

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0701327-86.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): 02 ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO ABSOLUTÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DO ART. 28, DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. NATUREZA, QUANTIDADE, LOCAL E CONDIÇÕES EM QUE SE DESENVOLVEU A AÇÃO. TRÁFICO COMPROVADO. DOSIMETRIA DA PENA. REDUÇÃO DA PENA-INTERMEDIÁRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 231, DO STJ E ENTENDIMENTO FIRMADO EM SEDE DE REPERCUSSÃO GERAL PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. JURISPRUDÊNCIA DO EGRÉGIO TJ/BA. TRÁFICO PRIVILEGIADO. PLEITO DE CONCESSÃO DA BENESSE EM SEU PATAMAR MÁXIMO. IMPOSSIBILIDADE. APELANTE QUE NÃO DEVERIA TER SIDO BENEFICIADA COM A CAUSA DE ESPECIAL DIMINUIÇÃO DE PENA ESTABELECIDADA NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE ENTORPECENTES, POR SER INTEGRANTE DE FACÇÃO CRIMINOSA, CONSOANTE DEPOIMENTO DAS TESTEMUNHAS INQUIRIDAS EM JUÍZO, E POR JÁ TER SIDO CONDENADA, DEFINITIVAMENTE, AO CUMPRIMENTO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA PELA PRÁTICA DE ATO INFRACIONAL EQUIVALENTE AO TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES ILÍCITAS. PRECEDENTES DO STJ. PENALIDADES MANTIDAS NO QUANTUM FIXADO NA SENTENÇA, EM RESPEITO AO PRINCÍPIO DO NON REFORMATIO IN PEJUS. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL nº 0701327-86.2021.8.05.0001, em que figura como apelante, por intermédio da DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA, e apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. Acordam os Desembargadores componentes da 1ª Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, conhecer o recurso e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do Relator. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ SUBSTITUTO DE SEGUNDO GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 19 de Maio de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0701327-86.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): 02 RELATÓRIO Vistos. Narra a denúncia (ID n. 168635377) que: “[...] Consta do procedimento investigatório anexo que, no dia 05 de fevereiro de 2021, por volta das 15h45min, na localidade conhecida por “Pinicão”, no Bairro de Cajazeiras V, nesta Capital, DARFINE SANTA ISABEL DOS SANTOS, ora Denunciada, trazia consigo drogas com a finalidade de comercialização em desacordo e sem autorização legal. Acontece que, policiais militares realizavam incursão no local indicado, quando receberam informações passadas por um popular sobre a ocorrência de tráfico de drogas nas proximidades. Ato contínuo, a guarnição se dirigiu às proximidades de uma escadaria e avistou uma mulher acompanhada de alguns indivíduos, os quais, ao perceberem a aproximação da guarnição, empreenderam fuga, tendo os Policiais conseguido abordar apenas a Denunciada. Ato contínuo, foi realizada revista pessoal, tendo sido encontrado e apreendido em posse da Denunciada algumas porções de maconha. A Denunciada admitiu aos policiais que estava comercializando o entorpecente e informou que, na casa, havia mais drogas. Nesta oportunidade, confessou integrar a facção criminosa “BDM do Lobato” e disse ser estagiária da Defensoria Pública do Estado da Bahia. Os policiais, então, decidiram entrar na casa indicada pela Denunciada que ficava próximo à escadaria, onde a Denunciada mostrou outro pacote

contendo maconha, que também foi apreendido. Ao todo, foram apreendidas 110 (cento e dez) porções de maconha; 03 (três) porções de maconha; conforme Auto de Exibição e Apreensão (fl.10). Ademais, foi dada voz de prisão em flagrante ao denunciado por tráfico de drogas, eis que a substância encontrada consta da Portaria nº 344/98 do Ministério da Saúde/Vigilância sanitária, de uso proscrito no Brasil, por causar dependência física e psíquica. Toda quantidade de droga apreendida corresponde a: 225,33g (duzentos e vinte e cinco gramas e trinta e três centigramas) de maconha, distribuídas em 110 (cento e dez) porções acondicionadas, individualmente, em sacos de plástico incolor, conforme Laudo Pericial 2020 00 LC 004627-01 (fl. 22). Em seu interrogatório, na Delegacia, a Acusada, confessou que comercializa maconha e que integra a facção BDM, todavia negou a propriedade das drogas apreendidas. Alegou que estava com apenas uma balinha de maconha para o seu uso. Admitiu que informou aos policiais que havia mais drogas numa casa que alugou, mas que não sabia a quem a mesma pertencia. Por fim, declarou já ter sido presa outras vezes e que vende drogas, desde os 13 anos de idade (fl. 11, do IP). O procedimento investigatório foi conclusivo quanto ao tráfico de drogas, praticado pela Denunciada. Todas as circunstâncias do fato, local onde ocorreu o flagrante, postura da Acusada, substâncias apreendidas, forma de acondicionamento e quantidade, depoimentos e declarações obtidas no curso do inquérito policial, demonstram a destinação da droga para fins de tráfico subsumindo-se o comportamento da Denunciada a uma das múltiplas condutas do crime de tráfico de drogas". Por economia processual e em atenção ao princípio da duração razoável do processo, adoto, como próprio, o relatório da sentença (ID n. 168635480), prolatada pelo Juízo de Direito da 3ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA. Ademais, acrescenta-se que finalizada a instrução processual, o Juízo a quo julgou procedente a denúncia e condenou a ré, DARFINE SANTA ISABEL DOS SANTOS, como incurso na pena do art. 33, caput, da Lei 11.343/06. Foi estabelecida a reprimenda definitiva em 04 (quatro) anos de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa, em regime inicial aberto, concedido o direito de recorrer em liberdade. Inconformada com o r. decisorio, a defesa interpôs recurso de apelação (ID n. 168635486), com as respectivas razões (ID n. 168635510). Na oportunidade, requereu a desclassificação do tipo do art. 33, para o crime do art. 28, da Lei nº 11.343/06. Além disso, na dosimetria da pena, pugnou pelo reconhecimento da menoridade e afastamento da súmula 231, do STJ, além da aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, em seu patamar máximo. Em manifestação constante no ID n. 16863551, o Ministério Público apresentou contrarrazões, nas quais requereu o conhecimento e improvimento do recurso. A Procuradoria de Justiça – ID n. 24670388 –, opinou pelo conhecimento e não provimento do apelo, a fim de que seja mantida inalterada a sentença vergastada. É o relatório. Salvador/BA, 05 de maio de 2022. JUIZ SUBSTITUTO DE SEGUNDO GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0701327-86.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia Advogado (s): 02 VOTO Vistos. Presentes os requisitos de admissibilidade dos recursos, passo ao enfrentamento das teses suscitadas pelos apelantes. I. DA AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. ART. 33, DA LEI Nº 11.343/2006. De início, a acusada pugna pela sua absolvição, alegando insuficiência probatória. Em princípio, importa registrar que o crime de tráfico pode ser evidenciado por vários indícios, como a quantidade de drogas, sua

forma de embalagem, a natureza da substância, como também pela prova testemunhal. Sendo um crime de atividade essencialmente clandestina, a prova flagrantial do comércio não se torna indispensável, desde que apontada sua ocorrência por outros meios probatórios. Assim, não é apenas a quantidade de tóxico que define o tipo penal, mas sim a conduta do agente em razão das circunstâncias apuradas. Nas palavras de : “(...) A Lei estabeleceu uma série (enorme) de critérios para se descobrir se a droga destina-se (ou não) a consumo pessoal. São eles: natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente. (...) A quantidade de droga, por si só, não constitui, em regra, critério determinante. [...] Daí a necessidade de se valorar não apenas um critério (o quantitativo), senão todos os fixados na Lei. [...]” (Nova Lei de Drogas Comentada. São Paulo, RT, 2006, p. 132-133.) A respeito das alegações recursais, é forçoso esclarecer que a materialidade delitiva se encontra demonstrada do Auto de Exibição e Apreensão (ID n. 168635378, fls. 10) e do laudo pericial (ID nº 168635388), o qual revela que a substância apreendida é cannabis sativa L (maconha). Acerca da autoria, a prova testemunhal autoriza o édito condenatório proferido. Senão vejamos: “Que a acusada foi pega com entorpecente. Que durante o serviço foi informado que havia indivíduos vendendo drogas na localidade. Que a acusada estava com outros elementos e que a droga foi encontrada com a acusada. Que a droga estava na mão dentro de uma sacola, fracionadas já para venda e que a substância era análoga a maconha. Que a acusada integrava a facção BDM. Que a acusada levou a guarnição até a residência dela e que não tinha ninguém dentro da casa. Que dentro da casa foi encontrado maconha. Que já tinha abordado a acusada outra vez. Que abordou a acusada por estar em local de vendas de entorpecentes. Que a acusada não foi agredida e nem tocada, não houve a revista pessoal; [...]” (Depoimento do SD PM , mídia audiovisual) “Que chegando ao local, encontraram a acusada e um grupo que correu, mas a acusada ficou. Que não existiu toque, só revistou o saco que a acusada estava na mão. Que foi encontrado com a acusada maconha própria para vendas, separadas em embalagens. Que não foi a primeira vez que abordou a acusada. Que antes da prisão ela nunca foi encontrada com droga. Que a acusada é da facção BDM. Que na residência da acusada, indicada por ela tinha drogas. Que a acusada comercializava em Cajazeiras porque teve problemas no Bairro do Lobato. Que outro colega da guarnição já tinha feito abordagem da acusada em Cajazeiras. Que a acusada não reagiu à prisão. Que a acusada falou ser estagiária da Defensoria Pública. Que o saco estava na posse da acusada; [...]” (Depoimento do SD PM , mídia audiovisual) “Que estava em ronda na localidade, avistaram um grupo de pessoas vendendo drogas, chegando ao local algumas pessoas correram mas a acusada permaneceu e foi encontrado com ela uma certa quantidade de droga análoga a maconha. Que ao continuar com algumas indagações a acusada falou que tinha droga em casa, ao que acompanharam ela até a residência e lá chegando encontraram uma quantidade de droga. Que a droga estava no bolso da calça/bermuda da acusada. Que o depoente e demais colegas foram até a residência da acusada e a droga estava próximo a uma caixa dentro de um cômodo, aparentemente um quarto. Que foi a acusada que indicou o local da droga na residência e que nunca prendeu a acusada antes. Que a acusada falou ser de uma facção da Cidade Baixa e que tinha sido liberada a pouco tempo pois foi pega, pela Rondesp, com uma quantidade de drogas. Que na rua onde a acusada foi presa tem uma escadaria onde provavelmente usa para

o tráfico de drogas e a acusada não tentou fugir. Que a acusada falou que trabalhava na Defensoria. Que a droga estava fracionada para venda. Que a acusada falou que o local era a residência dela e chegando lá tinha uma pessoa menor de idade. Que a acusada não reagiu e que não se recorda quem fez a busca pessoal na acusada. Que a casa onde a acusada levou a guarnição não estava mobiliada; [...]." (Depoimento do SD PM , mídia audiovisual) Apesar de negar a traficância em juízo, em sede inquisitorial, a acusada afirmou (ID n. 168635378):" (...) que vende maconha pelo valor de R\$ 10,00 (dez reais) e que pertence ao BDM (...) ". Assim, apesar da tese do acusado, as provas coligidas apontam, à saciedade, a autoria do delito previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, não havendo que se falar em dúvida razoável, uma vez inconteste os elementos de prova. Como transcrito acima, todos os agentes da polícia confirmaram que encontraram a ré portando e armazenando entorpecentes, destinados à venda. Sabe-se, ainda, que as declarações emanadas pelos agentes públicos, no exercício da função, são dotadas de presunção relativa de legitimidade, por isso, não havendo elementos concretos em sentido contrário nos autos, tem-se que a prova produzida é uníssona quanto à autoria delitiva. É importante destacar que os depoimentos prestados pelos policiais também são válidos para fundamentar um decreto condenatório. Nesta linha, leciona : "[...] não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha. Realmente, o depoimento de policial só não tem valor quando se demonstra ter interesse na investigação e não encontra sustentação alguma em outros elementos probatórios." (Processo Penal. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 306). (g.n.) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é assente no sentido de que: "[...] é válida a prova constante em depoimento policial, pois a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. (...) "os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante constituem prova idônea, como a de qualquer outra testemunha que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestados em juízo, sob o crivo do contraditório, aliado ao fato de estarem em consonância com o conjunto probatório dos autos." (RTJ 68/64) (g.n.) De mais a mais, as alegações da acusada, quando em cotejo com os elementos de prova no processo, se apresentam inverossímeis e, então, indignas para elidir a presunção de veracidade das afirmações emanadas pelos agentes públicos no exercício das funções. Portanto, inexistente fundamento jurídico para a absolvição da acusada, sendo legítima a sua condenação quando comprovado que a apelante "guardava/trazia consigo" substâncias entorpecentes ilícitas. II. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES PARA O ART. 28, DA LEI 11.343/06. Noutro rumo, a pretendida desclassificação do crime de tráfico, para o delito previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, é pleito que não merece acolhimento por este Tribunal. A este respeito, impende registrar que o art. 28, da Lei 11.343/2006, consagra a figura do porte de entorpecentes para consumo pessoal, constituindo uma das principais alterações promovidas pelo legislador acerca da política criminal relativa ao usuário de drogas, haja vista a modificação implementada no preceito secundário do tipo, notadamente, com a exclusão da pena privativa de liberdade, in verbis: Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os

efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. [...] Trata-se de crime de perigo abstrato ou presumido, pois dispensa a comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado pela norma penal. Além disso, o delito é punido exclusivamente a título doloso e depende da configuração do elemento subjetivo especial, qual seja, o consumo pessoal. Nessa esteira, quanto à impossibilidade de desclassificação do delito do art. 33 para o previsto no art. 28, da Lei 11.343/2006, quando as circunstâncias do caso concreto não guardem sintonia com o disposto no § 2º, do referido diploma normativo, vejamos:

APELAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA POR CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, "CAPUT", DA LEI Nº 11.343/06) – RECURSO DEFENSIVO REQUERENDO ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS – PLEITO SUBSIDIÁRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA PREVISTA NO ART. 28 DO MESMO DIPLOMA (PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL) – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS – VALIDADE DOS DEPOSITOS DOS POLICIAIS – DESCLASSIFICAÇÃO INVIÁVEL – CONDENAÇÃO DE RIGOR – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

I – Sentença que julga procedente a pretensão punitiva para condenar o Réu como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, fixando-lhe pena definitiva de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, além de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor mínimo legal, concedendo o direito de recorrer em liberdade. II – Recurso da Defesa requerendo absolvição por falta de provas de que a droga pertencia ao Apelante, bem assim de que a substância apreendida fosse destinada ao tráfico. Em caráter subsidiário, requer a desclassificação da conduta para porte de droga para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/06). III – Materialidade e autoria comprovadas, de forma indubitosa, pelas provas coligidas, como atestam o Auto de Prisão em Flagrante de fls. 05/12, Auto de Exibição e Apreensão de fls. 13, Laudo Preliminar de fls. 40 e Laudo Definitivo de fls. 41, bem assim pelos depoimentos testemunhais colhidos, tanto na fase de Inquérito quanto ao longo da instrução (fls. 57, fls. 58 e fls. 59). IV – Pleito desclassificatório de inviável acolhimento, posto que as circunstâncias não guardam sintonia com o disposto no § 2º, do art. 28, da Lei Antidrogas, a exemplo da quantidade da droga apreendida, como, também, a maneira com que embalada, distribuída em várias porções individuais, evidenciando que a substância entorpecente não se destinava a mero consumo pessoal. V – O crime de tráfico não reclama, para sua configuração, o ato de venda da substância ilícita, eis que 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", de modo que a só realização de uma delas já é suficiente para comportar a condenação. VI – Condenação de rigor. Penas-base fixadas no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa, mantidas, na segunda etapa, em face da inexistência de circunstâncias que implicassem modificação. Em seguida, considerando que o Réu atendia aos requisitos para concessão do benefício previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, foi efetuada a redução das reprimendas na fração máxima de 2/3 (dois) terços, restando, portanto, definitivas, em desfavor de , penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, além de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo, assegurando-lhe, ainda, a substituição da sanção corporal na forma do art. 44 do CP. VII – Parecer da Procuradoria de Justiça pelo improvimento do Apelo. VIII – RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (Apelação nº 0501575-12.2016.8.05.0001, Relator: ,

1ª Câmara Criminal – 2ª Turma, Publicação em: 20/03/2019). Portanto, considerando a natureza, a quantidade, o local e as condições em que se desenvolveu a ação, inexistem razões que aparem a desclassificação do delito para o previsto no art. 28, da Lei 11.343/2006, de sorte que em nosso entender, agiu com acerto o juízo a quo. III. DOSIMETRIA DA PENA. É sabido que o cálculo da pena privativa de liberdade, no ordenamento jurídico-penal brasileiro, obedece ao denominado sistema trifásico, que consiste na aplicação prática do princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, CF/88). III.I. DA PRIMEIRA FASE. Na primeira fase da dosimetria, estabelece-se a pena-base, atendendo-se às circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, bem como, no caso do delito sub examine, das circunstâncias previstas no art. 42, da Lei 11.343/06. Conforme sedimentado pela doutrina e jurisprudência pátria, neste primeiro momento, a autoridade judiciária está atrelada aos limites mínimo e máximo abstratamente estabelecidos no preceito secundário do tipo, de modo que a pena-base somente se afastará do patamar mínimo caso estejam presentes circunstâncias judiciais desfavoráveis. No caso dos autos, o juízo a quo não valorou negativamente qualquer circunstância judicial, assim, fixou a pena-base em cinco anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. III.II. DA SEGUNDA FASE. Já na segunda fase da dosimetria, o juízo primevo corretamente identificou a inexistência de circunstâncias agravantes, bem como reconheceu a incidência da atenuante prevista no art. 65, do inciso I, do CP, todavia, deixou de proceder sua valoração, tendo em vista que a pena foi fixada no mínimo legal e a redução, aquém deste limite, violaria o entendimento contido na Súmula 231, do STJ. Não obstante, a apelante postula que seja fixada a pena abaixo do mínimo legal, aplicando-se concretamente a supracitada circunstância atenuante, afastando-se a incidência da súmula 231 do STJ. Ocorre que, esta Corte possui entendimento consolidado e uníssono ao do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, de acordo com a Súmula n. 231 do STJ – “A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal” –, descabe a redução da pena na segunda fase da dosimetria a patamar aquém do mínimo legal em razão da existência de circunstância atenuante – in casu, a confissão. Conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial pátrios, as circunstâncias da segunda fase de aplicação da pena, sejam atenuantes ou agravantes, não tem o condão de fixar a pena abaixo ou acima dos limites cominados legalmente. Na lição de (2014, p. 249): “O legislador, na fase de criação, tipifica a conduta e comina as sanções correspondentes em margens mínimas e máximas, ao passo que o juiz, na fase de aplicação da lei, dentro dessas margens, estabelece a quantidade certa como retribuição pela conduta realizada.”