

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000511-57.2021.8.05.0276 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: JUCIVAL DOS SANTOS JUNIOR e outros Advogado (s): MARIO FAGUNDES DA SILVA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO DEFENSIVA. PENAL E PROCESSO PENAL. LEI DE DROGAS. APELANTES CONDENADOS COMO INCURSOS NAS SANÇÕES DO ART. 33 DA LEI Nº 11.343/2006. 1. DA PRETENSÃO RECURSAL DE ABSOLVIÇÃO. INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPROVIMENTO. AUTORIA E MATERILADIDADE DELITIVAS COMPROVADAS. EXISTÊNCIA DE PROVAS IRREFUTÁVEIS DE QUE OS APELANTES ADQUIRIRAM DROGAS DESTINADAS À TRAFICÂNCIA. CONDENAÇÃO QUE SE MANTÉM. 1.1 PRETENSÃO RECURSAL DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. CIRCUNSTÂNCIAS DO FATO ALIADAS AO QUANTO NARRADO PELOS APELANTES EM INTERROGATÓRIO JUDICIAL QUE IMPEDEM A DESCLASSIFICAÇÃO PARA O ART. 28 DA LEI 11.343/2006. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS CONFIGURADO 2. DA REFORMA DOSIMETRIA DA PENA DE AMBOS APELANTES. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA MENORIDADE. PENA INTERMEDIÁRIA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÁXIMA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ALTERAÇÃO DE REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PARCIAL PROVIMENTO. APELANTES QUE POSSUÍAM MENOS DE VINTE E UM ANOS NA DATA DO FATO. ATENUANTE DA MENORIDADE RECONHECIDA. EFEITOS DA ATENUANTE QUE NÃO INCIDIRÃO NA PENA. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO QUE ENCONTRA ÓBICE NA SÚMULA Nº 231 DO STJ, CUJO ENTENDIMENTO FOI PACIFICADO EM RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. POUCA QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. REDUÇÃO DE 2/3 QUE SE IMPÕE. SANÇÃO DEFINITIVA E PENA PECUNIÁRIA REAJUSTADAS. NOVA PENA APLICADA QUE AUTORIZA O REGIME ABERTO E A SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ATENDIDOS OS REQUISITOS OBJETIVOS E SUBJETIVOS DO ART. 44 DO CP. 3. GRATUIDADE JUDICIÁRIA. NÃO CONHECIMENTO. MATÉRIA QUE DEVE SER ANALISADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES PENAIAS. PRECEDENTES DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E DESTE ÓRGÃO JULGADOR. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESTA EXTENSÃO, PARCIALMENTE PROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de apelação criminal de nº 8000511-57.2021.8.05.0276, oriundos da Vara Criminal da Comarca de Wenceslau Guimarães, sendo apelantes ROBERTO SOUZA DE JESUS e JUCIVAL DOS SANTOS JÚNIOR, e apelado o Ministério Público Estadual. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER PARCIALMENTE DO RECURSO DE APELAÇÃO E, NESTA EXTENSÃO, JULGÁ-LO PARCIALMENTE PROVIDO, de acordo com o voto do Relator. Sala das Sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. JOÃO BOSCO DE OLIVEIRA SEIXAS Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma Relator 12 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 8 de Abril de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000511-57.2021.8.05.0276 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: JUCIVAL DOS SANTOS JUNIOR e outros Advogado (s): MARIO FAGUNDES DA SILVA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO "Cuida-se de recursos de apelação interpostos por Roberto Souza de Jesus e Jucival dos Santos Júnior, contra a r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara Criminal da Comarca de Wenceslau Guimarães. Narrou o ilustre representante do Parquet, em sua preambular acusatória (ID 53322421), que, em 13.07.2021, por volta das 16h10min, no bairro São José, nas proximidades do cemitério da cidade de Wenceslau Guimarães, os denunciados foram presos em flagrante delito,

pois traziam consigo sete pedras de crack, sete porções de maconha e quinze porções de cocaína. Detalhou a acusação que policiais militares realizavam rondas de rotina na localidade, quando avistaram os denunciados a bordo de uma motocicleta preta, conduzida pelo acusado Roberto, o qual, ao avistar a viatura, desenvolveu maior velocidade com a clara intenção de evadirem-se do local. Concluiu o Parquet dizendo que o denunciado Jucival, que se encontrava no banco carona, dispensou um pacote vermelho em via pública, contendo substâncias entorpecentes. Os policiais, então, dominaram os denunciados e efetuaram a prisão em flagrante delito, constatando a presença das substâncias entorpecentes no interior do pacote dispensado. Junto ao denunciado Jucival, durante busca pessoal, ainda foi localizada, no bolso de sua bermuda, uma porção de maconha. O Ministério Público requereu, assim, a condenação de Roberto Souza de Jesus e Jucival dos Santos Júnior pela prática dos crimes previstos nos arts. 33 e 35 da Lei 11.343/2006 c/c art. 29 do Código Penal. Após fase instrutória, a Autoridade Judiciária de 1º Grau julgou parcialmente procedente a pretensão deduzida pela exordial acusatória, para condenar os réus Roberto Souza de Jesus e Jucival dos Santos Junior pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06 e absolvê-los da prática do crime previsto no art. 35, caput, da mesma lei. A pena aplicada a ambos os réus foi de 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão, em regime semiaberto, e 417 (quatrocentos e dezessete) dias-multa para cada réu, concedido o direito de recorrer em liberdade (ID 53322510). Irresignados, os réus interpuseram recursos de apelação, requerendo o que segue:

Absolvição por insuficiência probatória. Subsidiariamente, a desclassificação do crime de tráfico para uso; a reforma da dosimetria para reduzir a pena, com o reconhecimento das atenuantes da confissão e da menoridade penal, e a figura do tráfico privilegiado, na fração máxima de 2/3; fixação de regime aberto; a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos; fixação da pena pecuniária no mínimo; gratuidade da justiça (ID 53726759). Em sede de contrarrazões (ID 58023607), o Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e parcial provimento dos apelos interpostos para reconhecer a ausência de prova da materialidade delitiva quanto às 07 (sete) pedras de "crack" e às 15 (quinze) porções de "cocaína"; manter a condenação como incursos no artigo 33, caput, e § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, em relação às 07 (sete) porções de "maconha"; aplicar a fração máxima da causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006, com a consequente alteração do regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade para o aberto e a substituição por restritivas de direitos. Encaminhados os recursos a esta Corte de Justiça, os autos foram com vista à douta Procuradoria de Justiça, que se manifestou pelo improvimento da apelação (ID 58491878). Após a análise deste caderno processual, elaborei o presente relatório e o submeto à censura do nobre Desembargador Revisor, para os devidos fins. É o relatório. Salvador/BA, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. João Bosco de Oliveira Seixas Segunda Câmara – 2ª Turma Relator 12 PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8000511-57.2021.8.05.0276 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: JUCIVAL DOS SANTOS JUNIOR e outros Advogado (s): MARIO FAGUNDES DA SILVA APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO"Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, passo à análise das pretensões recursais. 1. Da Pretensão absolutória do crime de tráfico e, subsidiariamente, da

pretensão de desclassificação para o crime previsto no art. 28 da Lei 11.343/2006. Os recorrentes fustigam o decreto condenatório, sob o fundamento de que não teriam sido reunidas provas suficientes da autoria delitiva, pugnando pela sua absolvição. Sobre a materialidade delitiva, consta do Auto Exibição e Apreensão e do Laudo de Exame Pericial Provisório (ID 53321209 – fls. 1, 3) a apreensão de sete pedras de crack, sete porções de maconha e quinze porções de cocaína. O laudo pericial definitivo (ID 53322492) atestou que parte dos entorpecentes apreendidos era maconha e pesava 8,9g (oito gramas e nove decigramas). Dos fatos narrados na exordial acusatória, sobre a autoria, em sede extrajudicial, a oitiva testemunhal produzida trouxe notícias de que policiais militares