

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8004669-62.2021.8.05.0113 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: LUCAS CICERO SANTOS COSTA Advogado (s): LEANDRO CERQUEIRA ROCHEDO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. PRÁTICA DO DELITO TIPIFICADO NO ART. 33, CAPUT, E § 4º, DA LEI 11.343/2006. RÉU CONDENADO A PENA DE 02 (DOIS) ANOS E 09 (NOVE) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, VEDADA A SUBSTITUIÇÃO POR MEDIDAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, ASSEGURADO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE E AO PAGAMENTO DE PENA PECUNIÁRIA CORRESPONDENTE A 278 DIAS-MULTA. ALTERAÇÃO DO REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA. POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE EM 1/6. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA NO ACÓRDÃO RECORRIDO PARA FIXAR O REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO (SEMIABERTO). PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. SÚMULA 440 E SÚMULAS 718 E 719. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARA ALTERAR O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA PARA O ABERTO, SUBSTITUINDO A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE APLICADA POR 2 (DUAS) PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, A SEREM ESTABELECIDAS PELO JUÍZO DE EXECUÇÕES PENAS. A C Ó R D ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8004669-62.2021.8.05.0113, da comarca de Itabuna/Ba, em que figuram, como Apelante, LUCAS CICERO SANTOS COSTA e, como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO ESTADUAL. Acordam os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conforme certidão de julgamento, em conhecer do Recurso de Apelação interposto, DANDO-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator. Sala das Sessões, de de 2023. PRESIDENTE DES. JOSÉ ALFREDO CERQUEIRA DA SILVA RELATOR PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido Por Unanimidade Salvador, 26 de Junho de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8004669-62.2021.8.05.0113 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: LUCAS CICERO SANTOS COSTA Advogado (s): LEANDRO CERQUEIRA ROCHEDO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Recurso de apelação interposto pelo Réu, LUCAS CÍCERO SANTOS COSTA, em irresignação aos termos da sentença condenatória proferida pelo MM. Juiz de Direito da 2ª Vara Criminal da comarca de Itabuna /Bahia, ID 38614064 que, julgando procedente a denúncia contra ele oferecida, condenou-o, pela prática do crime tipificado no art. 33, caput e § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Consta da denúncia, ID 38614001, que na data de 13/07/2021, por volta das 14h e 45min, às margens da BR 101, Bairro Santa Clara, cidade de Itabuna/Ba., o denunciado foi flagrado portando 355 “buchas” de maconha, pesando aproximadamente 265 gramas e 226 “pedras” de crack, pesando aproximadamente 25 gramas, além de R\$ 294,00 em dinheiro, uma balança de precisão, pá de medição, papel para fumo e sacos plásticos pequenos. A denúncia foi recebida em 13 de junho de 2022, ID 38614040. Durante a instrução processual foram inquiridas as testemunhas de acusação e defesa e também interrogado o acusado. O Ministério Público e a defesa apresentaram alegações finais oralmente. Finalizada a instrução criminal, o MM. Juiz sentenciante, ID 38614064, julgou procedente a denúncia, condenando o Réu pela prática do crime tipificado no art. 33, caput e § 4º, da lei nº 11.343/2006, impondo-lhe o cumprimento da pena de 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, vedada a substituição por medidas restritivas de direitos,

assegurado o direito de recorrer em liberdade e ao pagamento de pena pecuniária correspondente a 278 dias-multa, cada qual equivalente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do evento delituoso. Inconformado, interpôs o condenado Recurso de Apelação. No ID 40194798 constam as razões do Apelante, requerendo o conhecimento e o provimento do recurso para modificar o regime inicial de cumprimento de pena do Apelante para o regime aberto; requer seja a pena privativa de liberdade aplicada substituída por penas restritivas de direitos, conforme art. 44 do CP. Devidamente intimado, o Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões (ID 41416755), pugnando pelo improvimento do recurso. Distribuídos, por sorteio, os autos foram conclusos para Desa. Maria da Graça Osório Pimentel Leal – 2ª Câmara Crime 1ª Turma, sendo, posteriormente, transferido para minha Relatoria. Ouvida, a douta Procuradoria de Justiça opinou, através do Parecer ID 44282671, manifestando-se “pelo CONHECIMENTO e DESPROVIMENTO do presente recurso de apelação, a fim de que seja mantida a sentença vergastada.” É, em síntese, o relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. Salvador/BA, 13 de junho de 2023. Des. José Alfredo Cerqueira da Silva – 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8004669-62.2021.8.05.0113 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: LUCAS CICERO SANTOS COSTA Advogado (s): LEANDRO CERQUEIRA ROCHEDO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO DA ADMISSIBILIDADE O recurso manejado merece ser conhecido, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade a ele inerentes. Analisando os autos, vislumbra-se existir plausibilidade nos argumentos defendidos pelo Apelante, visando o provimento do apelo oferecido. No intuito de demonstrar o acerto da afirmação acima externada, procede-se à apreciação das alegações produzidas pelo Insurgente em suas razões recursais. Quanto à condenação do Apelante pelo delito previsto no art. 33, caput e § 4º, da lei nº 11.343/2006, verifica-se desnecessário se aprofundar na análise da autoria e materialidade porquanto não compõem o objeto do recurso interposto pelo Réu, restando comprovada a autoria pelos depoimentos das testemunhas de acusação na fase policial e em Juízo. A materialidade, por sua vez, restou comprovada através do Auto de Exibição e Apreensão e Laudo definitivo nº 2021 06 PC 002482-02 e 002483-01, ID 38614007. Desta forma, mostra-se correta a condenação do Réu pelo delito a ele imposto pela sentença. O recurso interposto requer seja modificado o regime inicial de cumprimento de pena do Apelante para o regime aberto e que seja a pena privativa de liberdade aplicada substituída por penas restritivas de direitos, conforme art. 44 do CP. DOSIMETRIA. In casu, o MM. Juiz sentenciante ao observar os critérios inerentes ao sistema trifásico para a individualização da pena, não valorou negativamente as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, fixando a pena-base no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão, o que se mantém. Na segunda fase, com acerto, não reconheceu a existência de circunstâncias atenuantes nem agravantes, motivo pelo qual deve ser mantida a pena provisoriamente fixada. Já na terceira fase, o MM Juiz reduziu a pena em 1/6 aplicando a causa de diminuição de pena prevista no art. 33 § 4º, da Lei 11.343/06. Dispõe o § 4º do art. 33 da mencionada Lei Federal: “§ 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. (Vide

Resolução nº 5, de 2012).” Com efeito, o MM Juiz sentenciante não aplicou a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06 em seu percentual máximo, ao ressaltar que: “...verifica-se que a espécie de parte da droga apreendida (crack) é de acentuado poder nocivo, além de ser conformada por quantidade significativa em termos relativos. Verifica-se, também, variação de entorpecentes, eis que concomitantemente apreendida maconha, também em quantidade relativamente significativa. A despeito de não demonstrada exatamente a sua integração a organização criminosa, evidentemente que o réu possui alguma relação com integrantes de grupo criminoso minimamente organizado, dada as quantidades e acondicionamentos das drogas, além de apetrechos, em atuação revestida de certo grau de sofisticação.” A Lei nº 11.343/2006 condiciona a possibilidade de redução da pena de um sexto a dois terços, desde que o Agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e nem integre organização criminosa. No entanto, o MM Juiz sentenciante aplicou a causa especial de diminuição no percentual 1/6, ficando a pena fixada em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão. Por fim, o MM Juiz reconheceu a existência da causa de diminuição do art. 26, parágrafo único do CP, reduzindo a pena no percentual de 1/3, fixando a mesma definitivamente em 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão, o que se mantém. A pena de multa foi fixada em 278 (duzentos e setenta e oito) dias-multa, o que se mantém, permanecendo o valor do dia-multa conforme fixado na sentença, equivalente a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato.

DO PLEITO DE ALTERAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DA PENA. O Apelante postula pela modificação do regime inicial do cumprimento de pena para o regime aberto. Razão assiste ao Apelante. Com efeito, o MM Juiz impôs o regime semiaberto como inicial de cumprimento da pena, em virtude da quantidade e natureza das drogas apreendidas em poder do acusado – 355 (trezentos e cinquenta e cinco) buchas da erva maconha, pesando aproximadamente 265 gramas e 226 (duzentos e vinte e seis) pedras de crack, pesando aproximadamente 25 gramas -. No caso dos autos, constata-se que as condições pessoais do Réu lhe são favoráveis, além de inexistir qualquer registro de condenação criminal contra si, o que demonstra a desnecessidade de se impor um regime mais rigoroso do que o permitido segundo a pena aplicada, tal como preconizado nos verbetes sumulares nºs 718 e 719 do STF e 440 do STJ, vejamos:

“Súmula 718: A opinião do julgador sobre a gravidade em abstrato do crime não constitui motivação idônea para a imposição de regime mais severo do que o permitido segundo a pena aplicada.” (STF). “Súmula 719: A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.” (STF) “Súmula nº 440 do STJ: Fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito.” Cabe ressaltar que o MM Juiz aplicou a causa especial de diminuição da pena, na fração de 1/6, reconhecendo o crime de tráfico de drogas na modalidade privilegiada, em razão da quantidade/qualidade da droga apreendida. Verifica-se que o fundamento utilizado na decisão recorrida de que a gravidade da conduta do Recorrente enseja o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena, não se mostra razoável, além do mais, o quantum da reprimenda permite a imposição de regime inicial mais brando, vez que o Réu é tecnicamente primário, possui bons antecedentes, a sanção basilar foi fixada no mínimo legal, as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59 do CP lhe são favoráveis e a quantidade da droga apreendida embora não se trate de quantidade

desprezível, não se mostrou exorbitante a ponto de ensejar a aplicação de modo de cumprimento mais gravoso. Deste modo, merece ser acolhido o pleito autoral no sentido de se estabelecer o regime aberto para o cumprimento inicial da pena do Apelante, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal. Nesse sentido, têm decidido nossos Tribunais: AGRAVO REGIMENTAL. HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS DE RECLUSÃO. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. APLICAÇÃO DA MINORANTE EM SEU PATAMAR MÁXIMO. FALTA DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA NO ACÓRDÃO RECORRIDO PARA FIXAR O REGIME INICIAL MAIS GRAVOSO (FECHADO). ILEGALIDADE EVIDENCIADA. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. O Supremo Tribunal Federal, nos verbetes 718 e 719, sumulou o entendimento de que a opinião do julgador acerca da gravidade abstrata do delito não constitui motivação idônea a embasar o encarceramento mais severo do sentenciado. 2. O Superior Tribunal de Justiça, por meio do enunciado 440 da respectiva Súmula, consignou que, "fixada a pena-base no mínimo legal, é vedado o estabelecimento de regime prisional mais gravoso do que o cabível em razão da sanção imposta, com base apenas na gravidade abstrata do delito". 3. No caso, o agravado foi condenado a pena inferior a 4 anos de reclusão, o exame das circunstâncias judiciais foi favorável, a causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006 foi aplicada no grau máximo (2/3), e a quantidade de substâncias entorpecentes apreendida não se revela exorbitante. Em razão disso, impõe-se o estabelecimento do regime aberto para o cumprimento inicial da reprimenda privativa de liberdade. 4. Agravo desprovido. (STJ – AgRg no HC: 507378 SP 2019/0121903–2, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 06/08/2019, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/08/2019) (grifo acrescido) Apelação. Tráfico de drogas e resistência. Condenação pelo tráfico de drogas e absolvição pela resistência. Recurso da defesa. 1. Materialidade e autoria devidamente comprovadas pela apreensão e perícia das drogas e pelos depoimentos dos policiais civis. Réu confesso. 2. Dosimetria. Pena-base exasperada em razão da quantidade de drogas. Quantidade não expressiva. Redução para o patamar mínimo. Atenuante da confissão corretamente reconhecida em sentença. 3. Tráfico privilegiado corretamente reconhecido. Quantidade não expressiva de entorpecentes. Redução da pena no patamar máximo de 2/3. 4. Imposição do regime semiaberto em sentença. Acusado primário. Pena aplicada abaixo de 4 anos. Modificação para o regime aberto. 5. Cabimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Afastamento do caráter hediondo uma vez reconhecido o tráfico em sua forma privilegiada. Substituição por prestação de serviços à comunidade e limitação de final de semana. Gratuidade de justiça concedida. 6. Recurso provido. (TJ-SP – APR: 15005009820218260537 SP 1500500–98.2021.8.26.0537, Relator: Marcos Alexandre Coelho Zilli, Data de Julgamento: 13/08/2021, 16ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 13/08/2021) (grifo acrescido) APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DEFENSIVO. APELO EM QUE SE PRETENDE: I– A REFORMA DA SENTENÇA NO SENTIDO DE ALTERAR O REGIME DE CUMPRIMENTO DE PENA IMPOSTO PARA O ABERTO. PROVIDO. ARGUMENTOS ELENCADOS PELO JUIZ SENTENCIANTE NÃO JUSTIFICAM A IMPOSIÇÃO DE REGIME MAIS GRAVOSO. INTELIGÊNCIA DAS SÚMULAS 718 E 719 DO STF, OBEDIÊNCIA AO ENUNCIADO DA SÚMULA 440 DO STJ. II–A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS SUBJETIVOS DISPOSTOS NO ART. 44 DO CP. RECORRENTE QUE RESPONDE A OUTRAS AÇÕES PENAIAS. PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO, PARA MANTER A CONDENAÇÃO, READEQUANDO-SE, PORÉM, O REGIME PRISIONAL PARA O ABERTO, CONFORME DISPOSIÇÃO DO ART. 33, § 2º, c DO CP. (TJBA– Classe: Apelação,

Número do Processo: 0001644-78.2012.8.05.0054, Relator (a): LUIZ FERNANDO LIMA, Publicado em: 15/01/2014 ) (grifo acrescido) Quanto ao pleito da conversão da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, verifica-se a necessidade de sua aplicação, pois o Apelante preenche os requisitos objetivo e subjetivo do art. 44, do Código Penal, e tendo sido ele condenado à pena definitiva de em 02 (dois) anos e 09 (nove) meses de reclusão, nos termos do § 2º, da mencionada norma, deve a pena privativa de liberdade aplicada ser substituída por 2 (duas) penas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo de Execuções Penais. Por fim, não se verifica a possibilidade de aplicar a detração prevista no § 2º, do art. 387, do Código de Processo Penal, considerando que não se prestará a modificar o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade, que agora se encontra no aberto. CONCLUSÃO Ante o exposto voto pelo conhecimento do Recurso de Apelação interposto, DANDO-LHE PROVIMENTO, para alterar o regime inicial de cumprimento da pena, definindo-o como o aberto, substituindo a pena privativa de liberdade aplicada por 2 (duas) penas restritivas de direitos, a serem estabelecidas pelo Juízo de Execuções Penais, por seus próprios e jurídicos fundamentos. Salvador/BA, 13 de junho de 2023. Des. José Alfredo Cerqueira da Silva – 2ª Câmara Crime 1ª Turma Relator