

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Apelação nº: 0002283-86.2018.8.05.0248 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTES: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotora de Justiça: Defensora Pública: APELADOS: Defensora Pública: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotora de Justiça: Procuradora de Justiça: Assunto: Tráfico de Drogas ACORDÃO EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS SIMULTÂNEAS. TRÁFICO DE DROGAS. RÉU CONDENADO A PENA DE 03 (TRÊS) ANOS E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL ABERTO, E AO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, À RAZÃO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE AO TEMPO DO FATO DELITUOSO, A QUAL FOI SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. RECURSO DO RÉU: 1. PRELIMINARES: 1. 1. NULIDADE, ANTE A INEXISTÊNCIA DE DECISÃO QUE RECEBE A DENÚNCIA. REJEIÇÃO. RECEBIMENTO IMPLÍCITO DA EXORDIAL. 1.2. NULIDADE, FACE A AUSÊNCIA DE ENTREVISTA RESERVADA COM O RÉU. REJEIÇÃO. PRESENÇA DE DEFENSOR PÚBLICO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO PROCESSUAL. TERMO DE INTERROGATÓRIO, ID 43879773, QUE CONFIRMA QUE FOI CONCEDIDA ENTREVISTA PRÉVIA ENTRE O RÉU E O DEFENSOR PÚBLICO EM ATENDIMENTO AO DISPOSTO NO ART. 185, § 5º DO CPP. 2. MÉRITO: 2.1. PLEITO PELA DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO DO ARTIGO 28, DA LEI 11.343/2006. IMPROVIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO, DIVERSIDADE DE DROGAS, FORMA DE ACONDICIONAMENTO E APREENSÃO DE OBJETO CORRELATO À ATIVIDADE ILÍCITA (BALANÇA DE PRECISÃO). CARACTERIZAÇÃO DA DESTINAÇÃO DA DROGA PARA A COMERCIALIZAÇÃO. 2.2. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. INVIABILIDADE. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. APREENSÃO DE APETRECHO RELACIONADO À TRAFICÂNCIA, CONFISSÃO DO RÉU EM FASE INQUISITIVA, ID 43878438, FLAGRANTE OCORRIDO EM LOCAL RECONHECIDAMENTE DE COMÉRCIO ILEGAL DE DROGAS, RÉU CONHECIDO DOS MEIOS POLICIAIS E QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL, PELO MESMO DELITO, CIRCUNSTÂNCIAS QUE, CONJUGADAS, CARACTERIZAM A DEDICAÇÃO DO RECORRENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. 2.3. PLEITO PELO RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.343/2006. DESCABIMENTO. INEXISTÊNCIA DE EFICÁCIA NAS DECLARAÇÕES DO RÉU. MERA CONFISSÃO QUE NÃO SE CONFUNDE COM DELAÇÃO. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO 1. PLEITO PELO AFASTAMENTO DA FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL, ANTE O RECONHECIMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. PROVIMENTO. SÚMULA 231 DO STJ. PRECEDENTES. PENA REDIMENSIONADA. 5. CONCLUSÃO: CONHECIMENTO, REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES E IMPROVIMENTO DO RECURSO DO RÉU E CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Vistos, relatados e discutidos estes Autos de APELAÇÕES CRIMINAIS sob nº 0504655-95.2018.8.05.0103, da Comarca de Serrinha/BA em que figuram como Apelantes MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e e e MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, pelo CONHECIMENTO, REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES E IMPROVIMENTO DO RECURSO DO RÉU E PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, PARA REDIMENSIONAR A PENA PARA 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL ABERTO, E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, À RAZÃO DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS, MANTIDOS OS DEMAIS TERMOS DA SENTENÇA, conforme voto do Relator, consoante certidão de julgamento. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 4 de Setembro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Apelação nº:

0002283-86.2018.8.05.0248 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma  
APELANTES: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotora de Justiça:  
Defensora Pública: APELADOS: Defensora Público: MINISTÉRIO PÚBLICO DO  
ESTADO DA BAHIA Promotora de Justiça: Procuradora de Justiça: Assunto:  
Tráfico de Drogas RELATÓRIO Trata-se de Apelações Criminais interpostas  
pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e , em face de sentença  
prolatada pelo Juízo de Direito da Vara Criminal da Comarca de Serrinha/  
BA, nos autos da Ação Penal em epígrafe. Narra a inicial, ID 43878436, in  
verbis: (...) “No dia 31 de agosto de 2018, por volta das 13h, na Rua Boa  
Esperança, bairro Rodagem, no município de Serrinha/BA, o Denunciado foi  
flagrado trazendo consigo drogas ilícitas, tipo cocaína, crack e maconha,  
com o objetivo de tráfico. Segundo se apurou, os policiais militares  
receberam denúncia de que o Denunciado estava comercializando drogas.  
Realizada diligência, o Acusado foi localizado, quando foi questionado  
sobre a droga, o Denunciado entregou um pote contendo 10 (dez) petecas de  
pó – cocaína, 02 (duas) pedras de crack e 04 (quatro) dolões de maconha,  
além de uma balança de precisão. A droga apreendida com o denunciado  
corresponde a duas pedras de substância amarelada, com massa líquida de 02  
g (dois gramas); quatro trouxinhas de erva seca, com massa total de 05 g  
(cinco gramas) e dez trouxinhas de substância esbranquiçadas, totalizando  
08 g (oito gramas), que após exames, confirmou a presença de cocaína e  
maconha nas amostras apresentadas. A quantidade e variedade da droga, além  
da balança de precisão confirmam a destinação para mercância. O  
denunciado, em interrogatório policial, reconheceu que tinha as drogas  
para fins de comercializá-las na Vaquejada. Dessa forma, verifica-se que o  
Denunciado praticou o crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06,  
logo está incurso nas sanções ali anunciadas.” O Réu apresentou Defesa  
Prévia no ID 43878451. A denúncia foi recebida no dia 03/09/2018, ID  
43878452. O Auto de Exibição e Apreensão, os Laudos de Constatação e de  
Exame Pericial encontram-se no ID 43878438 e 43879776. As oitivas das  
testemunhas e o interrogatório foram colacionados no ID 43878458 (PM ),  
43879771 (PM ) e 43879773 (Réu). As alegações finais, em memoriais, foram  
oferecidas no ID 43879779 e 43879780. Em 03/04/2020, ID 43879784, foi  
prolatada sentença que julgou procedente a denúncia para condenar o Réu  
pela prática do crime descrito no artigo 33, caput, da Lei n.º  
11.343/2006, a um pena de 03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão, em  
regime inicial aberto, e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias multa, cada  
um no valor equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo  
do fato delituoso, a qual foi substituída por duas restritivas de direitos  
(Prestação de Serviços à Comunidade e Interdição Temporária de Direitos).  
Na oportunidade, foi concedido ao réu o direito de recorrer em liberdade.  
Irresignado, o Ministério Público interpôs Recurso de Apelação em  
22/06/2020, ID 43879785, pleiteando a reforma da decisão para “afastar o  
reconhecimento das circunstâncias atenuantes e a consequente fixação da  
pena abaixo do mínimo legal.” Nas contrarrazões, ID 43879791, a Defesa  
refutou os argumentos do apelo interposto e requereu que seja negado  
provimento ao recurso. Igualmente, irresignada, a Defensoria Pública  
interpôs Recurso de Apelação em 21/08/2020, ID 43879797, requerendo: “a)  
seja o presente apelo conhecido e, no mérito, provido, reformando-se a r.  
sentença, ora impugnada, para declarar a nulidade da sentença e de todos  
os atos anteriores à defesa prévia do apelante, ante a inexistência de  
decisão que recebe a denúncia; b) a declaração de nulidade da audiência do  
Apelante realizada por videoconferência, reformando-se a sentença, para o  
fim de promover o ato com a presença física deste, nos termos legais e