estavam em ronda, quando avistaram os apelantes a bordo de uma moto, ao passo que, quando viram a viatura, o recorrente Roberto acelerou a moto, enquanto o garupa, o apelante Jucival, dispensou um pacotinho vermelho; que a polícia pegou o pacote e encontrou drogas no seu interior e, em seguida, conseguiu dominar e prender os apelantes. (ID 53321215 – fls. 09 e ID 53321209 – fls. 7) Superada a fase investigativa, em sede judicial, foram ouvidos os policiais que participaram da prisão dos apelantes, os quais mantiveram as declarações apresentadas à Autoridade Policial, narrando os fatos em harmonia, da seguinte maneira, conforme trechos extraídos da sentença e em compatibilidade com a oitivas disponibilizadas no sistema lifesize (ID 53322496): SD/PM AYLMEER BEZERRA SANTOS: “que se recorda da diligência; que estava no centro da cidade, quando, no caminho, os réus, ao avistarem a viatura, aumentaram a velocidade da motocicleta; que foram atrás e deram ordem de parada e foi quando o carona jogou o pacote vermelho no chão; que conseguiram alcançá-los e o cabo voltou para pegar o pacote; que o depoente permaneceu com os réus rendidos; que ao fazer busca pessoal, foi encontrado mais uma porção de maconha e dinheiro com o carona; que abriram o pacote e tinha o restante das drogas; que perguntaram aos réus onde tinham comprado as drogas e eles responderam que tinha sido às margens da BR 101; que os réus afirmaram que os mil reais que compraram de drogas era para consumo; que a guarnição estava parada; que quando os réus perceberam a viatura e dobraram a esquina, eles aumentaram a velocidade; que os dois réus afirmaram que foram juntos comprar droga na BR; que a droga encontrada na busca pessoal estava com o carona; que quem arremessou o pacote com drogas foi o carona; que os dois acusados afirmaram que fizeram a compra, mas somente o carona quem trazia drogas; que os réus não reagiram”. Grifos nossos CB/PM GEAN NASCIMENTO SOARES: “que se recorda de ter participado da diligência que resultou na prisão dos acusados Roberto e Jucival; que estavam parados na viatura, quando os réus, ao avistarem a polícia, imprimiram fuga, excedendo a velocidade; que efetuaram a perseguição, dando ordem para pararem e que, a uma distância de mais ou menos quinhentos metros, eles pararam e dispensaram o pacote; que quem dispensou o pacote foi o carona; que na busca pessoal encontraram mais drogas nas vestes de um deles; que os réus informaram que compraram as drogas na mão de um desconhecido, às margens da BR 101; que foram encontradas maconha, craque e cocaína”. Grifos nossos A testemunha arrolada pela defesa, Jailton José de Moura, não presenciou os fatos, limitando-se a abonar a conduta dos apelantes. Por seu turno, o apelante Roberto, ao ser interrogado em juízo, apresentou a seguinte versão dos fatos: “que estava na moto com o acusado Jucival; que estava com drogas; que o interrogado era o piloto; que estava pilotando a moto; que não foi o interrogado quem jogou as drogas no chão, foi o acusado Jucival; que as drogas eram para consumo; que o acusado Jucival que

comprou as drogas; que iriam para a casa da irmã de Jucival, pois nesse tempo namorava com ela; que, quando viu a polícia, seguiu a rota normal, para onde ia; (...) que fazia consumo de entorpecente, mas parou, que usava maconha, cocaína, tudo; que o crack era para consumir também; que algumas vezes já consumiu craque; (...) que era usuário de tudo; que uma porção de cocaína era vinte reais; que comprava as drogas nas mãos de “sacizeiros”; que foi Jucival que comprou as drogas, o dinheiro era dele; que no intuito de aliviarem a pena pra cada um, combinaram de informar, no ato de prisão, que dividiram os gastos com a compra das drogas; que não sabia o que o acusado Jucival ia fazer lá; que fugiu da polícia porque estava sem habilitação e ficou com medo de perder a moto; que não sabia que Jucival tinha comprado droga; (..) que disse na delegacia que a cocaína era sua para não complicar os dois; que não foi forçado por ninguém a dizer isso (...); que confirma que não sabia que Jucival ia comprar drogas; que