. Nesse sentido, pode-se observar os seguintes julgados desta Corte: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO E TRÁFICO DE DROGAS. PRELIMINAR DE NULIDADE DO RECONHECIMENTO FOTOGRÁFICO. REJEIÇÃO. ART. 226 DO CPP APRESENTA RECOMENDAÇÃO E NÃO FORMALIDADE OBRIGATÓRIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DO ROUBO COMPROVADOS. ESPECIAL VALOR AO DEPOIMENTO DA VÍTIMA E DOS POLICIAIS. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA (ART. 386, V, CPP). REVISÃO DA DOSIMETRIA. PLEITO DE AFASTAMENTO DAS MAJORANTES DO EMPREGO DE ARMA DE FOGO E CONCURSO DE PESSOAS. REJEIÇÃO. SÚMULA 07 DESTA E. TJBA. APLICAÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. REJEIÇÃO. SÚMULA 231 DO STJ. 1 – A jurisprudência dos Tribunais Superiores já consolidou o entendimento de que o art. 226 do CPP configura mera recomendação e eventual inobservância não gera nulidade, notadamente quando outros elementos de prova lastrearam a condenação. [...] 7 – Com

toda vênia às vozes doutrinárias e jurisprudenciais em sentido contrário, não merece prosperar a tese defensiva de diminuição da pena intermediária abaixo do mínimo legal pela incidência de circunstância atenuante, haja vista a vedação expressa da súmula n. 231 do STJ [...] Preliminar rejeitada e, no mérito, dado parcial provimento ao recurso. (TJ-BA – APL: 05026866220178050141, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA, Data de Publ.: 12/09/2019) APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006). ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 28 DA MENCIONADA LEI. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE E DA AUTORIA DA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. INVIABILIDADE DE REDUÇÃO. APLICAÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. DESCABIMENTO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO REFERIDO DISPOSITIVO LEGAL. APLICAÇÃO DAS ATENUANTES DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E DA MENORIDADE. DESCABIMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Demonstradas de forma inequívoca a autoria e materialidade do crime de tráfico de drogas, insculpido no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, impossível cogitar-se da absolvição dos Acusados, bem como da desclassificação para o crime previsto no art. 28 da mencionada Lei. 2. Fixada a pena-base no mínimo legal, resta demonstrada a inviabilidade de aplicação de circunstâncias atenuantes, incidindo o teor da Súmula 231 do STJ, in verbis: "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal". 3. Não preenchidos os requisitos contidos no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, inviável a aplicação da causa de diminuição prevista no mencionado dispositivo legal. (TJ-BA – APL: 00005091520168050014, Relatora: , Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Data de Publ.: 15/06/2018) Assim, como a pena-base dos Apelante restou fixada no mínimo legal (05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa), mesmo sendo reconhecida a atenuante, é inviável a sua incidência em razão do entendimento firmado na súmula acima mencionada. Além disso, o Supremo Tribunal Federal, em tese submetida ao regime de repercussão geral – Tema 0158 –, ratificou a jurisprudência da Corte da Cidadania e consignou a tese de que "Circunstância atenuante genérica não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal" (RE 597270 Q0-RG, STF). Desse modo, não havendo agravantes, mantém-se a pena-intermediária, reflexo da pena-base dos apelantes, em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. III.III. DA TERCEIRA FASE. Na terceira e última fase da dosimetria, o juízo a quo constatou a inexistência de causas de aumento da pena e reconheceu a incidência de causa especial de diminuição prevista no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, justificando, desse modo, a não aplicação do redutor em seu patamar máximo: "Verifica-se que a ré faz jus à redução da pena, na proporção de 1/5, pois, apesar de não possuir condenação transitada em julgado, responde a outra Ação Penal, por tráfico de drogas, além de registro na Vara da Infância e Juventude. Soma-se a isto, as circunstâncias que envolveram o cometimento da infração penal em julgamento, com a apreensão de maconha já prontas para a mercancia e o local da prisão, motivos estes, que justificam a não aplicação do redutor em seu patamar máximo. Ademais, não consta causa de aumento." (sentença, ID nº 14637484) Em suas razões recursais, a apelante pleiteia a concessão da benesse relativa ao tráfico privilegiado (§ 4º do art. 33), em seu patamar máximo, tendo em vista as suas circunstâncias pessoais favoráveis. A este respeito, sabe-se que o § 4º do art. 33, da Lei 11.343/2006, prevê a figura do "traficante privilegiado", também denominada de "traficância