consequente repetição de todos os atos a ela posteriores; c) Subsidiariamente, seja reformada a sentença condenatória para desclassificação da conduta para a do art. 28 da Lei 11.343/06; d) Subsidiariamente, seja reformada a sentença condenatória para o reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 41 e art. 33, 84º, da Lei 11.343/06; e) intimação pessoal da Defensoria Pública que atua perante esse e. Tribunal de Justiça, de todos os atos processuais, inclusive para fins de sustentação oral quando do julgamento do presente recurso, e a contagem dos prazos processuais em dobro, na forma do inciso I, do art. 44, da Lei Complementar n. 80/94.” Nas contrarrazões, ID 43879806, o órgão Ministerial pugnou pelo provimento em parte do presente recurso, para confirmar a sentença condenatória pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, e reconhecer a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. A decisão de ID 44875031, considerando que os autos foram distribuídos à 6ª Turma Recursal dos Juizados Especiais para apreciação da Apelação e que o feito não tramita sob o rito da Lei 9.099/95, determinou a redistribuição dos presentes autos ao Tribunal de Justiça. Os autos foram distribuídos por livre sorteio, em 29/05/2023, ID 45392441. Em manifestação, ID 45743623, a Procuradoria de Justiça requereu a juntada das mídias, com o intuito de viabilizar a confecção do parecer, o que se vê disponibilizado no ID 47721742. No parecer de ID 47847488, a Procuradoria de Justiça se manifestou pelo “CONHECIMENTO de ambos os Apelos, IMPROVIMENTO do Recurso do réu e PROVIMENTO da Apelação do Ministério Público.” Os autos vieram conclusos em 24/07/2023. É o relatório. Salvador/BA., data registrada em sistema. Desembargador RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Apelação nº: 0002283-86.2018.8.05.0248 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTES: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotora de Justiça: Defensora Pública: APELADOS: Defensora Público: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Promotora de Justiça: Procuradora de Justiça: Assunto: Tráfico de Drogas VOTO I – DOS PRESSUPOSTOS RECURSAIS Conhece-se dos recursos, eis que presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade. II – DAS PRELIMINARES RECURSO DA DEFESA DA NULIDADE DO FEITO, ANTE A INEXISTÊNCIA DE DECISÃO QUE RECEBE A DENÚNCIA A Defesa sustenta a nulidade da sentença e de todos os atos posteriores ao oferecimento da inicial, ao argumento de que não há nos autos a decisão que recebe a denúncia. Sem cabimento. Extraí-se dos autos, ID 43878445, que fora determinada pela Magistrada a notificação do acusado para, no prazo de 10 (dez) dias, oferecer a defesa prévia por escrito, a qual se vê apresentada, através da Defensoria Pública, no ID 43878451. Nota-se que, após o recebimento e análise da referida peça, foi, então, designada a audiência de instrução e julgamento, dando regular prosseguimento ao feito. Por oportuno, transcreve-se o despacho, ID 43878452: “(...) 1-Designo Audiência de Instrução e Julgamento para o dia 02/04/2019, às 11:00 horas. Intimações necessárias. 2-Intimem-se. Cumpra-se. (...)” Com efeito, o despacho acima transcrito configura inequívoco recebimento da denúncia, ainda que implícito, tendo em vista que a Magistrada, ao assim agir, analisou os requisitos legais e, procedendo ao juízo de admissibilidade, entendeu que a exordial se encontrava formalmente perfeita, designando dia e hora para a instrução processual do feito. Nesse sentido: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ATO OBSCENO. RECEBIMENTO TÁCITO DA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA

DE DIREITOS. AUSÊNCIA DE DIALETICIDADE RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E NÃO PROVIDO. 1. Segundo a jurisprudência desta Corte Superior, tem-se por recebida tacitamente a denúncia quando o magistrado praticar atos inerentes ao prosseguimento do feito. Portanto, nos procedimentos ordinário e sumário, o despacho que ordena a citação constitui o marco processual referente ao recebimento da inicial acusatória, ainda que não haja decisão expressa sobre esse ato. 2. [...] 5. Agravo regimental parcialmente conhecido e não provido. (grifos acrescidos) (AgRg no AREsp n. 2.295.338/SC, relator Ministro , Sexta Turma, julgado em 13/6/2023, DJe de 27/6/2023.) PROCESSO PENAL. RECURSO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO DUPLAMENTE QUALIFICADO E ROUBO DUPLAMENTE MAJORADO. RECEBIMENTO IMPLÍCITO DA DENÚNCIA. POSSIBILIDADE. PRISÃO PREVENTIVA. EXCESSO DE PRAZO PARA A FORMAÇÃO DA CULPA. NÃO OCORRÊNCIA. RAZOABILIDADE. NÃO OCORRÊNCIA DE DESÍDIA ESTATAL. COMPLEXIDADE DO FEITO. PARECER MINISTERIAL PELO DESPROVIMENTO DO RECURSO. 1. O entendimento firmado pelo Tribunal de origem no julgamento do writ originário está em conformidade com a jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual "a decisão que recebe a denúncia se trata de ato que dispensa maior fundamentação, não se subsumindo à norma insculpida no art. 93, inciso IX, da Constituição da República. Assim, admite-se, inclusive, o recebimento tácito ou implícito da denúncia, justamente diante da ausência de formalidade que o ordenamento jurídico empresta ao ato judicial em questão." (AgRg no RESp n. 1.450.363/MG, de relatoria do Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 20/6/2017, DJe 30/6/2017.) 2. No caso dos autos, protocolada a denúncia, foi oportunizada à defesa a resposta à acusação, após o que o magistrado entendendo estarem presentes os requisitos para recebimento da denúncia, recebeu-a e designou data para a realização da audiência de instrução. Desse modo não há que se falar em nulidade ou prejuízo para a defesa no procedimento adotado pelo Juízo processante. 3. [...] 4. Recurso desprovido, mas com recomendação de celeridade no julgamento da Ação Penal n. 0508991-17.2018.8.05.0274. (grifos acrescidos) (RHC n. 113.973/BA, relator Ministro , Sexta Turma, julgado em 3/3/2020, DJe de 12/3/2020.) Dessa forma, não há que se falar em nulidade, restando rejeitada a preliminar suscitada. DA NULIDADE, ANTE A AUSÊNCIA DE ENTREVISTA RESERVADA COM O ACUSADO A Defesa pleiteia o reconhecimento da nulidade da audiência de instrução realizada por videoconferência, aduzindo que não foi garantido ao acusado o direito de entrevista prévia e reservada com o seu Defensor e que não foi promovida a intimação pessoal do órgão da Defensoria Pública com atuação na Comarca de Feira de Santana/BA, onde o réu se encontrava recolhido. Da análise dos autos, conforme termo de audiência datado de 23/05/2019, ID 43878460, observa-se que a Defensoria Pública se fez presente à videoconferência, contudo, o ato não se realizou em razão da não intimação da testemunha. Na oportunidade, a Defesa foi intimada para novo ato designado para 04/06/2019, bem como se manifestou pela imprescindibilidade da intimação pessoal do Defensor Público com atribuição para atuar na sala de audiência e no presídio da Comarca de Feira de Santana, o que foi indeferido pela Magistrada, por entender que o pedido já havia sido cumprido mediante a intimação pessoal do Defensor Público, em exercício, na Vara Crime da Comarca de Serrinha/BA, tendo em vista a unidade da Defensoria Pública como órgão, não havendo necessidade da intimação do membro lotado na respectiva unidade de Feira de Santana. Ve-se, também, que a audiência de 04/06/2019 não ocorreu, diante da ausência da testemunha a ser ouvida. Ao ato, mais uma vez, fez-se presente o Defensor Público, Bel. , o qual reiterou o pleito pela

intimação pessoal da Defensoria Pública de Feira de Santana para o ato designado, o que foi, novamente, indeferido pela Magistrada, pelos mesmos fundamentos anteriormente explanados, ID 43878466. No ato instrutório ocorrido por videoconferência, em 16/07/2019, ID 43879773, quando foram colhidos os depoimentos da testemunha e interrogado o réu, encontrava-se presente o Defensor Público, Bel. . Nos termos do artigo 185, § 5º, do Código de Processo Penal, "em qualquer modalidade de interrogatório, o juiz garantirá ao réu o direito de entrevista prévia e reservada com o seu defensor; se realizado por videoconferência, fica também garantido o acesso a canais telefônicos reservados para comunicação entre o defensor que esteja no presídio e o advogado presente na sala de audiência do Fórum, e entre este e o preso". No caso em tela, da leitura do termo de interrogatório, ID 43879773, verifica-se a expressa menção de que, "na forma do art. 185 § 5º do CPP, foi concedida uma entrevista prévia entre o réu e o Defensor Público", tendo no referido termo constado, ainda, a assinatura do Defensor Público, Bel. , de maneira que inexiste qualquer mácula ao feito, já que assegurada a ampla defesa e o contraditório em todas as oportunidades da instrução processual e garantido ao acusado a oportunidade de se comunicar reservadamente com o seu Defensor Público. Nesse sentido: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. NEGATIVA DE O RÉU SE ENTREVISTAR COM O DEFENSOR PÚBLICO APÓS A OITIVA DAS TESTEMUNHAS E ANTES DO SEU INTERROGATÓRIO. ACUSADO QUE TEVE ACESSO AO ÓRGÃO DE ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA ANTES DO INÍCIO DO ATO E DURANTE A SUA INQUIRÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. EIVA NÃO CARACTERIZADA. 1. A jurisprudência deste Superior de Justiça não acolhe a alegação de nulidade do interrogatório quando efetivamente garantida a prévia entrevista do réu com seu defensor antes da sua oitiva em juízo. 2. Na espécie, o togado de origem permitiu que o recorrente consultasse seu defensor previamente à audiência de instrução e julgamento, somente não admitindo a suspensão do ato a fim de que pudessem novamente se comunicar após a colheita da prova oral, tendo registrado, outrossim, que a todo momento o órgão de assistência judiciária manteve contato verbal com seu patrocinado, o que revela o atendimento ao disposto no artigo 185, § 5º, do Código de Processo Penal e impede a anulação do ato, por ausência de demonstração do prejuízo. 3. Recurso desprovido. (grifos acrescidos) (RHC n. 81.060/PI, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 4/5/2017, DJe de 12/5/2017.) RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. HOMICÍDIO QUALIFICADO E TENTATIVA DE HOMICÍDIO QUALIFICADO. NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. MEDIDA QUE TERIA PERDURADO POR TEMPO SUPERIOR AO PREVISTO NO ARTIGO 5º DA LEI 9.296/1996. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. 1. [...] NULIDADE DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO. NEGATIVA DE O RÉU SE ENTREVISTAR COM O DEFENSOR APÓS A OITIVA DAS TESTEMUNHAS E ANTES DO SEU INTERROGATÓRIO. ACUSADO QUE TEVE ACESSO AOS SEUS ADVOGADOS ANTES DO INÍCIO DO ATO E A DURANTE A SUA INQUIRÇÃO. EXERCÍCIO DO DIREITO DE PERMANECER EM SILÊNCIO. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. EIVA NÃO CARACTERIZADA. 1. A jurisprudência deste Superior de Justiça não acolhe a alegação de nulidade do interrogatório quando efetivamente garantida a prévia entrevista do réu com seu defensor antes da sua oitiva em juízo. 2. Até mesmo nos casos em que não demonstrado o anterior contato do acusado com seu patrono, não se anula o interrogatório quando é negada a prática criminosa, ou o réu faz uso do direito de permanecer em silêncio. Precedentes. 3. Na espécie, a togada de origem permitiu que o recorrente consultasse seus advogados previamente à audiência de instrução e julgamento, somente não admitindo a

