

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8083356-64.2022.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Relator: Des. EMENTA: APELAÇÃO. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, "CAPUT", DA LEI Nº 11.343/06) E POSSE IRREGULAR DE ARMA DE FOGO DE USO PERMITIDO (ART. 12 DA LEI Nº 10.826/2003). PRELIMINAR DE NULIDADE DAS PROVAS POR VIOLAÇÃO A DOMICÍLIO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DE CONFISSÃO. APLICAÇÃO DA MINORANTE DO "TRÁFICO PRIVILEGIADO". DOSIMETRIA QUE COMPORTA REDIMENSIONAMENTO. APELO CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, PROVIDO EM PARTE. I – Recurso de Apelação contra Sentença que julgou procedente a pretensão punitiva para condenar nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, e art. 12 da Lei nº 10.826/2003, fixando para o delito de tráfico de drogas a pena de 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, e, quanto ao delito expresso no art. 12 da Lei nº 10.826/2003, a sanção de 01 (UM) ANO DE DETENÇÃO E 10 (DEZ) DIAS-MULTA. II – Pugna a Defesa, preliminarmente, a nulidade das provas, que teriam sido obtidas em violação ao domicílio. No Mérito, a defesa requer a absolvição ante a insuficiência dos depoimentos prestados. Ainda, requer a absolvição em relação a atipicidade da conduta expressa no art. 12 da Lei nº 10.826/2003, por inexistência de perícia para aferir a potencialidade lesiva e o reconhecimento do princípio da insignificância. Ademais, pugna pelo redimensionamento dosimétrico para fixação da pena-base no mínimo legal e aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antitóxicos. III – Rejeitada a preliminar de nulidade das provas pela invasão de domicílio. Observa-se que a quaestio juris extraída dos autos enseja a inevitável compreensão de que a entrada em domicílio foi devidamente justificada em razão da denúncia de abuso sexual e posse de uma arma de fogo dentro do imóvel, e quando os policiais adentraram, encontraram drogas e munições, o que corrobora a situação de crime permanente surgida da análise do contexto fático. IV – A materialidade e autoria dos crimes restaram comprovadas, de forma indubitosa, como atestam o Auto de Prisão em Flagrante de ID 51676891; Auto de Exibição e Apreensão ID 51676891; Laudo de Exame Pericial de ID 51677276; bem assim pelos depoimentos testemunhais colhidos, tanto na fase de Inquérito quanto ao longo da instrução. V – No que concerne ao pleito de atipicidade do delito previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/2003, haja vista a apreensão da munição com o Apelante entendendo que o referido argumento não encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio, eis que os bens jurídicos resguardados pelo diploma em questão se referem à segurança e paz públicas, ainda que desacompanhada da arma de fogo. Precedentes do STJ. VI – Dosimetria redimensionada. Aplicação da minorante do tráfico privilegiado. Demonstração do periculum in libertatis para fins de indeferimento do direito de recorrer em liberdade. VII – Parecer da Procuradoria de Justiça pelo provimento parcial do Apelo. VIII – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. A C Ó R D Ã O Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO CRIMINAL Nº 8083356-64.2022.8.05.0001, provenientes da Comarca de Salvador/BA, figurando como Apelante e, Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da colenda 2ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO. E assim o fazem pelas razões a seguir expendidas. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido

em parte Por Unanimidade Salvador, 30 de Julho de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8083356-64.2022.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Relator: Des. RELATÓRIO O MINISTÉRIO PÚBLICO ofereceu Denúncia contra , sob acusação da prática de crimes previstos no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 (tráfico de entorpecentes) e art. 12 da Lei nº 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento)– ID 51676890. A Denúncia foi recebida em 18 de novembro de 2022 (ID 51676902). Resposta à Acusação acostada aos autos (ID 51676900). Concluída a instrução, o MM Juízo da Vara Criminal da 2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA, pelo Decisum ID 51677285, julgou procedente a pretensão punitiva para condenar nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, e art. 12 da Lei nº 10.826/2003. Quanto ao crime de tráfico de drogas, o Juízo de origem fixou pena de 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO E 500 (QUINHENTOS) DIAS–MULTA, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. No que tange ao delito expresso