

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000837-70.2022.8.05.0150 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: VINICIUS SANTOS E SANTOS e outros Advogado (s): APELADO: VINICIUS SANTOS E SANTOS e outros Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. DIMINUIÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA PELA INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INVIABILIDADE DE REDUÇÃO ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL POR FORÇA DA SÚMULA Nº 231 DO STJ. AFASTAMENTO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. IMPOSSIBILIDADE. EXCLUSÃO DA MULTA. IMPOSSIBILIDADE. ISENÇÃO DE CUSTAS. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. RECURSOS IMPROVIDOS. 1. Inviável a diminuição da pena abaixo do mínimo legal pela incidência das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, em observância à Súmula nº 231 do STJ, entendimento adotado de maneira dominante pelos Tribunais pátrios de maneira hodiernamente. 2. Quanto à pretensão de afastamento da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não assiste razão o Ministério Público, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça, no julgamento dos Recursos Especiais 1977027/PR e 1977180/PR (Tema 1139), superou a jurisprudência anterior, firmando tese de que "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006". 3. A pena de multa está prevista no preceito secundário do tipo penal do 157 do CP, cumulativamente à pena privativa de liberdade, não podendo o Magistrado, portanto, deixar de aplicá-la ou aplicá-la sem a observância de critérios equivalentes/proporcionais àqueles relacionados ao cálculo da reprimenda privativa de liberdade. 4. No que se refere ao pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, trata-se de matéria da competência do Juízo da Execução (AgRg no AREsp 1900051/CE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 20/08/2021). A C Ó R D ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8000837-70.2022.8.05.0150, de Lauro de Freitas/Ba, em que figuram como Apelantes/Apelados MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e VINÍCIUS SANTOS E SANTOS. ACORDAM os Desembargadores componentes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em NEGAR PROVIMENTO aos recursos, pelas razões adiante alinhadas. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 20 de Abril de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000837-70.2022.8.05.0150 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: VINICIUS SANTOS E SANTOS e outros Advogado (s): APELADO: VINICIUS SANTOS E SANTOS e outros Advogado (s): RELATÓRIO Tratam-se de Apelações Criminais interpostas pelo Ministério Público do Estado da Bahia e Vinícius Santos e Santos, irresignados com a sentença de Id 37000336 proferida pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Crime da Comarca de Lauro de Freitas-Ba que condenou o acusado a uma pena definitiva de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, bem assim ao pagamento de 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, pela prática do delito previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Consta do incluso inquérito policial que instrui a denúncia que, no dia a 18/01/2022, por volta das 17h00min, policiais militares, realizando ronda na rua Vitória da Conquista, na proximidade da Lagoa dos Patos, no município de Lauro de Freitas/BA, abordaram o recorrente e constataram que ele levava consigo, no interior de um saco preto, 18 (dezoito) porções de maconha e, em sua cintura, um revólver, calibre 38,

com numeração suprimida, municiado com 06 (seis) cartuchos do mesmo calibre. Irresignado com o teor da sentença condenatória, a acusação interpôs o recurso de apelação requerendo a sua reforma para que seja afastada a minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11343/06 e ser fixado o regime inicialmente fechado para o cumprimento da reprimenda. Por sua vez, o acusado apelou requerendo aplicação da pena abaixo do mínimo legal em razão da confissão espontânea, direito de recorrer em liberdade e isenção no pagamento das custas judiciais. As contrarrazões foram apresentadas apenas pelo Ministério Público no Id 37000343. Encaminhado os autos para a Procuradoria de Justiça, a mesma ofereceu parecer no Id 41717445 pugnado pelo improvimento do recurso da defesa e pelo provimento do recurso da promotoria de 1º grau. Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. Salvador/BA, 30 de março de 2023. Des. Carlos Roberto Santos Araújo – 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000837-70.2022.8.05.0150 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: VINICIUS SANTOS E SANTOS e outros Advogado (s): APELADO: VINICIUS SANTOS E SANTOS e outros Advogado (s): VOTO Conheço do recurso, ante o preenchimento dos pressupostos de admissibilidade. DO RECURSO DA DEFESA. Pretende o apelante o afastamento da súmula 231 do STJ, a fim de que seja a pena intermediária reduzida abaixo do mínimo legal, em razão da minorante da confissão espontânea. Razão não assiste ao apelante Vinícius Santos e Santos. De fato, o acusado confessou a prática delitiva. Por sua vez, o Magistrado de primeiro grau fixou a pena-base no mínimo legal, 05 (cinco) anos de reclusão. Pari passu, na segunda fase da dosimetria o Magistrado reconheceu a atenuante da confissão espontânea, deixando de reduzir a pena, contudo, em razão do entendimento contido na Súmula nº 231 do STJ (a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal). Requer a Defesa, neste ponto, a desconsideração do referido enunciado e a redução da reprimenda abaixo do mínimo legal, eis que as atenuantes, segundo texto legal, devem sempre resultar na diminuição da pena. Tal entendimento, contudo, não é válido para as agravantes, de acordo com a tese defensiva, considerando que o texto legal relacionado a estas não possui o vocábulo “sempre”. Com efeito, na segunda etapa da dosimetria ainda figuram como norte os limites cominados no preceito secundário do tipo penal em abstrato, ao contrário do que ocorre com as causas especiais de aumento ou de diminuição de pena, que, por atuarem na pena em concreto, autorizam a fixação aquém do limite mínimo ou além do limite máximo. Esse entendimento encontra-se cristalizado não só no enunciado sumular nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, como também na jurisprudência: HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO. DESCABIMENTO. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. Em consonância com a orientação jurisprudencial da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal – STF, esta Corte não admite habeas corpus substitutivo de recurso próprio, sem prejuízo da concessão da ordem, de ofício, se existir flagrante ilegalidade na liberdade de locomoção do paciente. 2. “Embora reconhecidas as atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, elas não podem conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal, consoante a Súmula 231 desta Corte.” (HC 328.132/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 02/12/2015) Habeas corpus não

conhecido. (STJ, HC 311.871/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 27/04/2017, DJe 11/05/2017) (Original sem grifos) Sobre a questão, Julio Fabbrini Mirabete leciona: "Prevê o art. 65 quais as circunstâncias do crime que devem atenuar a pena, ou seja, os dados objetivos ou subjetivos que, por seu aspecto positivo, levam à diminuição da reprimenda. Em todas as hipóteses previstas no dispositivo, a redução é obrigatória, levando-se em conta, evidentemente, as demais circunstâncias do delito, que podem agravar a sanção (item 7.5.7). Ao contrário das causas de diminuição da pena, porém, não se permite, com o reconhecimento das atenuantes, a redução da pena abaixo do mínimo previsto na lei (item 7.5.7)." (MIRABETE, Julio Fabbrini, Manual de Direito Penal, volume 1: parte geral, arts. 1º a 120 do CP, São Paulo: Atlas, 2007, página 314) Este é, também, o entendimento do Supremo Tribunal Federal, como se percebe do precedente abaixo, de maio de 2017: AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRADO. ART. 5º, XXXIX e XLVI, DA CF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. APLICAÇÃO DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, III, B, DO CP. REAPRECIAÇÃO DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279/STF. AGRADO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Ausência de prequestionamento do art. 5º, XXXIX e XLVI, da CF. Os embargos declaratórios não foram opostos com a finalidade de suprir essa omissão. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. II – Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, bem como a interpretação de legislação infraconstitucional aplicável ao caso. Óbice da Súmula 279/STF. III – A jurisprudência desta Corte é no sentido da impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal por força de circunstância atenuante genérica. Precedente: RE 597.270 QO-RG/RS (Tema 158), da relatoria do Ministro Cezar Peluso. IV – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF, ARE 1007916 AgR, Relator (a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 19/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-112 DIVULG 26-05-2017 PUBLIC 29-05-2017) (Original sem grifos) Conforme explicitado na doutrina e jurisprudência colacionadas, inviável a diminuição da pena provisória abaixo do mínimo legal em razão da incidência de atenuante, eis que se isso fosse possível, também se admitiria, em consequência, o aumento da pena acima do máximo em virtude da incidência de agravantes, ainda que a interpretação da ilustrada Defesa seja outra. DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. AFASTAMENTO DA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11343/06. Quanto à pretensão de afastamento da causa de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, não assiste razão o Ministério Público. Arrazoa que “o apelado foi preso em flagrante em 29/01/2021, em 17/10/2021 e em 18/01/2022, pelo crime de tráfico de drogas (vide autos n.º 8010454-50.2021.8.05.0001, 8006411-11.2021.8.05.0150 e 8000243-56.2022.8.05.0150). Ademais, ele responde, perante a 2ª Vara Criminal da Comarca de Lauro de Freitas, à ação penal nº 8006914-32.2021.8.05.0150, pelo mesmo crime. Vê-se, portanto, que demonstra possuir comportamento dedicado a prática de atividades criminosas.” Em que pese, os argumentos do ilustre representante do Parquet, o mesmo não merece acolhimento. De fato, o benefício em questão, “tráfico privilegiado”, não deve ser aplicado de forma desmedida, devendo incidir somente em casos singulares, quando preenchidos os requisitos dispostos na legislação, os quais merecem interpretação restritiva, de modo a prestigiar quem efetivamente mereça redução de pena. Todavia, o escopo da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º,