as drogas eram para uso (...); que no momento da apreensão, todas as drogas estavam com Jucival”. grifos nossos O apelante Jucival, em seu interrogatório judicial, confessou que comprou as drogas, mas justificou que para seu uso, frisando que o corréu Roberto não sabia das drogas, quando lhe concedeu uma carona. A sua versão foi a seguinte: “(...) que estava indo para casa de sua irmã e encontrou com o acusado Roberto, que lhe deu uma carona; que foi até o local, desceu da moto e subiu para comprar drogas, pois lá não tinha acesso de moto; que comprou a droga, subiu na moto e foi para a casa de sua irmã; que no caminho a polícia lhe pegou; que o acusado Roberto só lhe deu carona e não tinha nada a ver com a droga; que o acusado Roberto lhe deu carona porque os dois estavam indo para a casa da irmã do interrogado; que o acusado Roberto lhe deu carona e o interrogado o mandou parar, e o interrogado subiu e comprou a droga; que o acusado não subiu, ficou na moto lhe esperando; que quando subiu para comprar as drogas, disse ao acusado Roberto que ia ali comprar umas paradas e voltava; que, quando seguiram, os policiais os abordaram; que o acusado Roberto não sabia que o interrogado estava com drogas; que realmente dispensou o pacote, quando viu a polícia; que o acusado Roberto acelerou porque ficou nervoso quando viu os policiais e não sabia que estava com drogas, que tinha comprado mil e duzentos conto; que quando o acusado Roberto acelerou, lhe falou para parar, pois estava com mil e duzentos conto de drogas; que aí dispensou o pacote e os policiais os abordaram mais a frente (...); que comprou mil e duzentos reais de drogas para seu uso; (...) que compra drogas a cada três meses; que compra no meio do caminho; que compra drogas somente quando dá vontade; que usa maconha, cocaína e craque; que seu cunhado o acusado Roberto usa mais cocaína; que a droga era toda sua; que decidiram dividir a culpa na delegacia, mas a culpa foi sua, a droga era sua; que todo mundo estava nervoso e por isso disseram que as drogas eram dos dois; que o acusado Roberto acelerou a moto porque a moto estava sem documento, mas o interrogado o pediu para parar; que o acusado Roberto só soube que o interrogado estava com drogas na hora que a polícia começou a perseguição, que foi quando lhe disse que estava com drogas; que comprou tudo misturado, cocaína, craque e maconha; que comprou duzentos e cinquenta reais de maconha, o mesmo valor de cocaína e uns quinhentos contos de craque; que a média foram sete pedras de crack; que não dividiu a droga com ninguém; que seu cunhado estava lhe dando carona e no meio da estrada lhe pediu para parar, mas ele não sabia de nada; que disseram na delegacia que a droga era dos dois e era para uso; que comprou essa quantidade porque ia ficar três dias na casa de sua irmã e o resto ia levar para

roça, entocar, para quando estivesse cansado, usar; que foi ouvido na mesma sala, junto com o acusado Roberto e os dois ouviram as declarações; (...) que conheceu o acusado quando ele começou a namorar com sua irmã". Grifos nossos Pois bem. Exposto o caderno probatório, data vênua do entendimento da magistrada sentenciante, a primeira conclusão desta Relatoria é de que inexistente materialidade no que se refere à apreensão das substâncias tidas como cocaína e crack. Isso porque inexistente laudo pericial definitivo e o laudo provisório produzido (ID 53321209) atestou a constatação de ilícitos – cocaína e crack – apenas através de impressões oriundas de cheiro, cor, consistência e acondicionamento, não havendo utilização de nenhum teste químico que possa emitir um grau de certeza idêntico ao laudo definitivo, de modo que pudesse excepcionar a sua imprescindibilidade. Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça: PROCESSO PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE APREENSÃO DA DROGA E DE LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DELITIVA. ABSOLVIÇÃO. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. 