

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300575-81.2017.8.05.0079 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: e outros Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): 07 ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO ANTE A AUSÊNCIA DE IDÔNEO CONJUNTO PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. VALIDADE DOS DEPOIMENTOS POLICIAIS PRESTADOS SOB O MANTO DO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA O ART. 28, DA LEI 11.343/2006. NÃO CABIMENTO. EFETIVA COMPROVAÇÃO DA TRAFICÂNCIA. DOSIMETRIA DA PENA. AFASTAMENTO DA SÚMULA 231 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DE PENA INTERMEDIÁRIA EM PATAMAR AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. APLICAÇÃO NA FRAÇÃO MÁXIMA DA REDUÇÃO PREVISTA NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI 11.343/2006. NