – lucro fácil e efeitos produzidos pela ação criminosa, o maior ou menor vulto do dano ou perigo de dano e o sentimento de insegurança trazido pela ação criminosa – configurando, assim, fundamentação genérica e inidônea para exasperação da pena-base, de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior. [...]

7. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para redimensionar a pena do paciente e fixar o regime aberto, substituída a pena corporal por duas medidas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo das Execuções Penais. (STJ – HC: 382187 ES 2016/0325649-1, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 21/03/2017, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 28/03/2017)

Ante o exposto, diante da ausência de fundamentação adequada para aplicação de circunstâncias judiciais negativas, é imperativo a fixação da pena-base no mínimo legal cominado, qual seja, 05 (cinco) anos de reclusão. Realizada a reforma na pena base, reconhece-se, mas deixa-se de aplicar a atenuante prevista no art. 65, III, d do CP, em virtude do impedimento da Súmula 231 do STJ. O enunciado sumular, cuja aplicação é pacífica neste Colegiado, veda a utilização das atenuantes genéricas para a redução da pena a patamar inferior ao mínimo legal. Confira-se: "STJ | Súmula 231: A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal." Em recentes precedentes desta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal, outra não foi a compreensão: "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] V– DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 A defesa pleiteia ainda a aplicação da causa redutora estatuída no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em seu patamar máximo. Sobre a matéria em análise, cumpre destacar que o motivo de ser da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, é justamente o de punir com menor rigor o pequeno traficante. Simplificando, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida e que, ao cometer um fato isolado, incide na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada Lei Federal. A propósito, sobre o tema, cumpre trazer à luz precedente do Superior Tribunal de Justiça: “A mens legis da causa de diminuição de pena seria alcançar os condenados neófitos na infausta prática delituosa, configurada pela pequena quantidade de droga apreendida, e serem eles possuidores dos requisitos necessários estabelecidos no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006” (AgRg no REsp n. 1.389.6325, Rel. Ministro Moura Ribeiro, 5ª T, DJe 14/04/2014). Bem é de ver que a norma acima indicada estatui que, nos delitos catalogados, no caput e no § 1º, as penas poderão ser diminuídas, de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa. Pois bem, transcrevo trecho elucidativo da sentença: “As circunstâncias retro mencionadas autorizam a concluir que o acusado LUIZ ANTÔNIO ALMEIDA SOUZA se dedicava às atividades criminosas. Assim entendo porque o vocábulo “dedicação” constante no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06 nos dá a ideia de habitualidade e profissionalismo, fatos aos quais a denúncia, implicitamente, atenta e há provas indiciárias nesse sentido. Alugar chácara afastada da cidade com a aparente intenção de fugir da vigilância e afixar placas policiais “frias” em veículos automotores são condutas que tendem a demonstrar dedicação, habitualidade e profissionalismo.” Na trilha desse raciocínio, no caso em tela, o magistrado idoneamente justificou, já que o apelante não preenche todos os requisitos previstos em lei, sendo descabida, conseqüentemente, a pretensão defensiva. VI– DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS Por fim, a defesa requer a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos. Não cabe prosperar. Vejamos. Afasta-se o pleito de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, tendo em vista que o Apelante não preenche os requisitos exigidos pelo artigo 44 da Código Penal, até porque a sentença condenou o acusado a uma pena superior ao requisito legal de pena não superior a 04 (quatro) anos, circunstância esta que obstaculiza o aludido benefício. Diante do quanto esposado, e na esteira da manifestação da Procuradoria de Justiça, voto no sentido de CONHECER do recurso para, no mérito, dar-lhe, em parte, PROVIMENTO, condenando o réu, pela violação do art. 33 da Lei 11.343/06, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão, no regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, razão pela qual se CONHECE do recurso e, no mérito, PARCIAL



PROVIMENTO. Des. Abelardo Paulo da Matta Neto Relator