no art. 12 da Lei nº 10.826/2003, a sanção definitiva foi fincada em 01 (UM) ANO DE DETENÇÃO E 10 (DEZ) DIAS–MULTA, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Foi fixada a detração penal, negado o direito de recorrer em liberdade e estabelecido o regime inicial SEMIABERTO para fins de cumprimento de pena. Réu intimado no id:51677297. Inconformada com o teor da Sentença Condenatória, GABRIEL DA LAPA PAIXAO DOS SANTOS interpôs Apelação (ID 51677301). Em suas razões, pugna, preliminarmente, a nulidade das provas, que teriam sido obtidas em violação ao domicílio. No Mérito, a defesa requer a absolvição ante a insuficiência dos depoimentos prestados. Requer, ainda, a absolvição em relação a atipicidade da conduta expressa no art. 12 da Lei nº 10.826/2003, inexistência de perícia para aferir a potencialidade lesiva e o reconhecimento do princípio da insignificância. Ademais, requer o redimensionamento dosimétrico para fixação da pena-base no mínimo legal e aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei Antitóxicos. Em Contrarrazões, o MINISTÉRIO PÚBLICO requer seja negado provimento ao recurso, mantida a Sentença em sua integralidade (ID 51677306). A Procuradoria de Justiça se manifestou pelo desprovimento ao recurso (ID 53145111). Após o devido exame dos autos, lancei este Relatório, que submeto à apreciação da eminente Desembargadora Revisora, nos termos do art. 166, inciso I, do Regimento Interno deste Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Salvador/BA, 9 de julho de 2024. Des. – 1ª Câmara Criminal – 2ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8083356-64.2022.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Relator: Des. a Denúncia: “(...) Consta do procedimento investigatório anexo que, no dia 14 de maio de 2022, por volta das 17h00min, , ora denunciado, estava portando substância entorpecente com a finalidade de comercialização e munição de arma de fogo, na travessa Salustiano, nº 15–E, bairro de , nesta Capital. Policiais militares estavam de serviço a bordo da viatura 9.5801, quando receberam determinação da CICOM para averiguar uma ocorrência no imóvel de nº 15, do endereço acima descrito, sobre estupro de vulnerável, noticiada por , tia da vítima. A guarnição se dirigiu até o local, sendo o acesso ao imóvel permitido pelo próprio morador, que naquela oportunidade informou ser usuário de drogas e que as mantinha guardadas em sua residência. Os

policiais, então, encontraram os entorpecentes e a munição de arma de fogo no interior da casa. O indivíduo foi identificado como sendo o agora denunciado. Ato contínuo, os policiais procederam à revista pessoal no imóvel do indivíduo, tendo encontrado em sua posse: 1 (uma) sacola contendo erva verde semelhante a maconha, 33 (trinta e três) pinos contendo pó branco semelhante a cocaína, 1 (uma) balança de precisão, 5 (cinco) munições de calibre 38 (trinta e oito), R\$ 13,35 (treze reais e trinta e cinco centavos) em moedas e diversos saquinhos plásticos para acondicionar drogas, conforme o termo de depoimento do condutor e o auto de exibição e apreensão." Não se conformando com o Decisum ID 40898737, que julgou procedente a pretensão punitiva para condenar nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, e art. 12 da Lei nº 10.826/2003, estabelecendo para o crime de tráfico de drogas pena de 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO E 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos e, no âmbito do delito expresso no art. 12 da Lei nº 10.826/2003, a sanção definitiva foi fincada em 01 (UM) ANO DE DETENÇÃO E 10 (DEZ) DIAS-MULTA, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, a DEFESA interpôs Apelação. Conheço do recurso, pois presentes seus pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade. ANÁLISE DA NULIDADE DEVIDO A ILICITUDE DA BUSCA REALIZADA PELOS AGENTES POLICIAIS. Com relação a preliminar de nulidade das provas colhidas nos autos em razão à suposta violação de domicílio, sob alegação de terem sido apreendidas de forma ilegal, sem o competente mandado de busca e apreensão, não merece acolhimento. Isto porque, depreende-se dos autos que os policiais saíram em diligência para a localidade, após a tia-avó da criança relatar que a menor, filha do apelante havia sofrido abuso sexual do mesmo. No interrogatório do réu, ele relata que autorizou a polícia adentrar seu domicílio, aduzindo ser usuário de drogas. Foi encontrado no interior da sua residência: 212,74 g (duzentos e doze gramas e setenta e quatro centigramas) de maconha, distribuídos em 05 (cinco) porções, sendo 04 (quatro) delas contidas em sacos plásticos incolores encontrados na sala e 01 (uma) maior apreendida no quarto do apelante junto com 24,73 g (vinte e quatro gramas e setenta e três centigramas) de massa bruta de cocaína, distribuídos em 33 (trinta e três) porções embaladas em microtubos de plástico na cor rosa, bem como 05 (cinco) munições de calibre nominal. 