suspensão do ato a fim de que pudessem novamente se comunicar após a colheita da prova oral, tendo registrado, outrossim, que a todo momento os defensores mantiveram contato verbal com seu cliente, tanto que ele exerceu o direito de permanecer calado após ter sido orientado por seus procuradores, o que revela o atendimento ao disposto no artigo 185, § 5º, do Código de Processo Penal e impede a anulação do ato. [...] 3. Recurso parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido. (RHC n. 47.098/MG, relator Ministro (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 9/6/2015, DJe de 17/6/2015.) Dessa forma, rejeita-se a referida preliminar. III – MÉRITO DA DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/2006 A Defesa requereu a desclassificação da conduta para o crime previsto no artigo 28 da Lei de Drogas, aduzindo que o Apelante declarou ser apenas usuário de drogas, que a balança apreendida não era de sua propriedade e que os policiais que efetuaram a prisão em flagrante do acusado não o presenciaram praticando qualquer ato de comercialização. Não merece prosperar. Dispõe o artigo 28, § 2º, da Lei 11.343/2006: “Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trazer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: (...) § 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.” (...) Tomando por bases tais premissas, extrai-se do conjunto probatório que o Apelante não era apenas usuário de drogas, mas se valia da mercancia das substâncias entorpecentes. A tese trazida pela Defesa de que o acusado era usuário de entorpecentes destoa do arcabouço de evidências produzido, com nítido intuito de eximir o acusado de sua responsabilidade penal, objetivando uma desclassificação para delito mais brando. As testemunhas, SD/PM , ID 43878458, e SD/PM , 43879771, policiais militares que atuaram na diligência policial, relataram que foram informados pelo Serviço de Investigação, de que um elemento conhecido por “IURI” estaria comercializando drogas na Rua Boa Esperança, no bairro da Rodagem, na cidade de Serrinha/BA, e ao chegarem ao local e abordarem o acusado, o flagraram em poder das drogas, crack, maconha e cocaína, acondicionadas em forma de “petecas” e “dolões”, além de apreenderem, com ele, uma balança digital. Por oportuno, transcreve-se o conteúdo do Auto de Exibição e Apreensão, ID 43878438: (...) “10 (dez) peteca de pó, supostamente COCAÍNA, 02 (duas) pedras supostamente de CRACK e 04 (quatro) dolões aparentemente de e uma balança de precisão na cor prata, conforme Ocorrência Policial número 2576/2017, que foi apreendida em poder de: ” (sic) (...) Ilustrativamente, colaciona-se o julgado abaixo, donde se observa a importância das referidas circunstâncias para definir a existência ou não de mercancia no caso concreto: “APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS. INFORMAÇÕES DE USUÁRIOS. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS QUE PARTICIPARAM DO FLAGRANTE. NEGATIVA DE AUTORIA DESACOMPANHADA DE ELEMENTOS. DESCLASSIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONSUMAÇÃO. MERA AQUISIÇÃO, POSSE E GUARDA, PARA FINS DE MERCÂNCIA. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AUMENTO PROPORCIONAL E RAZOÁVEL. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DEDICAÇÃO ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS COMPROVADA. UTILIZAÇÃO DE ESTABELECIMENTO COMERCIAL PARA MERCÂNCIA DE DROGAS. DIREITO DE AGUARDAR O JULGAMENTO EM LIBERDADE. IMPOSSIBILIDADE. DESCUMPRIMENTO DAS MEDIDAS CAUTELARES FIXADAS. NOVA PRISÃO EM FLAGRANTE PELO MESMO DELITO. APELAÇÃO

CONHECIDA E IMPROVIDA. 1 – A materialidade do delito imputado à apelante de tráfico de drogas – se encontra comprovada pelo auto de apreensão e apresentação, pelo auto de exame preliminar e pelo laudo definitivo de exame em substância entorpecente, indicando que a droga apreendida se constituía em 28 pedras de crack (7,3 gramas), acondicionadas em invólucros e envoltos em papelotes laminados. A autoria, por seu turno, está sobejamente demonstrada pelo auto do flagrante e pelas declarações colacionadas durante a instrução processual de primeiro grau, sobretudo pelo depoimento dos policiais civis que participaram da prisão, bem como pelo interrogatório do então corréu. A existência de informações anteriores acerca da mercancia, que motivaram a diligência policial, a dinâmica da prisão em flagrante, a quantidade e a forma de acondicionamento da droga encontrada com a apelante, a negativa de autoria sem quaisquer verossimilhança, tudo isto assinala de forma veemente e incontornável que a droga apreendida com ela não se destinava ao uso próprio, mas sim à mercancia. 2 – O tipo penal previsto no caput do artigo 33 da Lei 11.343/06 é crime de natureza múltipla ou de conteúdo variado e a prática de qualquer das condutas descritas no preceito primário da norma autoriza a condenação pelo crime de tráfico, nas penas de seu preceito secundário. Para a configuração do referido delito se mostra desnecessário que o delinquente seja flagrado vendendo, oferecendo, ministrando, entregando ou ainda fornecendo a droga. Sua consumação se dá com o simples fato de adquirir, guardar ou ter em depósito, com a finalidade de comercialização. Assim, evidenciada a aquisição, a posse e a guarda, para fins de mercância, fatos esses demonstrados pelas circunstâncias constantes dos autos, já se tem o crime por consumado. 3 – [...] 6 – Apelação conhecida e improvida, à unanimidade, acordes com o parecer ministerial."(Grifos acrescidos) (TJPI APR 00011852820128180050 PI 201400010060950. Publicação: 23/06/2015) Ressalte-se que, segundo as testemunhas policiais, o Apelante se encontrava em local, sabidamente, onde se realizava a traficância de substâncias ilícitas, confessou, informalmente, tratar-se de drogas destinadas ao comércio espúrio e já era conhecido do SD/PM, o qual, anteriormente, o havia abordado em condições semelhantes. Assim, também, na fase inquisitiva, ID 43878438, o Apelante admitiu a conduta criminosa, afirmando que: "realmente a droga sua; Que a COCAÍNA conhecida por "RAIO", trouxeram pra mim de Feira de Santana/BA e pagou a quantia de R\$ R\$ 250,00 (duzentos reais); Que venderia cada pacotinho de "RAIO" pela quantia de R\$ 30,00 (dez reais); Que as pedras de CRACK (ÓLEO) iria vender cada pedra por R\$ 30,00 (trinta reais); Que a MACONHA (MASSA), seria para seu uso pessoal; Que aduz que tentaria vender a droga no Parque de Vaquejada; Que com o dinheiro iria gastar com cerveja e o restante iria comparar mais pó, para "cheirar até umas horas" na vaquejada de Serrinha; Que é usuário de CRACK, desde os 13 anos de idade; Que atualmente somente faz uso de e cheira pó; Que quando menor foi conduzido por drogas;" (sic) Ademais, importante salientar, ainda, que a condição de usuário não afasta, por si só, a traficância. Com efeito, as circunstâncias da prisão, a diversidade das drogas, o modo de acondicionamento, além da apreensão de instrumento correlato à prática do delito, balança de precisão, a qual o acusado, em Juízo, apenas negou a propriedade, mas não apontou quem seria o verdadeiro proprietário, tornam extreme de dúvidas a conduta criminosa. Nessa linha de entendimento: PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGA. (ART. 33, CAPUT, LEI Nº 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO RÉU.1)–TRÁFICO DE DROGA. 1.1)–PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA A DE POSSE DE

ESTUPEFACIENTE PARA CONSUMO PRÓPRIO. TESE NÃO ACOLHIDA. SUPOSTA CONDIÇÃO DE USUÁRIO QUE NÃO ILIDE A DE TRAFICANTE, QUANDO ESTA EXSURGE INEQUÍVOCA DOS AUTOS. PALAVRAS DOS POLICIAIS QUE ATUARAM NO FLAGRANTE, CONFIRMADAS EM JUÍZO, SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. ELEMENTOS DE CONVICÇÃO QUE POSSUEM ESPECIAL VALOR PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO MANTIDA. 1.2) [...] APELO CONHECIDO E DESPROVIDO, COM FIXAÇÃO DE HONORÁRIOS. (TJPR – 4ª Câmara Criminal – 0010358-45.2016.8.16.0033 – Pinhais – Rel.: DESEMBARGADORA – J. 28.11.2019) PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. RECEPÇÃO QUALIFICADA. MATERIALIDADE E AUTORIA. COMPROVAÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. USO DE DROGAS. RECEPÇÃO CULPOSA. INOCORRÊNCIA. ACERVO PROBATÓRIO. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. AVALIAÇÃO NEGATIVA. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Os depoimentos judiciais, firmes e coerentes, dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante do acusado, corroborados por outros elementos de convicção, constituem meio de prova idôneo a embasar o édito condenatório. 2. A alegação de que o acusado é usuário de drogas, por si só, não possui o condão de afastar o crime de tráfico de drogas, uma vez que é notório que as pessoas envolvidas com a prática desse delito, não raras vezes, também consomem essas substâncias entorpecentes, praticando a mercancia ilícita com o fim de sustentar o próprio vício. 3. Inviável a absolvição por insuficiência probatória quando as provas carreadas aos autos são harmônicas e aptas para demonstrar a conduta delituosa de receptação qualificada. Ao contrário, as circunstâncias singulares que permearam o fato comprovam o dolo do delito imputado ao réu, não havendo como prevalecer, por consequência, a tese desclassificatória para receptação culposa. 4. A natureza e a quantidade de drogas apreendidas são circunstâncias idôneas a fundamentar o aumento da pena-base, por força do que dispõe o artigo 42 da Lei de Drogas. 5. Recurso conhecido e desprovido. (grifos acrescentados) (Acórdão 1306853, 07244182520198070001, Relator: , 1ª Turma Criminal, data de julgamento: 3/12/2020, publicado no PJe: 16/12/2020. Pág.: Sem Página Cadastrada.) Dessa forma, nega-se provimento ao pedido de desclassificação da conduta para o artigo 28 da Lei de Drogas. DO RECONHECIMENTO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 O Apelante pleiteia a aplicação da minorante prevista no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06. Do exame do édito condenatório observa-se que a douta Magistrada a quo fundamentou a aplicação da minorante nos seguintes termos, ID 43879784: (...) “3. DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06: Analisando os autos, considero que o réu não faz jus à causa de diminuição de pena prevista no art. 33, 84º, da Lei de Drogas. Com efeito, prevê tal norma que “/nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedadaa 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” (grifo nosso). No caso dos autos, o acusado não preenche todos os requisitos legais acima aventados, tendo em vista que, embora tecnicamente primário, está atualmente custodiado por responder a outra ação penal, perante este juízo, também pelo delito de tráfico de drogas (Processo n. 2292-48.2018.805.0248), com sentença condenatória proferida em 08.07.2019, pendente de confirmação em segundo grau, circunstância apta a indicar que o réu se dedica habitualmente a esta atividade ilícita.” (...) Como cedo, a causa de diminuição em comento tem por objetivo beneficiar, apenas, pequenos e eventuais traficantes, não alcançando aqueles que fazem do tráfico de entorpecentes um meio de vida



