

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA INEZ MARIA B. S. MIRANDA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA APELAÇÃO Nº. 0002248-85.2009.8.05.0105 COMARCA DE ORIGEM: IPIAÚ PROCESSO DE 1.º GRAU: 0002248-85.2009.8.05.0105 RECORRENTE: LUCAS SILVA DOS SANTOS ADVOGADO: AMADEU LIMA DE OLIVEIRA RECORRIDO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTOR: CARLOS ALBERTO RAMACCIOTTI GUSMÃO PROCURADORA DA JUSTIÇA: CLEUSA BOYDA DE ANDRADE RELATORA: INEZ MARIA B. S. MIRANDA APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS NÃO IMPUGNADAS. DOSIMETRIA. TERCEIRA FASE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. INAPLICABILIDADE. REINCIDÊNCIA CONSTATADA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. Inaplicável a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 quando ficar constatada no caso concreto a existência de reincidência, ainda que genérica. Inviável a substituição da pena corporal por restritivas de direitos quando a sanção corporal definitiva for arbitrada em patamar superior a 4 (quatro) anos de reclusão, o réu for reincidente e as circunstâncias do crime forem valoradas negativamente na primeira fase da dosimetria. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº. 0002248-85.2009.8.05.0105, em que figura como apelante Lucas Silva dos Santos e como apelado o Ministério Público do Estado da Bahia. Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme resultado expresso na certidão de julgamento, em conhecer o Recurso de Apelação e negar-lhe provimento, nos termos das razões expostas no voto da Relatora. Salvador, data e assinatura registradas no sistema. INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATORA (03 – 239) APELAÇÃO CRIMINAL 0002248-85.2009.8.05.0105 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 3 de Agosto de 2023. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATÓRIO Adoto, como próprio, o relatório constante da sentença prolatada pelo Juízo de Direito da Vara Crime, Infância e Adolescência e Tribunal do Júri da Comarca de Ipiaú-BA (id. 45559322) que julgou procedente o pedido formulado na Denúncia para condenar o apelante Lucas Silva dos Santos pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 à pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos. Inconformado com a Sentença, o Réu interpôs Recurso de Apelação (id. 45559350) e apresentou as suas razões (id. 45559353), nas quais, inicialmente, pugnou pela aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Para esse fim, argumentou que “(...) a condenação anterior por porte ilegal de arma remonta a onze anos atrás, já tendo cumprido referida pena, o que, lhe dá a condição de Reabilitado, não devendo-se falar em tal processo e, ainda, não pode o magistrado julgar por aparências mas, com provas nos autos o que, não existe qualquer informação de que o apelante tenha durante esses onze anos cometido outro delito.” (sic, id. 45559353, fl. 02). Em seguida, requereu a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos em conformidade com o art. 44 do Código Penal e a aplicação das medidas cabíveis. Em suas contrarrazões (id. 45559356), o Ministério Público manifestou-se pela improcedência do Recurso de Apelação para que fosse mantida a sentença objurgada. Instada a se

manifestar, a Procuradoria de Justiça emitiu parecer (id. 46542208) no qual manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do Recurso de Apelação. É o relatório. Salvador, data e assinatura registradas no sistema. INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATORA (03 – 239) APELAÇÃO CRIMINAL 0002248–85.2009.8.05.0105 TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA GABINETE DA DESEMBARGADORA INEZ MARIA B. S. MIRANDA VOTO

Presentes os pressupostos processuais de admissibilidade, conheço o Apelo. Narra a Denúncia (ids. 45558008 e 45558012) que, no dia 28/05/2009, por volta das 09h00min, no bairro Sítio do Pica Pau, Ipiaú/BA, o Apelante conduzia uma motocicleta, marca Yamaha Fazer SF 250, cor preta, 2005/2006, placa DHP 5067, ocasião em que transportava consigo um saco plástico contendo 996,83g (novecentos e noventa e seis gramas e oitenta e três centigramas) de maconha, e, ao perceber a aproximação da polícia, lançou a droga no chão e, logo adiante, deixou também a motocicleta, empreendendo fuga. A polícia procedeu à perseguição do Recorrente, no entanto, não logrou êxito em realizar a sua prisão em flagrante. Processado e julgado, o Apelante foi condenado como incurso nas sanções previstas no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006 à pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial fechado, e ao pagamento de 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa no valor unitário de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos. Inconformado com a Sentença, o Réu interpôs Recurso de Apelação (id. 45559350) e apresentou as suas razões (id. 45559353), nas quais, inicialmente, pugnou pela aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006. Para esse fim, argumentou que “(...) a condenação anterior por porte ilegal de arma remonta a onze anos atrás, já tendo cumprido referida pena, o que, lhe dá a condição de Reabilitado, não devendo-se falar em tal processo e, ainda, não pode o magistrado julgar por aparências mas, com provas nos autos o que, não existe qualquer informação de que o apelante tenha durante esses onze anos cometido outro delito.” (sic, id. 45559353, fl. 02). Em seguida, requereu a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos em conformidade com o art. 44 do Código Penal e a aplicação das medidas cabíveis. Há que se registrar que o objeto deste recurso de apelação cinge-se apenas a questões relacionadas à dosimetria da pena. Não foram objetos de irresignação a autoria nem a materialidade delitiva, as quais restaram devidamente comprovadas pelas provas orais colhidas durante a fase administrativa (id. 45558013) e na instrução criminal (id. 45559324 a 45559328 – audiência realizada em meio audiovisual disponível no PJe Mídias), pelo Auto de Exibição e Apreensão (id. 45558016) e pelo Laudo de Exame Pericial (id. 45559039). As provas orais descritas são suficientes para demonstrar que o Apelante praticou o delito de tráfico de drogas, previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. Passo ao exame das teses declinadas no presente recurso relacionadas à dosimetria da pena arbitrada na Sentença. Na primeira etapa dosimétrica, o Juízo a quo sopesou as circunstâncias judiciais descritas no art. 59 do Código Penal de modo atento aos preceitos constantes no art. 42 da Lei 11.343/2006, nos termos: “As circunstâncias judiciais do art. 59 são favoráveis. A única circunstância legal desfavorável é a quantidade do entorpecente encontrado, aproximadamente um quilograma de maconha. Assim, fixo a pena base em seis anos de reclusão em regime inicialmente fechado com 600 dias multa no mínimo legal.” (id. 45559332). Após proceder ao exame das circunstâncias judiciais, a Autoridade Sentenciante valorou negativamente apenas uma delas, as circunstâncias do crime, o que o fez com alicerce na expressiva quantidade de droga apreendida em poder do Recorrente,

aproximadamente um quilograma de maconha (ids. 45558016 e 45559039). Em seguida, a Autoridade Sentenciante exasperou a pena-base em 1 (um) ano, ficando a sanção corporal arbitrada nessa etapa dosimétrica em 06 (seis) anos de reclusão. Embora o Sentenciante, ao exasperar a pena-base em função da aludida vetorial considerada desfavorável, não tenha aplicado as frações ideais adotadas pelo Superior Tribunal de Justiça em consonância com o princípio da proporcionalidade, 1/6 (um sexto) sobre a pena mínima abstrata ou 1/8 (um oitavo) sobre o intervalo entre as penas mínima e máxima abstratas, por tratar-se o presente recurso de apelação interposta pela Defesa, mantenho o percentual adotado na Sentença em respeito ao princípio non reformatio in pejus, ficando, assim, ratificada a primeira fase dosimétrica. Quanto à sanção pecuniária, reservo-me a apreciá-la ao final do reexame de todas as etapas da dosimetria da pena realizada na Sentença para que seja encontrada a quantidade de dias-multa coerente e proporcional com a pena privativa de liberdade definitivamente fixada. Na segunda fase do cálculo dosimétrico, o Magistrado reconheceu a incidência da atenuante da confissão espontânea do Apelante e da agravante da reincidência sob o fundamento: "Há atenuante de confissão espontânea e há a agravante da reincidência em razão da condenação nos autos nº.

0000221-71.2005.805.0105, reduzindo a pena base em seis meses, em face da preponderância da confissão espontânea, fixando a pena provisória em cinco anos e seis meses de reclusão e 550 dias multa, no mínimo legal. (...)." (id. 45559332) Após reconhecer a incidência da circunstância agravante da reincidência, em face da condenação do Apelante nos autos do processo nº. 0000221-71.2005.805.0105, e da atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, o Juízo a quo, sob o entendimento de que esta circunstância prepondera sobre aquela, atenuou a sanção corporal basilar arbitrada na primeira fase, 06 (seis) anos, no patamar de 06 (seis) meses, passando a dosá-la provisoriamente na etapa intermediária em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Acerca da elaboração dessa etapa dosimétrica, precisam ser esclarecidas algumas questões. Malgrado não conste nos autos a certidão cartorária do trânsito em julgado referente aos autos da Ação Penal nº. 0000221-71.2005.805.0105, por meio de consulta ao sistema SAJ de 1º Grau deste Tribunal de Justiça, verifica-se que, na data da prolação da sentença objeto de irresignação deste apelo, 16/09/2015 (id. 45559331), o Apelante era reincidente, o que se evidencia do teor da decisão proferida em 29/02/2016 nos autos da citada ação penal anterior: "A pena de dois anos, convertida em restritiva de direitos, foi aplicada, com trânsito em julgado em outubro de 2006. O teor da condenação prescreve em quatro anos, nos termos do art. 109, V do CP, prazo esse já ultrapassado. Ante o exposto, julgo extinta a punibilidade, nos termos do art. 107, IV c/c 109, V do CP, determinando o arquivamento imediato do feito, com as cautelas necessárias. Sem custas e honorários. Ipiaú (BA), 29 de fevereiro de 2016. (...)." (grifei) Frise-se que o fato delituoso pelo qual o Recorrente foi condenado nos autos da ação penal originária deste recurso ocorreu em 28/05/2009, data posterior ao trânsito em julgado da sentença condenatória referente à anterior ação penal de nº. 0000221-71.2005.805.0105. No sentido da prescindibilidade da certidão cartorária como prova de maus antecedentes ou reincidência está alinhado o entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça: "AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. ELEVAÇÃO DA PENA-BASE PELA REINCIDÊNCIA. CONDENAÇÃO ANTERIOR COM TRÂNSITO EM JULGADO. POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DESTA POR MERA PESQUISA NO SITE DO TRIBUNAL DE ORIGEM.1. É entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça

ser desnecessária 'a juntada de certidão cartorária como prova de maus antecedentes ou reincidência, admitindo, inclusive, informações extraídas do sítio eletrônico de Tribunal como evidência nesse sentido' (AgRg no AREsp n. 549.303/ES, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 19/5/2015, DJe de 29/5/2015). 2. O rito do habeas corpus demanda prova documental pré-constituída do direito alegado pelo impetrante, constituindo-se ônus deste a juntada dos documentos necessários para a comprovação do seu direito. In casu deveria a defesa juntar atualizada folha de antecedentes criminais do paciente, providência por meio da qual seria possível verificar a existência, ou não, de condenações anteriores. 3. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 754.998/SP, relator Ministro Jesuíno Rissato (Desembargador Convocado do TJDF), Sexta Turma, julgado em 8/5/2023, DJe de 10/5/2023; grifei.) Embora tenha o Magistrado a quo escorreitamente considerado a incidência da agravante da reincidência em desfavor do Apelante na etapa intermediária da dosimetria, não aplicou o entendimento firmado nos Temas Repetitivos nº. 585/STJ e nº. 929/STF, segundo os quais é possível a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência. Esse entendimento, caso fosse adotado, na espécie, resultaria na fixação de uma reprimenda corporal provisória de 06 (seis) anos de reclusão. Contudo, por tratar-se o presente recurso de apelação interposta pela Defesa, mantenho a reprimenda corporal provisoriamente arbitrada na segunda fase dosimétrica da Sentença, 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a fim de não incorrer em violação ao princípio non reformatio in pejus. Quanto à terceira fase da dosimetria, o Recorrente pugnou pela aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, sob o argumento "(...) a condenação anterior por porte ilegal de arma remonta a onze anos atrás, já tendo cumprido referida pena, o que, lhe dá a condição de Reabilitado, não devendo-se falar em tal processo e, ainda, não pode o magistrado julgar por aparências mas, com provas nos autos o que, não existe qualquer informação de que o apelante tenha durante esses onze anos cometido outro delito." (id. 45559353, fl. 02). Essa tese não merece acolhimento. De acordo com o § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006: "§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Na presente hipótese, conforme explicitado alhures, o Apelante possui condenação anterior pelo delito de porte ilegal de arma de fogo (Ação Penal nº. 0000221-71.2005.805.0105) não alcançada pelo período depurador de 5 (cinco) anos (art. 64, I, do CP), da qual se evidencia a sua reincidência, circunstância que afasta a primariedade e justifica a avaliação negativa dos seus antecedentes criminais de modo a obstar a incidência da minorante do tráfico privilegiado na terceira etapa dosimétrica. Nesse sentido: "(...) Quanto à aplicação da redutora de pena do § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/06, a presença de reincidência, ainda que genérica, afasta a possibilidade. (...)." (AgRg no HC n. 805.800/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 29/5/2023, DJe de 2/6/2023.). Portanto, constata-se que o Juízo a quo, escorreitamente, entendeu inaplicável no caso em apreço a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006 por entender corretamente que a reincidência do Apelante impede a aplicação desse redutor. Dessa forma, a pena privativa de liberdade provisoriamente

arbitrada na segunda etapa dosimétrica, 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, tornou-se definitiva, à míngua de causas de diminuição e de aumento de pena na terceira fase. Ratifico. Reitero a sanção pecuniária arbitrada pelo Sentenciante em 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, que guarda a devida coerência e proporcionalidade com a reprimenda corporal definitivamente fixada em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, assim como o valor de cada um estipulado à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato. Reitero, ainda, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade aplicado na Sentença, o fechado, com fulcro no art. 33 do Código Penal, não apenas em face da reincidência do Apelante como também em função das circunstâncias desfavoráveis do caso consideradas na primeira fase da dosimetria; a impossibilidade da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos ante a ausência dos requisitos autorizadores previstos no art. 44, incisos I, II e III, do Código Penal; bem como todos os demais termos do Édito Condenatório que foram elaborados em conformidade com a legislação aplicável à espécie. Ante o exposto, conheço do Recurso de Apelação e nego-lhe provimento. É como voto. Sala de Sessões, data e assinatura registradas no sistema. INEZ MARIA B. S. MIRANDA RELATORA (03 - 239) APELAÇÃO CRIMINAL 0002248-85.2009.8.05.0105