

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0555951-11.2017.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: RODRIGO DOS SANTOS ANDRADE Advogado (s): 07 ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. LAUDO PERICIAL DEFINITIVO. DEPOIMENTO DOS POLICIAIS MILITARES FIRMES, CONGRUENTES E HARMÔNICOS. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS QUE POSSAM INFIRMAR A SUA VALIDADE. AUTORIA DELITIVA CONFIRMADA. DOSIMETRIA DA PENA. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA COM AFASTAMENTO DA SÚMULA 231, DO STJ. NÃO CABIMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE PENA INTERMEDIÁRIA EM PATAMAR AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. APLICAÇÃO DA REDUÇÃO PREVISTA NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI 11.343/2006 – TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO CABIMENTO. ACUSADO QUE SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. EXISTÊNCIA DE OUTRA AÇÃO PENAL, PELO MESMO DELITO, COM TRÂNSITO EM JULGADO POSTERIOR À SENTENÇA. NÃO PREENCHIMENTO DO REQUISITO DOS BONS ANTECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO: QUANTIDADE E VARIEDADE D ENTORPECENTES, UTILIZAÇÃO DE RÁDIO COMUNICADOR E DEPOIMENTO POLICIAL SOBRE O TRÁFICO NA REGIÃO. SENTENÇA MANTIDA NA INTEGRALIDADE. DOSIMETRIA IRRETOCÁVEL. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0555951-11.2017.8.05.0001, em que figura como apelante RODRIGO DOS SANTOS ANDRADE, por intermédio da Defensoria Pública Estadual, 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 da Bahia, em conhecer o recurso e, no mérito, NEGAR-LHE PROVIMENTO, nos termos do voto do relator. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO 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, 10 de Abril de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0555951-11.2017.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: RODRIGO DOS SANTOS ANDRADE Advogado (s): 07 RELATÓRIO Vistos. Narra a denúncia (ID 37521654) que: “[...] Consta do procedimento investigatório anexo que, em 17/05/2017, por volta de 21:40 horas, policiais militares estavam em ronda de rotina pelo bairro da Palestina quando, ao passarem pela Rua Direita da Palestina, avistaram dois indivíduos. Estes, ao notarem a presença da guarnição empreenderam fuga, contudo um dos indivíduos foi alcançado e identificado como sendo RODRIGO DOS SANTOS ANDRADE, ora denunciado. Ato contínuo, a polícia realizou busca pessoal no acusado e constatou que trazia consigo, em seu casaco: 14 (quatorze) porções da droga popularmente conhecida como maconha; 07 (sele) pinos de substância aparentando ser cocaína; 15 (quinze) pedras de crack; 03 (três) celulares: além de um rádio comunicador e a quantia de R\$ 5,00 (cinco reais). No local, foi apreendido em poder do acusado 29,819 (vinte e nove gramas e oitenta e um centigramas) de material com resultado preliminar positivo para maconha; e 10,24 (dez gramas e vinte e quatro centigramas) de material com resultado preliminar positivo para cocaína. Na delegacia, Rodrigo negou que estivesse em posse das drogas apreendidas, mas confessou que no momento da abordagem estava com um rádio na mão para avisar aos traficantes da "boca de fumo" quando a polícia chegasse [...]”. Por economia processual e em

atenção ao princípio da duração razoável do processo, adoto, como próprio, o relatório da sentença de ID 37522100, prolatada pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA. Ademais, acrescenta-se que finalizada a instrução processual, o Juízo a quo julgou parcialmente procedente a denúncia para condenar o réu, ora apelante, RODRIGO DOS SANTOS ANDRADE, como incurso na sanção prevista no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006. Foi estabelecida a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do fato. O juízo a quo deixou de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos face a quantidade de pena aplicada, porém, concedeu o direito de recorrer em liberdade. Inconformada com o r. decisum, a defesa interpôs tempestivo recurso de apelação, razões no doc. de ID 37522116, nas quais requereu a absolvição do acusado por ausência de provas. Subsidiariamente, pugnou pela aplicação da atenuante da menoridade relativa, com o consequente afastamento da Súmula 231 do STJ. Além disso, pleiteou o reconhecimento e aplicação da causa de diminuição prevista no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/2006. Em doc. de ID nº 37522119, o Ministério Público apresentou contrarrazões, nas quais requereu o improvimento do recurso. A Procuradoria de Justiça (ID nº 39556482) opinou pelo conhecimento e não provimento do apelo. É o relatório que se submete à revisão do Douto Desembargador Revisor, nos termos do art. 613 do Código de Processo Penal. Salvador, 17 de março de 2023. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE SEGUNDO GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0555951-11.2017.8.05.0001 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): APELADO: RODRIGO DOS SANTOS ANDRADE Advogado (s): 07 VOTO Vistos. Presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso, passo ao enfrentamento das teses levantadas pela defesa. I. DA PROVA DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. DA VALIDADE DO TESTEMUNHO POLICIAL. Em análise da peça recursal, a defesa sustenta que “tal r. decisum carece, portanto, de reforma, posto que não existem provas contundentes a propiciar a incidência do poder punitivo estatal”. Em que pese a insurgência defensiva, a materialidade do delito encontra-se devidamente comprovada nos autos no ID 37521655, fls. 2/5/26 (Auto de Prisão em Flagrante, Auto de Exibição e Apresentação), Laudo de Constatação; ID 37521664 (Laudo Pericial), documentos que atestaram que a substância apreendida possui natureza ilícita, a saber, a benzoilmetilecgonina (cocaína) e tetrahydrocannabinol (maconha), relacionadas, respectivamente, nas listas F-1 e F-2da Portaria nº 344/98, da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, de uso proscrito no Brasil. Maior discussão reside, no argumentar da defesa, quanto à autoria, uma vez que o recorrente negou a prática do crime e os testemunhos policiais, em seu entendimento, não são legítimos para consubstanciar a condenação. A este respeito, é forçoso destacar, porém, que os testemunhos policiais colhidos na fase instrutória, sob o crivo do contraditório e ampla defesa, são no sentido de que o réu, efetivamente, praticou a conduta típica descrita na inicial acusatória. O SD PM THIAGO ROCHA PESSANHA (ID 37522100, fls. 5) destacou sobre os fatos: “[...] que reconhecia a fisionomia do acusado; que a guarnição estava em ronda de rotina na localidade da Palestina, salvo engano, pela noite, quando duas pessoas correram, sendo o acusado um deles; que o vulgo do acusado é “Pastor”; que o réu se escondeu nos fundos de uma casa de materiais de

construção, ficando agachado num canto; que a guarnição incursionou atrás destes; que uma das pessoas evadiu por uma mata; que o acusado foi alcançado e encontrado pela guarnição; que o local do fato é uma boca de fumo, onde traficam neste local e quando as viaturas chegam eles fogem pela mata; que com o acusado foi encontrado, salvo engano, um rádio comunicador, aparelho celular e drogas, sendo elas cocaína, crack e maconha em quantidades próprias para a comercialização; que o acusado estava vestido com um casaco camuflado do exercito; que desconhecia o acusado anteriormente ao fato, mas posteriormente teve conhecimento de outras ocorrências e passagens do mesmo; que na época do fato a “Katiara” era a facção criminosa que dominava o local, sendo o acusado integrante da mesmas, pois no local não há como outro traficante traficar; que o acusado não aparentava ter feito uso de substâncias entorpecentes (...) que todo material encontrado estava em posse do acusado [...]”. (grifo nosso). No mesmo sentido, o SD/PM THIAGO HENRIQUE SILVA BARRETO afirmou que: “[...] que reconhecia a fisionomia do acusado; que se recordava dos fatos em apuração, apesar que o fato aconteceu há muito tempo; que estava em ronda de rotina na localidade da Palestina, quando dois indivíduos estavam próximos a uma loja de materiais de construção e evadiram ao avistarem a viatura; que o acusado foi alcançado; que o réu estava com uma blusa do exército; que na revista pessoal foram encontrados um rádio comunicador e drogas, dentro das vestes do acusado; que o rádio estava tocando frequentemente com outras pessoas, o acusado informava quando a viatura passava ou não; que havia mais de um tipo de droga com o acusado, mas o depoente recordava que havia maconha em grande quantidade; que as drogas aparentavam ser próprias para tráfico em razão da quantidade; que quando interceptaram o acusado como rádio comunicador, falaram que ele era integrante da facção criminosa chamada “Katiara” e que era para liberarem o réu; que a citada facção predomina o bairro da Palestina; que, após a prisão do réu, o depoente tomou conhecimento que o vulgo do réu na facção era “Pastor”; que desconhecia o réu anteriormente ao fato, acreditando que esta foi uma das primeiras prisões do réu (...) que havia bastante droga no casaco camuflado do acusado, mas não recordava se era todo material; que foi um outro colega quem realizou a revista pessoal do acusado; que somente o acusado foi alcançado [...]”. (grifo nosso). Em juízo, porém, o acusado RODRIGO DOS SANTOS ANDRADE, negou a autoria do delito, tendo afirmado que: “[...] que no dia dos fatos estava indo comprar drogas comum menino, mas a polícia chegou e o menino correu, deixando as coisas no chão do local; que os policiais chegaram, pegaram o capote com as drogas, o rádio e atribuíram estes materiais ao interrogado; que os policiais lhe disseram que se não assumisse a propriedade dos materiais na Delegacia, eles iriam pegar o interrogado quando saísse do local; que depois desse fato em apuração foi preso mais uma vez enquanto ia comprar drogas; que na primeira vez em que foi preso não estava com um capote militar, mas sim com o menino que correu; que é usuário de drogas desde os 14 anos; que não faz parte de nenhuma facção criminosa; (....) que foi condenado por tráfico de drogas num processo anterior a este [...]” (grifo nosso). Apesar de o acusado ter afirmado ser tão somente usuário de drogas, vê-se a grande uniformidade nos depoimentos. Destaca-se que todos os policiais reconheceram o acusado, narraram com exatidão a diligência realizada na localidade e apontaram, além da camiseta que o acusado vestia, o fato de o réu carregar consigo um rádio comunicador. Sabe-se, ainda, que as declarações emanadas pelos agentes públicos, no exercício das função, são dotadas de presunção relativa de legitimidade, por isso, não havendo

elementos em sentido contrário nos autos, tem-se que a prova produzida é uníssona quanto a autoria delitiva. Com efeito, a jurisprudência da Corte de Cidadania é clara ao admitir o depoimento de policiais militares para subsidiar eventual condenação, se não existirem razões que maculem as respectivas inquirições, submetidas ao crivo do contraditório e da ampla defesa, vejamos: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. DEPOIMENTO DE AGENTE POLICIAL COLHIDO NA FASE JUDICIAL. CONSONÂNCIA COM AS DEMAIS PROVAS. VALIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. As instâncias ordinárias, após toda a análise do conjunto fático-probatório amalhado aos autos, concluíram pela existência de elementos concretos e coesos a ensejar a condenação do ora agravante pelo crime de associação para o tráfico, de modo que, para se concluir pela insuficiência de provas para a condenação, seria necessário o revolvimento do suporte fático-probatório delineado nos autos, procedimento vedado em recurso especial, a teor do Enunciado Sumular n. 7 do Superior Tribunal de Justiça. 2. São válidas como elemento probatório, desde que em consonância com as demais provas dos autos, as declarações dos agentes policiais ou de qualquer outra testemunha. Precedentes. 3. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no AREsp: 875769 ES 2016/0074029-9, Relator: Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Data de Julgamento: 07/03/2017, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/03/2017) AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. ART. 12 DA LEI N. 6.368/76. ABSOLVIÇÃO. REVOLVIMENTO DE PROVAS. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. MEIO DE PROVA. VALIDADE. DOSIMETRIA. ELEMENTOS CONCRETOS. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. POSSIBILIDADE. AFRONTA AO ART. 59 DO CP. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS N. 282 E 356/STF. INSURGÊNCIA DESPROVIDA. 1. Para se proceder à desconstituição do julgado por suposta ausência ou insuficiência de provas, no intuito de abrigar o pleito absolutório, seria necessário o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que não encontra espaço na via eleita por se tratar de procedimento exclusivo das instâncias ordinárias e vedado ao Superior Tribunal de Justiça no âmbito do recurso especial, a teor do disposto na Súmula n. 7 deste Sodalício. 2. O depoimento dos policiais constitui elemento hábil à comprovação delitiva, mormente na espécie dos autos, em que, como assentado no aresto a quo, inexistente suspeita de imparcialidade dos agentes. 3. A dosimetria da pena é o momento em que o juiz, dentro dos limites abstratamente previstos pelo legislador, deve eleger, fundamentadamente, o quantum ideal da sanção a ser aplicada ao condenado criminalmente, visando à prevenção e à repressão do delito praticado, sendo que, para chegar a uma aplicação justa da lei penal, o sentenciante, dentro dessa discricionariedade juridicamente vinculada, deve atentar para as singularidades do caso concreto. 4. A quantidade de droga apreendida constitui elemento idôneo para a exasperação da pena na etapa inicial da dosimetria, tanto sob a égide da Lei n. 6.368/76, quanto em relação ao atual diploma de regência (Lei n. 11.343/06). 5. Na espécie, a instância de origem manteve incólume a decisão do juízo sentenciante, que fixou a pena-base acima do patamar mínimo legal por considerar desfavoráveis ao réu as circunstâncias do delito, tendo em vista a elevada quantidade de substância entorpecente apreendida (quase seis toneladas de maconha). 6. A questão relativa ao disposto no art. 59 do Código Penal não foi objeto de discussão na instância de origem, não tendo sido opostos embargos de declaração pela defesa para sanar qualquer omissão no julgado, bem como no recurso

especial não se apontou afronta ao art. 619 do Código de Processo Penal de modo a acusar eventual negativa de prestação jurisdicional, esbarrando o pleito recursal no óbice das Súmulas n. 282 e 356/STF, diante da ausência de prequestionamento do tema. 7. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no REsp: 1514101 SP 2015/0031038-7, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 16/05/2017, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 24/05/2017) Portanto, inexistente razão para a absolvição do apelante, de sorte que em nosso entender, agiu com acerto o Juízo a quo. II. DA DOSIMETRIA DA PENA: DA IMPOSSIBILIDADE DE APLICAÇÃO DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 65, III, d. PENA INTERMEDIÁRIA QUE NÃO PODE SER FIXADA EM PATAMAR AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231 DO STJ. Fixada a pena-base no mínimo legal, percebe-se que o recurso interposto pelo réu, ora Apelante, cinge-se, neste ponto, ao reconhecimento e aplicação da atenuante da menoridade relativa, mesmo que importe em fixação da pena em patamar aquém do mínimo legal. Esta Corte de Justiça 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 pátrio, 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 Paganella Boschi (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.” (g.n.). Nesse sentido, pode-se observar os julgados desta Corte: 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. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0000509-15.2016.8.05.0014, Relator (a): Nágila Maria Sales Brito, Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Publicado em: 15/06/2018) (TJ-BA – APL: 00005091520168050014, Relator: Nágila Maria Sales Brito, Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Data de Publicação: 15/06/2018) APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006) E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO COM NUMERAÇÃO RASPADA (ART. 16, PARÁGRAFO ÚNICO, INCISO IV, DA LEI Nº 10.826/2003), EM