38SPL (ponto trinta e oito Special), usada comumente em revólver ou rifle, sendo 02 (dois) da marca CBC e 03 (três) da marca S&B, todas de uso permitido. Nessa linha, a busca realizada no imóvel foi devidamente justificada, posto que o artigo 5º, XI, da CF/88 preceitua algumas exceções à inviolabilidade do domicílio, quais sejam, flagrante delito, desastre, para prestar socorro ou por determinação judicial. Nesse cotejo, afere-se dos autos, que os policiais agiram em conformidade do quanto preceituado em Lei, haja vista que o tráfico de drogas é crime permanente e a prisão em flagrante é possível a qualquer momento, enquanto não cessar a permanência, havendo justa causa no ingresso domiciliar, em razão da denúncia de abuso sexual e tendo a entrada franqueada pelo réu, encontraram a situação de flagrância. Neste sentido: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. SUPOSTA VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. PRESENÇA DE JUSTA CAUSA PARA O INGRESSO FORÇADO DE POLICIAIS. DILIGÊNCIAS PRÉVIAS. ATITUDE SUSPEITA. FUNDADAS RAZÕES. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. O ingresso forçado em domicílio sem mandado judicial para busca e apreensão é legítimo se amparado em fundadas

razões, devidamente justificadas pelas circunstâncias do caso concreto, especialmente nos crimes de natureza permanente, como são o tráfico de entorpecentes e a posse ilegal de arma de fogo. 2. Afere-se a justa causa para o ingresso forçado em domicílio mediante a análise objetiva e satisfatória do contexto fático anterior à invasão, considerando-se a existência ou não de indícios mínimos de situação de flagrante no interior da residência. 3. As diligências prévias dos policiais militares originadas de atitude suspeita de tráfico de drogas e de tentativa de fuga que redundam em acesso à residência do suspeito não se traduzem em constrangimento ilegal, mas sim em exercício regular da atividade investigativa promovida pelas autoridades policiais. 4. Tendo ocorrido controle judicial posterior do ato policial de ingresso em domicílio de investigado, a análise da tese defensiva em toda a sua extensão fica inviabilizada, visto que há nítida necessidade de dilação probatória, situação não permitida no rito especial do habeas corpus. 5. Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 731.310/GO, relator Ministro, Quinta Turma, julgado em 7/6/2022, DJe de 10/6/2022.) Rejeitada a preliminar, passo ao exame do mérito do recurso. No que tange ao *meritum causae*, destaco, de logo, que a materialidade e autoria do crime restaram comprovadas, de forma indubitosa, como atestam o Auto de Prisão em Flagrante de ID 40898358; Auto de Exibição e Apreensão ID 40898358; documentos de ID 40898358; Laudo de Exame Pericial de ID 40898734; bem assim pelos depoimentos testemunhais colhidos, tanto na fase de Inquérito quanto ao longo da instrução. Depoimento do TEN/PM : “que se recorda dos fatos narrados; estava em patrulha no bairro de quando foi informado um possível abuso de uma criança e posse de arma de fogo; que no deslocamento a tia da suposta acusada levou ate a residência, onde o acusado permitiu a entrada; que na busca foram encontradas drogas e munições; que diante da situação o acusado foi conduzido, para a CERCA, com a tia o acusado e a suposta criança; que a tia e a criança estavam tensas; que a residência é de local complicada, pois é no alto de uma escada estreita; que na chegada foi dada a voz de polícia; que na chegada o acusado afirmou que era usuário; que o motivo da entrada era o estupro a menor e porte de arma; que no local foi encontrada munições e drogas; que a menor estava aflita e nervosa que tinham drogas espalhadas pela casa todas; que maior quantidade era de maconha e estava no quarto; que tinha a porção maior como uma bola de futebol de maconha e pela casa, pequenas porções de cocaína; que tinha cocaína na bancada da sala, ao lado da televisão, em uma bancada; que o acusado afirmou que é usuário; que tinha maconha e cocaína; que droga a droga era para consumo pessoal; que não conhecia o acusado; que o acusado não resistiu”. Depoimento do SD/PM : “que se recorda dos fatos; que receberam uma denúncia pelo rádio de uma suposta de violência de uma menor, de uma criança de 6 anos quando estavam em ronda; que ao chegar no local uma moça estava segurando uma criança que chorava muito; que