

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501600-90.2016.8.05.0141 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Mateus Santos Moreira Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO EMENTA: PENAL E PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. DELITO DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006 E ARTIGO 33, § 1º, INCISO III, PENA DE 03 (TRÊS) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, ALÉM DE 333 (TREZENTOS E TRINTE E TRÊS) DIAS-MULTA. PRELIMINAR DE NULIDADE. INVASÃO DE DOMICILIO. TRÁFICO DE DROGAS. CRIME PERMANENTE. APELANTES EM ESTADO DE FLAGRÂNCIA. EXCEÇÃO DO TEXTO CONSTITUCIONAL CONTIDO NO ARTIGO 5º, INCISO XI, QUE FLEXIBILIZA O DIREITO FUNDAMENTAL À PRIVACIDADE, QUANDO EM ESTADO DE FLAGRÂNCIA. PRELIMINAR REJEITADA. MÉRITO. PEDIDO DE DESCLASSIFICAÇÃO DO ARTIGO 33 PARA O ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. INVIABILIDADE. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DEPOIMENTOS COESOS E HARMÔNICOS DAS TESTEMUNHAS QUE SE COADUNAM COM OS DEMAIS ELEMENTOS ENCARTADOS AO CADERNO PROCESSUAL QUE EVIDENCIAM A PRÁTICA DA MERCÂNCIA. APELANTES QUE MATINHA EM RESIDÊNCIA 428 (QUATROCENTOS E VINTE E OITO) GRAMAS DE MACONHA, DROGA ILÍCITA. DOSIMETRIA. PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENA AQUEM DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. ATENUANTE DEVIDAMENTE RECONHECIDA. APLICABILIDADE QUE ENCONTRA ÔBICE NA SÚMULA 231 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. INCIDÊNCIA DO § 4º, DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006 NO SEU PATAMAR MÁXIMO. JUIZ SENTENCIANTE QUE RECONHECEU A MINORANTE E APLICOU 1/3 EM RAZÃO DA QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. FRAÇÃO MODIFICADA NESTE AD QUEM. AUSÊNCIA DE VARIEDADES DE DROGA. INCIDÊNCIA DA FRAÇÃO DE $\frac{1}{2}$ EM RAZÃO DA QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. REPRIMENDA PELA PRÁTICA DA CONDUITA DESCRITA NO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/2006, MODIFICA E ESTABILIZADA EM 02 (DOIS) ANOS E 06 (OITO) MESES, PROPORCIONALMENTE, DE OFÍCIO, MODIFICO A PENA PECUNIÁRIA PARA 250 (DUZENTOS E CINQUENTA) DIAS-MULTA, NA RAZÃO DE 1/30 DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO. SENTENÇA MANTIDA EM TODOS OS SEUS DEMAIS TERMOS. – Trata-se de Recurso de Apelação, interposto por MATEUS SANTOS MOREIRA E IVONETE SANTOS MOREIRA, inconformados com a sentença proferida pelo MM Juízo de Direito da 1ª. Vara Criminal da Comarca de Jequié/Ba, que condenou Mateus Santos Moreira com incurso nas penas do Art. 33, caput, e Ivonete Santos Moreira como incurso nas penas do art. 33, § 1º, inciso III, ambos da Lei 11.343/2006, a uma pena de 03 (três) anos, 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e 333 (trezentos e trinta e três) dias multa, substituída por duas penas restritivas de direitos. – Consta na denúncia que no dia 10 de junho de 2016, policiais militares, buscando verificar a ocorrência de tráfico de drogas no bloco 07, apto. 104, no bairro Colina, em Jequié, conforme notícia passada pela Cicom, prenderam em flagrante delito Mateus Santos Moreira e Ivonete Santos Moreira. Consta, ainda, que Mateus Santos Moreira, ao perceber a presença da polícia, correu para o apartamento de sua vizinha e comparsa, Ivonete Moraes Silva, que o ajudou a guardar em sua casa um saco plástico com 428 gramas de maconha, que seria repassada a terceiros se não fosse a intervenção policial. – Em suas razões de recurso, suscitam a reforma da sentença para absolvê-los, ao argumento de ausência de lastro probatório capaz de sustentar uma condenação, suscitando, também a desclassificação do delito para a conduta do art. 28 da Lei 11.343/2006. Subsidiariamente, requer a reforma da sentença para modificar a pena, reconhecendo e aplicando a atenuante da confissão, reduzindo a pena aquém do mínimo legal, afastando a súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, bem como com a incidência do § 4º, do Art. 33, da Lei 11.343/2006, em patamar