1. No julgamento do EResp n. 1.544.057/RJ, de minha relatoria, julgado em 26/10/2016, DJe 09/11/2016, a Terceira Seção uniformizou o entendimento de que o laudo toxicológico definitivo é imprescindível à demonstração da materialidade delitiva do delito e, nesse sentido, tem a natureza jurídica de prova, não podendo ser confundido com mera nulidade, implicando na absolvição do acusado. Foi ressalvada, ainda, a possibilidade de se manter o édito condenatório quando a prova da materialidade delitiva está amparada em laudo preliminar, dotado de certeza idêntica ao do definitivo, certificado por perito oficial e em procedimento equivalente, o que não ocorreu na hipótese. 2. Não ocorrendo a apreensão de drogas, imprescindível para a demonstração da materialidade do crime de tráfico, de rigor a absolvição. 3. Não se desconhece que a ausência de apreensão de drogas na posse direta do agente não afasta a materialidade do delito de tráfico quando estiver delineada a sua ligação com outros integrantes da mesma organização criminosa que mantinham a guarda dos estupefacientes destinados ao comércio proscrito (HC n. 536.222/SC, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe de 4/8/2020). Ocorre que, como visto, no presente caso, as provas coletadas não demonstram nexo entre o tóxico arrecadado – parte dele em poder da quadrilha formada pelos irmãos Alefe e Alexandre Junior e o restante na posse de outros acusados – e os réus Aiane Ataíde e Welbert Henrique (e-STJ fls. 6034/6035). 4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no AREsp n. 2.401.442/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 26/9/2023, DJe de 29/9/2023.) DIREITO PENAL. DIREITO PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE POR OUTROS ELEMENTOS DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. INEXISTÊNCIA DE EXAME TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. LAUDO PROVISÓRIO DESPROVIDO DO MESMO GRAU DE CERTEZA. I – No julgamento do EResp n. 1.544.057/RJ, a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que, nos casos em que ocorre a apreensão de entorpecente, o laudo toxicológico definitivo é, em regra, imprescindível à comprovação da materialidade do delito, ressalvada a excepcionalidade de demonstração da materialidade por laudo de constatação provisório, desde que viável a obtenção do mesmo grau de certeza e tenha sido elaborado por perito oficial. II – Na hipótese dos autos, conforme devidamente consignado no acórdão impugnado, o laudo provisório, embora subscrito por perito oficial, não indica mesmo grau de certeza, uma vez que se trata de exame de mera constatação, sem maiores especificações

sobre o material apreendido e sem o atesto expresso e seguro da presença de substâncias entorpecentes. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp n. 2.198.017/BA, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 27/6/2023, DJe de 3/7/2023.) grifos nossos Assim, resta devidamente comprovada a materialidade apenas quanto à apreensão de 8,9g (oito gramas e nove decigramas) de maconha, conforme se verifica do laudo pericial definitivo (ID 53322492). Prosseguindo, em relação à autoria, não há controvérsia de que os apelantes tenham praticado o crime de tráfico, mormente pelos depoimentos das testemunhas e interrogatório daqueles, durante ambas as fases da persecução penal. São cristalinas as provas de que as condutas dos apelantes se amoldam ao tipo penal previsto no art. 33 da Lei 11.343, na medida em que adquiriram e levaram consigo entorpecentes, pelos quais pagaram cerca de mil e duzentos reais, cujo detalhamento do valor, inclusive, foi indicado pelo próprio apelante Jucival, em seu interrogatório judicial. Além disso, os próprios apelantes confessaram ter dito na Delegacia que as drogas apreendidas eram suas e que dividiram os gastos. Não se olvida que apesar de terem sido apreendidas variadas drogas, a materialidade se comprovou apenas quanto à reduzida quantidade de maconha. Entretanto, a dinâmica dos fatos associada à considerável quantia de dinheiro investida na aquisição dos entorpecentes e à tentativa de fuga dos apelantes, quando avistaram a guarnição policial, configuram, com segurança, que as drogas se