a tia levou primeiro próximo ao mercado depois a residência próxima; que uma localidade conhecida como invasão; que o acusado não ofereceu resistência; que afirmou que era usuário e tatuador; que a mãe da criança estava no local; que foram encontradas drogas em porções e salvo engano munição; que se recorde de encontrar uma quantidade grande de maconha; que a droga estava visível para uso na casa, tinham em sacos; que tinha uma quantidade grande de um saco; que o acusado afirmou que era usuário; que não conhecia o acusado; que ouviu o relato da menor na viatura; que tentou conversar com a mãe da menor, onde afirmou que não poderia fazer nada pois sofria ameaças; que levou somente a tia e a criança”. Depoimento do SD/PM : que

se recorda dos fatos narrados; que estavam em ronda quando receberam uma denúncia de abuso de uma menor, que foram interpelados salvo engano pela mãe da criança; que ao chegar no local o acusado não ofereceu resistência; que na busca foram achadas drogas; que não se recorda a quantidade mas não era para uso; que tinha substância análoga a maconha e tinha munição; que estava pela casa espalhada; que não conhecia o acusado anteriormente; que o acusado não ofereceu resistência; que o acusado não teve contato com a menor; que a menor aparentava estar em estado de choque; que na residência só havia o acusado.” Depoimento de Leidemildes de Santana: “que é tia da esposa do acusado; que ficou sabendo que o acusado abusou da menina e falou com a mãe; que a mãe chamou a menina; que a depoente subiu armado, quando a depoente subiu para encontrar a viatura; que levou até a casa do acusado; que tinha acontecido abuso com a criança no dia; que acharam drogas, munição, maconha de cocaína; que não viu a drogas, que ouviu na delegacia; que viu o acusado saindo preso; que o acusado ameaçou matar a depoente e sua família; que o acusado é agressivo; que a criança vai toda roxa para a casa da depoente; que a depoente não entrou na casa; que os policiais mostraram a depoente, munições e drogas nas mãos e falaram “olha o que eu achei”; que o acusado usa drogas e muita; que soube que o acusado vende drogas; que a depoente vende mercadoria com a sua sobrinha, que é a mãe da criança; que o acusado agride a sobrinha da depoente para comprar drogas. Os depoimentos prestados, tanto em sede policial, quanto em juízo, são harmônicos e coesos, não havendo que se falar de insuficiência probatória, sendo válidos para amparar o édito condenatório. No que concerne ao pleito de atipicidade do delito previsto no art. 12 da Lei nº 10.826/2003, haja vista a apreensão de entendo que o referido argumento não encontra amparo no ordenamento jurídico pátrio, eis que os bens jurídicos resguardados pelo diploma em questão se referem à segurança e paz públicas, tal como leciona : “A nossa juízo, os crimes previstos no Estatuto do Desarmamento atentam contra a segurança e a paz públicas, sobretudo a política de controle federal de armas de fogo e a incolumidade dos cidadãos, uma vez que, com o desarmamento e o controle, busca-se diminuir o número de pessoas mortas por armamentos”. In: Manual de Legislação Criminal Especial, p.394, 2022. No mesmo entender, o Superior Tribunal de Justiça, em recentes arestos: “(...) AgRg no HC 688046 / PB AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS 2021/0263677-0 RELATOR Ministro (1181) ÓRGÃO JULGADOR T5 – QUINTA TURMA DATA DO JULGAMENTO 26/10/2021 DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 04/11/2021 EMENTA PENAL. AGRADO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. ARTS. 12 E 16 DA LEI N. 10.826/2003. ERROR IN PROCEDENDO NÃO CARACTERIZADO. INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO NA SENTENÇA. ABSOLVIÇÃO. IMPROPRIEDADE DA VIA ELEITA. ATIPICIDADE DAS CONDUTAS. CRIMES DE PERIGO ABSTRATO. DESNECESSIDADE DE APREENSÃO DE ARMA DE FOGO. AGRADO DESPROVIDO. 1. Descabe falar em nulidade da sentença por não ter o julgador acolhido a tese defensiva, tendo, após o exame do contexto fático – probatório produzido durante a persecução penal, formado sua convicção acerca da materialidade e autoria defensivas, nos moldes da denúncia. 2. No tocante à atipicidade das condutas, esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 3. Se as instâncias ordinárias, mediante valoração do acervo probatório produzido nos autos, entenderam, de forma fundamentada, ser o réu autor dos delitos descritos na exordial acusatória, a análise das alegações concernentes ao pleito de