máximo. – Materialidade e autoria delitiva devidamente comprovadas nos autos. Impossibilidade de absolvição. Depoimentos testemunhais que corroboram com a confissão dos Apelantes. Réus que ao serem interrogados confessou a posse da droga, Denúncias que revelaram haver na residência dos Réus venda de entorpecentes. – Pedido de modificação da dosimetria, com incidência da atenuante da confissão, para modificar a pena a baixo do mínimo legal. Óbice na Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça. – Pena modificada com fundamento na quantidade de droga apreendida, fazendo incidir na benesse do § 4º, do art. 33, a fração de $\frac{1}{2}$, restando estabilizada em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, com modificação, de ofício da pena de dias-multa para 250 (duzentos e cinquenta). APELO CONHECIDO. PRELIMINAR REJEITADA E, NO MÉRITO, PARCIALMENTE PROVIDO. Vistos, relatados e discutidos os presentes autos da Apelação Criminal nº 0501600.90.2016.8.05.0141, da Vara Criminal da Comarca de Guanambi– Bahia, sendo Apelante MATEUS SANTOS MOREIRA E IVONETE SANTOS MOREIRA e Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, EM CONHECER DO RECURSO E DAR-LHE PARCIAL PROVIMENTO, nos termos da fundamentação do voto do Relator. Salvador, . PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Procedente em parte Por Unanimidade Salvador, 31 de Janeiro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501600–90.2016.8.05.0141 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Mateus Santos Moreira Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação, interposto por MATEUS SANTOS MOREIRA E IVONETE SANTOS MOREIRA, inconformados com a sentença proferida pelo MM Juízo de Direito da 1ª. Vara Criminal da Comarca de Jequié/Ba, que condenou Mateus Santos Moreira com incurso nas penas do Art. 33, caput, e Ivonete Santos Moreira como incurso nas penas do art. 33, § 1º, inciso III, ambos da Lei 11.343/2006, a uma pena de 03 (três) anos, 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e 333 (trezentos e trinta e três) dias multa, substituída por duas penas restritivas de direitos. Consta na denúncia que no dia 10 de junho de 2016, policiais militares, buscando verificar a ocorrência de tráfico de drogas no bloco 07, apto. 104, no bairro Colina, em Jequié, conforme notícia passada pela Cicom, prenderam em flagrante delito Mateus Santos Moreira e Ivonete Santos Moreira. Consta, ainda, que Mateus Santos Moreira, ao perceber a presença da polícia, correu para o apartamento de sua vizinha e comparsa, Ivonete Moraes Silva, que o ajudou a guardar em sua casa um saco plástico com 428 gramas de maconha, que seria repassada a terceiros se não fosse a intervenção policial. Após regular tramitação processual, o MM. Juízo de Direito da Vara Crime da Comarca de Jequié/Ba, julgou procedente a denúncia, condenando os Réus pela prática do crime de tráfico de drogas. Inconformado, os Réus apresentaram apelação, ID nº. 32590498, pugnando em suas razões ID nº. 32590506, preliminarmente, a nulidade das provas apreendidas, ao argumento de que houve invasão de domicílio. No mérito, requer sua absolvição por insuficiência de provas. Subsidiariamente, requer a desclassificação da conduta para o tipo previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006, não sendo este o entendimento, requer a modificação da pena aplicada, com incidência da atenuante da confissão na segunda fase, aplicando, na terceira fase a causa de diminuição do parágrafo 4º, do Art. 33, da Lei 11.343/2006, no seu patamar

máximo. Em sede de contrarrazões do Ministério Público, 32590513 rechaçou as teses, pugnando pelo improvimento do recurso, para manter integralmente a sentença hostilizada. Nesta corte, a douta Procuradoria de Justiça, em parecer, ID nº. 34806650, opinou pelo provimento parcial do apelo, para que reconhecer a atenuante da confissão, deixando de aplicá-la em razão da Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, mantendo a sentença nos seus demais termos. Tudo visto e bem examinado, elaborei o presente Relatório que ora submeto à apreciação do douto Desembargador Revisor. É o relatório. Salvador/BA, 10 de janeiro de 2023. Des. Aliomar Silva Britto – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0501600-90.2016.8.05.0141 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Mateus Santos