

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8146943-94.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: FELIPE OLIVEIRA SILVA DOS SANTOS Defensoria Pública do Estado da Bahia APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Relator: Des. Pedro Augusto Costa Guerra ACORDÃO EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. SENTENÇA CONDENATÓRIA. ART. 33, "CAPUT", DA LEI N. 11.343/06. PLEITO ABSOLUTÓRIO. USO PRÓPRIO (ART. 28, § 2º). PROVAS EM SENTIDO CONTRÁRIO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO / TRÁFICO PRIVILEGIADO (ART. 33, § 4º). PLEITO ACOLHIDO, COM CONSEQUENTES ABRANDAMENTO DO REGIME PARA O ABERTO E SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVA DE DIREITOS. AFASTAMENTO DA SÚM. N. 231 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE. PROVIMENTO PARCIAL. I – Trata-se de Apelação Criminal interposta por FELIPE OLIVEIRA SILVA DOS SANTOS, contra Sentença que o condenou como incurso nas penas do art. 33 c/c 40, VI da Lei nº 11.343/2006. Pena aplicada (05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto). (ID.54605313). II – O Apelante faz jus à aplicação da causa de diminuição constante no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, visto que preenchidos os respectivos requisitos, a saber, que o beneficiário seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. III – Em consulta ao sistema PJE 1º Grau, constata-se que as ações penais anteriores, às quais responde o Recorrente, não possuem trânsito em julgado, não havendo lastro jurídico, portanto, para sua utilização no cômputo de pena, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência. Tema nº 1.139, STJ. IV – Em congruência com a posição que tem sido pacificamente adotada pelos Tribunais, inclusive, por esta Câmara, em julgados pretéritos, rejeito o pleito de redução da pena intermediária aquém do mínimo legal mediante a aplicação de atenuante genérica. PRECEDENTES. V – Reformado o Decisum de Primeiro Grau para, em razão da aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, fixar a pena definitiva em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias, com consequente abrandamento do regime inicial para o aberto (art. 33, § 2º, c, do CP) e substituição da pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução (Súm. Vinculante 59). VI – Parecer da Procuradoria de Justiça pelo desprovimento do Apelo. VII – RECURSO A QUE SE DÁ PARCIAL PROVIMENTO. A C Ó R D ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL Nº 8146943-94.2021.8.05.0001, provenientes do Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Vitória da Conquista, figurando como Apelante FELIPE OLIVEIRA SILVA DOS SANTOS e, Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da colenda Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, DAR PARCIAL PROVIMENTO. E assim o fazem pelas razões a seguir expendidas. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 23 de Abril de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8146943-94.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: FELIPE OLIVEIRA SILVA DOS SANTOS Defensoria Pública do Estado da Bahia APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Relator: Des. Pedro Augusto Costa Guerra RELATÓRIO O MINISTÉRIO PÚBLICO ofertou Denúncia em desfavor de FELIPE OLIVEIRA SILVA DOS SANTOS, como incurso nas penas do art. 33 c/c 40, VI da Lei nº 11.343/2006. Narra a Inicial Acusatória que, no dia 20 de maio de

2020, Policiais Militares que estavam em operação denominada "TRAMONTINA", deflagrada pela RONDESP Central na localidade conhecida como "Suvaco das Cobras", Bairro Arenoso, efetuaram a prisão do Apelante, uma vez constatado que trazia consigo substâncias entorpecentes, com fito de comercialização. Conforme Denúncia, o Recorrente estava acompanhado de um adolescente, D. S. de J., que trazia consigo, no bolso da bermuda, 20 (vinte) buchas de maconha e alguns pinos vazios. O Apelante, por sua vez, trazia consigo 4 (quatro) sacos, cada um contendo 60 (sessenta) buchas de maconha, totalizando 240 (duzentos e quarenta) buchas, e mais alguma quantidade da droga em seus bolsos. Nos termos do Laudo Pericial a droga apreendida consistia em 338 g (trezentos e trinta e oito gramas) de maconha, distribuída em 261 (duzentas e sessenta e uma) porções, sendo uma porção contida em saco plástico preto, 18 (dezoito) porções envoltas em papel alumínio e 242 (duzentas e quarenta e dois) porções em sacos plásticos incolor. Ao cabo da fase instrutória, oferecidas as alegações finais, sobreveio a Sentença vergastada que, julgando totalmente procedente o pedido inicial, condenou FELIPE OLIVEIRA SILVA DOS SANTOS a cumprir pena privativa de liberdade correspondente a 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, por ter incidido na conduta tipificada no art. 33, caput, c/c art. 40, VI, da Lei n. 11.343/06 (ID.54605313). O Apelante, em seu recurso, pugnou pela A) desclassificação do delito para uso próprio (art. 28, § 2º, da Lei de Antidrogas); subsidiariamente, no que tange a dosimetria, B.i) a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em grau máximo; ainda, B.ii) o afastamento da Súm. n. 231 do STJ, com o reconhecimento das atenuantes previstas no art. 65, I e III, do Código Penal. Em Contrarrazões o Parquet requereu o desprovemento do Apelo (ID. 54605326). No mesmo sentido, opinou a Procuradoria de Justiça (ID. 55750000). Após o devido exame dos autos, lancei este Relatório, que submeto à apreciação da eminente Desembargadora Revisora. Salvador/BA, Des. Pedro Augusto Costa Guerra – 1ª Câmara Criminal – 2ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8146943-94.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: FELIPE OLIVEIRA SILVA DOS SANTOS Defensoria Pública do Estado da Bahia APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Relator: Des. Pedro Augusto Costa Guerra VOTO Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, conheço do Recurso. Trata-se de Apelação Criminal interposta por FELIPE OLIVEIRA SILVA DOS SANTOS, contra Sentença que o condenou como incurso nas penas do art. 33 c/c 40, VI da Lei nº 11.343/2006. A Sentença vergastada condenou o Recorrente a cumprir pena privativa de liberdade correspondente a 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto. (ID.54605313). Irresignado com o Decisum, em suas Razões (ID. 55963756), o Apelante pugnou pela A) desclassificação do delito para uso próprio (art. 28, § 2º, da Lei de Antidrogas); subsidiariamente, no que tange a dosimetria, B.i) a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, em grau máximo; ainda, B.ii) o afastamento da Súm. n. 231 do STJ, com o reconhecimento das atenuantes previstas no art. 65, I e III, do Código Penal. A) Não merece guarida a tese da desclassificação do delito atribuído ao Apelante para reconhecer o uso próprio, posto que, as circunstâncias do caso em análise não guardam sintonia com o disposto no § 2º, do art. 28, da Lei Antidrogas. In verbis: Art. 28 (omissis). § 2º – Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o Juiz atenderá

à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. Na espécie, conforme relatado em Denúncia e reiterado em audiência pelos policiais, a prisão do acusado se deu em decorrência de uma operação policial deflagrada para prender “Panela”, chefe da organização criminosa do bairro Arenoso. Nesse sentido, alega a Defesa que “a presunção do apelante estar realizando a traficância é devida inteiramente à localidade em foi encontrado, uma vez que não há outros objetos a corroborar com a existência da narcotraficância”. Há de se considerar, contudo, a forma de acondicionamento das drogas – distribuída, em 261 (duzentas e sessenta e uma) porções, das quais ao menos 240 (duzentos e quarenta) encontradas com o Apelante; denotando o fim de comercialização. Não é demais lembrar, outrossim, que a Lei Antidrogas, exige apenas o dolo genérico para a consumação do delito de tráfico. Não à toa, o núcleo do tipo do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, abarca ações múltiplas, tais como “transportar”, “trazer consigo”, “guardar” e “manter em depósito”, dispensada, assim, a flagrância ato de mercancia ou fornecimento para condenação. Conclui-se, portanto, ser a desclassificação pretendida incompatível com as provas carreadas nos autos. B.i) Passando aos pedidos relativos à dosimetria, verifica-se que o Apelante faz jus à aplicação da causa de diminuição constante no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, uma vez preenchidos os respectivos requisitos, a saber, que o beneficiário seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa. A Defesa pontua que os processos anteriores aos quais o Recorrente responde ainda não transitaram em julgado, direcionando sua irresignação à aplicação da pena. Dispôs o Juízo a quo na Sentença vergastada ao dosar a pena (ID. 54605313):

"DOSIMETRIA DA PENA 1ª fase – circunstâncias judiciais: verifico que o réu responde a outro processo anterior ao presente feito, contudo, este ainda não foi julgado de forma que não ser conhecido com maus antecedentes. Quanto a circunstância especial do crime que é de reprovabilidade baixa, tendo em vista a baixa nocividade da droga apreendida (maconha), e a sua baixa quantidade (338g). As demais são neutras. À vista das circunstâncias analisadas individualmente, fixo a pena base em 5 anos. Deixo de fixar a punição de dias-multa, tendo em vista a situação econômica do réu. 2ª fase – agravantes e atenuantes: Nessa fase, ausentes agravantes, mas presente a atenuante da menoridade relativa, uma vez que, o acusado à época do cometimento do delito era menor de 21 anos, porém, sem redução da pena, nos termos da Súmula 231, do STJ. 3ª fase – causas de aumento e de diminuição: encontra-se presente a causa de aumento prevista no inciso VI, do art. 40 da Lei 11.343/06, pois, conforme já explanado acima, ficou devidamente comprovado nos autos que o delito foi praticado envolvendo adolescente, que acompanhava o acusado enquanto traficava as drogas. Assim, exaspero a pena em 1/6, em razão da incidência da majorante, resultando em 5 anos e 10 meses de reclusão, sanção que torno definitiva." Em consulta ao sistema PJE 1º Grau, constata-se que as ações penais citadas nos autos – 0512417-12.2020.8.05.0001 e 8003752-20.2023.8.05.0001, de fato, não possuem trânsito em julgado, não havendo lastro jurídico, portanto, para sua utilização no cômputo de pena, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência. A tal respeito, conforme tese fixada pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recursos repetitivos, através do Tema nº 1.139, “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”. Compulsando-se os autos, constata-se, também, não haver elementos que indiquem a dedicação do Recorrente à atividade criminosa, tampouco participação em organização criminosa. Aplicável, portanto, a causa de diminuição relativa ao tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei de Antidrogas). B.ii) De outro modo, porém, não deve ser acolhido o pleito de redimensionamento da pena, no que tange ao afastamento da Súm. n. 231 do STJ. O Apelante suscita a Súm. n. 545 para requerer a aplicação da atenuante que se refere à confissão, pugna, ainda, seja reconhecida a atenuante da menoridade relativa, para que a pena intermediária seja reduzida para além do mínimo legal. A jurisprudência da Corte Superior permanece firme no que tange à prevalência da Súm. n. 231. É o que se extrai do julgado ementado a seguir: PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. ART. 65 DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO DA PENA-BASE. NÃO CABIMENTO. SÚMULA N. 231 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DE SUPERAÇÃO. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA E RECENTE DO STJ. DECISÃO MANTIDA. 1. “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” (Súmula n. 231 do STJ). 2. É inviável a superação da Súmula n. 231 do STJ, porquanto sua aplicação representa a jurisprudência pacífica e atualizada do Superior Tribunal de Justiça sobre a questão nela tratada. 3. Mantém-se integralmente a decisão agravada cujos fundamentos estão em conformidade com o entendimento do STJ. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no REsp: 1873181 MS 2020/0106711-7, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 09/03/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/03/2021) Reafirmando o conteúdo sumulado, no Tema 158, o Supremo Tribunal Federal fixou a tese de que “Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”, que vem sendo observada nos julgados recentes da Corte (STF – HC: 229357 SP, Relator: CÁRMEN LÚCIA, Data de Julgamento: 15/08/2023, Primeira Turma, Data de Publicação: 17/08/2023). Frise-se que o verbete em questão vem sendo amplamente aplicado aos julgados dos Tribunais pátrios, inclusive, por esta Turma. Veja-se: PENAL E PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL – SENTENÇA CONDENANDO O RÉU PELO CRIME DESCRITO NO ART. 180, CAPUT, DO CP – RECURSO PLEITEANDO A FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA RECONHECIDA EM SENTENÇA – SENTENÇA FUNDAMENTADA – AUTORIA E MATERIALIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADAS – SÚMULA 231 DO STJ – PENA QUE NÃO MERECE REDIMENSIONAMENTO – RECURSO DESPROVIDO. [...] II – Recurso pugnando pela reforma da dosimetria da pena e superação da súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça. III – Juízo a quo se posicionou de forma suficiente no sentido de que, apesar da existência da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do Código Penal), deixou de aplicar a redução aquém do mínimo legal em razão da Súmula 231 do STJ. Julgado que não comporta revisão. IV – Parecer Ministerial pelo desprovido do Apelo. V – RECURSO A QUE NEGA PROVIMENTO. (TJ-BA – APL: 05762070920168050001, Relator: PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA, PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 06/07/2022) Deste modo, em congruência com a posição pacificamente adotada pelos Tribunais, inclusive, por esta Turma, em julgados pretéritos, rejeito o pleito de redução da pena intermediária aquém do mínimo legal mediante a aplicação de atenuante genérica. Passo, então, ao recálculo da pena. Ressalte-se que, o Juízo a quo, não valorou vetores negativos na primeira fase da dosimetria. Assim, ante a inviabilidade da aplicação das atenuantes na forma pleiteada (Súm. n. 231 do STJ), na 2ª fase, mantenho a pena

intermediária no mínimo legal – 5 (cinco) anos. Na 3ª fase da dosimetria, considerando a causa de aumento prevista no art. 40, VI, da Lei 11.343/06, aumenta-se a pena em 1/6 (um sexto), fração fixada pelo Juízo a quo. Contudo, verificadas inconsistências aritméticas na Sentença vergastada, de ofício, corrijo o cálculo de aplicação da referida causa de aumento, passando a pena a 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. Concorrendo, porém, a causa de diminuição da pena prevista no § 4º do art. 33, do mesmo Diploma, diminui-se o montante em 2/3 (dois terços), pelo que fixo a pena definitiva em 1 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias de reclusão, com consequente abrandamento do regime inicial de cumprimento, que passa a ser o aberto (art. 33, § 2º, c, do CP). Saliente-se que, em consonância com o enunciado recentemente editado pelo Supremo Tribunal Federal, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, no caso em análise, é medida que se impõe, uma vez que reconhecida a minorante do tráfico privilegiado e preenchidos os requisitos dos art. 33, § 2º, c, e art. 44, ambos do CP: Súmula Vinculante 59 – “É impositiva a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos quando reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal”. Ante o exposto, voto no sentido de dar PARCIAL PROVIMENTO ao Recurso, reformando o Decisum de Primeiro Grau para, em razão da aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas, fixar a pena definitiva de FELIPE OLIVEIRA SILVA DOS SANTOS, em 01 (um) ano, 11 (onze) meses e 10 (dez) dias, SUBSTITUINDO-SE a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo da Execução. É como voto. Salvador, de de 2024. Des. PEDRO AUGUSTO COSTA GUERRA Presidente e Relator Procurador (a) de Justiça