

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0504047-40.2016.8.05.0080

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: ANTONIO TIBURCIO DA SILVA NETO

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

EMENTA

APELAÇÃO DEFENSIVA. ARTIGO 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI Nº 10.826/03. PLEITO DE AFASTAMENTO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DA PERSONALIDADE DO RÉU COM O CONSEQUENTE REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE PROVIDO. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DE AÇÕES PENAIS EM CURSO. SÚMULA 444 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ACOLHIMENTO DO PEDIDO DE COMPENSAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. DETRAÇÃO E GRATUIDADE DA JUSTIÇA DA COMPETENCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

I – Trata-se de recurso de apelação criminal interposto pela defesa do Réu, condenado pela prática do crime delineado no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, à pena de 03 (três) anos, 11 (onze) meses e 4 (quatro) dias de reclusão, em regime inicial aberto, além de 10 (dez) dias – multa.

II – Irresignado, o Sentenciado, através da Defensoria Pública, interpôs recurso de Apelação, pleiteando, inicialmente, a concessão da gratuidade da justiça. No mérito, requer: a) o afastamento da valoração negativa da circunstância judicial relativa a personalidade do Apelante, com fixação da pena-base em 3 anos, 5 meses e 4 dias de reclusão; b) a compensação entre a atenuante decorrente da confissão espontânea e a agravante relativa a reincidência; c) a aplicação da detração. Apresenta prequestionamento aos arts. 1º, III, art. 5º, XLI, XLIII, XLV, XLVI, XLIX, LVII, LXVI, e art. 93, IX, da Constituição Federal, arts. 1º, 33, 59, 66 e 213 do Código Penal e arts. 315, 32, 366, 367 e 387, § 1º, do Código de Processo Penal.

III – Da análise da sentença, observa-se, que o Juízo a quo, ao fixar a pena-base, utilizou ações penais em curso em desfavor do Apelante, de forma a valorar negativamente a circunstância judicial relativa a personalidade do agente. Ocorre que, de acordo com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 444: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”. Isto posto, tendo em vista que o Magistrado fundamentou a sentença em contraposição ao entendimento da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, deve ser afastada a valoração negativa da personalidade do Apelante, com consequente redimensionamento da pena-base. Assim, valendo-me dos mesmos parâmetros utilizados pelo Juízo a quo, uma vez que obedientes ao princípio da legalidade, reduzo a pena-base para 03 (três) anos, 05 (cinco) meses e 04 (quatro) dias de reclusão.

IV – Tendo em vista a aplicação da atenuante da confissão espontânea e da agravante relativa a reincidência pelo próprio Juízo de Primeiro Grau, é cabível a compensação entre as referidas circunstâncias, consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça. Assim, acolhe-se a pretensão defensiva de compensação entre a atenuante decorrente da confissão espontânea e a agravante relativa a reincidência.

V – Em relação à detração penal, o Apelante não teria mudança no regime prisional estabelecido. Além disso, o entendimento Pátrio é de que a detração deve ser exercida pelo Juízo das Execuções Penais, conforme estabelece o art. 66, III, c, da Lei de Execuções Penais.

VI – A defesa pleiteia, ainda, a concessão do benefício da gratuidade da justiça, sob a alegação de hipossuficiência do Apelante, contudo a matéria é da competência do Juízo da Execução Penal.

VII – Por todo o exposto, dá-se parcial conhecimento e, nessa extensão, concede-se provimento ao recurso defensivo, para afastar a valoração negativa da circunstância judicial relativa a personalidade do Apelante e realizar a compensação entre a atenuante decorrente da confissão espontânea e a reincidência, com a devida readequação da pena.

APELAÇÃO DEFENSIVA – RECURSO DEFENSIVO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO.

AP 0504047-40.2016.8.05.0080 – FEIRA DE SANTANA/BA

RELATOR: DES. ESERVAL ROCHA

ACÓRDÃO

Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0504047-40.2016.8.05.0080, da 2ª Vara Criminal da Comarca Feira de Santana/BA, tendo por apelante ANTONIO TIBURCIO DA SILVA NETO e apelado MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em dar conhecimento parcial e, nessa extensão, prover o recurso de apelação, na forma do relatório e voto.

Sala das Sessões, data constante da certidão de julgamento eletrônica.

Presidente

Des. Eserval Rocha

Relator

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA

DECISÃO PROCLAMADA

Conhecido e provido Por Unanimidade
Salvador, 31 de Janeiro de 2023.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0504047-40.2016.8.05.0080

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: ANTONIO TIBURCIO DA SILVA NETO

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

RELATÓRIO

I – O Ministério Público do Estado da Bahia denunciou ANTONIO TIBURCIO DA SILVA NETO, pela prática do crime inserto no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03 (ID 33549500).

De acordo com a denúncia:

Consta dos autos que no dia 27 de março de 2016, por volta das 19h40min, na Praça de Alimentação da Avenida Getúlio Vargas, próximo ao “Bar Edy Bahia”, o denunciado portou arma de fogo, qual seja, um revólver, calibre .38, marca Rossi, cabo de madeira, com numeração raspada, municiado com 05 cartuchos, sendo 04 (quatro) intactos e 01 (um) picotado, conforme auto de exibição e apreensão de fl. 12.

Emerge do caderno investigativo que no dia e hora declinados policiais militares receberam a informação de que havia um indivíduo armado na localidade supracitada. Ato contínuo, os milicianos se deslocaram até o local, e, lá chegando, perceberam o denunciado dispensar um objeto ao chão. Ao se aproximarem, constataram que o dito objeto se tratava da arma de fogo acima referida, ocasião em que deram voz de prisão em flagrante ao denunciado. Preso e interrogado, ele assumiu a propriedade da arma de fogo.

Encerrada a instrução criminal, a denúncia foi julgada procedente, para condenar Antonio Tiburcio da Silva Neto pelo crime tipificado no artigo 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, à pena de 03 (três) anos e 11 (onze) meses e 4 (quatro) dias de reclusão, em regime inicial aberto, além de 10 (dez) dias – multa (ID 33549666).

Irresignado, o Sentenciado, através da Defensoria Pública, interpôs recurso de Apelação, pleiteando, inicialmente, a concessão da gratuidade da justiça. No mérito, requer: a) o afastamento da valoração negativa da circunstância judicial relativa a personalidade do Apelante, com fixação da pena-base em 3 anos, 5 meses e 4 dias de reclusão; b) a compensação entre a atenuante decorrente da confissão espontânea e a agravante relativa a reincidência; c) a aplicação da detração. Apresenta prequestionamento aos arts. 1º, III, art. 5º, XLI, XLIII, XLV, XLVI, XLIX, LVII, LXVI, e art. 93, IX, da Constituição Federal, arts. 1º, 33, 59, 66 e 213 do Código Penal e arts. 315, 32, 366, 367 e 387, § 1º, do Código de Processo Penal (ID 33549673).

O Ministério Público, nas contrarrazões, pugna pelo total provimento do recurso defensivo (ID 30146970).

A Procuradoria de Justiça opina pelo conhecimento e provimento parcial do apelo, para que seja afastada a valoração negativa da circunstância judicial relativa à personalidade do Apelante, com o consequente redimensionamento da pena-base e manutenção dos demais termos a sentença guerreada (ID 36127069).

Examinados, lancei este relatório e o submeti ao Exmo (a). Desembargador (a) Revisor (a)

É o relatório.

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA
Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0504047-40.2016.8.05.0080

Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma

APELANTE: ANTONIO TIBURCIO DA SILVA NETO

Advogado (s):

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA

Advogado (s):

VOTO

II – Apesar de não terem sido questionadas pela defesa, consigne-se que a materialidade e a autoria delitivas restam comprovadas através do Auto de Prisão em Flagrante (ID 33549501 – fls. 02), dos Termos de Depoimento (ID 33549501 – fls. 04/07), do Interrogatório do Conduzido (ID 33549501 – fls. 08/09), no qual o Apelante confessou a prática delitiva, do Auto de Exibição e Apreensão (ID 33549501 – fls. 12) e do Laudo de Exame Pericial (IDs 3354964 e 33549646), corroborados durante a instrução processual, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa.

Conforme relatado, no mérito, a defesa busca o afastamento da valoração negativa da circunstância judicial relativa a personalidade do Apelante, com fixação da pena-base em 3 anos, 5 meses e 4 dias de reclusão, bem como a compensação entre a atenuante decorrente da confissão espontânea e a agravante relativa a reincidência.

Da análise da sentença, observa-se, que o Juízo a quo, ao fixar a pena-base, utilizou ações penais em curso em desfavor do Apelante, de forma a valorar negativamente a circunstância judicial relativa a personalidade do agente, nos seguintes termos:

Personalidade: pelo que consta dos autos, ainda que ausentes dados técnicos mais sólidos, necessário observar uma aparente propensão do acusado à prática de crimes, tendo em vista que o acusado responde a outras ações penais, decorrentes de fatos ocorridos antes e depois do fato apurado nestes autos (Autos 0500733-47.2020.8.05.008 e 0503080-52.2019.8.05.0080), denotando uma personalidade voltada à prática de delitos; (ID 33549666)

Ocorre que, de acordo com o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça na Súmula 444: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Isto posto, tendo em vista que o Magistrado fundamentou a sentença em contraposição ao entendimento da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça, deve ser afastada a valoração negativa da personalidade do Apelante, com consequente redimensionamento da pena-base.