Moreira Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Conheço do apelo, uma vez que preenchido os pressupostos legais. MATEUS SANTOS MOREIRA E IVONETE SANTOS MOREIRA, inconformados com a sentença proferida pelo MM Juízo de Direito da 1ª. Vara Criminal da Comarca de Jequié/Ba, que condenou Mateus Santos Moreira com incurso nas penas do Art. 33, caput, e Ivonete Santos Moreira como incurso nas penas do art. 33, § 1º, inciso III, ambos da Lei 11.343/2006, a uma sanção de 03 (três) anos, 04 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e 333 (trezentos e trinta e três) dias multa, substituída por duas penas restritivas de direitos. Consta na denúncia que no dia 10 de junho de 2016, policiais militares, buscando verificar a ocorrência de tráfico de drogas no bloco 07, apto. 104, no bairro Colina, em Jequié, conforme notícia passada pela Cicom, prenderam em flagrante delito Mateus Santos Moreira e Ivonete Santos Moreira. Consta, ainda, que Mateus Santos Moreira, ao perceber a presença da polícia, correu para o apartamento de sua vizinha e comparsa, Ivonete Moraes Silva, que o ajudou a guardar em sua casa um saco plástico com 428 gramas de maconha, que seria repassada a terceiros se não fosse a intervenção policial. Após regular tramitação processual, o MM. Juízo de Direito da Vara Crime da Comarca de Jequié/Ba, julgou procedente a denúncia, condenando os Réus pela prática do crime de tráfico de drogas. Inconformado, os Réus apresentaram apelação, ID nº. 32590498, pugnando em suas razões ID nº. 32590506, preliminarmente, a nulidade das provas apreendidas, ao argumento de que houve invasão de domicílio sem ordem judicial. No mérito, requer a reforma da sentença para desclassificar o crime a qual foi condenado para o delito do artigo 28 da Lei de Drogas. Subsidiariamente requer sua absolvição por insuficiência probatória, bem como a modificação da pena, para incidir na segunda fase a atenuante da confissão e na terceira fase, seja aplicada a minorante do § 4º, do art. 3º, da Lei 11.343/2006, no seu patamar máximo. DA PRELIMINAR DE NULIDADE – INVASÃO DOMICILIAR SEM ORDEM JUDICIAL. Suscita o Apelante a nulidade do processo, em razão da invasão do seu domicílio sem formalização, pois não havia ordem judicial e nem autorização de qualquer morador, motivo porque, as provas colhidas durante a operação estariam eivadas de vício da ilegalidade, tendo os agentes extrapolados sua função estatal, suscitando o reconhecimento do princípio dos frutos da árvore envenenada. Compulsando os autos, observa-se que, em verdade não há qualquer ordem judicial para busca e apreensão no domicílio do Apelante, no entanto, a situação aqui explicitada, amolda-se perfeitamente as exceções prevista na Carta Magna, isto porque, os Réus encontravam-se em estado de flagrância, vez que, mantinha em depósito drogas ilícitas, delitos este considerado permanente. Outrossim, o que ensejou a invasão efetuada pelos policiais, foi uma

denuncia de que naquela residência ocorria tráfico de drogas, por esta razão houve diligência no local com o intuito de averiguar a veracidade das informações. Após incursão, os policiais lograram encontrar na residência do Apelante as substâncias proscritas descritas na exordial acusatória, situação que por si só configura situação de flagrante delito, enquadrando-se perfeitamente na exceção do texto constitucional, contida no art. 5º, inciso XI, da Constituição Federal, que flexibiliza o direito fundamental à privacidade, quando em estado de flagrância. Destarte, não merece guarida a preliminar de nulidade em razão da invasão domiciliar, ficando caracterizado o estado de flagrância, vez que, o crime praticado pelo Apelante se afigura como crime de natureza permanente, se amoldando perfeitamente ao artigo 303 do Código Penal. Neste sentido segue posicionamento do Superior Tribunal de Justiça. AGRADO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PRISÃO POR TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. VIOLAÇÃO DE DOMICÍLIO. JUSTA CAUSA PARA O INGRESSO FORÇADO. FLAGRANTE INICIADO FORA DO IMÓVEL. PRISÃO PREVENTIVA. REVOGAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. APREENSÃO DE EXPRESSIVA QUANTIDADE DE DROGAS. AGRADO 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. [...] 