destinavam à mercancia e não ao uso. É consabido que o crime de tráfico é de atividade essencialmente clandestina, razão pela qual a prova flagrancial do comércio não se torna indispensável, desde que apontada sua ocorrência por outros meios de prova. Em agasalho a este entendimento, colacionam-se as jurisprudências abaixo transcritas: "[...] É firme o entendimento desta Corte Superior de que "o crime de tráfico de drogas é tipo misto alternativo restando consumado quando o agente pratica um dos vários verbos nucleares inserido no artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006, sendo a venda prescindível ao seu reconhecimento" (AgRg no REsp 1863836/RS, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 14/10/2020, STJ) "Para a caracterização do crime de tráfico de entorpecentes não é necessário que o agente seja surpreendido no exato momento em que esteja fornecendo materialmente a droga a terceira pessoa, bastando a evidência que para fins de mercancia se destina o tóxico encontrado" (TJSP, Ap. 187.915-3/2, 5ª Câmara, j.30.11.1995, rel. Des. Christiano Kunttz, RT 727/478). Portanto, para a configuração da traficância, basta que o agente seja surpreendido portando, trazendo consigo, guardando ou transportando a substância e que os elementos indiciários e as circunstâncias da apreensão evidenciem a atividade delituosa. Destarte, agiu com acerto a sentenciante quando, ao apreciar a prova e os critérios valorativos, formou seu convencimento e reconheceu a conduta dos apelantes como subsumível a uma das modalidades descritas no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Desta forma, o enquadramento típico referente ao crime de tráfico de entorpecentes se encontra em consonância com o conjunto probatório, não havendo que se falar em absolvição e nem em desclassificação para o crime de uso, inexistindo reparo a ser feito na sentença quanto a este aspecto. 2. Da reforma da dosimetria de ambos os apelantes. Pretendem os apelantes, subsidiariamente, que a dosimetria seja reformada para fixar a pena-base no mínimo legal, para reconhecer as atenuantes da confissão, da menoridade penal e a figura do tráfico privilegiado, este na fração máxima de 2/3 (dois terços), com a consequente fixação de regime aberto, substituição de penas e fixação da

pena pecuniária no mínimo. Analisando-se a sentença condenatória (ID 53322510), à vista das circunstâncias judiciais, a basilar dos apelantes foi fixada no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, raciocínio que deve ser preservado, eis que idôneo. Na segunda fase, foram consideradas inexistentes circunstâncias atenuantes/agravantes e, por isso, mantida inalterada a sanção. Data vênua do entendimento da sentenciante, a análise de atenuantes merece reparo parcial. Quanto ao reconhecimento da atenuante da confissão, pleiteada pela defesa, verifica-se que os apelantes, apesar de confirmar que traziam drogas consigo, não afirmaram que estas se destinavam ao tráfico, motivo pelo qual a citada atenuante não pode ser reconhecida, entendimento este alinhado à Súmula 630 do STJ – "A incidência da atenuante da confissão espontânea no crime de tráfico ilícito de entorpecentes exige o reconhecimento da traficância pelo acusado, não bastando a mera admissão da posse ou propriedade para uso próprio." Já quanto à atenuante da menoridade relativa, prevista no art. 65, I, do CP, forçoso reconhecê-la. É que, os apelantes possuíam menos de vinte e um anos à época dos fatos, eis que nascidos em 21.04.2001 (Roberto – ID 53321209/fl. 11) e 15.12.2001 (Jucival – ID 53321210/fl.6). Apesar disso, seus efeitos não incidirão sobre a pena, por já ter sido a basilar aplicada no mínimo, conforme entendimento pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça através do enunciado contido na Súmula 231, que foi ratificado pelo julgamento do Recurso Especial nº 1117068/PR, submetido ao regime dos recursos repetitivos, in verbis: , "A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal." (Súmula 231, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/1999, DJe 15/10/1999 – Grifos nossos.)