Assim, valendo-me dos mesmos parâmetros utilizados pelo Juízo a quo, uma vez que obedientes ao princípio da legalidade, reduzo a pena-base para 03 (três) anos, 05 (cinco) meses e 04 (quatro) dias de reclusão.

Prosseguindo para a segunda fase da dosimetria, saliente-se, de início, que o Apelante possui contra si mais de uma sentença condenatória transitada em julgado, de forma que é possível a utilização de uma delas na primeira fase da dosimetria da pena, para valorar negativamente os antecedentes criminais e, da segunda, na segunda fase da quantificação da reprimenda, na condição agravante relativa a reincidência, como feito pelo Juízo a quo.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. ROUBOS DUPLAMENTE CIRCUNSTANCIADOS (CINCO VEZES). PERCENTUAL DE EXASPERAÇÃO RELATIVO AO CONCURSO FORMAL. VINCULAÇÃO AO NÚMERO DE INFRAÇÕES. ELEVAÇÃO DA REPRIMENDA A TÍTULO DE MAUS ANTECEDENTES E REINCIDÊNCIA. EXISTÊNCIA DE CONDENAÇÕES DIVERSAS. POSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. COMPENSAÇÃO DA REINCIDÊNCIA COM CONFISSÃO ESPONTÂNEA. VIABILIDADE.

1. Na linha da orientação perfilhada na Súmula 241 desta Corte, configura constrangimento ilegal a dupla consideração do mesmo fato, como maus antecedentes e reincidência.

2. No caso, os pacientes ostentavam mais de uma condenação. Assim, nada impede que uma seja utilizada como maus antecedentes (circunstância judicial desfavorável) e outra exaspere a reprimenda a título de reincidência (agravante).

3. "O melhor parâmetro para a escolha do acréscimo da pena (de um sexto até metade), consequente do concurso formal, é a consideração do número de fatos (ou seja, de vítimas, crimes ou resultados)".

(DELMANTO, Celso. Código Penal Comentado. 5ª edição. Rio de Janeiro:

Renovar. 2000, p. 132).

4. Na hipótese, considerando serem 5 (cinco) as vítimas de roubo, é devida a exasperação em 1/3 (um terço).

5. Segundo orientação prevalente na Sexta Turma desta Corte, é possível a compensação da agravante da reincidência com a atenuante da confissão espontânea.

6. Ordem parcialmente concedida para, compensando a agravante da reincidência com a atenuante da confissão e diminuindo a 1/3 (um terço) o acréscimo referente ao concurso formal, reduzir a pena recaída sobre os ora pacientes, de 9 (nove) anos de reclusão e 37 (trinta e sete) dias-multa para 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão, mais 20 (vinte) dias-multa, mantido o regime prisional para o início de cumprimento da expiação.

(HC n. 75.874/RJ, relator Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 5/10/2010, DJe de 25/10/2010.)

Dessa forma, tendo em vista a aplicação da atenuante da confissão espontânea e da agravante relativa a reincidência pelo próprio Juízo, consoante entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça, é cabível a compensação entre as referidas circunstâncias.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FURTO QUALIFICADO TENTADO. ATENUANTE DA CONFISSÃO E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL. POSSIBILIDADE. TEMA REPETITIVO N. 585 DO STJ. ACUSADO REINCIDENTE. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL SEMIABERTO. ADEQUAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. RECLAMO DESPROVIDO.

1 – No julgamento do Recurso Especial n. 1.947.845/SP, decidido sob a sistemática dos recursos repetitivos, consolidou-se o entendimento segundo o qual, ressalvada a hipótese de multirreincidência, é possível na segunda fase da dosimetria da pena a compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, seja ela específica ou não.

2 – Mesmo nas hipóteses de fixação de pena privativa de liberdade inferior a 4 anos de reclusão, sendo reincidente o acusado, não é ilegal a imposição do regime inicial semiaberto. Precedentes.

3 – Não obstante o § 3º do art. 44 do Código Penal, em caráter excepcional, admita a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, tal somente ocorrerá se "em face de condenação anterior, a medida seja socialmente recomendável e a reincidência não se

tenha operado em virtude da prática do mesmo crime".

4 – Na caso sub examine, embora não seja a reincidência propriamente específica, destacou a Corte de Apelação que a anterior condenação decorreu da prática de crime de roubo, do que resulta a reiteração na prática de crimes patrimoniais e, por corolário, consubstancia-se como fundamento idôneo à não concessão de tal benesse.