5. A prova do consentimento de morador acerca do ingresso de policiais em residência sem mandado judicial para averiguação de situação de flagrante se faz mediante registro em vídeo e áudio e, sempre que possível, por escrito (HC n. 598.051/SP, relator Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe de 15/3/2021; HC n. 616.584/RS, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 6/4/2021; HC n. 625.504/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 17/3/2021). 6. Iniciado o flagrante fora do imóvel, com a apreensão de entorpecentes que foram entregues a terceira pessoa na presença das autoridades policiais, antes de o agente empreender fuga para dentro da residência, evidencia-se a justa causa para o ingresso forçado no domicílio. 7. A prisão preventiva é cabível mediante decisão fundamentada em dados concretos, quando evidenciada a existência de circunstâncias que demonstrem a necessidade da medida extrema, nos termos dos arts. 312, 313 e 315 do Código de Processo Penal. 8. São fundamentos idôneos para a decretação da segregação cautelar no caso de tráfico ilícito de entorpecentes a quantidade, a variedade ou a natureza das drogas apreendidas. 9. A manutenção de custódia cautelar ganha reforço com a prolação de sentença condenatória que não concede a paciente que ficou preso durante toda a instrução processual o direito de recorrer em liberdade, por subsistirem as circunstâncias que justificaram a decretação da prisão preventiva 10. Agrado regimental desprovido. (AgRg no HC 612.972/SP, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUINTA TURMA, julgado em 22/06/2021, DJe 28/06/2021). Afasta-se, portanto, a preliminar arguida. Mérito. DA DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO TIPIFICADO NO ARTIGO 33 PARA O ARTIGO 28 DA LEI 11.343/2006. Requerer a desclassificação para o tipo previsto no artigo 28, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, asseverando que as provas produzidas nos autos não são suficientes para a condenação pelo crime de tráfico. Todavia, em que pese os argumentos expedidos pela Defesa, o pedido não merece acolhimento, isto porque, a materialidade

delitiva pelo delito de tráfico de drogas encontra-se devidamente comprovada, sobretudo pela forma de acondicionamento da droga apreendida, bem como pela quantidade e variedade, sendo encontrado na residência do Apelante 428 (quatrocentos e vinte e oito) gramas de maconha, não havendo dúvida quanto a apreensão das drogas, salientando que, a abordagem feita aos Réu não foi aleatória, havia informações de que na sua residência ocorria mercância de drogas ilícitas. Convém mencionar que o tipo penal previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, é considerado crime de conteúdo variado ou de natureza múltipla. Assim, ainda que o apelante tenha praticado apenas um dos núcleos contidos na norma, qual seja, manter em depósito, configurado está o cometimento do crime de tráfico de drogas. Nessa linha de entendimento já se posicionou este e. Tribunal de Justiça o colendo Superior Tribunal de Justiça, in verbis: (...) Sendo o tráfico de entorpecentes classificado como crime de ação múltipla, praticando o agente qualquer dos dezoito verbos descritos no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/06, mesmo que mais de um deles, estará sujeito à reprimenda prevista no preceito secundário do tipo. (...) (STJ, HC 125617/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, DJ de 15/12/2009) [...] Destaca-se que o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou que, "para a ocorrência do elemento subjetivo do tipo descrito no art. 