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. LATROCÍNIO E PORTE DE ARMA DE FOGO. ALEGADA NULIDADE DA SENTENÇA POR VIOLAÇÃO DO ART. 155 DO CPP. INOCORRÊNCIA. REITERAÇÃO DE MATÉRIA JÁ ANALISADA E DECIDIDA POR ESTA CORTE SUPERIOR. PLEITO PREJUDICADO. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO DE PORTE PARA O DE POSSE DE ARMA DE FOGO. REVOLVIMENTO FÁTICO E PROBATÓRIO NÃO CONDIZENTE COM A VIA PROCESSUAL ELEITA. PRECEDENTES. MATÉRIA JÁ ANALISADA FARTAMENTE PELAS INSTÂNCIAS DE ORIGEM. REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA PARA MONTANTE ABAIXO DO PISO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DO ENUNCIADO 231 DA SÚMULA DO STJ. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA E ATUALIZADA DESTA CORTE SUPERIOR. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO. (...)– Quanto à redução da pena intermediária para aquém do piso legal, em decorrência do reconhecimento de circunstâncias atenuantes, ressalto que ambas as Turmas da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça têm julgados recentes no sentido de que, sendo fixada a pena-base no mínimo legal previsto, é inviável a redução da pena pelo reconhecimento de quaisquer das circunstâncias atenuantes do rol do art. 65 do Código Penal, como dispõe a Súmula n. 231 do STJ. Desse modo, é incabível, pois, a superação de referido entendimento sumular, porquanto sua aplicação representa a jurisprudência pacífica e atualizada do STJ sobre a matéria. Precedentes. – Agravo regimental não provido. (AgRg no HC 708.473/PB, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, julgado em 14/12/2021, DJe 17/12/2021)

Grifos do Relator Convém frisar, conforme já afirmado acima, que os Tribunais devem seguir os entendimentos de súmulas e de recursos repetitivos, segundo clara e expressa determinação contida nos artigos 926 e 927, III e IV, do CPC c/c art. 3º do CPP, in verbis: Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente. Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão: III – os

acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos; (Grifos nossos.) IV – os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional; (Grifos nossos.) Art. 3º A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito. No mais, o princípio da legalidade não pode ser afastado para que a pena atinja um patamar aquém do mínimo, como pretende o apelante, em respeito ao texto expresso da lei, a doutrina e a jurisprudência, que corroboram no mesmo sentido de que apenas as causas de diminuição e aumento de pena poderiam exceder os limites estabelecidos nos tipos penais. E, ainda, o princípio da individualização da pena deve guardar compatibilidade com as situações previstas nos arts. 59 e 68 do Código Penal. Por todo o exposto, o pedido de redução da pena intermediária aquém do mínimo legal é manifestamente improcedente. Por fim, na terceira fase, foi reconhecida a figura do tráfico privilegiado, e, diante da quantidade e a natureza de droga apreendida (crack, cocaína e macoha), a sentenciante reduziu a pena na fração de 1/6, restando a pena final de 4 (quatro) anos e 2 (dois) meses de reclusão e 417 (quatrocentos e dezessete) dias multa. Data vênua do entendimento da magistrada sentenciante, suas razões carecem de ajustes, eis que a quantidade de droga apreendida e devidamente periciada foi demasiadamente pequena, 8,9g (oito gramas e nove decigramas) de maconha, o que autoriza a redução da pena em sua fração máxima de 2/3. Corroborando esse entendimento, a Superior Corte: REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. APLICAÇÃO DA MINORANTE CONTIDA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. QUANTIDADE DE DROGAS APREENDIDAS. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. IMPOSSIBILIDADE. ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. De acordo com o disposto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja, cumulativamente, primário e portador de bons antecedentes e não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. 2. Ainda, acerca do tema, Terceira Seção desta Corte Superior, no julgamento do REsp n. 1.887.511/SP (relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, Terceira Seção, julgado em 9/6/2021, DJe de 1º/7/2021), definiu que a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza não de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. 3. O referido colegiado, posteriormente, aperfeiçoou o entendimento exarado no julgamento do mencionado Recurso Especial n. 1.887.511/SP, passando a adotar o posicionamento de que a quantidade e a natureza da droga apreendida podem servir de fundamento para a majoração da pena-base ou para a modulação da fração da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, desde que, neste último caso, não tenha sido utilizada na primeira fase da dosimetria (HC n. 725.534/SP, relator Ministro Ribeiro Dantas, Terceira Seção, julgado em 27/4/2022, DJe de 1º/6/2022). 4. No caso, a Corte local afastou a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, com base na quantidade e variedade de entorpecentes apreendidos, de forma a presumir que o agravado dedicava-se à atividades criminosas. Todavia, na hipótese, não foram trazidos elementos concretos que indicassem que ele efetivamente se dedicasse a atividades criminosas ou integrasse organização criminosa. 5.