(AgRg no AREsp 648.408/SP, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, DJe 5/10/2015; AgRg no REsp 1423806/SP; Rel. Ministro , QUINTA TURMA, DJe 20/8/2015). Nos termos do que dispõe o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, para a incidência da causa especial de diminuição de pena aos condenados pelo delito de tráfico de drogas, faz-se necessário que o agente seja reconhecidamente primário, ostente bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas ou integre organização criminosa, ex vi: (...) "Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. (...) § 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." Com efeito, como pontuou a Magistrada, o Recorrente não preenche os requisitos para a incidência da minorante, pois, embora seja tecnicamente primário, não possua registro de maus antecedentes ou informações de que integre organização criminosa, existem elementos que indicam que se dedica às atividades criminosas. Na espécie, da análise das provas constantes dos autos, verifica-se, de fato, não se tratar de traficante eventual, mas que efetivamente se dedicava à atividade criminosa, especialmente tendo em vista a diversidade das drogas ("cocaína, crack e maconha", atestadas pelo Laudo Pericial, ID 43879776), a apreensão de balança de precisão, a confissão do Apelante em fase inquisitiva, ID 43878438, e às testemunhas policiais, detalhando, inclusive, valores acerca da compra e venda dos entorpecentes, além do fato do acusado ter sido condenado, embora ainda sem trânsito em julgado, na ação penal nº 0002292-48.2018.805.0248, por tráfico de drogas, conforme indicado pela Magistrada na decisão. Em que pese o entendimento uniformizado pela Corte da Cidadania de que a quantidade e a natureza das drogas apreendidas não são circunstâncias que permitem aferir, por si sós, o grau de envolvimento do acusado com a criminalidade organizada ou de sua dedicação às atividades delituosas, ou justificar a modulação da fração desse benefício, bem como de que inquéritos e ações penais em curso, sem condenação definitiva, também, não constituem fundamentos idôneos para afastar o tráfico privilegiado, in casu, a diversidade das substâncias entorpecentes, a apreensão de apetrecho relacionado à traficância, a confissão do Apelante em fase inquisitiva, o local onde fora flagrado praticando a conduta criminosa, o conhecimento anterior do Apelante nos meios policiais e o fato dele responder a outra ação penal, pelo mesmo delito, são circunstâncias que, conjugadas, caracterizam a dedicação do Recorrente à atividade criminosa e tornam inviável o acolhimento do pleito defensivo. DA INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ARTIGO 41 DA LEI Nº 11.343/2006 A Defesa alega ter havido colaboração do Apelante que, "inclusive, teria informado aos policiais o local onde comprou a droga, o que faria com a substância e por quanto a venderia", e pleiteou a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no artigo 41 da Lei nº 11.343/06. Não merece provimento. Dispõe o artigo 41 da Lei nº 11.343/2006: "Art. 41. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime e na

recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um terço a dois terços.” Como se vê, o referido dispositivo legal diz respeito à hipótese de colaboração premiada nos crimes previstos na Lei de Drogas. Extrai-se dos autos que, em sede policial, ID 43878438, o Apelante confessou a conduta criminosa, limitando-se a admitir que as substâncias entorpecentes apreendidas em seu poder seriam comercializadas, informando que a droga teria vindo da cidade de Feira de Santana/BA, ao custo de R\$ 200,00 (duzentos reais) e forneceu possíveis valores para a sua venda, que, supostamente, ocorreria no Parque de Vaquejada, sem, entretanto, colaborar, efetivamente, com a persecução penal, nem indicar coautores ou terceiros envolvidos. Em Juízo, ID 43879773, por sua vez, o Apelante alegou ser mero usuário e, ainda, imputou a existência da balança de precisão aos policiais, que, segundo ele, teriam forjado a sua apreensão, além de abordá-lo em sua residência, sem mandado judicial, ameaçá-lo e agredi-lo com murros e tapas. Acerca da causa de diminuição de pena do art. 41 da Lei 11.343/2006, “a redução por informações prestadas a título de delação depende da sua real eficácia para a desarticulação da organização criminosa e identificação dos envolvidos nessa associação” (HC 242.107/SP, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 26/10/2015), o que, como se constata, não se deu na hipótese. Nesse sentido: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO. ART. 41 DA LEI Nº 11.343/06. DELAÇÃO. NÃO INCIDÊNCIA. REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. Na terceira fase da dosimetria, para a aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 41 da Lei n. 11.343/2006, a redução de pena decorrente das informações prestadas a título de delação depende da sua real eficácia para a desarticulação da organização criminosa e identificação dos envolvidos nessa associação (HC 242.107/SP, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 26/10/2015). 2. No presente caso, o Tribunal de origem, ao não aplicar a causa especial de diminuição de pena do art. 41 da Lei n. 11.343/2006, na terceira etapa dosimétrica, para o acusado, assentou que o que ocorreu nos autos foi a mera confissão quanto aos fatos narrados na denúncia, que não se confunde com a colaboração premiada, além dele não ter exposto de que forma teria colaborado com a persecução penal, nem indicar o nome de um coautor que tenha sido identificado e processado a partir das suas declarações. Nesse contexto, tendo a Corte local concluído, com fundamento em farto acervo de fatos e provas constante dos autos, que não houve a colaboração do réu com a investigação policial, a desconstituição de tal entendimento, para abrigar a pretensão defensiva de aplicação da redutora, demandaria necessariamente aprofundado revolvimento do conjunto fático-probatório, providência vedada em sede de recurso especial. Incidência da Súmula 7/STJ. 3. Agravo regimental não provido. (grifos acrescidos) (AgRg no AREsp n. 2.271.634/T0, relator Ministro , Quinta Turma, julgado em 6/6/2023, DJe de 14/6/2023.) AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. INDEFERIMENTO LIMINAR DO WRIT. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NÃO APLICADA. REGIME MAIS GRAVOSO. ELEMENTOS CONCRETOS. QUANTIDADE DE DROGA E DIVERSAS EMBALAGENS PARA ACONDICIONAMENTO DE ENTORPECENTE. ART. 41 DA LEI 11.343/2006. APLICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE COLABORAÇÃO EFETIVA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO IMPROVIDO. 1. [...] 2. Quanto à aplicação da causa de diminuição da pena prevista no art. 41 da Lei 11.343/2006, a redução de pena decorrente das informações prestadas a título de delação depende da sua real eficácia para a desarticulação da organização criminosa e identificação dos