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, é suficiente a existência do dolo, assim compreendido como a vontade consciente de realizar o ilícito penal, o qual apresenta 18 (dezoito) condutas que podem ser praticadas, isoladas ou conjuntamente" (Resp 1.361.484/MG, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 10/6/2014, DJe 13/6/2014). Com efeito, para a consumação do crime de tráfico drogas basta apenas que o agente pratique qualquer umas das 18 (dezoito) condutas descritas no rol de verbos descritos no tipo penal, no caso em exame o réu guardava em sua residência drogas ilícitas. Outrossim, para a configuração do delito descrito no art. 28, da Lei 11.343/2006, além do dolo como elemento do tipo subjetivo, para a sua caracterização, exige-se a comprovação da finalidade de consumo pessoal, o que não ocorreu na espécie, vez que, as circunstâncias comprovam a mercância das drogas, havendo, denuncia da vizinhança de que o Apelante vendia drogas no bairro, consoante de vê dos depoimentos coesos e harmônicos das testemunhas de acusação, policiais militares que efetuaram a prisão flagrancial do Réu. Outrossim, não há nos autos comprovação de qualquer exame toxicológico. A simples alegação de ser usuário de drogas não é suficiente para afastar a imputação de tráfico de drogas, vez que, nada impede que usuários de drogas também exerçam a traficância. A respeito do tema, a Jurisprudência: "A posse pelo réu de 28 pedras de crack, embaladas em plástico, configura o crime de tráfico de drogas. A simples alegação de ser dependente ou usuário, por si só, não basta para operar-se a desclassificação do delito de tráfico, porquanto incumbe ao réu provar que a cocaína apreendida se destinava exclusivamente a seu consumo pessoal, porquanto não se pode descartar a figura do usuário ou dependente traficante." (TJPR, Apelação Criminal 4693747, Rel. Des. Rogério Coelho, Julgamento: 04.09.2008). Mantenho, assim, a condenação pelo crime de tráfico de drogas. ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS Com efeito, a materialidade do delito encontra-se cabalmente demonstrada através do laudo de exibição e apreensão, ID nº. 32590233, p.06, e laudo pericial definitivo, ID nº. 32590233, p. 24. Quanto a Autoria não paira quaisquer dúvidas, até porque, os Réus confessaram os fatos, que foram ratificados pelas testemunhas de acusação ouvidas em juízo, sob o crivo do contraditório. A testemunha, policial militar que participou da diligência, IPC JORGITO SANTOS ANDRADE,

revelou que: (trecho extraído da sentença em ID. 32590488, p.2). "[...] no dia 10 de junho de 2016, encontrava-se de serviço, quando seguiram para o bairro Colina, após uma denúncia do CICOM, informando que no Bloco 7, apartamento 104, encontrava-se o indivíduo Mateus "Playboy, o qual estaria na posse de drogas, mas, de início não o encontraram. Em seguida, disse a testemunha, veio outra informação do CICOM, dando conta de que o indivíduo Mateus havia percebido a presença da equipe policial e, antes mesmo que esta chegasse onde se encontrava, saiu correndo daquele apartamento, com uma sacola plástica, seguindo em direção ao Bloco 3, do mesmo bairro, e, em razão disso, a equipe policial deslocou-se para o endereço mencionado e avistou Mateus, sentado no passeio, em frente ao Bloco 3, sendo o mesmo detido e interrogado, sobre a sacola que ele teria escondido naquele Bloco, mas o mesmo desconversou, momento em que chegou uma terceira informação do CICOM, informando que a droga havia sido escondida no apartamento da acusada, Ivonete, na Rua A, Bloco 3, apartamento 103, dirigindo-se a equipe policial, até lá, e, após uma revista no quarto do apartamento de Ivonete, foi encontrada a droga, maconha prensada, acondicionada em um saco plástico, pesando quase meio quilo, havendo Ivonete dito que a droga era de Mateus, afirmando que ele havia lhe pedido para guardar aquela sacola em sua residência, e que desconhecia o seu conteúdo, mas, no entanto, em seguida, voltou atrás, em seu depoimento, dizendo que a droga lhe pertencia, e era para uso próprio. Disse, por fim, o depoente, que foi dada voz de prisão às referidas pessoas, que foram conduzidas à Delegacia de Polícia [...]" Neste prisma, o Policial Civil, Luciano Torres Andrade, que também participou da diligência que predeu os Réus em flagrante, foi ouvido em juízo e confirmou todos os fatos narrados pelo Policial Jorgito Santos Andrade. Portanto, os depoimentos contidos no in folio, inclusive o depoimento das Réus, revelam, de forma insofismável, a Autoria do delito, confrontado com os demais elementos probatórios residente no caderno processual, não há que se falar em absolvição por insuficiência de provas, vez que, estas se mostram suficientes a embasar o decreto condenatório. Passo à dosimetria da pena. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. Requer a defesa a modificação da dosimetria, com o fito de que seja fixada a pena base no mínimo legal estabelecida para o tipo penal. Assim é que, neste tocante não há qualquer modificação a ser efetuada, isto porque, o Magistrado sentenciante fixou a pena-base em 05 (cinco) anos, ou seja, no mínimo legal estabelecido para o tipo penal. Na segunda fase, O Magistrado sentenciante não reconheceu a atenuante da confissão o que faço nesta corte, todavia, por força do que dispõe a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça, inviável a sua aplicação, vez que, a pena não pode ficar, nesta fase dosimétrica, a quem do mínimo legal. Não há circunstância agravante. Não há causa de aumento, por esta razão, estabilizo a pena pelo crime de tráfico de drogas em 05 (cinco) anos de reclusão. Não prospera a pretensão da defensiva, no que se refere a incidências das circunstâncias atenuantes da confissão (art. 65, III, d) do Código Penal, para reduzir a pena abaixo do mínimo legal. A matéria já se encontra sumulada no Superior Tribunal de Justiça no verbete 231 do STJ que consolidou o entendimento de que mesmo que existam circunstâncias atenuantes, fixada a pena no mínimo legal, não comporta redução, entendimento inclusive seguido por esta corte. A propósito, o jurista Guilherme de Souza Nucci, tratando das circunstâncias atenuantes, previstas no artigo 65 do Código Penal, elucida com bastante propriedade que: "(...) Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem

possibilidades de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o Juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador. (...)” – (Código Penal Comentado, 7ª edição revista, atualizada e ampliada, São Paulo:Editora Revista dos Tribunais, 2007, pág. 394). Divergente não é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça: PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NECESSIDADE DE DILIGÊNCIAS NA INSTRUÇÃO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA O DELITO DE TRÁFICO EVENTUAL OU POSSE PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1.117.073/PR. SÚMULA 231/STJ I – O recurso especial não será cabível quando a análise da pretensão recursal exigir o reexame do quadro fático-probatório, sendo vedada a modificação das premissas fáticas firmadas nas instâncias ordinárias na via eleita. (Súmula 07/STJ). II – In casu, inviável a modificação da conclusão sobre a desnecessidade de novas diligências na fase da instrução penal, bem como sobre a classificação da conduta do agente, pois estas decorreram de todo o contexto probatório acostado aos autos, mediante a análise concreta dos pormenores da situação pelo eg. Tribunal de origem. III – A redução da pena na segunda etapa da dosimetria abaixo do mínimo legal vai contra entendimento já consolidado nesta Corte no sentido de que a incidência de circunstância atenuante, não pode conduzir à redução da pena para aquém do mínimo legal, conforme dispõe a Súmula 231/STJ. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1602982/SP, Rel. Ministro LEOPOLDO DE ARRUDA RAPOSO. DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE, Quinta Turma, Julgador em 11/02/2020, DJe 19/02/2020). Desta forma, apesar do reconhecimento da atenuante da confissão, somente pode o Juiz reduzir abaixo do mínimo legal quando presente alguma causa de diminuição, mas não pela presença de circunstâncias atenuantes operadas na segunda fase de individualização da pena. DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO – § 4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006 – PEDIDO DE APLICAÇÃO NO SEU PATAMAR MÁXIMO. Quanto a causa de diminuição contida no § 4º, do Art. 33 da Lei 11.343/2006, o Magistrado de piso concedeu a benesse aos Apelantes, com os seguintes fundamentos: “ ... Presente uma causa de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, de forma a cominar apenamento menos severo para o sujeito que não está rotineiramente, em conflito com a norma penal. No caso sub judice, os acusados são primários, nos termos do