

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8006003-34.2021.8.05.0113 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: GILDEMAR GAMA DA SILVA Advogado (s): IREMAR SILVEIRA SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotores de Justiça: Renata Caldas Sousa Lazzarini/ Fabricio Guida de Menezes Procuradora de Justiça: Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. TRÁFICO DE DROGAS. RECORRENTE CONDENADO PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 33, CAPUT, E §4º, C/C ART. 40, INCISOS II E III, TODOS DA LEI Nº 11.343/06, À PENA DE 02 (DOIS) ANOS E 01 (UM) MÊS DE RECLUSÃO, EM REGIME ABERTO, E AO PAGAMENTO DE 209 (DUZENTOS E NOVE) DIAS-MULTA, CADA UM NO VALOR DE 1/30 DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO. 1- PLEITO DE REFORMA DA PENA INTERMEDIÁRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL DIANTE DA PRESENÇA DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – INCABÍVEL – JUÍZO PRIMEVO RECONHECEU A INCIDÊNCIA DA REFERIDA ATENUANTE, TODAVIA DEIXOU DE APLICÁ-LA EM OBSERVÂNCIA À SÚMULA 231 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. 2- PEDIDO DE REDIMENSIONAMENTO DA PENA DE MULTA NO MÍNIMO LEGAL DE 10 DIAS MULTA POR SE TRATAR DE RÉU HIPOSSUFICIENTE ECONOMICAMENTE – NÃO ACOLHIMENTO – A PENA PECUNIÁRIA MÍNIMA NO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS É DE 500 DIAS-MULTA, NÃO SE APLICANDO A REGRA GERAL PREVISTA NO ART. 49, DO CÓDIGO PENAL. INTEGRA ELA A PARTE SECUNDÁRIA DA NORMA PENAL E GUARDA PROPORÇÃO COM A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E NÃO COM A CONDIÇÃO ECONÔMICA DO RÉU, QUE É CRITÉRIO UTILIZADO PARA FIXAR O VALOR DO DIA-MULTA. APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal, tombados sob nº. 8006003-34.2021.8.05.0113, oriundos da 2ª Vara Criminal da Comarca de Itabuna (BA), tendo como Apelante GILDEMAR GAMA DA SILVA e como Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em CONHECER do recurso interposto, e, no mérito, julgá-lo IMPROVIDO, de acordo com o voto da Relatora, que foi vertido nos seguintes termos: Sala de Sessões, de de 2023. Presidente Desa. Soraya Moradillo Pinto Relatora Procurador (a) de Justiça PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 18 de Abril de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8006003-34.2021.8.05.0113 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: GILDEMAR GAMA DA SILVA Advogado (s): IREMAR SILVEIRA SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotores de Justiça: Renata Caldas Sousa Lazzarini/ Fabricio Guida de Menezes Procuradora de Justiça: Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves RELATÓRIO Cuida-se de Apelação Criminal interposta por GILDEMAR GAMA DA SILVA, contra a sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Itabuna (Doc. 34865744), cujo relatório, que julgou procedente a pretensão formulada na denúncia, o condenando pela prática do crime previsto no art. 33, caput e §4º, c/c art. 40, II e III, todos da Lei nº 11.343/06, à pena de 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão em regime aberto e ao pagamento de 209 (duzentos e nove) dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito consistentes na prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária a instituição beneficente no valor de 01 salário mínimo. Narrou a denúncia que: “(...) no dia 24 de agosto de 2021, por volta das 11h15min, na Rodovia

BR 415, s/n, Nova Ferradas, Conjunto Penal de Itabuna/BA, o ora denunciado, prevalecendo-se de função pública, foi flagrado por transportar substâncias entorpecentes, para fins de mercancia ilícita, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar, nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, 02 (dois) tabletes da droga maconha, totalizando 308,10g (trezentos e oito gramas e dez centigramas). Depreende-se dos autos, que no dia e horários supramencionados, o Coordenador de Segurança do Conjunto Penal de Itabuna, FÁBIO VIVAS LEAL, foi informado que o Monitor de Ressocialização GILDEMAR GAMA DA SILVA, ora denunciado, funcionário da Empresa Socializa, que presta serviços ao Conjunto Penal, teria solicitado uma dispensa do plantão alegando que resolveria problemas particulares. Consta nos autos, que o Coordenador FÁBIO questionou o denunciado acerca da necessidade desse afastamento, momento em que percebeu um nervosismo muito grande nele, incompatível com a situação, e, quando olhou mais detalhadamente, percebeu um volume em suas calças, como um objeto guardado, fato que chamou a sua atenção. Ressai da peça informativa, que o Coordenador indagou a GILDEMAR a respeito desse volume, do que se tratava, e ele ficou ainda mais nervoso, momento que foi dada a oportunidade a ele, caso tivesse algo ilícito, de lhe entregar naquele momento. Assim foi feito, o denunciado abriu a calça e entregou a FÁBIO 02 (dois) tabletes de uma erva seca prensada, com características de maconha, embalados em plásticos transparentes. Ato contínuo, o Diretor do Presídio, o MAJOR/PM ADRIANO JÁCOMI chegou e presenciou a entrega do material, momento em que foi acionada a Companhia de Guarda da Polícia Militar que trabalha no local, sendo dada voz de prisão em flagrante ao denunciado. Em seu termo de interrogatório, o denunciado confessou a prática delitiva, afirmando que "... ligaram para mim há dois dias quando eu estava de folga, ligação de um número desconhecido, fato ocorrido no último sábado dia 21/08/2021, por volta das 21h, era uma voz masculina e me ameaçava, dizendo que se eu não levasse uma droga para jogar no canto da ala A, pavilhão 2, referente à facção criminosa raio A, iriam matar a minha mãe. QUE a droga seria entregue à mim nesta data pela manhã nas proximidades do Módulo Policial do bairro Pedro Jerônimo. QUE nesta data, por volta das 06h10min, quando eu estava indo para o trabalho conduzindo a minha moto, havia um indivíduo parado em uma moto, de cor preta, aparentando 38 anos, alto, moreno, camisa de gola polo vermelha, calça jeans e tênis. Então o indivíduo me entregou uma sacola plástica amarela a qual eu somente abrir uns cinquenta metros depois e constatei que havia dois pedaços de uma substância aparentemente maconha. Eu levei o produto e deixei dentro das minhas calças durante toda a manhã, QUE na entrada ao serviço, é passado um detector de metais, porém o scanner está quebrado. (...) QUE por volta das 10h30min, fui até a sala do supervisor falar para sair no horário de almoço para eu pegar o documento de minha moto no DETRAN e lá ele percebeu o volume em minhas calças e me perguntou o que era, eu entreguei os dois volumes das drogas pra ele. QUE quando pedi ao supervisor para sair ao meio dia a minha intenção era levar a droga de volta e quando a pessoa me telefonasse para dizer se havia colocado no local indicado, eu informaria que não deu para colocar e devolveria a droga. Somente após estar dentro do Conjunto Penal com a droga, eu refleti melhor e achei que não era a coisa certa a fazer e por isso quis sair de lá com a droga". Realizado Exame Pericial nas drogas entregues, o Laudo de Exame Pericial nº 2021 06 PC 003045-02 atestou tratar-se da droga maconha. Deste modo, o Ministério Público denunciou o ora Apelante pela prática do crime inserto no art. 33,

caput, e art. 40, I e II, ambos da Lei 11.343/06. Percorrida a instrução criminal, sobreveio a sentença condenatória acima referida. Inconformada com o decisum, a Defesa interpôs o presente apelo, postulando para apresentar as razões recursais nesta segunda instância, nos termos do art. 600, § 4º, do CPP (Doc. 34865751). Recurso recebido em 23/09/2022 (Doc. 34865752). Nas suas razões, a defesa pugna, em apertada síntese, pela reforma da pena provisória abaixo do mínimo legal, tendo em vista a presença da atenuante da confissão espontânea, afastando-se o entendimento da Súmula 231, do STJ, bem como a fixação da pena pecuniária no mínimo legal, levando-se em consideração a condição de hipossuficiência econômica do Recorrente, que recebe um salário mínimo (Doc. 36710878). Em contrarrazões recursais, o Parquet refutou as alegações defensivas, postulando pelo conhecimento e improvimento do apelo defensivo (Doc. 41359570). Encaminhado o caderno processual à Procuradoria de Justiça, esta opinou pelo conhecimento e não provimento do recurso, “não merecendo a decisão de primeiro grau qualquer censura” (Doc. 42156313). Vieram-me os autos conclusos, na condição de Relatora, e, após análise, elaborei o presente, o qual submeti à censura do nobre Desembargador Revisor, que solicitou inclusão do feito em pauta de julgamento. Salvador/BA, 4 de abril de 2023. Desa. Soraya Moradillo Pinto Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8006003-34.2021.8.05.0113 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: GILDEMAR GAMA DA SILVA Advogado (s): IREMAR SILVEIRA SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotores de Justiça: Renata Caldas Sousa Lazzarini/ Fabricio Guida de Menezes Procuradora de Justiça: Sheilla Maria da Graça Coitinho das Neves VOTO Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, conheço da Apelação, passando à análise do mérito. Percebe-se do quanto acima relatado que o Apelante se insurgiu contra a sentença condenatória, postulando, em apertada síntese, pela reforma da pena provisória abaixo do mínimo legal, porquanto reconhecida a atenuante da confissão espontânea, e a fixação da pena pecuniária no mínimo legal, por se mostrar proporcional à condição de hipossuficiência econômica do Recorrente que auferia um salário mínimo. Dúvida não há sobre a autoria e materialidade do crime imputado ao Apelante, de modo que passaremos a analisar a pena aplicada pelo juízo sentenciante. O Suplicante foi condenado pela prática do delito inserto no art. 33, caput, e §4º, c/c art. 40, incisos II e III, todos da Lei 11.343/06, à pena de 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão em regime aberto e ao pagamento de 209 (duzentos e nove) dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato. 1- DA REFORMA DA PENA INTERMEDIÁRIA, APLICANDO-SE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA Como dito alhures, a defesa do Suplicante rogou pela reforma da pena, reconhecendo a atenuante da confissão espontânea, reduzindo a reprimenda provisória abaixo do mínimo, afastando-se o entendimento da Súmula 231, do STJ. Razão não assiste à defesa. Da leitura do capítulo sentença que realizou a dosimetria da pena ora impugnada, verifica-se que o juízo primevo fixou a pena basilar no mínimo legal, porquanto favoráveis todas as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59, do CP. Na segunda fase, malgrado tenha reconhecido a presença da atenuante da confissão espontânea, deixou de aplicá-la em razão do entendimento da Súmula nº 231, do Superior Tribunal de Justiça. Na terceira fase do processo dosimétrico, presente a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei de Drogas, reduziu a pena em 2/3 e, presente as causas de aumento de pena do art. 40, incisos II e III, elevou a reprimenda em 1/4, fixando a pena definitiva em

02 anos e 01 mês de reclusão em regime aberto e ao pagamento de 209 dias-multa. É o que se depreende de trecho do decisum abaixo transcrito: "(...) III – DO DISPOSITIVO PENAL Ante o exposto, julgo procedente o pedido para condenar Gildemar Gama da Silva, já qualificado, pela prática do delito descrito no art. 33, caput e § 4º, c/c art. 40, II e III, todos da lei nº 11.343/2006, bem como ao pagamento de custas e despesas processuais, com a ressalva em seu favor do benefício da assistência judiciária gratuita. IV – DA DOSIMETRIA PENAL IV. (a) – Pena privativa de liberdade Pena-base Considerações preliminares. Antes de mais nada, convém asseverar que, em regra, a presença de uma só circunstância judicial desfavorável autoriza a aplicação da pena-base acima do mínimo legal e, à medida em que outras sejam reconhecidas, a pena básica há de se distanciar do mínimo, alcançando termo médio e aproximando-se do máximo. Não se pode olvidar, entretanto, que, em se tratando de crimes de tráfico, hão de preponderar sobre as circunstâncias gerais do art. 59 do CP “a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente” (art. 42 da lei nº 11.343/2006). Segue análise da cada uma dessas circunstâncias. Espécie e quantidade de droga. Em atenção à regra do art. 42 da lei nº 11.343/2006, há de se ressaltar que a droga apreendida se conforma por pequena quantidade em termos absolutos. Ademais, trata-se de entorpecente de reduzido poder nocivo, havendo ampla discussão social a respeito da sua legalização. Neste ponto, não se justifica apenamento acima do mínimo. Personalidade. Não se dispõe de elementos precisos ou concretos que permitam a valoração negativa acerca da personalidade do acusado. Conduta social. Salvo no tocante aos fatos em si mesmos, nada há de concreto e autônomo que permita a valoração negativa no âmbito da conduta social. Antecedentes criminais. O réu é primário, não ostentando antecedentes criminais. Consequências. As consequências do crime (dano social) são imanentes ao tipo, havendo de ser desprezadas, sob pena de bis in idem. Motivo. A motivação, residente na alimentação do consumo de drogas por interno de estabelecimento prisional, constitui elemento integrante do tipo, sendo avaliado na terceira fase de apenamento, sob pena de bis in idem. Circunstâncias do crime. Não há circunstâncias autônomas que justifiquem apenamento além do mínimo. Culpabilidade. O réu agiu com culpabilidade normal à espécie, nada havendo, neste ponto, que justifique o apenamento acima do mínimo legal. Quantum. Ausentes circunstâncias desfavoráveis, fixo a pena básica no patamar mínimo, isto é, em 05 (cinco) anos de reclusão. Da pena provisória Mesmo diante da atenuante da confissão, converto a pena básica em provisória, respeitada a impossibilidade de redução da pena aquém do mínimo legal (STJ: súmula nº 231. STF: RE 597.270 QO – Repercussão Geral). Da pena definitiva Em razão do preceito contido no art. 33, § 4º, da lei nº 11.343/2006, reduzo a pena na proporção equivalente à 2/3 (dois terços), estabelecendo a pena provisória em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão. Por fim, tendo em vista o art. 40, II e III, da lei nº 11.343/2006, não somente pelo número de causas incidentes (duas), mas em razão do grau de confiança que o réu nutria perante os seus superiores hierárquicos e demais colegas (consta que ele trabalhava no Conjunto Penal de Itabuna há anos, antes na cozinha, mais recentemente como monitor, gozando de ampla confiança entre todos), exaspero a pena provisória em 1/4, alcançando, definitivamente, 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão. Regime inicial Em decorrência do quantum aplicado e das circunstâncias judiciais favoráveis, estabeleço o regime inicial de cumprimento de pena aberto (art. 33, § 2º, 'c', e § 3º, do CP). Da substituição da pena privativa de liberdade À vista do quantum e das

circunstâncias favoráveis, impõe-se a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas alternativas restritivas de direitos (art. 44, incs. I a III e § 2º, do CP). Como medidas restritivas de direitos, considero suficiente à hipótese dos autos, dadas as peculiaridades do caso, a prestação de serviços à comunidade e a prestação pecuniária a instituição beneficente. No que tange à prestação de serviços comunitários, deverá a sentenciada prestar serviço gratuito a cargo do Juízo da Execução, operada a detração penal, na proporção de uma hora por dia (art. 46, caput e parágrafos, do CP), facultado o cumprimento em menor tempo não inferior a um ano (art. 46, § 4º, do CP). Nos termos do art. 45, § 1º, do CP, estabeleço a prestação pecuniária em montante correspondente a 01 (um) salário mínimo, em favor de instituição beneficente indicada pelo Juízo da Execução. IV. (b) – Da pena de multa No que tange à estipulação da multa, tendo em vista o princípio da individualização penal, havendo de resguardar relação de proporcionalidade com a pena privativa de liberdade aplicada, deve-se levar em consideração não somente as circunstâncias judiciais, como determina o art. 43 da lei nº 11.343/06, mas também as agravantes e atenuantes genéricas e as causas especiais de aumento ou diminuição de pena eventualmente incidentes. Por isso, em face das circunstâncias judiciais supra-examinadas, fixo a pena básica pecuniária em 500 (quinhentos) dias-multa, mínimo legal, convertida imediatamente em provisória, sucessivamente reduzida em 2/3 e exasperada em 1/4, estabelecendo-a definitivamente em 209 dias-multa. Considerando o status econômico do réu, presumivelmente pobre, estabeleço cada dia-multa em valor correspondente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do evento delituoso (art. 43 da lei nº 11.343/06). V – RESUMO DO DISPOSITIVO e PROVIDÊNCIAS FINAIS Em suma, condena-se Gildemar Gama da Silva, já qualificado nos autos, pela prática do delito descrito no art. 33, caput e § 4º, c/c art. 40, II e III, da lei nº 11.343/2006: (a) ao cumprimento de pena privativa de liberdade equivalente 02 (dois) anos e 01 (um) mês de reclusão, em regime inicial aberto, substituída por medidas restritivas de prestação de serviços comunitários a cargo do Juízo Executivo e de prestação pecuniária correspondente a um salário mínimo, em favor de instituição apontada pelo Juízo da Execução; (b) da multa equivalente a 209 dias-multa, cada qual correspondente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo à época do fato (...). Quanto ao reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, foi ela reconhecida pelo juízo a quo, que corretamente deixou de reduzir a pena, porquanto a reprimenda basilar fora fixada no mínimo legal, o que poderia ensejar a fixação da pena provisória abaixo do mínimo legal, situação vedada pela Súmula 231, do Tribunal da Cidadania, enunciado vigente até os dias atuais. Nesse sentido: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. 1. POSSE ILEGAL DE ARMA DE FOGO E DE MUNIÇÕES DE USO RESTRITO. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. INVIABILIDADE. SÚMULA N. 7/STJ. 2. DESCLASSIFICAÇÃO. DECRETOS N. 9.785/2019 E 9.847/2019. APLICAÇÃO RETROATIVA. ARMA DE FOGO E MUNIÇÕES CALIBRE .357. USO PERMITIDO. CONCESSÃO DA ORDEM DE HABEAS CORPUS PARA DESCLASSIFICAR A CONDUTA E READEQUAR A PENA. EXTENSÃO DOS EFEITOS AO CORRÉU. 3. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTE. FIXAÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 231/STJ. 4. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS. NATUREZA E QUANTIDADE DAS DROGAS. FATOS CRIMINAIS PENDENTES DE DEFINITIVIDADE. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. 5. REGIME MAIS

GRAVOSO. QUANTIDADE E ALTA NOCIVIDADE DAS DROGAS. NON REFORMATIO IN PEJUS. 6. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA. 1. No que concerne à pretensão absolutória relativa ao delito de posse ilegal de arma de fogo de uso restrito, tendo as instâncias ordinárias reputado farto o conjunto de provas a corroborar a condenação do recorrente pela prática do referido delito, inviável, no caso em tela, entender de modo diverso, dada a necessidade de aprofundado reexame de elementos fático-probatórios, vedado nesta via recursal. Incidência do óbice da Súmula n. 7/STJ. 2. No tocante à pretensão de concessão de habeas corpus em relação ao delito de posse ilegal de arma de fogo, mostra-se de rigor a desclassificação do crime do art. 16, caput, para o previsto no art. 12, ambos da Lei n. 10.826/2003, em virtude da superveniência dos Decretos n. 9.785/2019 e 9.847/2019, regulamentados pela Portaria n. 1.222/2019 do Exército Brasileiro. Como é cediço, o art. 2º, parágrafo único, do CP, em observância ao disposto no art. 5º, inciso XL, da CF, dispõe que "a lei posterior, que de qualquer modo favorecer o agente, aplica-se aos fatos anteriores, ainda que decididos por sentença condenatória transitada em julgado". Na espécie, tendo o recorrente sido condenado pela posse irregular de munição de uso restrito, em virtude de terem sido encontradas com o corréu um revólver calibre .357 e 5 (cinco) munições intactas de mesmo calibre, mister se faz a desclassificação da conduta, com a readequação da pena, uma vez que referidos armamentos passaram a ser de uso permitido. Extensão dos efeitos da decisão, no ponto, de ofício, ao corréu que se encontra em situação idêntica à do recorrente, nos termos do art. 580, c/c o art. 654, § 2º, ambos do CPP. 3. Acerca da atenuante genérica da confissão espontânea, como se pode extrair do acórdão recorrido, a tese atinente à possibilidade de fixação da pena intermediária aquém do mínimo legal não foi apreciada pelo Tribunal de origem, tampouco foi objeto dos embargos de declaração opostos pela defesa, não podendo, portanto, ser analisada por esta Corte Superior, sob pena de frustrar a exigência constitucional do prequestionamento. Incidência das Súmulas n. 282 e 356/STF. Ademais, é pacífico na jurisprudência desta Corte Superior que o reconhecimento de circunstância atenuante não tem o condão de reduzir a pena intermediária abaixo do mínimo legal, entendimento consolidado na Súmula n. 231/STJ. 4. É firme a jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a natureza, a quantidade e a variedade de entorpecentes apreendidos são elementos que, associados às circunstâncias do caso concreto, evidenciam a dedicação do agente a atividades criminosas, impedindo a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 5. Na espécie, a Corte a quo, mediante o apontamento de circunstâncias do delito consistentes na existência de ação penal em andamento em outra comarca, também pela prática de tráfico de entorpecentes; confissão do recorrente de que a narcotraficância era sua principal atividade; locação de um imóvel destinado à guarda das drogas destinadas à comercialização, logrou evidenciar a existência de elementos concretos que, aliados à natureza e quantidade dos entorpecentes apreendidos ? 1,5kg (um quilo e meio) de maconha e 290g (duzentos e noventa gramas) de cocaína ?, amparam a conclusão de que o recorrente se dedicava à atividade criminosa, mais precisamente, à narcotraficância, o que, conseqüentemente, obsta a incidência da minorante do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 6. Quanto à alegada inidoneidade da utilização de ações em andamento para amparar a conclusão de que o recorrente se dedicava a atividades criminosas, esta Corte Superior consolidou o

entendimento de que processos criminais em andamento, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444/STJ), podem embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas, como na hipótese dos autos. 7. No que diz respeito ao regime prisional, como é cediço, a quantidade e qualidade da droga apreendida podem ser utilizadas como fundamento para a determinação da fração de redução da pena com base no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, a fixação do regime mais gravoso e a vedação à substituição da sanção privativa de liberdade por restritiva de direitos. In casu, não obstante a natureza e quantidade de entorpecentes apreendidos ? 1,5kg (um quilo e meio) de maconha e 290g (duzentos e noventa gramas) de cocaína ? justifiquem o recrudesimento do regime prisional, a ausência de recurso ministerial, no ponto, obsta o agravamento da situação do recorrente, sob pena de ofensa ao princípio da non reformatio in pejus. 8. Agravo regimental não provido. Ordem de habeas corpus concedida, com extensão de efeitos ao corréu. (STJ – AgRg no AREsp n. 1.624.502/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 28/4/2020, DJe de 4/5/2020.)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. CONCURSO DE PESSOAS. RECONHECIMENTO DE PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. ÓBICE DA SÚMULA 231/STJ. REGIME SEMIABERTO. ART. 33, § 2º, DO CP. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

1. O reconhecimento da participação de menor importância, no presente caso, implicaria o reexame do contexto fático-probatório, procedimento incompatível com o recurso especial, haja vista o óbice da Súmula nº 7/STJ. 2. A Súmula 231/STJ impede que circunstância atenuante reduza a pena abaixo do mínimo legal, por isso, a Corte de origem, corretamente, afastou a aplicação das circunstâncias atenuantes da confissão espontânea e da menoridade. 3. O regime semiaberto é o adequado para o início do cumprimento da pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, considerada a primariedade da agente e a valoração favorável das circunstâncias judiciais. 4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Repercussão Geral no ARE n. 964246, Tema 925, em 11/11/2016, reafirmou o entendimento anterior (HC n. 126.292/SP) de que é cabível a execução provisória da pena, sem ofensa ao princípio da presunção de inocência, após o julgamento de mérito na segunda instância. Assim, tendo sido mantida pela Corte de origem a condenação da agravante em 5 anos e 4 meses de reclusão em regime semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do CP, decisão esta não reformada por esta Corte Superior, justificada está a execução provisória da pena. 5. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no AREsp n. 1.196.308/DF, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/2/2018, DJe de 19/2/2018.) – Destaquei. Desta forma, impossível acolher o pedido de reforma da pena intermediária abaixo do mínimo legal.

2– **DA FIXAÇÃO DA PENA PECUNIÁRIA NO MÍNIMO LEGAL DE 10 DIAS–MULTA** A defesa postula redimensionamento da pena pecuniária no mínimo legal, que no seu entender é no valor de 10 dias–multa, tendo em vista que a fixada pelo juízo primevo não guarda proporção com a condição de hipossuficiência econômica do Recorrente. Ora, de logo, importante destacar que a pena pecuniária mínima do crime de tráfico de drogas é de 500 (quinhentos) dias–multa, conforme previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06, não havendo que se levar em consideração a regra

geral contida no art. 49 do Código Penal. Por outro lado, sabe-se que a pena pecuniária deve ser proporcional à pena privativa de liberdade, por se tratar de preceito secundário da norma penal, e não à condição econômica do Suplicante, cabendo ao juízo da execução analisar a possibilidade do seu parcelamento. Este é o entendimento jurisprudencial: APELAÇÃO CRIMINAL – ROUBO MAJORADO (ART. 157, § 2º, I, DO CÓDIGO PENAL) – SENTENÇA CONDENATÓRIA – RECURSO DA DEFESA. PRETENDIDA ABSOLVIÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES ACERCA DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA – RELATOS DAS VÍTIMAS E RECONHECIMENTO DESTAS QUE CONFIRMAM A PRÁTICA DELITIVA. A dúvida que propende à absolvição é aquela inexpugnável; conquistada a certeza da responsabilidade penal diante de farto conjunto probatório – consubstanciado por relatos ricos em detalhes das vítimas e reconhecimento realizado por estas –, inviável falar na aplicação do princípio in dubio pro reo. INSURGÊNCIA ACERCA DA PENA DE MULTA – EVENTUAL HIPOSSUFICIÊNCIA DO CONDENADO QUE NÃO POSSUI O CONDÃO DE AFASTAR A COMINAÇÃO – AUSÊNCIA DE DISCRICIONARIEDADE DO MAGISTRADO NO PONTO – POSSIBILIDADE, CONTUDO, DE REQUERER AO JUÍZO DA EXECUÇÃO O PARCELAMENTO DO DÉBITO. A eventual hipossuficiência do condenado não constitui motivo hábil ao afastamento da penalidade de multa, porquanto não faz parte do poder discricionário do juiz aplicar ou não pena pecuniária estando presente ela no preceito secundário do tipo penal, restando ao apenado, nesta senda, por consequência, requer ao juízo da execução penal o parcelamento da multa, na forma do art. 169 da LEP. DOSIMETRIA – TERCEIRA FASE – RECONHECIMENTO DE OFÍCIO – CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA – VIOLÊNCIA EXERCIDA COM EMPREGO DE ARMA – ACUSADO QUE UTILIZOU ARMA BRANCA (FACA) PARA REALIZAR GRAVE AMEAÇA – SITUAÇÃO QUE NÃO MAIS SE CONFIGURA COMO CAUSA DE AUMENTO DE PENA, CONFORME ALTERAÇÕES LEGISLATIVAS PRODUZIDAS PELA N. 13.654/18 – POSSIBILIDADE, NO ENTANTO, DE MIGRAÇÃO DO FATO, EX OFFICIO, PARA PRIMEIRA FASE DOSIMÉTRICA – VETOR CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO – READEQUAÇÃO DA REPRIMENDA. I – Não mais compondo a figura majorada do roubo, o uso de arma branca é apto a elevar a pena-base na primeira fase da dosimetria, no vetor circunstâncias do delito. II – Considerando que, para a execução do crime de roubo, o emprego de arma branca não integra a elementar do tipo, o qual prescinde do manuseio de qualquer artefato para sua configuração, bastando para tanto o mero emprego de grave ameaça ou violência a pessoa, não há se falar em configuração de bis in idem pela inserção desse fator para exasperação da pena-base como circunstâncias do delito. HONORÁRIOS DO DEFENSOR DATIVO – PLEITO DE FIXAÇÃO COM BASE NA TABELA DA OAB/SC – IMPOSSIBILIDADE – REMUNERAÇÃO A SER OBSERVADA UNICAMENTE AOS DEFENSORES CONSTITUÍDOS – NÃO APLICAÇÃO NO CASO CONCRETO. A tabela do Conselho Seccional da Ordem dos Advogados do Brasil possui caráter meramente orientador, aplicando-se aos casos de contratação de advogado por particular, e não na hipótese de nomeação de advogado dativo pelo Estado (TJ-SC – APR: 00027947120148240062 São João Batista 0002794-71.2014.8.24.0062, Relator: Luiz Antônio Zanini Fornerolli, Data de Julgamento: 27/06/2019, Quarta Câmara Criminal) – Destaquei Desta forma, impossível acolher o pleito defensivo de imposição da pena de multa no mínimo legal de 10 dias-multa. 3- CONCLUSÃO Nestes termos, diante de tudo quanto fundamentado, voto no sentido de que o Apelo defensivo seja conhecido, e, no mérito, julgado improvido, mantendo-se a sentença vergastada pelos seus próprios fundamentos. Salvador/BA, 4 de abril de 2023. Des. Soraya Moradillo Pinto Relatora