

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0009591-71.2013.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Jose Carlos Santos da Silva Advogado (s): THIAGO DA CRUZ SILVA, DANIEL LUCAS CORDEIRO FREITAS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO PELA DEFESA. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. OCORRÊNCIA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. COMPETÊNCIA EXCLUSIVA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DE PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. INVIABILIDADE. MEDIDA SOCIALMENTE NÃO RECOMENDÁVEL. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. Trata-se de Recurso de Apelação, interposto por JOSÉ CARLOS SANTOS DA SILVA, contra sentença (Id. 31236772), que lhe condenou à pena de 06 (seis) anos, sendo 05 (cinco) anos de reclusão e 01 (um) ano de detenção, em regime inicial semiaberto e aberto, respectivamente, bem como ao pagamento de 150 (cento e cinquenta) dias-multa, no valor de um décimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato, pela prática dos crimes previstos no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 e no art. 12, da Lei nº 10.826/2003. Inicialmente, o Apelante pugnou pela aplicação da pena abaixo do mínimo legal, em razão da presença da atenuante da confissão espontânea. Nesse ponto, não merece reparo a sentença. Isso porque, o egrégio Superior Tribunal de Justiça tem entendimento sumulado no sentido de vedar que a incidência de circunstância atenuante reduza a pena abaixo do mínimo legal. Desse modo, considerando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como a deste egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, rejeito o pedido de aplicação da pena abaixo do mínimo legal. O Apelante requereu, ainda, o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, haja vista preencher os requisitos legais estabelecidos. Em suas contrarrazões, a Promotoria de Justiça alegou que o fato de o Apelante ter sido condenado por crime de mesma natureza evidenciaria a dedicação recorrente à atividade criminosa. Contudo, conforme explanou a douta Procuradoria de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça alterou recentemente seu entendimento para não admitir que inquérito policial e ação penal em curso afastem a incidência da causa de diminuição em comento. Destaque-se, entretanto, que mínima deve ser a fração de diminuição, qual seja, 1/6 (um sexto), haja vista anterior envolvimento do Apelante com o tráfico de drogas, que gerou sua condenação, bem como a quantidade e variedade de drogas apreendidas em poder do Apelante, no presente caso. No que concerne ao pedido de aplicação da detração penal, feito pelo Apelante, cumpre destacar que a análise deve ser realizada pelo juízo sentenciante apenas quando houver repercussão na determinação do regime inicial. Com relação ao pedido de substituição por pena restritiva de direitos, não merece razão o Apelante. Examinando os autos, percebe-se a variedade de drogas encontradas com o Apelante, bem como a natureza das substâncias entorpecentes, especialmente o crack e a cocaína, em quantidade considerável, o que demonstra a necessidade de aplicação de pena privativa de liberdade. Portanto, tendo em vista que a medida de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não é socialmente recomendável, diante da culpabilidade do agente e das peculiaridades do caso concreto, rejeito o pleito do Apelante. Diante do exposto, a sentença merece ser reparada em parte. Recurso de Apelação CONHECIDO e PROVIDO EM

PARTE. Vistos relatados e discutidos estes autos de Apelação nº. 0009591-71.2013.8.05.0080, que tem como Apelante, JOSÉ CARLOS SANTOS DA SILVA, e como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, em CONHECER e PROVER EM PARTE o Recurso de Apelação interposto, nos termos do voto do Relator. Salvador, . PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Provido em parte. Unânime. Salvador, 19 de Outubro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0009591-71.2013.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Jose Carlos Santos da Silva Advogado (s): THIAGO DA CRUZ SILVA, DANIEL LUCAS CORDEIRO FREITAS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação, interposto por JOSÉ CARLOS SANTOS DA SILVA, contra sentença (Id. 31236772), que lhe condenou à pena de 06 (seis) anos, sendo 05 (cinco) anos de reclusão e 01 (um) ano de detenção, em regime inicial semiaberto e aberto, respectivamente, bem como ao pagamento de 150 (cento e cinquenta) dias-multa, no valor de um décimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato, pela prática dos crimes previstos no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 e no art. 12, da Lei nº 10.826/2003. Em suas razões recursais, Id. 40036203, o Apelante pugnou pela aplicação da pena abaixo do mínimo legal e pelo reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Além disso, requereu a detração penal e a consequente imposição do regime de cumprimento de pena mais favorável, assim como sua substituição por restritiva de direitos. Em sede de contrarrazões, a Promotoria de Justiça pugna pela manutenção incólume da sentença (Id. 44954534). Por sua vez, a Douta Procuradoria de Justiça apresentou parecer, testilhado no Id. 45324322, opinando pelo conhecimento e provimento parcial do Apelo. Estando os autos prontos para julgamento, vieram-me conclusos. É o breve relatório. Salvador/BA, 25 de julho de 2023. Des. Jefferson Alves de Assis – 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0009591-71.2013.8.05.0080 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Jose Carlos Santos da Silva Advogado (s): THIAGO DA CRUZ SILVA, DANIEL LUCAS CORDEIRO FREITAS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Preenchidos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço a presente Apelação e passo ao seu exame. I – Pedido de aplicação da pena abaixo do mínimo legal. Vedação diante da Súmula 231 do STJ. Inicialmente, o Apelante pugnou pela aplicação da pena abaixo do mínimo legal, em razão da presença da atenuante da confissão espontânea. Conforme consta dos presentes autos, a pena-base foi estabelecida no mínimo legal (cinco anos de reclusão), diante da ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis ao réu. Em verdade, na segunda fase da dosimetria, o juízo de primeiro grau, apesar de reconhecer a circunstância atenuante, não efetuou a valoração, sob a alegação de que a pena já estaria no mínimo legal, observando a súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. Nesse ponto, não merece reparo a sentença. Isso porque, o egrégio Superior Tribunal de Justiça, como já dito, tem entendimento sumulado no sentido de vedar que a incidência de circunstância atenuante reduza a pena abaixo do mínimo legal, senão, veja-se: Súmula 231 do STJ A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. De igual modo, este Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