da Lei n. 11.343/2006 é punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal. São condições para que o condenado faça jus à diminuição de pena prevista no § 4º do art. 11.343/06: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar às atividades criminosas. No caso, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça julgou o mérito dos Recursos Especiais nºs 1.977.027/PR e 1.977.180/PR, paradigmas da controvérsia repetitiva descrita no Tema 1139, cuja tese foi firmada nos seguintes termos: "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." Conforme declarado pelo magistrado a quo, "Considerando ser o Acusado tecnicamente primário; considerando que não há provas, nos autos, que comprovem que o acusado integre organização criminosa ou que se dedique a atividades criminosas em caráter habitual de modo a fazer delas sua única ou maior fonte de rendimentos e sustento; considerando que, na análise das circunstâncias judiciais, sua personalidade e conduta social não foram aquilatadas diante da ausência de informações nos autos, portanto não lhe tendo sido consideradas desfavoráveis e considerando, por fim, o contido no artigo 42 da Lei 11343/06 notadamente no que diz respeito à quantidade e natureza da substância apreendida tem-se que a ponderação determina lhe seja reconhecida a redução da pena pela fração correspondente a 1/2 (metade) o que perfaz 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão." Nessa senda, colaciona-se o aresto abaixo do Superior Tribunal de Justiça: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. RECONHECIMENTO. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. FAVORABILIDADE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. AGRADO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O escopo da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal. 2. As ilações de que os réus exerceriam o tráfico de forma habitual, sem comprovação no bojo do processo, não são suficientes para afastar o benefício. 3. Inquéritos policiais e/ou ações penais em curso não constituem fundamento idôneo a justificar o afastamento do redutor em questão, em observância ao princípio constitucional da presunção de não culpabilidade. 4. Embora a quantidade e natureza de drogas apreendidas sejam elementos concretos a serem sopesados para se fixar o regime inicial e para se avaliar a possibilidade de substituição da sanção reclusiva por medida restritiva de direitos, a quantidade de substâncias trazidas pelo ora agravado não se mostra demasiadamente elevada a ponto de, por si só, justificar o agravamento da situação do réu, notadamente porque as demais circunstâncias judiciais do caso lhe foram tidas como favoráveis. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 2.110.541/BA, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 13/12/2022, DJe de 16/12/2022.) Utilizar, tão somente, a quantidade de drogas apreendida desconectada de outros a elemento que denotem o envolvimento com organizações criminosas, bem como a demonstração de se dedicar a tal atividade não pode ser levada em conta para o afastamento do benefício em questão. Nesse sentido a jurisprudência do STJ: AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006.

RECONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. O escopo da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 é punir com menor rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida; antes, cometendo um fato isolado, acaba incidindo na conduta típica prevista no art. 33 da mencionada lei federal. 2. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça decidiu, através do REsp n. 1.887.511/SP (Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJe 1º/7/2021), que "[a] utilização supletiva desses elementos [natureza e da quantidade da droga apreendida] para afastamento do tráfico privilegiado somente pode ocorrer quando esse vetor seja conjugado com outras circunstâncias do caso concreto que, unidas, caracterizem a dedicação do agente à atividade criminosa ou à integração a organização criminosa". 3. No caso, dado que a quantidade foi isoladamente sopesada para levar à conclusão de que o réu seria dedicado a atividades criminosas, reputo evidenciado o apontado constrangimento ilegal de que estaria sendo vítima. 4. A conduta do réu se assemelha a da reles "mula" no transporte dos entorpecentes, inexistindo provas que ele integre a organização criminosa em si. 5. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp n. 2.130.651/MG, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, julgado em 6/12/2022, DJe de 15/12/2022.) DA MULTA Quanto ao pleito de afastamento da multa acima referida, no valor equivalente a 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato, resta impossibilitado o pedido, bem como a redução da sanção pecuniária. A pena de multa está prevista no preceito secundário do tipo penal do artigo 33 da Lei nº 11.343/06, cumulativamente à pena privativa de liberdade, não podendo o Magistrado, portanto, deixar de aplicá-la ou aplicá-la sem a observância de critérios equivalentes/proporcionais àqueles relacionados ao cálculo da reprimenda privativa de liberdade, sob pena de violar o princípio constitucional da legalidade. Se, porventura, o apelante não tiver condições de pagar a pena de multa no prazo estabelecido no artigo 50 do Código Penal, "a requerimento do condenado e conforme as circunstâncias, o juiz pode permitir que o pagamento se realize em parcelas mensais". Registre-se, por oportuno, que a quantidade de dias-multa foi devidamente fixada, guardando proporcionalidade com a pena privativa de liberdade imposta ao acusado, não devendo ser suprimida nem mesmo alterada. Assim, não há reparos a serem feitos. DA ISENÇÃO AO PAGAMENTO DAS CUSTAS Por fim, acerca do pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, trata-se de matéria da competência do Juízo da Execução, conforme entendimento dos Tribunais Superiores: "Como é cediço, este Superior Tribunal possui entendimento consolidado no sentido de que "o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução, por tal razão, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais. (AgRg no AREsp. 206.581/MG, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 04/10/2016, DJe 19/10/2016)" (AgInt no REsp. 1.569.916/PE, Relator Ministro NEFI CORDEIRO, julgado em 22/3/2018, DJe 3/4/2018). 12. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 1900051/CE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 17/08/2021, DJe 20/08/2021) Ante o exposto, NEGÓ PROVIMENTO aos recursos interpostos pelo Ministério Público e pela defesa, mantenho a sentença em seus termos. Salvador, de de 2023. Des. Carlos Roberto Santos Araújo Relator