5 – Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp n. 2.026.653/SP, relator Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 12/12/2022, DJe de 14/12/2022.)

Assim, acolhe-se a pretensão defensiva de compensação entre a atenuante decorrente da confissão espontânea e a agravante relativa a reincidência, fixando-se a pena intermediária em 03 (três) anos, 05 (cinco) meses e 04 (quatro) dias de reclusão.

Por não haverem causas de aumento ou de diminuição a serem aplicadas, torna-se definitiva a pena do Apelante, pela prática do crime tipificado no art. 16, parágrafo único, inciso IV, da Lei nº 10.826/03, em 3 (três) anos, 05 (cinco) meses e 04 (quatro) dias de reclusão, em regime inicial aberto, além de 10 (dez) dias-multa.

Em relação à detração penal, o Apelante não teria mudança no regime prisional estabelecido. Além disso, o entendimento Pátrio é de que a detração deve ser exercida pelo Juízo das Execuções Penais, conforme estabelece o art. 66, III, c, da Lei de Execuções Penais, observa-se:

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PRIVILÉGIO RECONHECIDO. DOSIMETRIA REFEITA. REGIME SEMIABERTO IMPOSTO COM BASE NA QUANTIDADE DE DROGAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS VEDADA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL. INOVAÇÃO RECURSAL E IRRELEVÂNCIA. ATRIBUIÇÃO DO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de que a quantidade e a nocividade das drogas apreendidas constituem fundamentos idôneos para justificar a imposição de regime prisional mais gravoso, segundo as diretrizes do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, além dos requisitos previstos

no art. 33, § 2º, do Código Penal – CP. Na hipótese, o mais gravoso, é o regime semiaberto.

2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que quantidade de drogas apreendidas justifica a vedação à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, de acordo com o disposto no art. 44, inc. III, do CP. 3. O pedido de detração da pena não foi objeto do recurso especial interposto, configurando inovação recursal e, além disso, mesmo que esta Corte pudesse descontar o período de prisão preventiva do recorrente, o regime inicial semiaberto subsistiria, uma vez que aquele não foi fixado, exclusivamente, com base no quantum de sanção imposto. 4. "Conforme jurisprudência dominante do STJ, o abatimento do tempo de prisão provisória do total da condenação (art. 42, do CP) é medida que compete ao juízo das execuções penais, a quem será levada a questão após o trânsito em julgado do processo de conhecimento" (AgRg no AREsp 1247250/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 18/12/2020). 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no REsp n. 1.994.397/MG, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 14/11/2022, DJe de 17/11/2022 – grifos nossos)

A defesa pleiteia, ainda, a concessão do benefício da gratuidade da justiça, sob a alegação de hipossuficiência do Apelante, contudo a matéria é da competência do Juízo da Execução Penal.

É a jurisprudência:

“APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. PEDIDO COMUM. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO PARA O DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. NÃO CABIMENTO. DECISÃO CONDENATÓRIA RESPALDADA NO ACERVO PROBATÓRIO. PALAVRA DA VÍTIMA. PREPONDERÂNCIA. CRIME TENTADO. NÃO OCORRÊNCIA. INVERSÃO DA POSSE DA RES FURTIVA. EMPREGO DE ARMA DE FOGO. CONCURSO DE AGENTES. RESTRIÇÃO DE LIBERDADE DA VÍTIMA. MAJORANTES MANTIDAS. DOSIMETRIA. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONFISSÃO EXTRAJUDICIAL RETRATADA EM JUÍZO E NÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR O DECRETO CONDENATÓRIO. ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. EXCLUSÃO DA PENA DE MULTA. NÃO CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. (....) As custas processuais são devidas pelo condenado, devendo o juízo de execução auferir a possibilidade ou não do seu pagamento. (TJ-BA – APL: 05433650520188050001, Relator: INEZ MARIA BRITO SANTOS MIRANDA, SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 06/03/2020).

CONCLUSÃO

III – Por todo o exposto, dá-se parcial conhecimento e, nessa extensão, concede-se provimento ao recurso defensivo, para afastar a valoração negativa da circunstância judicial relativa a personalidade do Apelante e realizar a compensação entre a atenuante decorrente da confissão espontânea e a reincidência, com a devida readequação da pena para 3 (três) anos, 05 (cinco) meses e 04 (quatro) dias de reclusão, em regime inicial aberto, além de 10 (dez) dias-multa. Mantém-se a sentença objurgada em seus demais termos.

Sala das Sessões, data constante da certidão de julgamento eletrônica.

Presidente

Des. Eserval Rocha

Relator

Procurador (a) de Justiça