eventual” e possui a natureza jurídica de causa de diminuição de pena a ser aplicada na terceira fase da dosimetria da pena. Tal benesse serve, portanto, “como fator de distinção entre os neófitos e os criminosos contumazes, que representam maior periculosidade social” (GRECO, Rogério. Curso de Direito Penal: parte especial, volume III – 11. ed, Niterói, RJ: Impetus, 2014, pág. 275). Assim estabelece o texto legal: § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (g.n.) Da leitura do texto normativo, infere-se que para ter direito à aludida minorante é necessário o preenchimento de quatro requisitos: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) não dedicação a atividades criminosas; e d) não integração à organização criminosa. A jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça é majoritária quanto à necessidade de preenchimento de todos dos requisitos, de forma cumulativa, pelo réu, para que este faça jus à benesse. É o que dispõe a seguinte Tese: “A causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas só pode ser aplicada se todos os requisitos, cumulativamente, estiverem presentes”. (g.n.) (Vide HC 320278/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, Julgado em 01/09/2015,DJE 15/09/2015; HC 326462/RS, Rel. Ministro , Julgado em 25/08/2015,DJE 11/09/2015; HC 328775/RS, Rel. Ministra , Julgado em 25/08/2015,DJE 11/09/2015; HC 320701/SP, Rel. Ministro (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, Julgado em 01/09/2015,DJE 11/09/2015; AgRg no AREsp 685490/MG, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, Julgado em 20/08/2015,DJE 28/08/2015; AgRg no AREsp 469304/MG, Rel. Ministro , Julgado em 04/08/2015,DJE 20/08/2015). Entretanto, neste ponto não andou bem o Juízo a quo, pois há prova nos autos que a apelante integra facção criminosa, não fazendo jus à benesse do tráfico privilegiado. Consoante acima transcrito, verifica-se que policiais inquiridos em Juízo afirmaram que a apelante seria integrante da facção criminosa conhecida pela sigla BDM, o que demonstra dedicação a atividades criminosas. Some-se a isso que à apelante foi aplicada, de maneira definitiva, medida socioeducativa, nos Autos do Processo de n. 0505645-38.2017.8.05.0001, por prática de ato infracional análogo ao crime de tráfico de entorpecentes, além de figurar como ré em outra ação penal, também por tráfico de entorpecentes, que tramita perante a 2ª Vara de Tóxicos de Salvador (0703482-62.2021.8.05.00010), o que reforça a afirmação das testemunhas no sentido de ser ela membro do BDM. Ressalte-se, ainda, que o STJ, no EREsp 1916596-SP, decidiu que “o histórico de ato infracional pode ser considerado para afastar a minorante do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, por meio da fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal com o crime em apuração”(STJ. 3ª Turma. EREsp 1916596-SP, Rel. Min. , Rel. Acd. Min. , julgado em 08/09/2021) Não obstante, estar convencido que a apelante não deveria ser beneficiada com a causa de especial diminuição da pena em análise, em se tratando de recurso exclusivo da defesa, sua penalidade não pode ser majorada, em respeito ao princípio do non reformatio in pejus. Dessa forma, entendo que a reprimenda definitiva deve ser confirmada, impondo-se à apelante a pena de 04 (quatro) anos, a ser cumprida em regime aberto, bem como à pena de 400 dias-multa, correspondente a 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato delituoso. IV. CONCLUSÃO Ante o exposto, voto pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO do recurso de apelação interpostos, mantendo-se a sentença

combatida in totum. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ SUBSTITUTO
DE SEGUNDO GRAU – RELATOR