tem o entendimento consolidado no mesmo sentido da Corte Superior, veja-se: PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO SIMPLES. SÚPLICA PELA APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESTABELECEENDO A PENA-BASE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. EFICÁCIA DA SÚMULA 231 STJ. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. SENTENÇA MANTIDA. 1. Apelante condenado à pena de 04 (quatro) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa, pela prática do crime previsto no art. 157, caput, Código Penal, a ser cumprida no regime aberto, por ter, em 27/06/2017, utilizando-se de uma faca do tipo peixeira, subtraído da vítima seu aparelho celular de marca Samsung. 2. Descabe a pretensão de redução da pena base abaixo do mínimo legal, já que, nos termos da Súmula 231, do STJ, "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal". 3. Cediço que, de acordo com a interpretação sistemática e teleológica dos arts. 59, 67 e 68, todos do Código Penal, somente na terceira fase da dosimetria da pena é possível alcançar pena final aquém do mínimo cominado para o tipo simples ou além do máximo previsto. Conforme entendimento do STF: "O fato de o art. 65, do Código Penal, utilizar o advérbio sempre, em matéria de aplicação das circunstâncias ali previstas, para redução da pena-base em patamar inferior ao mínimo legal, deve ser interpretado para as hipóteses em que a pena-base tenha sido fixada em quantum superior ao mínimo cominado no tipo penal." 4. Desta forma, não há que se falar em afronta ao princípio da individualização da pena, em face da impossibilidade de redução da sanção aquém do mínimo legal na segunda fase de aplicação, devendo a sentença, assim, ser mantida em todos os seus termos. Precedentes do STF e STJ. 5. RECURSO IMPROVIDO, nos termos do parecer ministerial. (TJ-BA – APL: 05402622420178050001, Relator: LUIZ FERNANDO LIMA, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA, Data de Publicação: 03/08/2021) Desse modo, considerando a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, bem como a deste egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, rejeito o pedido de aplicação da pena abaixo do mínimo legal. II – Pedido de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. O Apelante requereu, ainda, o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, haja vista preencher os requisitos legais estabelecidos. Em suas contrarrazões, a Promotoria de Justiça alegou que o fato de o Apelante ter sido condenado por crime de mesma natureza evidenciaria a dedicação recorrente à atividade criminosa. Contudo, conforme explanou a douta Procuradoria de Justiça, o Superior Tribunal de Justiça alterou recentemente seu entendimento para não admitir que inquérito policial e ação penal em curso afastem a incidência da causa de diminuição em comento. Senão, veja-se: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. AÇÕES PENAIIS EM CURSO. FUNDAMENTO INVÁLIDO. CONSOLIDAÇÃO DO ENTENDIMENTO DA QUINTA E DA SEXTA TURMA DO STJ. MINORANTE APLICADA NA FRAÇÃO MÁXIMA. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. Nos termos do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, os condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades criminosas ou integrarem organizações criminosas. 2. No caso, a instância ordinária negou ao paciente o tráfico privilegiado por entender que o fato de responder a outra ação penal denotaria sua habitualidade delitiva. 3. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou reiteradas vezes que inquéritos e processos em curso não devem ser