absolvição demandaria exame detido de provas, inviável em sede de writ. 4. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça aponta que os crimes previstos nos artigos 12, 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003 são de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com a posse das munições, ainda que desacompanhadas de arma de fogo, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo dos artefatos por meio de laudo pericial. 5. Agravo regimental desprovido". PROCESSO AgRg no REsp 1918393 / MG AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2021/0024506-5 RELATORA Ministra (1120) ÓRGÃO JULGADOR T6 – SEXTA TURMA DATA DO JULGAMENTO 14/09/2021 DATA DA PUBLICAÇÃO/FONTE DJe 24/09/2021 EMENTA AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. DELITO DO ART. 14 DA LEI N. 10.826/2003. ABSOLVIÇÃO PELA CORTE DE ORIGEM EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA POTENCIALIDADE LESIVA DAS MUNIÇÕES. DESNECESSIDADE. DELITO DE PERIGO ABSTRATO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça está sedimentada no sentido de que "[...] os crimes previstos nos artigos 12, 14 e 16 da Lei n. 10.826/2003 são de perigo abstrato, sendo desnecessário perquirir sobre a lesividade concreta da conduta, porquanto o objeto jurídico tutelado não é a incolumidade física, e sim a segurança pública e a paz social, colocadas em risco com a posse das munições, ainda que desacompanhadas de arma de fogo, revelando-se despicienda a comprovação do potencial ofensivo dos artefatos por meio de laudo pericial" (AgRg no HC 654.593/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 20/04/2021, DJe 26/04/2021; sem grifos no original). 2. Quanto ao pleito de concessão de ordem do habeas corpus de ofício para o reconhecimento da atipicidade material da conduta, sem razão o Agravante, pois, no dispositivo da decisão ora agravada, foi determinado que a Corte de origem retome o julgamento da apelação para o fim de apreciar a tese defensiva de insignificância da conduta. 3. Agravo regimental desprovido". Grifei. Condenação de rigor. Passo à análise dosimétrica. Na primeira etapa dosimétrica, o Juízo não valorou nenhuma circunstância que elevasse a pena base, fixando-a no mínimo legal. Na segunda fase, em que pese o condenado, de fato, ter confessado ser usuário de droga, em Juízo de forma espontânea, a atenuante não pôde ser aplicada, haja vista que, a pena foi fixado no seu mínimo legal. A Súmula 231 do STJ diz: "que a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Em outras palavras, mesmo que existam atenuantes, a pena não pode ser inferior ao mínimo previsto em lei." Por entendimento pacífico e sumulado pelo STJ. Vejamos: RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL. VIOLAÇÃO AOS ART. 59, INCISO II, C.C. ARTS. 65 E 68, CAPUT, DO CÓDIGO PENAL. CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. CRIME PREVISTO NO ART. 12, CAPUT, DA LEI N.º 6.368/76. COMBINAÇÃO DE LEIS. OFENSA AO ART. 2.º, PARÁGRAFO ÚNICO, DO CÓDIGO PENAL E AO ART. 33, § 4.º, DO ART. 11.343/06. 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. Desde que favorável ao réu, é de rigor a aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, quando evidenciado o preenchimento dos requisitos legais. É vedado ao Juiz, diante de conflito aparente de normas, apenas aplicar os aspectos benéficos de uma e de outra lei, utilizando-se a pena mínima prevista na Lei n.º 6.368/76 com a minorante prevista na nova Lei de Drogas, sob pena de transmudar-se em legislador ordinário, 5. No caso, com os parâmetros lançados no acórdão recorrido, que aplicou a causa de diminuição no mínimo legal de 1/6 (um sexto), a penalidade obtida com a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, ao caput do mesmo artigo, não é mais benéfica à Recorrida. 6. Recurso especial conhecido e provido para, reformando o acórdão recorrido, i) afastar a fixação da pena abaixo do mínimo legal e ii) reconhecer a indevida cisão de normas e retirar da condenação a causa de diminuição de pena prevista art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06, que no caso é prejudicial à Recorrida, que resta condenada à pena de 03 anos de reclusão. 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. Na terceira fase, o Juízo a quo não aplicou a minorante do "tráfico privilegiado" sob o seguinte argumento, exposto alhures: "Na espécie, considerando as particularidades que envolveram a infração penal, as condições objetivas e subjetivas estabelecidas no § 4º, art. 33, da Lei nº 11.343/2006 ("primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa"), tem-se suficientes elementos concretos indicativos a justificar a não aplicação do redutor, são eles: i) a expressiva quantidade de droga e sua natureza deletéria (212,74g de maconha e 24,73g de cocaína), além da apreensão de balança de precisão e sacos plásticos vazios; ii) a apreensão de munições de arma de fogo no mesmo contexto do tráfico de drogas; iii) o fato de o sentenciado ter sido preso após denúncia da prática de estupro de vulnerável contra a própria filha; e iv) a testemunha, tia da companheira do réu, ter afirmado, em juízo, que o acusado ameaçou matar a depoente e toda sua família em razão da denúncia, bem como afirmou que a criança vítima de abusos praticados pelo próprio pai voltava toda roxa para sua casa." Dessa forma, as razões expostas não demonstram-se consentâneas com o quanto exposto no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Vejamos o que parágrafo nos diz: § 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. Em consulta ao sistema de processos judiciais, não constam ações penais de trânsito em julgado, não havendo lastro jurídico, portanto, para sua utilização no cômputo de pena, em respeito ao princípio constitucional da presunção de inocência. Em sede de recursos repetitivos, no Tema nº 1139: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06". Grifei. Outrossim, em detida análise destes fólios, verifica-se que não houve comprovação inequívoca de que o Recorrido integre organização criminosa. Inobstante as versões apresentadas em Juízo, quais sejam, de que o Apelado integra organização criminosa, tais declarações não foram comprovadas por demais elementos em sede de instrução probatória. Nesses termos, em pedagógico julgamento, se manifestou o Superior Tribunal de Justiça, em recurso

repetitivo: "RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais. 2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso. 3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza. 4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena. 5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles. 6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante. 7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis. 8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de



antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto. 9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para fins penalógicos. 10. Não se deve confundir a vedação à proteção insuficiente com uma complacência diante da atuação insuficiente dos órgãos de persecução penal. É certo que não podem ser criados obstáculos injustificáveis à atuação do Estado na defesa dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada, todavia isso não legitima a dispensa do cumprimento dos ônus processuais pelos órgãos de persecução penal, não autoriza a atuação fora da legalidade e não ampara a vulneração de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir provas concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice. 11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma "análise de contexto" para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, não há que se recorrer a inquéritos e ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e ações penais em curso na tentativa de demonstrar a dedicação criminosa, é porque os demais elementos de prova são insuficientes, sendo necessário formular a ilação de que o Acusado "não é tão inocente assim", o que não se admite em nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a ilicitude do fundamento, que decorre do raciocínio presuntivo contra o Réu que ele encerra, não se altera em face de outros elementos dos autos. 12. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06". A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017). 13. Recurso especial provido. DA DOSIMETRIA DA PENA DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS: Na primeira fase, pena-base foi fixada em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, sem circunstâncias judiciais desfavoráveis. Na segunda fase, não houve circunstâncias atenuantes ou agravantes a serem consideradas. Na terceira fase, o juízo a quo, não aplicou a redutora do tráfico privilegiado, devido as razões mencionadas na sentença. Entretanto, essa fase merece reforma, haja vista que, o apelante se encaixa nas exceções citadas no parágrafo § 4º, do art. 33 da lei do crime de tráfico de drogas. Assim, reconheço a diminuição do

tráfico privilegiado, no patamar de 1/6, fixando a pena em 4 (quatro) anos, 2 (dois) meses e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa, tornando-a definitiva. No que tange ao crime de posse ilegal de munição de arma de fogo, mantenho os termos da sentença de origem por não merecer nenhuma reforma. Ante o exposto, voto no sentido de CONHECER O APELO E, NESSA EXTENSÃO, PROVER PARCIALMENTE O APELO. É como VOTO. Salvador, de de 2024. Presidente Des. Relator Procurador de Justiça