Agravo regimental desprovido. (AgRg no HC n. 760.487/SP, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 18/12/2023, DJe de 21/12/2023.) grifos nossos Assim, diante da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei n. 11.343/2006, procede-se à redução, na fração de 2/3 (dois terços), restando a sanção dos apelantes definitivamente fixada em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. Reconhecida a figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06) e ausentes vetores negativos na primeira fase da dosimetria (art. 59 do CP), observados os requisitos do art. 33, § 2º, alínea c, e do art. 44, ambos do Código Penal, fica fixado, para ambos os recorrentes, o regime aberto de cumprimento da reprimenda corporal e substituída a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito a serem fixadas pelo Juízo das execuções. Nesse sentido, (AgRg no AREsp n. 2.472.179/GO, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 20/2/2024, DJe de 26/2/2024.) Considerando que aos apelantes foi concedido o direito de recorrer em liberdade, desnecessária a determinação de expedição de alvará de soltura. 3. Da gratuidade judiciária. Quanto ao pleito de concessão da gratuidade judiciária requerido pelos apelantes, entendo que este não deve ser conhecido. Registre-se que, diante do que dispõe o art. 804 do Código de Processo Penal c/c o art. 98, parágrafos 2º e 3º do Código de Processo Civil, deve a sentença condenar nas custas o sucumbente, ainda que este seja assistido pela Defensoria Pública ou beneficiário da justiça gratuita, podendo, entretanto, ficar suspensa a exigência do pagamento, pelo prazo de 05 (cinco) anos, após avaliação das condições econômico-financeiras do condenado pelo Juízo da Execução Penal, e findo o referido prazo, ficará prescrita a obrigação. Todavia, resta claro que o exame da hipossuficiência dos recorrentes não pode ser analisado por este Relator, sob pena de supressão de instância, pois tal matéria é afeta ao Juízo das Execuções Penais, em caso de condenação, consoante orientação predominante da Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal desta Corte de Justiça e do Superior Tribunal de Justiça: "(...) 1. Nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais. 2. O momento de verificação da miserabilidade do condenado, para fins de suspensão da exigibilidade do pagamento, é na fase de execução, visto que é possível que ocorra alteração na situação financeira do apenado entre a data da condenação e a execução do decreto condenatório. (...)” (STJ- AgRg no AREsp n. 394.701/MG, Ministro Rogerio Schietti Cruz, Sexta Turma, DJe 4/9/2014) – Grifos do Relator" APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEVIDAMENTE COMPROVADAS. IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE E CONCESSÃO DOS BENEFÍCIOS DA JUSTIÇA GRATUITA. REDUÇÃO DA PENA DE MULTA. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. (...) IV – A pena de multa deve ser modificada para 10 (dez) dias-multa, para guardar proporcionalidade com a privativa de liberdade. O regime estabelecido deve permanecer no aberto, obedecendo o quanto disposto no art. 33, §§ 2º e 3º do CP. A Defesa do Apelante pugnou pela concessão da assistência judicial gratuita. O pedido não merece ser acolhido, data venia, por não existir amparo legal, pois independentemente de o réu ser patrocinado pela Defensoria Pública, o julgador deve condenar o sucumbente. Ademais, a matéria atinente à isenção de custas e gratuidade da justiça está disposta no art. 12 da Lei nº 1.060/50, sendo de competência do Juízo da Vara das Execuções Penais. V – Ante o exposto, CONHEÇO do Recurso de Apelação interposto, dando-lhe

PARCIAL PROVIMENTO, apenas para reduzir a pena de multa para 10 (dez) dias-multa, mantendo, in totum, os demais termos da sentença objurgada"(Classe: APELAÇÃO,Número do Processo: 0005476-62.2013.8.05.0191, Relator (a): Nágila Maria Sales Brito, Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Publicado em: 10/03/2015 ) – Grifos do Relator Assim, não deve ser conhecido o pleito de concessão dos benefícios da Gratuidade Judiciária. O voto, portanto, é no sentido de conhecer parcialmente do recurso e, nesta extensão, dar-lhe parcial provimento, para reconhecer a atenuante da menoridade e para reduzir a pena na fração máxima de 2/3 (dois terços), referente à figura do tráfico privilegiado, fixando, definitivamente, a sanção em em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, para cada apelante, em regime aberto, bem como para substituir a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direito a serem fixadas pelo Juízo das execuções ." Diante do exposto, acolhe esta 2ª Turma da 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, à unanimidade, o voto através do qual se conhece em parte do recurso e, nesta extensão, dá-se parcial provimento, mantendo-se a sentença vergastada em todos os seus termos. Sala das Sessões, (data registrada no sistema no momento da prática do ato). Des. João Bôsko de Oliveira Seixas 2ª Câmara Crime 2ª Turma Relator 12