envolvidos nessa associação (HC 242.107/SP, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 01/10/2015, DJe 26/10/2015). 3. Na espécie, verifica-se que a declaração do réu não contribuiu de forma eficaz a ponto de justificar a incidência do referido redutor, tanto que constou do acórdão impugnado que os policiais tinham fundada suspeita de que o apelante (apreendido, anteriormente, na posse de porções de cocaína) guardava substâncias entorpecentes no imóvel o que de fato sucedia, pelo que a ação revestiu-se de juridicidade 4. Agravo regimental improvido. (grifos acrescidos) (AgRg no HC n. 623.129/SP, relator Ministro , Sexta Turma, julgado em 7/12/2020, DJe de 10/12/2020.) Impende, salientar, ainda, que, em que pese o Apelante não ter admitido o crime em Juízo, a Magistrada reconheceu a atenuante da confissão na sentença. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO RECONHECIMENTO DAS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES E A FIXAÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL O órgão Ministerial requereu a reforma da sentença, a fim de afastar as circunstâncias atenuantes e a aplicação da pena abaixo do mínimo legal, em observância à Súmula 231 do STJ. Com razão. Primeiramente, registra-se que o Juízo Primevo realizou a dosimetria da pena nos seguintes termos, ID 43879784: (...) “4. DAS CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES: Por derradeiro, não havendo indicação de circunstâncias agravantes, verifico, na hipótese, que o réu faz jus às circunstâncias atenuantes previstas no artigo 65, incisos 1 (menoridade relativa) e III, alínea d (confissão espontânea), do Código Penal. Com efeito, o réu contava com 20 anos de idade à época dos fatos (2017), bem como, ainda que tenha apresentado versão diferente em juízo, confessou a prática do crime, perante a Autoridade Policial, e, de todo modo, colaborou com o esclarecimento dos fatos e com o convencimento deste Magistrado. Importante pontuar que, conquanto a denúncia mencione que os fatos ocorreram no ano de 2018, é possível verificar, da análise de todo o caderno processual, que os fatos se deram no ano de 2017, concluindo-se que houve mero erro material na denúncia, sendo o agente, de fato, menor de 21 anos quando praticou o delito. Desta forma, na segunda fase da dosimetria, a pena inicial deverá ser reduzida no patamar de 1/3 (um terço), em razão da menoridade relativa e da confissão. De acordo com a Súmula 231 do STJ, “a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”. Assim, segundo o entendimento sumulado, a presença de uma ou mais circunstâncias atenuantes permitiria a redução da pena, na segunda fase da dosimetria, até o limite estabelecido para a pena base, a fim de que esta não fique aquém do mínimo estipulado. Todavia, seguindo os ensinamentos do magistrado e professor (in: Sentença penal condenatória: teoria e prática. 7. ed. rev. e atual. Salvador: Editora Juspodivm, 2012), com a devida vênia à jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, entendo que devemos caminhar para uma melhor interpretação dos dispositivos legais pertinentes. Com efeito, diante da adoção do sistema trifásico para a quantificação da pena a ser aplicada, as circunstâncias legais (atenuantes e agravantes) são analisadas na segunda fase do cálculo da pena, depois de já fixada a pena-base pela análise isolada das circunstâncias judiciais (art. 59 do CP), não havendo óbice expresso à sua redução neste segundo momento. Vejamos: O art. 59, II, do CP dispõe: “O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: II – a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;” (grifei). Logo, na fixação da pena-base, o juiz não pode transpor os limites mínimo e máximo previstos para o delito em

questão. Entretanto, na segunda fase da dosimetria, inexistente tal vedação. De fato, o art. 68 do CP estabelece expressamente que “a pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento” (grifei). Não há, portanto, razão para se utilizar analogicamente, na análise das circunstâncias legais, a regra prevista expressamente para a estipulação da pena-base, inclusive por ser vedada a analogia in malam partem no Direito Penal. Ademais, a redação dos caput dos artigos 61 (“São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:” e 65 (“São circunstâncias que sempre atenuam a pena:”) do mesmo diploma legal deixa estreme de dúvidas que as circunstâncias legais sempre agravam ou atenuam a pena estabelecida. Assim, se as circunstâncias judiciais determinam a punição no mínimo legal e se reconhece, em favor do acusado, alguma das atenuantes previstas no art. 65 do CP, esta deve incidir sobre a pena fixada, seja pela ausência de vedação legal a respeito, seja por ser a interpretação mais consentânea com os dispositivos do Código Penal, seja, finalmente, para garantir a efetiva individualização da pena, no caso de concurso de pessoas, garantindo aos acusados a real diferenciação na punição a ser aplicada, de acordo com as circunstâncias particulares de cada um. Não fosse assim, a interpretação sumulada do STJ faria com que, estipulada a pena-base no mínimo legal, não houvesse distinção entre o condenado que confessou o crime e aquele que o negou, ou entre o condenado menor de 21 anos à época do fato e aquele que já possuía mais idade, em nítida violação aos comandos legais acima referidos e ao princípio constitucional da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da Constituição Federal). Acrescento ainda que, no particular da atenuante relativa à confissão espontânea, o réu que confessou a prática do delito, tanto em seu interrogatório policial como em juízo colaborou efetivamente com a Justiça, eis que em nenhum momento buscou ocultar ou maquiar a verdade, permitindo a simplificação do procedimento e a da análise judicial. Nesse caso, destaca Schmitt (op. cit., pp. 538/539): Logicamente, quando ouvido em juízo, foi cientificado de seus direitos constitucionais (vg. de permanecer calado e que seu silêncio não importaria confissão, nem mesmo prejuízo a sua defesa, entre outros), mas também que sua confissão lhe garantiria a atenuação de sua pena, por transmudar em circunstância atenuante prevista em lei (...). Diante disso, torna-se inaceitável que o próprio Estado-Juiz que naquele ato de interrogatório do Réu, garantiu-lhe certo direito – o qual, repita-se, encontra-se previsto em lei – venha, neste momento, apenas por conveniência, subtrair-lhe a atenuante que faz jus. Logicamente, tal situação não pode ser aceita. Ora, uma circunstância legal atenuante, quando somada as circunstâncias judiciais favoráveis ao Réu, não pode deixar de ser considerada pelo Juiz, por uma exigência ao princípio da lealdade. Isto porque, como dito, o fato do Réu confessar a prática do crime e assim fornecer elementos à sua condenação, cria uma situação irreversível, a exigir do Juiz – que usou da confissão para fundamentar a condenação – manter a promessa feita pela Lei de que sempre seria atenuada a pena do Réu que viesse a confessar a autoria do delito. Sob este aspecto, deve-se consignar que o princípio da boa-fé objetiva, que preside o sistema jurídico e exige de todos um comportamento leal, deve ser igualmente aplicado ao Direito Penal, com o fito de regular as relações do Estado com o Réu no processo. Por todo o exposto, estando presentes, no caso, as circunstâncias atenuantes previstas no art. 65, incisos I e III, alínea d, do Código Penal, as mesmas deverão ser

reconhecidas e valoradas, independentemente da pena-base estabelecida, por ser princípio de garantia a pessoa do réu. (...) Diante disso, havendo uma circunstância favorável e uma desfavorável, sendo ambas preponderantes (art. 42 da Lei 11.343/2006), fixo a pena-base em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Na segunda fase da dosimetria, considerando a existência de duas circunstâncias atenuantes e nenhuma circunstância agravante, reduzo a pena em 1/3 (01 ano e 10 meses), como já exposto na fundamentação deste julgado, fixando a pena intermediária em 03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão, A QUAL TORNO DEFINITIVA por não incidirem causas de diminuição e de aumento de pena. Por sua vez, à vista do resultado final obtido na dosagem da pena privativa de liberdade e observando o disposto no art. 43 da Lei 11.343/2006 ("na fixação da multa a que se referem os arts. 33 a 39 desta Lei, o juiz, atendendo ao que dispõe o art. 42 desta Lei, determinará o número de dias-multa, atribuindo a cada um, segundo as condições econômicas dos acusados, valor não inferior a um trinta avos nem superior a 5 (cinco) vezes o maior salário-mínimo"), fixo a pena de multa no importe de 500 (quinhentos) dias-multa, cujo valor unitário estabeleço no patamar de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato, em virtude da reduzida capacidade econômica do condenado." (...) Nesse cenário, verifica-se que a pena-base fora fixada em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Na segunda fase, não houve o reconhecimento de agravantes, mas, considerando a existência de duas circunstâncias atenuantes, o Magistrado reduziu a pena em 1/3 (um terço), fixando a pena intermediária em 03 (três) anos e 08 (oito) meses de reclusão. Conforme pacífica jurisprudência, consolidada no enunciado 231 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça (STJ), "a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal". O fundamento é que o Legislador, ao fixar abstratamente a pena mínima e máxima para os crimes, obriga o Juiz a respeitar esses patamares, salvo quando o próprio tipo penal estabelece causas especiais de aumento ou de diminuição, a serem sopesadas na terceira fase dosimétrica. Nesse sentido: RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. ESTUPRO. PENAL. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. ENUNCIADO DA SÚMULA N.º 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. VIOLAÇÃO AOS ART. 59, INCISO II, C.C. ARTS. 65, 68, CAPUT, E 213 DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. DIMINUIÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. É firme o entendimento que a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 desta Corte Superior. 2. O critério trifásico de individualização da pena, trazido pelo art. 68 do Código Penal, não permite ao Magistrado extrapolar os marcos mínimo e máximo abstratamente cominados para a aplicação da sanção penal. 3. Cabe ao Juiz sentenciante oferecer seu arbitrium iudicis dentro dos limites estabelecidos, observado o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal, sob pena do seu poder discricionário se tornar arbitrário, tendo em vista que o Código Penal não estabelece valores determinados para a aplicação de atenuantes e agravantes, o que permitiria a fixação da reprimenda corporal em qualquer patamar. 4. Recurso especial conhecido e provido para afastar a fixação da pena abaixo do mínimo legal. Acórdão sujeito ao que dispõe o art. 543-C do Código de Processo Civil e da Resolução STJ n.º 08, de 07 de agosto de 2008. (grifos acrescidos) (Resp 1117073/PR, Rel. Ministra, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 26/10/2011, DJe 29/06/2012) EMENTA ENTENDIMENTO DA SÚMULA 231 DO STJ. MAJORANTE E CONCURSO FORMAL. CONTINUIDADE DELITIVA.

NÃO REALIZAÇÃO DA DETRAÇÃO PENAL. COMPETÊNCIA DA EXECUÇÃO PENAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. 1. O apelante foi condenado nas sanções dos art. 157, § 2º, inc. II, c/c art. 70 (02 vezes), e art. 157, § 2º, inc. II (02 vezes), do Código Penal Brasileiro, ambos na forma do art. 71, do mesmo Diploma substantivo, à pena total de 10 (dez) anos e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, em regime inicialmente fechado. 2. A pena base foi fixada em 06 (seis) anos de reclusão, vez que o juízo sentenciante considerou desfavoráveis as circunstâncias judiciais previstas no art. 59, do Código Penal, referente à conduta social e personalidade do agente. 3. Tais fundamentações não se mostram suficientes para supedanear a valoração negativa de sobreditos vetores, uma vez que é necessária a presença de elementos concretos para a sua aferição negativa. 4. Assim, considerando a neutralização dos vetores conduta social e personalidade, impõe-se a fixação da pena-base no mínimo legal de 04 (quatro) anos de reclusão, e 10 (dez) dias multa, com o valor do dia-multa arbitrado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato delituoso. 5. Na segunda fase, mantida a presença da atenuante da confissão espontânea, a qual já foi devidamente reconhecida pelo juiz a quo, no entanto deixo de aplicá-la já que a pena foi estabelecida no mínimo legal, em observância ao que diz a Súmula nº 231, do Superior Tribunal de Justiça, in verbis: 'A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal''. 6. Por fim, na terceira fase da dosimetria, mantém-se a elevação da reprimenda em 1/3 (um terço), patamar mínimo, em razão da circunstância majorante do concurso de pessoas, além do reconhecimento do concurso formal dos crimes, majorando a pena em 1/6 (um sexto), ficando a pena definitivamente em 06 (seis) anos 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 15 (quinze) dias-multa, com o valor do dia multa arbitrado em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato delituoso. 7. Acertado também o reconhecimento da continuidade delitiva, por serem crimes da mesma espécie e praticados nas mesmas condições, portanto, mantenho o aumento da pena em 1/4 (um quarto), o mesmo aplicado pela juíza sentenciante, ante a prática de 04 (quatro) infrações. 8. Refazendo a dosimetria, a pena passa a ser de 07 (sete) anos 09 (nove) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 18 (dezoito) dias-multa, que a torno definitiva. 9. O regime prisional inicial de cumprimento de pena deverá ser alterado para o semiaberto (art. 33, §, 2º, b, do CP). 10. Deixo de realizar a detração, referente ao tempo de segregação cautelar, por entender que compete à Execução Penal proceder às devidas atualizações no cálculo das penas impostas ao apelante, cabendo, no entanto, à Coordenadoria de Apelação-Crime comunicar ao Juízo de Execução sobre as reformas realizadas. 11. Recurso conhecido e parcialmente provido. (grifos acrescidos) (TJ-CE – Apelação APL 06742387620128060001 CE 0674238-76.2012.8.06.0001 (TJCE) Data de publicação: 09/07/2019) Deste modo, uma vez que foram reconhecidas as circunstâncias atenuantes e, considerando a impossibilidade de se fixar a pena a patamar inferior ao mínimo legal, a teor da Súmula 231 do STJ, deve ser a pena intermediária fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato. À mingua de causas de diminuição e causas de aumento, torna-se a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial aberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato, mantidos os demais termos da sentença. CONCLUSÃO Ante todo o exposto, vota-se pelo CONHECIMENTO, REJEIÇÃO DAS PRELIMINARES

E IMPROVIMENTO DO RECURSO DO RÉU E PELO CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO, PARA REDIMENSIONAR A PENA PARA 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL ABERTO, E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, À RAZÃO DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS, MANTIDOS OS DEMAIS TERMOS DA SENTENÇA. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador Relator