aferidos em desfavor do agente na dosimetria da pena, sob pena de violação ao princípio da não culpabilidade. Apoiado nesse entendimento, vem decidindo ser inadmissível a utilização de ação penal em curso para afastar a causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o que foi acolhido há algum tempo pela Sexta Turma deste Tribunal Superior. 4. Nesse contexto, a Quinta Turma desta Corte Superior, nos autos do HC n. 664.284/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Julgamento em 21/9/2021, DJe 24/9/2021, passou a adotar o entendimento de que inquéritos policiais e ações penais em curso não podem justificar o afastamento do tráfico privilegiado, uniformizando o posicionamento de ambas as Turmas sobre o tema. 5. Portanto, à míngua de elementos probatórios que indiquem a dedicação do acusado à atividade criminosa e não sendo expressiva a quantidade de entorpecente apreendida, é de rigor a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 no grau máximo. Precedentes. 6. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no HC: 772739 SP 2022/0300415-4, Data de Julgamento: 25/10/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 04/11/2022) De igual modo, este egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia tem jurisprudência consolidada sobre o tema, no mesmo sentido do STJ, veja-se: APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECORRENTE CONDENADA PELA CONDUTA DESCRITA NO ART. 33 DA LEI Nº. 11.343/2006 AO CUMPRIMENTO DE UMA PENA DE 5 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO NO REGIME INICIAL SEMIABERTO, MAIS O PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, NA FRAÇÃO DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. [...] 2 – REDIMENSIONAMENTO DA PENA DE OFÍCIO. INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA PELO ART. 33, § 4º DA LEI Nº. 11.343/2006. INIDONEIDADE DO FUNDAMENTO. A EXISTÊNCIA DE AÇÃO PENAL EM CURSO NÃO AUTORIZA, POR SI SÓ, O AFASTAMENTO DO § 4º. INCIDÊNCIA DO TEMA 1139 DEFINIDO PELO STJ EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO, SOB A SEGUINTE REDAÇÃO: "É VEDADA A UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAS EM CURSO PARA IMPEDIR A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06". APLICAÇÃO DA FRAÇÃO EM 1/3 (UM TERÇO) ANTE A VARIEDADE DE DROGAS APREENDIDAS. PENA REDIMENSIONADA PARA 3 (TRÊS) ANOS E 4 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME ABERTO, MAIS O PAGAMENTO DE 333 (TREZENTOS E TRINTA E TRÊS) DIAS-MULTA, NA FRAÇÃO DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO CRIME, SENDO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO, A SEREM DEFINIDAS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAS. (TJ-BA – APL: 07001564720218050146 1ª Vara Criminal – Juazeiro, Relator: SORAYA MORADILLO PINTO, 2ª VICE-PRESIDÊNCIA, Data de Publicação: 29/11/2022) Destaque-se, entretanto, que mínima deve ser a fração de diminuição, qual seja, 1/6 (um sexto), haja vista anterior envolvimento do Apelante com o tráfico de drogas, que gerou sua condenação, bem como a quantidade e variedade de drogas apreendidas em poder do Apelante, no presente caso. Dessa forma, reconheço a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, para reduzir em 1/6 (um sexto) a pena do Apelante. III – Pedidos de aplicação da detração penal e da substituição por pena restritiva de direitos. No que concerne ao pedido de aplicação da detração penal, feito pelo Apelante, cumpre destacar que a análise deve ser realizada pelo juízo sentenciante apenas quando houver repercussão na determinação do regime inicial. Isso porque, conforme prevê o art. 66, inciso III, alínea c, da Lei nº 7.210/84, a análise sobre a detração penal é de competência exclusiva do Juízo da Execução. In casu, considerando o reconhecimento da redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, a detração penal deverá ser analisada pelo

Juízo da Execução Penal. Com relação ao pedido de substituição por pena restritiva de direitos, não merece razão o Apelante. Examinando os autos, percebe-se a variedade de drogas encontradas com o Apelante, bem como a natureza das substâncias entorpecentes, especialmente o crack e a cocaína, em quantidade considerável, o que demonstra a necessidade de aplicação de pena privativa de liberdade. Nesse sentido, este egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia tem jurisprudência sedimentada sobre a questão, senão, veja-se: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. INACOLHIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS EVIDENCIADAS DE FORMA INEQUÍVOCA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. PEDIDO SUBSIDIÁRIO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE INSERTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº. 11.343/2006, NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 (DOIS TERÇOS). INALBERGAMENTO. VALORAÇÃO DA NATUREZA DE UMA DAS DROGAS APREENDIDAS NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. MANUTENÇÃO DO REDUTOR NO PATAMAR DE 1/3 (UM TERÇO). PLEITO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. MEDIDA QUE NÃO SE MOSTRA SOCIALMENTE RECOMENDÁVEL NO CASO CONCRETO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. [...] No que tange ao benefício da substituição da pena privativa de liberdade, considerando a variedade das drogas apreendidas (maconha e crack), bem como a natureza de um dos entorpecentes encontrados (crack), a medida não se mostra socialmente recomendável. [...] (TJ-BA – APL: 00057374620138050120, Relator: Rita de Cassia Machado Magalhães Filgueiras Nunes, Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Data de Publicação: 14/01/2016) Portanto, tendo em vista que a medida de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos não é socialmente recomendável, diante da culpabilidade do agente e das peculiaridades do caso concreto, rejeito o pleito do Apelante. IV – Dispositivo Ex positis, voto pelo CONHECIMENTO e PROVIMENTO EM PARTE do Recurso de Apelação. Salvador/BA, 25 de julho de 2023. Des. Jefferson Alves de Assis – 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator