

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0561828-97.2015.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: JOSÉ CARLOS NASCIMENTO BARBOSA JUNIOR DEFENSORA PÚBLICA: MARIA JULIANA DE AZEREDO COUTINHO ARAÚJO DO CARMO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTORA DE JUSTIÇA: RENATA COSTA BANDEIRA LOPES ACORDÃO DIREITO PENAL. APELAÇÃO DEFENSIVA. ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006 E ART. 16, § ÚNICO, INCISO IV DA LEI 10.826/2003. RÉU CONDENADO EM PRIMEIRO GRAU À REPRIMENDA DE 05 (CINCO) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIALMENTE SEMIABERTO, BEM COMO AO PAGAMENTO DE 260 (DUZENTOS E SESENTA) DIAS-MULTAS, NO VALOR DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. INSURGÊNCIAS RECURSAIS: 01-PRETENSÃO DE ENQUADRAMENTO DA CONDUTA DO ACUSADO NA MAJORANTE DESCRITA NO INCISO IV DO ARTIGO 40 DA LEI Nº 11.343/06, EM DETRIMENTO DO CRIME DE PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO SUPRIMIDA (ARTIGO 16, § 1º, INCISO IV, DA LEI Nº 10.826/2003). NÃO ACOLHIMENTO. DESÍGNIOS AUTÔNOMOS IDENTIFICADOS. NÃO COMPROVAÇÃO DA UTILIZAÇÃO DA ARMA DE FOGO COMO FORMA DE ASSEGURAR A CONSECUÇÃO DA NARCOTRAFICÂNCIA OU COMO INSTRUMENTO DE INTIMIDAÇÃO COLETIVA OU DIFUSA. 02-REFORMA DA DOSIMETRIA DAS PENAS INTERMEDIÁRIAS DO APELANTE, DIANTE DO RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES DA MENORIDADE E CONFISSÃO, FIXANDO-AS ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL, EM DESACORDO COM A SÚMULA 231 DO STJ. IMPROVIMENTO. ATENUANTES DA MENORIDADE E DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, EMBORA RECONHECIDAS, NÃO PODEM CONDUZIR A REPRIMENDA DO RECORRENTE ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL, CONFORME SÚMULA 231 DO STJ. PRECEDENTES DO TJBA E STJ. 03-PEDIDO DE INCIDÊNCIA DA FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS) NO APLICADO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PROVIMENTO. NA FALTA DE PARÂMETROS LEGAIS PARA SE FIXAR O QUANTUM DA REDUÇÃO DO BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/2006, OS TRIBUNAIS SUPERIORES PACIFICARAM O ENTENDIMENTO QUE A QUANTIDADE E A NATUREZA DA DROGA APREENDIDA, ALÉM DAS DEMAIS CIRCUNSTÂNCIAS DO DELITO, PODEM SERVIR PARA A MODULAÇÃO DE TAL ÍNDICE, QUANDO EVIDENCIAREM O ENVOLVIMENTO HABITUAL DO AGENTE COM O NARCOTRÁFICO. MAGISTRADO DE PISO APLICOU REDUTOR NO PATAMAR DE $\frac{1}{2}$ (METADE) UTILIZANDO-SE DE FUNDAMENTAÇÃO EM DESACORDO COM O ENTENDIMENTO PACIFICADO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. APLICAÇÃO, POR ESTE ÓRGÃO AD QUEM, DO PATAMAR DE 2/3 (DOIS TERÇOS) NO TRÁFICO PRIVILEGIADO, ALTERANDO, PARA O DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS, A REPRIMENDA DO APELANTE PARA 01 (HUM) ANO E 08 (OITO) MESES. 04- DO PREQUESTIONAMENTO DO ARTIGO 33, PARÁGRAFO 4º E ART. 40, INCISO IV, AMBOS DA LEI 11.343/06; ARTIGO 65, INCISOS I E III, D, DO CÓDIGO PENAL; ART. 5º, INCISOS XLVI, E LVII DA CF; PELA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA E PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA. PARECER MINISTERIAL PELO CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO APELO. APELAÇÃO CONHECIDA E JULGADA PARCIALMENTE PROVIDA PARA ALTERAR A PENA DO APELANTE, JOSÉ CARLOS NASCIMENTO BARBOSA JÚNIOR, PARA 04 (QUATRO) ANOS E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, E 176 (CENTO E SETENTA E SEIS) DIAS-MULTA, CADA DIA-MULTA EM 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO, MANTENDO-SE A SENTENÇA CONDENATÓRIA, DE ID 31523446, NOS DEMAIS TERMOS. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal tombados sob nº. 0561828-97.2015.8.05.0001, oriundos da 3ª Vara Crime de Tóxicos da Comarca de Salvador (BA), tendo como apelante JOSÉ CARLOS NASCIMENTO BARBOSA JUNIOR 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, em CONHECER E JULGAR PARCIALMENTE PROVIDO O APELO, de acordo com o voto da Relatora, que foi vertido nos seguintes termos: PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO

ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA
Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 30 de Agosto de
2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira
Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n.
0561828-97.2015.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª
Turma APELANTE: JOSÉ CARLOS NASCIMENTO BARBOSA JUNIOR DEFENSORA PÚBLICA:
MARIA JULIANA DE AZEREDO COUTINHO ARAÚJO DO CARMO APELADO: MINISTÉRIO
PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTORA DE JUSTIÇA: RENATA COSTA BANDEIRA
LOPES RELATÓRIO JOSÉ CARLOS NASCIMENTO BARBOSA JUNIOR interpôs Apelação em
face da sentença – ID 31523446, da 3ª Vara de Tóxicos da Comarca de
Salvador/BA, que o condenou a 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de
reclusão e 260 (duzentos e sessenta) dias-multa, pela prática dos delitos
previstos nos art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 e artigo 16, § único,
inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, nos termos do art. 69 do CP. Narrou a
exordial de ID 31522679 que: “Consta do Inquérito Policial anexo que, na
data de 18 de setembro de 2015, por volta das 21:50 horas, na localidade
do Alto do Formoso, no bairro de Cosme de Farias, nesta cidade, o ora
Denunciado foi preso em flagrante delito por ter adquirido e por trazer
consigo, substância entorpecente, destinada ao consumo de terceiros, sem
autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar e,
ainda, por ter adquirido e por portar arma de fogo de uso permitido,
muniçada, sem autorização e com numeração raspada ou suprimida. Infere-se
do procedimento investigatório que, no dia dos fatos, Policiais Militares
realizavam incursões na referida localidade quando avistaram um grupo de
indivíduos correndo, tentando evadir do local após notarem a presença da
viatura. Um deles foi capturado, sendo este o presente Denunciado. Em
procedimento de revista, foi encontrado com o denunciado JOSÉ CARLOS
NASCIMENTO BARBOSA JUNIOR 19 (dezenove) cápsulas de cocaína; 16
(dezesesseis) frouxinhas de maconha; 41 (quarenta e uma) pedrinhas de crack;
um revólver calibre 38, marca Taurus, cabo de borracha, com numeração
raspada, três munições do mesmo calibre; e um aparelho celular da marca
LG, conforme Auto de Exibição e Apreensão de fl. 16. As drogas apreendidas
foram periciadas, tendo o Laudo de Constatação de f. 15, concluído que se
tratavam de maconha (20,09g) e cocaína (15,08g em forma de pó e 5,23g em
forma de pedra), substâncias psicotrópicas de uso proscrito no Brasil,
restando comprovada a materialidade do delito de tráfico de drogas, bem
como materialidade do crime de porte ilegal de arma de fogo com numeração
suprimida, conforme Auto de Exibição e Apreensão f. 16. Interrogado, o
Denunciado informou que o revólver foi adquirido há aproximadamente seis
meses, na "Feira do Rolo" por R\$ 500,00 (quinhentos reais) e, no ato da
compra, já estava com a numeração raspada e com três cartuchos. Disse que
comprou a arma de fogo para defesa pessoal. Quanto às drogas, relatou que
as adquiriu no bairro da Engomadeira pelo valor de R\$ 200,00 (duzentos
reais) e assumiu que tinha intenção de vendê-las. O procedimento
investigatório foi conclusivo quanto ao crime de tráfico de drogas, tendo
em vista que todas as circunstâncias relatadas, contexto da prisão,
quantidade e tipo de droga, forma de acondicionamento, apreensão de arma
de fogo, indicarem atividade típica de tráfico ilícito. Diante do exposto,
encontra-se o denunciado JOSÉ CARLOS NASCIMENTO BARBOSA JUNIOR, incurso
nas penas do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 e art. 16, parágrafo único,
inciso IV, da Lei 10.826/2003, praticados na forma do art. 69 do CP, pelo
que contra ele se oferece a presente Denúncia, requerendo que seja
notificado para oferecer defesa prévia, Com posterior recebimento da
denúncia e citação para interrogatório, prosseguindo-se o feito em seus

ulteriores termos para que, ao final, seja julgado procedente, com a consequente condenação do Denunciado nas sanções dos dispositivos legais supracitados.(...)” Após a regular instrução, sobreveio a sentença condenatória objurgada, contra a qual o acusado interpôs Apelação, documento de ID 31523451, aduzindo, em suas razões recursais – ID. 31523455, pela reforma do decisum para afastar o delito previsto no art. 16, § único, inciso IV da Lei 10.826/03, fazendo incidir, deste modo, a causa de aumento prevista no art. 40, inciso IV da Lei 11.343/2006. Subsidiariamente, pugna pela aplicação das atenuantes da confissão e menoridade, bem como pelo patamar de 2/3 (dois terços) do tráfico privilegiado. Por fim, prequestiona o artigo 33, parágrafo 4º e art. 40, inciso IV, ambos da Lei 11.343/06; artigo 65, incisos I e III, d, do Código Penal; art. 5º, incisos XLVI, e LVII da CF; pela violação ao princípio da individualização da pena e presunção de inocência. Em Contrarrazões, o membro do Ministério Público pugnou pelo não provimento do Apelo – ID 31523459. A Procuradoria de Justiça manifestou-se pelo improvimento do Recurso, no parecer de ID 32890724. Relatados os autos, encaminhei o feito ao nobre Revisor. É o Relatório. Salvador/BA, de de 2022. Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0561828-97.2015.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: JOSÉ CARLOS NASCIMENTO BARBOSA JUNIOR DEFENSORA PÚBLICA: MARIA JULIANA DE AZEREDO COUTINHO ARAÚJO DO CARMO APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTORA DE JUSTIÇA: RENATA COSTA BANDEIRA LOPES VOTO Ante o preenchimento dos pressupostos recursais exigidos na hipótese vertente, impõe-se o conhecimento do Apelo interposto. Cinge-se a pretensão recursal na reforma da sentença para afastar o delito previsto no art. 16, § único, inciso IV da Lei 10.826/03, fazendo incidir, deste modo, a causa de aumento prevista no art. 40, inciso IV da Lei 11.343/2006. Subsidiariamente, pugna pela aplicação das atenuantes da confissão e menoridade, conduzindo as reprimendas intermediárias abaixo do mínimo legal, bem como pelo patamar de 2/3 (dois terços) do tráfico privilegiado. Por fim, prequestiona o artigo 33, parágrafo 4º e art. 40, inciso IV, ambos da Lei 11.343/06; artigo 65, incisos I e III, d, do Código Penal; art. 5º, incisos XLVI, e LVII da CF; pela violação ao princípio da individualização da pena e presunção de inocência. Compulsando os autos, infere-se, da análise da sentença – ID 31523446, proferida pelo Magistrado da 3ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/Ba, que o apelante foi condenado a uma reprimenda definitiva de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, bem como ao pagamento de 260 (duzentos e sessenta) dias– multa, pela prática dos delitos previstos nos art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 e artigo 16, § único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, nos termos do art. 69 do CP. Desta forma, pugna, inicialmente, pelo afastamento do delito previsto no art. 16, § único, inciso IV da Lei 10.826/03, fazendo incidir, deste modo, a causa de aumento prevista no art. 40, inciso IV da Lei 11.343/2006. Com efeito, não merece acolhimento a desclassificação pretendida pela Defesa, do delito tipificado no artigo 16, § 1º, inciso IV da Lei nº 10.826/03, para a majorante insculpida no inciso IV do artigo 40 da Lei nº 11.343/2006, uma vez que, para o reconhecimento da referida majorante, é imprescindível que a arma encontrada tenha sido utilizada (crime meio) para garantir a execução do tráfico de entorpecentes (crime fim). In casu, verifica-se, dos depoimentos testemunhais e interrogatório do réu, fls. 07 do doc. ID

31522680, que o acusado adquiriu o armamento na "Feira do Rolo", pagando a quantia de R\$500,00 (quinhentos reais), com o objetivo de "somente se defender". Além disso, a arma apreendida encontrava-se presa na coxa do recorrente, em um artefato chamado de "coxeira". Destarte, conclui-se que o revólver, calibre 38, marca Taurus, não estava sendo utilizado como meio de intimidação difuso ou coletivo relacionado ao tráfico. Logo, conforme observado pelo Juiz sentenciante, inviável a desclassificação pretendida, porquanto não há qualquer liame direto entre a arma apreendida e o crime de tráfico de drogas, não restando configurado que aquela estaria sendo usada para assegurar o sucesso do comércio das substâncias entorpecentes, concluindo pela autonomia dos delitos. Nessa toada: APELAÇÕES CRIMINAIS – TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO – ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE PORTE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 12 DO ESTATUTO DO DESARMAMENTO – NECESSIDADE – ABSORÇÃO DO CRIME AUTÔNOMO DE POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO PELA MAJORANTE DO ART. 40, INC. IV, DA LEI 11.343/06 – INVIABILIDADE – ARTEFATO APREENDIDO FORA DO CONTEXTO DO NARCOTRÁFICO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. 1. Se a materialidade e a autoria dos delitos imputados ao acusado restaram satisfatoriamente comprovadas pelo firme conjunto probatório, não há que se falar em absolvição ou desclassificação. 2. Impõe-se a desclassificação do delito previsto no art. 14 da Le 10.826/03 para aquele descrito no art. 12 do mesmo Diploma Normativo, se a arma de fogo resta apreendida dentro da residência do investigado. 3. Para a incidência da causa especial de aumento de pena prevista no art. 40, inc. IV, da Lei 11.343/06, é necessário que se comprove que o agente exercia o tráfico de drogas valendo-se de algum instrumento bélico, de sorte que, se o artefato é apreendido em contexto que não admite a conclusão de que estivesse imiscuído ao narcotráfico, a respectiva posse ou porte do armamento caracterizará delito autônomo, previsto na Lei 10.826/03. (TJ-MG – APR: 10301170023396001 MG, Relator: Rubens Gabriel Soares, Data de Julgamento: 27/11/2018, Data de Publicação: 11/12/2018). Assim, não restou configurada a desclassificação pretendida pela Defesa, razão por que mantenho a condenação tal como exarada na sentença primeva. Cinge-se, ainda, a presente pretensão recursal na reforma da sentença, a fim de que se retifique as penas intermediárias do apelante, para, reconhecendo as atenuantes da confissão e menoridade, fixa-la abaixo do mínimo legal, em desacordo com o enunciado da Súmula 231 do STJ. Ao analisarmos a dosimetria da pena, verifica-se, na sentença de ID 31523446, que o Magistrado sentenciante não valorou negativamente quaisquer das circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB, tendo fixado, corretamente, as penas-base do apelante, para os delitos previstos nos art. 33, caput da Lei 11.343/2006 e art. 16, § único, inciso IV, da Lei nº 10.826/2003, respectivamente, no mínimo de 05 (cinco) anos e 03 (três) anos de reclusão. Insta consignar que é cediço que na segunda fase da dosimetria da pena, denominada pela doutrina como pena intermediária, haja vista sua posição entre a pena-base e a pena definitiva, analisam-se as circunstâncias agravantes e atenuantes do crime, sendo aquelas reguladas pelos arts. 61 e 62 e estas pelos 65 e 66, todos do Código Penal Brasileiro. Tal como observamos dos autos, a menoridade do apelante é evidente, porquanto nascido em 11/04/1996. Infere-se, ainda, que o acusado confessou as condutas que lhe foram imputadas, em seu interrogatório na fase inquisitorial, de fls.07 do documento de ID 31522680. Veja-se: "(...)

que na noite de hoje, encontrava-se em companhia de "dois amigos", os quais não sabe no momento declinar os nomes, nem apelidos, na localidade do Alto do Formoso, bairro de Cosme de Farias, nesta capital, quando foi abordado por uma guarnição da PM, a qual o revistou, encontrando em seu poder um revólver, calibre trinta e oito, municiado com três cartuchos, cápsulas de cocaína, trouxinhas de crack e trouxinhas de maconha, por esse motivo foi conduzido para esta Central de Flagrantes. Que a respeito do revólver, calibre trinta e oito, foi adquirido pelo interrogando, há mais ou menos, seis meses, na "Feria do Rolo, situado no bairro do Comércio, e já o fez com a numeração raspada e municiada com os três cartuchos, pagando a quantia de R\$ 500,00 (quinhentos reais), e "somente comprou a arma para se defender"; que a droga, ou seja, as cápsulas de cocaína, as pedras de crack e trouxinhas de maconha adquiriu no bairro da Engomadeira, na mão de "um desconhecido", e pagou a quantia de R\$ 200,00 (duzentos reais)_e admite que comprou a droga com intuito de vender." Por fim, o Magistrado sentenciante utilizou, para a formação do seu convencimento, a supracitada confissão, fundamentando que "o réu na Delegacia assumiu a posse das drogas para comercialização e a arma de fogo, o que corrobora com os depoimentos dos policiais, colhidos em Juízo, sob o crivo do contraditório, e na Delegacia, não restando dúvidas acerca da conduta delitiva praticada pelo denunciado". (documento de ID 31523446). Deste modo, o apelante faz jus à atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea 'd' do CPB, em respeito ao enunciado da Súmula 545 STJ. Nesse sentido: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. CONFISSÃO INFORMAL. UTILIZAÇÃO. FUNDAMENTO PARA MANUTENÇÃO DA CONDENAÇÃO. ATENUAÇÃO OBRIGATÓRIA. SÚMULA N. 545 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL PROVIDO. ORDEM CONCEDIDA. 1. Nos termos da Súmula n. 545 do STJ, "[q]uando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal." 2. No caso, a confissão informal do Acusado de que venderia os entorpecentes, feita aos policiais no momento de sua prisão em flagrante, foi utilizada no acórdão atacado para se concluir pela autoria delitiva e ratificar a sentença condenatória. Assim, faz ele jus à atenuante da confissão, ainda que tenha retratado suas declarações em juízo. 3. Consoante precedentes desta Sexta Turma, "[s]e o Tribunal, ao apreciar a apelação, utiliza a confissão como fundamento para manter a sentença condenatória, faz o acusado jus à atenuante do art. 65, III, d, do Código Penal, ainda que a ela não tenha se reportado expressamente o Julgador de primeiro grau" (AgRg no REsp 1.606.166/SP, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 01/09/2016, DJe 13/09/2016). 4. Agravo regimental provido, para conceder a ordem de habeas corpus, reconhecendo a incidência da atenuante da confissão e redimensionando a reprimenda do Agravante nos termos especificados no voto. (AgRg no HC n. 687.484/SP, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 13/6/2022.) AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. DOSIMETRIA. PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO. SEGUNDA FASE. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. FUNDAMENTAÇÃO. CONFISSÃO REALIZADA NA FASE INQUISITORIAL NÃO RATIFICADA EM JUÍZO. NÃO UTILIZAÇÃO PARA CONVENCIMENTO DO JULGADOR. SENTIDO INVERSO DO ENUNCIADO N. 545 DA SÚMULA DO STJ. APLICABILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. WRIT INDEFERIDO LIMINARMENTE. ILEGALIDADE MANIFESTA NÃO EVIDENCIADA. INCONFORMISMO COM A DECISÃO HOSTILIZADA. TENTATIVA DE REDISCUSSÃO DA MATÉRIA ENFRENTADA MONOCRATICAMENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. Inicialmente, registre-se que, para esta Corte Superior, quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o

r   fará jus    atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal (Enunciado 545 da Súmula do STJ, Terceira Se  o, DJe 19/10/2015). 2. No caso, a decisão agravada deve ser mantida, uma vez que, nos termos do acórdão hostilizado, o acusado confessou a prática criminosa apenas na etapa inquisitiva, elemento que não foi utilizado pelo Julgador como fundamento para embasar a condena  o (fl. 255). Nesse sentido: da leitura do acórdão impugnado, observo que, embora o paciente tenha apresentado uma versão para os fatos, essa confissão parcial não foi utilizada para a forma  o do convencimento do julgador, o qual se valeu de outros meios de prova. Dessa forma, não há falar em aplica  o da referida atenuante (AgRg no HC n. 682.432/SP, Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 16/11/2021). 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no HC n. 739.463/GO, relator Ministro Sebast  o Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 14/6/2022, DJe de 20/6/2022.) AGRADO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARA  O NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNA  O. DECISÃO DA PRESIDÊNCIA. RECONSIDERA  O. CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. INDEFERIMENTO DE PROVAS FUNDAMENTADO. CONFISSÃO QUALIFICADA. CONDENA  O NELA LASTREADA. ATENUANTE RECONHECIDA. SÚMULA 545 DO STJ. 1. Efetivamente impugnados os fundamentos da decisão de inadmissão do recurso especial, o agravo merece ser conhecido, em ordem a que se evolua para o mérito. 2. "Não se acolhe alega  o de nulidade por cerceamento de defesa decorrente do indeferimento de diligências requeridas pela defesa, pois o magistrado, destinatário final da prova, pode, de maneira fundamentada, indeferir a realiza  o daquelas que considerar protelatórias, desnecessárias ou impertinentes" (AgRg no RHC 158.682/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 22/02/2022, DJe 24/02/2022). 3. Ausente a apontada viola  o dos arts. 619 e 620 do CPP, pois o Tribunal de origem enfrentou todos os pontos relevantes ao deslinde da controvérsia, não se evidenciando negativa de presta  o jurisdicional 4. A confissão espontânea do réu sempre atenua a pena, na segunda fase da dosimetria, ainda que tenha sido parcial, qualificada ou retratada em juízo, se utilizada para fundamentar a condena  o, nos termos da Súmula 545 do STJ. 5. Agravo regimental provido. Agravo conhecido para dar parcial provimento ao recurso especial para reconhecer a confissão espontânea, reduzindo a pena para 3 anos de reclusão, em regime aberto, e 15 dias-multa, mantidos os demais termos da condena  o. (AgRg nos EDcl no AREsp n. 1.955.207/PR, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1   Região), Sexta Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 7/4/2022.) Entretanto, uma vez que as penas base do recorrente José Carlos Nascimento Barbosa Júnior foram aplicadas no patamar mínimo, e diante o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência que nos aponta que, ainda que em fase de pena intermediária, não    possível a desconsidera  o da Súmula 231[1], do mesmo Tribunal, de maneira a diminuir-lhe abaixo do mínimo legal, não merece acolhimento o pleito defensivo. Neste sentido, Ricardo Augusto Schmitt[2]: "Assim, como ocorre na fixa  o da pena-base, prevalece o entendimento jurisprudencial de que o reconhecimento de uma circunstância atenuante não poderá conduzir a pena provisória ou intermediária aquém do mínimo legal previsto em abstrato para o tipo penal incriminador, ao tempo que o reconhecimento de uma circunstância agravante também não poderá conduzir a pena provisória ou intermediária além do máximo previsto em abstrato. (...) Apesar de o enunciado da súmula tratar apenas da hipótese de circunstância atenuante, impedindo a redu  o da pena (provisória ou intermediária) abaixo do mínimo legal previsto em abstrato para o tipo, tal entendimento sumular se aplica também    hipótese

de circunstância agravante, impossibilitando, igualmente, a majoração da pena (provisória ou intermediária) além do máximo previsto em abstrato para o tipo, e, neste caso, tal situação decorre de uma interpretação análoga extensiva, conforme entendimento dos próprios Tribunais Superiores, não havendo a necessidade de edição de uma nova súmula, eis que se revelam em circunstâncias previstas na mesma etapa do processo da dosimetria de pena (segunda fase), do que deflui a certeza de que deverão possuir tratamento isonômico a impedir que se avancem os limites definidos em abstrato pelo legislador (...)"Diante disso, reconheço a existência das circunstâncias da confissão e menoridade no caso estudado, todavia, deixo de aplicá-las, conforme entendimento ao qual se filia esta Relatora, da Súmula 231 do STJ, tendo em vista que as penas-base do apelante já se encontram estabelecidas no patamar mínimo. De igual entendimento, a jurisprudência recente do STJ: AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. CRIME CONTINUADO. REQUISITOS. UNIDADE DE DESÍGNIOS OU VÍNCULO SUBJETIVO. NÃO PREENCHIMENTO. ATENUANTE DE CONFISSÃO. CONDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. WRIT DENEGADO. DECISÃO MANTIDA. RECURSO IMPROVIDO. 1. A decisão deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em consonância com a jurisprudência desta Corte superior. 2. É pacífico o entendimento jurisprudencial desta Corte no sentido de que, para o reconhecimento da continuidade delitiva, é necessário que se observe a unidade de desígnios ou o vínculo subjetivo entre os crimes, além dos requisitos de ordem objetiva. 3. A INCIDÊNCIA DE ATENUANTE NÃO ENSEJA REDUÇÃO DE PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL, A TEOR DA SÚMULA 231/STJ. 4. Agravo regimental improvido.(AgRg no HC 478.796/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 30/05/2019) "(...) 1. Fixada a pena-base no mínimo legal, ainda que reconhecidas as atenuantes da confissão e da menoridade relativa, não poderão repercutir no cálculo da reprimenda, porquanto, de acordo com a Súmula 231 do STJ, descabe a redução da pena na segunda fase da dosimetria a patamar aquém do mínimo legal em razão da existência de circunstância atenuante." (HC 272.043/BA, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 12/04/2016, DJe 22/04/2016). "(...) 1. A pretensão recursal de reduzir a pena-base para aquém do mínimo legal, na segunda fase da dosimetria, encontra óbice no comando da Súmula 231/STJ:" A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal "2. A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial 961.863/RS, firmou o entendimento de que é despicienda a apreensão e a perícia da arma de fogo, para a incidência da majorante do § 2º, I, do art. 157 do Código Penal, quando existirem, nos autos, outros elementos de prova que evidenciem a sua utilização no roubo, como na hipótese, em que há depoimentos testemunhais atestando o emprego de revólver calibre 38 na prática delitiva. 3. Agravo regimental a que se nega provimento."(AgRg no AREsp 650.642/DF, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 27/09/2016, DJe 10/10/2016). Nada obstante, o sistema trifásico do cálculo da pena previsto no Código Penal não admite que a reprimenda aplicada, em concreto, extrapole os limites do mínimo e máximo estabelecidos no preceito secundário da norma penal. É necessário, portanto, observar o princípio da legalidade. Pontue-se que as atenuantes não possuem as características de circunstâncias minorantes, não tendo o condão de fazer com que a pena privativa de liberdade possa ser fixada aquém do mínimo estabelecido para o tipo penal. Na doutrina, lecionou Heleno Cláudio Fragoso que as atenuantes genéricas "ainda que existam muitas delas no

caso concreto, serão ineficazes quando a pena-base (1ª fase) for fixada no mínimo legal. Como não integram a estrutura do tipo penal, e não tiveram o percentual de redução previsto expressamente pelo legislador, a aplicação da pena fora dos parâmetros legais representaria intromissão indevida do Poder Judiciário na função legiferante". (MASSON, Cleber. Direito Penal Esquemático: parte geral (arts. 1º a 120). 6.ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: MÉTODO, 2012, p. 641, v. 1.) Esta Egrégia Corte, em ambas as Câmaras Criminais, tem aplicado a referida Súmula, de acordo com os julgamentos abaixo ementados: PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DA ATENUANTE GENÉRICA DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E DE AFASTAMENTO DA SÚMULA 231 DO STJ. ATENUANTE RECONHECIDA PELO MAGISTRADO A QUO. REDUÇÃO DE PENA NÃO OPERADA NA SENTENÇA GUERREADA EM RAZÃO DO COMANDO DA SÚMULA 231 DO STJ. PENA-BASE FIXADA NO MENOR QUANTUM PREVISTO NO PRECEITO PENAL SECUNDÁRIO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE QUE NÃO POSSUI O CONDÃO DE REDUZIR A REPRIMENDA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. PRECEDENTES. PRINCÍPIO DA RESERVA LEGAL (ARTIGO 5.º, XXXIX, DA CF/88). (Classe : Apelação n.º 0333114-82.2013.8.05.0001 Foro de Origem : Salvador Órgão : Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma Relatora : Ivone Bessa Ramos Apelante : Lucas de Jesus Fagundes Piedade Advogado : Dinoermeson Tiago Nascimento (OAB: 36408/BA) Advogado : Diego Salvador Soares (OAB: 42116/BA) Apelado : Ministério Público Promotor: Livia de Carvalho da Silveira Matos Proc. Justiça : João Paulo Cardoso de Oliveira Assunto : Crimes do Sistema Nacional de Armas) APELAÇÃO. DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECEPÇÃO (ART. 180 DO CÓDIGO PENAL). ATENUAÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DO ART. 65, III, D DO CÓDIGO PENAL (ATENUANTE DA CONFISSÃO). INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 231 DO STJ. RECURSO ESPECIAL Nº 1.117.068/PR (RECURSO REPETITIVO). ALEGADA DEPENDÊNCIA QUÍMICA. AUSÊNCIA DE PROVA. REDUÇÃO DA PENA (§ 2º DO ART. 26 DO CÓDIGO PENAL C/C ART. 46 DA LEI Nº 11.343/2006). DESCABIMENTO. I – Segundo o enunciado da súmula 231 do STJ, "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal", posicionamento ratificado através do julgamento do recurso especial nº 1.117.068/PR, submetido ao regime dos recursos repetitivos. II – Para fins de aplicação do disposto no § 2º do art. 26 do Código Penal c/c art. 46 da Lei nº 11.343/2006 (redução da pena de 1/3 a 2/3), faz-se necessário comprovar que o dependente químico, ao tempo da ação, não tinha plena capacidade de entender o caráter ilícito do fato ou de determinar-se de acordo com esse entendimento. Precedentes do STJ. APELAÇÃO CONHECIDA E NÃO PROVIDA. (Classe : Apelação n.º 0406291-16.2012.8.05.0001, Foro de Origem : Salvador, Órgão : Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Relator (a) : João Bosco De Oliveira Seixas, Apelante : Lucas Dias dos Santos, Apelado : Ministério Público Assunto : Recepção) Dessa forma, fixo as penas intermediárias do apelante no mínimo legal, em conformidade com o que dispõe a Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça, nos exatos termos do entendimento do Magistrado primevo. Na terceira fase dosimétrica, no tocante ao delito de tráfico de drogas, requer o apelante a aplicação do patamar de 2/3 (dois terços) do tráfico privilegiado. Compulsando os fólios, na sentença objurgada, observa-se que o Juízo a quo reconheceu e aplicou o redutor previsto no §4º, do art. 33 da Lei de Drogas, na fração de ½ (metade), com os seguintes fundamentos: "A incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006 pressupõe que o agente preencha os seguintes requisitos: a) seja primário; b) de bons antecedentes; c) não se dedique às atividades criminosas; e d) nem integre organização criminosa. Com efeito, esta benesse, tem como finalidade punir com menor rigor o

traficante não habitual, isto é, o indivíduo que não faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, não se dedicando a atividades criminosas, mas que, cometendo um fato isolado na sua vida, acaba ingressando nesse meio tão danoso e prejudicial à sociedade. No caso sob exame, em que pese ser o acusado tecnicamente primário, percebe-se claramente que esta não é a hipótese dos autos, pois, possui outra Ação Penal em andamento neste Juízo, por fato anterior ao em julgamento, o que torna evidente sua dedicação à marginalidade, em flagrante transgressão à Lei Penal. Assim, entendo que a redução do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, não deve ser aplicado em seu patamar máximo, pelo que será a pena diminuída em $\frac{1}{2}$. (...)” Assim, da análise do fundamento acima descrito, conclui-se que razão assiste à Defesa no pleito de aplicação do patamar máximo de 2/3 (dois terços), porquanto na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum da redução do benefício do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, os Tribunais Superiores pacificaram o entendimento que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico, em nada falando-se sobre ações penais em andamento para fundamentar a fração aplicada: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. REDUTOR DA PENA. MODULAÇÃO PELA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. VIABILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Pacificou-se nesta Corte que diante da "falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico" (AgRg no AREsp 1.976.007/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 25/2/2022). 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 746.865/RS, relator Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 15/8/2022.) PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO DOS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182/STJ. TRÁFICO. HABEAS CORPUS. PENA-BASE. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. BENEFÍCIO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/06. PROCESSO EM ANDAMENTO. PARA AFASTAR O PRIVILÉGIO. DEDICAÇÃO À ATIVIDADE CRIMINOSA NÃO EVIDENCIADA. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO DE OFÍCIO. 1. A falta de impugnação específica dos fundamentos utilizados na decisão ora agravada atrai a incidência do enunciado sumular n. 182 desta Corte Superior. 2. Quanto à exasperação da pena-base e à não aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, verifica-se a ocorrência de flagrante ilegalidade, sendo necessária a concessão de ofício de habeas corpus. 3. Na hipótese do tráfico ilícito de entorpecentes, é indispensável atentar para o que disciplina o art. 42 da Lei n. 11.343/2006, segundo o qual o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. 4. No presente caso, a quantidade do entorpecente apreendido (173, 45g de maconha) não justifica a majoração da pena-base, por não extrapolar o tipo penal, devendo ser afastado tal fundamento. 5. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser

reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto. 6. Esta Quinta Turma, no julgamento do HC 664.284/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, em 21/9/2021, visando a uniformização do posicionamento de ambas as Turmas sobre o tema, decidiu que a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal (RE 1.283.996 AgR, Rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 11/11/2020). Precedentes. 7. Na hipótese em análise, constata-se que a ação penal utilizada pela Corte local como fundamento para evidenciar a dedicação do recorrente a atividades criminosas encontra-se em andamento, sem trânsito em julgado, o que impede o uso dessa ação para negar reconhecimento ao benefício do tráfico privilegiado, devendo esse ser aplicado. 8. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum da redução do benefício do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente com o narcotráfico (HC n.º 529.329/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, Quinta Turma, julgado em 19/9/2019, DJe 24/9/2019). Precedentes. 9. No presente caso, a incidência da causa de diminuição da pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas deve ser aplicada no patamar de 2/3, em razão da quantidade da droga apreendida (173,45g de maconha), o que se mostra razoável e proporcional. 10. No que tange ao regime de cumprimento da pena, estabelecida a pena definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, sendo favoráveis as circunstâncias do art. 59 do CP, primário o recorrente e sem antecedentes, e considerada a quantidade total do entorpecente apreendido, o regime aberto é o adequado à prevenção e reparação do delito, sendo cabível, também, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, uma vez que preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal. 11. Agravo regimental não conhecido. Habeas corpus concedido para fixar a pena-base no mínimo legal e aplicar o benefício do tráfico privilegiado no patamar de 2/3 (dois terços), redimensionando a pena do acusado GUSTAVO GOMES PIRES para 1 ano e 8 meses de reclusão, em regime aberto, e pagamento de 166 dias-multa, e determinar a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, que serão fixadas pelo juízo da execução, mantidos os demais termos da condenação, sem reflexo na pena final de MATHEUS DE ALMEIDA LIFONSO. (AgRg no AREsp n. 2.123.312/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 9/8/2022, DJe de 16/8/2022.) Assim, aplico o redutor do tráfico privilegiado no patamar de 2/3 (dois) terços, alterando a reprimenda do apelante para 01 (hum) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, para o crime de tráfico de drogas. Em virtude do concurso material (artigo 69 do CP), após realizado o somatório, fixo a pena total definitiva do recorrente, José Carlos Nascimento Barbosa Júnior, em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 176 (cento e setenta e seis) dias-multa, cada dia-multa em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato. O regime de cumprimento de pena foi devidamente justificado na sentença de ID31523446, estando compatível com o quantum de reprimenda aplicada. Deixa-se de substituir a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em virtude de não cumprimento do requisito previsto na

inteligência do art. 44, inciso I do Código Penal Brasileiro. Por derradeiro, prequestiona a Defesa o artigo 33, parágrafo 4º e art. 40, inciso IV, ambos da Lei 11.343/06; artigo 65, incisos I e III, d, do Código Penal; art. 5º, incisos XLVI, e LVII da CF; pela violação ao princípio da individualização da pena e presunção de inocência. Registre-se, pois, que não houve infringência dos dispositivos supramencionados, de forma que a fundamentação exposta ao longo deste voto apresenta interpretação quanto à matéria legal sob discussão, apontando das razões do convencimento desta Relatora, não se devendo cogitar de negativa às mencionadas normas legais. Despiciendo, portanto, abordar todas as matérias debatidas indicadas pela Defesa, mesmo em face do prequestionamento. Nestes termos, diante de tudo quanto fundamentado, vota-se no sentido de que o Apelo defensivo seja conhecido e julgado, no mérito, parcialmente provido para alterar a pena do apelante para 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 176 (cento e setenta e seis) dias-multa, cada dia-multa em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato, mantendo-se os demais termos da sentença vergastada. Ex positis, acolhe esta Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, o voto pelo qual CONHECE O RECURSO E JULGA PARCIALMENTE PROVIDO o Apelo interposto para alterar a pena do apelante, José Carlos Nascimento Barbosa Júnior, para 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 176 (cento e setenta e seis) dias-multa, cada dia-multa em 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do fato, mantendo-se a sentença condenatória, de ID 31523446, nos demais termos. Salvador/BA, de de 2022. Desa. Soraya Moradillo Pinto – 1ª Câmara Crime 2ª Turma Relatora [1]Súmula 231 – A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. [2]SCHMITT, Ricardo Augusto. "Sentença Penal Condenatória, 12ª ed. Rev. E atual. – Salvador: Ed. Juspodivm, 2018