CONCURSO MATERIAL (ART. 69 DO CP). ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS PARA O DE USO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. INVIABILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS COMPROVADAS. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA MENORIDADE. DESCABIMENTO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 231 DO STJ. RECURSO CONHECIDO E DESPROVIDO. 1. Demonstrada de forma inequívoca a autoria e materialidade delitivas dos crimes de tráfico de drogas e porte ilegal de arma de fogo com numeração raspada, impossível cogitar-se da absolvição do acusado, bem como da desclassificação do crime de tráfico de drogas para o de uso de substância entorpecente. 2. Analisadas as circunstâncias previstas no art. 59 do CP e sendo estas favoráveis ao Acusado, impõe-se a fixação da pena-base no mínimo legal. 3. 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". (Classe: Apelação, Número do Processo: 0361202-33.2013.8.05.0001, Relator (a): Nágila Maria Sales Brito, Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Publicado em: 08/06/2018) (TJ-BA – APL: 03612023320138050001, Relator: Nágila Maria Sales Brito, Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Data de Publicação: 08/06/2018) Assim, como a pena-base do apelante restou fixada no mínimo legal (05 anos de reclusão e pagamento de 500 dias-multa – ID 37521654), mesmo sendo reconhecida a atenuante da confissão, é inviável a sua incidência em razão da 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). Pelo exposto, não se vislumbra erro na aplicação da circunstância atenuante pelo Juízo a quo, na segunda fase de dosimetria da pena, razão pela qual não acolho o pleito defensivo neste aspecto. Desse modo, mantém-se a pena intermediária, reflexo da pena-base, em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. III. DA INAPLICABILIDADE DO § 4º, DO ART. 33, DA LEI 11.343/2006. ACUSADO QUE RESPONDE A OUTRA AÇÃO PENAL PELO MESMO DELITO (TRÁFICO DE ENTORPECENTES). A defesa se insurge, ainda, quanto à terceira fase da dosimetria e a não aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, da Lei 11.343/2006. Nesse passo, no que se refere a não aplicação da causa especial de diminuição prevista no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/2006, a operação dosimétrica também está correta, vejamos. 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 uníssona quanto a

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 GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, Julgado em 01/09/2015, DJE 15/09/2015; HC 326462/RS, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, Julgado em 25/08/2015, DJE 11/09/2015; HC 328775/RS, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Julgado em 25/08/2015, DJE 11/09/2015; HC 320701/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, Julgado em 01/09/2015, DJE 11/09/2015; AgRg no AREsp 685490/MG, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, Julgado em 20/08/2015, DJE 28/08/2015; AgRg no AREsp 469304/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, Julgado em 04/08/2015, DJE 20/08/2015). Para a negativa da benesse, o d. juízo utilizou o seguinte fundamento: "[...] Conforme acima pontuado, o réu, enquanto respondia em liberdade a este processo, foi novamente flagrantado na posse de entorpecentes, sendo julgado e condenado por este juízo, nos autos n. 0549884-93.2018.8.05.0001, os quais se encontram em grau recursal [...]". Nesse ponto, registre-se que os Tribunais Superiores firmaram o entendimento de que "inquéritos ou ações penais em curso, sem condenação definitiva, não constituem fundamentos idôneos para afastar o tráfico privilegiado". (vide STJ – AgRg no HC: 660560 CE 2021/0115008-4, Relator: Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Data de Julgamento: 05/10/2021, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/10/2021). Com efeito, apesar de inidôneo à época da sentença, o fundamento invocado pelo d. Juízo tornou-se válido pela superveniência do trânsito em julgado da sentença condenatória utilizada como fundamento. Em análise do sistema PJE, verifica-se que em 16/11/2022, deu-se o trânsito em julgado da sentença proferida nos autos da ação penal de nº 0549884-93.2018.8.05.0001, que fora mantida pelo Tribunal de Justiça. Registre-se, inclusive, que à época, o Tribunal negou a aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. De