Enunciado 444, da Súmula do STJ, suas reprovabilidades não excederam a reprovabilidade normal prevista no tipo penal, e não há notícia de que integram organização criminosa voltada para o tráfico ilícito de entorpecentes. Assim, não havendo dúvidas sobre a incidência da causa especial de diminuição de pena, faz-se necessário, agora, estabelecer o quantum de redução que poderá ser aplicado aos réus. Na hipótese em comento, à vista do aspecto subjetivo dos réus e da quantidade e nocividade da substância apreendida, entendo que os denunciados devem ser beneficiados com a redução da pena, no percentual de 1/3 (um terço), que passa a ser, para cada um, de 3 (três) anos e 4 (quatro) meses, de reclusão, em regime aberto e 333 (trezentos e trinta e três) dias multa, no mesmo valor acima fixado. Não há causas de aumento de pena. .” Ora, nos termos do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, aos delitos definidos no caput e no § 1º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, aplica-se a redução da pena de 1/6 a 2/3, desde que o agente preencha determinados requisitos estabelecidos no mesmo dispositivo legal. Em verdade, por razões de

política criminal, o legislador atribuiu ao Magistrado o ônus de verificar se, no caso concreto, o agente faz jus à causa especial de diminuição de pena. Todavia, entendendo que há casos em que a reprovabilidade da conduta do agente é ínsita, vedou qualquer diminuição ao reincidente, ao portador de antecedentes e ao que se dedique à atividade criminosa ou que integre organização criminosa. Desta feita, enquadrando-se o réu em qualquer uma das vedações – eis que os requisitos autorizadores são cumulativos –, não fará jus ao instituto do "tráfico privilegiado". Com relação ao quantum de redução, o percentual a ser aplicado deve levar em consideração a natureza, variedade e quantidade da droga apreendida. Nesse ponto, insta registrar que, a despeito das considerações de preponderância relativas à natureza e quantidade da droga, a teor do que, inclusive, dispõe o art. 42 da Lei 11.343/2006, o egrégio Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos Habeas Corpus 112.776 e 109.193, firmou entendimento no sentido de que não é possível a utilização cumulativa da quantidade e da natureza da droga na primeira e na terceira fase da dosimetria da pena. Também restou afirmado que, a critério do magistrado, tais circunstâncias poderão incidir em uma destas fases, posto que em observância ao princípio da individualização da pena. No caso ora em exame, a referida circunstância foi considerada pelo Magistrado na terceira fase da dosimetria, com o fim de subsidiar a eleição da fração de redução prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, se individualizando melhor a pena, respeitando-se os princípios da proporcionalidade e razoabilidade. Assim é que, a quantidade e nocividade da droga apreendida, ensejando que não houve variedade, comporta uma maior diminuição da pena, de forma a respeitar o princípio da proporcional e razoabilidade, modo que a causa especial de diminuição do artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 deve ser estabelecida no patamar de $\frac{1}{2}$. Por esta razão, pelo crime do art. 33, da Lei 11.343/2006, estabilizo a pena dos Apelantes 02 (dois) ano e 06 (seis) meses, de ofício, modifico, proporcionalmente, a pena de multa que estabeleço em 250 dias-multa. Com essa compreensão, VOTO no sentido de CONHECER DO APELO, REJEITAR A PRELIMINAR DE INVASÃO DE DOMICILIO E, NO MÉRITO, DAR PARCIAL PROVIMENTO, para modificar a dosimetria da pena, reconhecendo a incidência da atenuante da confissão, porém em respeito a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça deixo de aplicar. Modificar a fração fixada na sentença, quanto a benesse do § 4º, do Art. 33 da Lei 11.343/2006, fazendo incidir a fração de $\frac{1}{2}$, em razão da quantidade da droga, estabilizando a pena em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, modificando, de ofício, proporcionalmente, a pena de dias-multa para 250 (duzentos e cinquenta), mantendo a sentença nos seus demais termos. Sala das Sessões, de de 2023. Presidente Relator Procurador (a) de Justiça