mais a mais, diante do amplo efeito devolutivo do recurso de apelação, o juízo ad quem pode modificar a fundamentação empregada na sentença, ainda que se tratando de recurso exclusivo da Defesa, sem que se configure reformatio in pejus, desde que a reprimenda não seja agravada. É o entendimento do STJ: PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. APELAÇÃO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SUPLEMENTAÇÃO DE FUNDAMENTOS PELO TRIBUNAL. QUALIFICADORAS SOBEJANTES. DESLOCAMENTO. POSSIBILIDADE. MANUTENÇÃO DO QUANTUM DA PENA DEFINITIVA. INEXISTÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. MANUTENÇÃO DA DECISÃO AGRAVA DA. I – O entendimento desta Corte Superior é no sentido de que, "o efeito devolutivo da apelação permite ao julgador de substituir a fundamentação empregada pelo magistrado sentenciante e assim manter a quantidade de pena imposta, sem que isso configure violação ao princípio da ne reformatio in pejus (artigo 617 do CPP), desde que isso não implique em aumento da pena fixada pelo juízo sentenciante "[...] Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1918068/MG, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 19/10/2021, DJe 04/11/2021) AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ART. 155, § 4º, IV, DO CÓDIGO PENAL. VIOLAÇÃO DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DOSIMETRIA. PENA-BASE. APELAÇÃO. RECURSO EXCLUSIVO DA DEFESA. SUPLEMENTAÇÃO DE FUNDAMENTOS PELO TRIBUNAL. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. AGRAVO IMPROVIDO. [...] 2. A jurisprudência desta Corte admite a suplementação de fundamentação pelo Tribunal que revisa a dosimetria da pena, sempre que

não haja agravamento da pena do réu, em razão do efeito devolutivo amplo de recurso de apelação, não se configurando, nesses casos, a reformatio in pejus. 3. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1802200/SP, Rel. Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), SEXTA TURMA, julgado em 18/05/2021, DJe 24/05/2021) Nesse prisma, em havendo trânsito em julgado posterior ao fato, inclusive também por tráfico de entorpecentes, o acusado não preenche o requisito dos bons antecedentes. Ademais, segundo o Supremo Tribunal Federal, “a conduta social do agente, o concurso eventual de pessoas, a receptação, os apetrechos relacionados ao tráfico, a quantidade da droga e as situações de maus antecedentes exemplificam situações caracterizadoras de atividades criminosas”. (STF, RHC nº 94.806, relatora Ministra Cármen Lúcia). Com efeito, os elementos probatórios apontam que o agente não é neófito no universo criminoso, mas que atua, reiteradamente, na mesma conduta, o que se percebe pela variedade e quantidade de drogas, pela utilização de rádio comunicador e pela localidade ser dominada por uma facção à época que, segundo os policiais, impediria qualquer pessoa vender drogas na região se a ela não fosse integrada. Tais fatos, inquestionavelmente, impõem a negativa da benesse legal. Portanto, ausentes causas de aumento e/ou diminuição, a pena definitiva deve ser estabelecida em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Inviável, portanto, a concessão de penas restritivas de direitos, ante o quantum aplicado, na forma do art. 44, do CP. Por fim, quanto ao pedido de prequestionamento, formulado pela Defensoria Pública, é digno destacar que ao julgador não é imposta a apreciação de todas as normas, artigos e princípios suscitados pelas partes, mas apenas dos motivos que levaram à conclusão fundamentada e objetiva da controvérsia, sobretudo quando a abordagem das matérias propostas trouxe manifestações implícitas e explícitas sobre as pretensas violações. Por fim, de forma devida, o juízo a quo deixou de substituir a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos face a quantidade de pena aplicada, razão pela qual também deixo de acolher a tese defensiva neste aspecto. IV. DA CONCLUSÃO Ante o exposto, voto pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO do recurso de apelação interposto, mantendo-se a sentença combatida in totum. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ ANTÔNIO CARLOS DA SILVEIRA SÍMARO SUBSTITUTO DE SEGUNDO GRAU – RELATOR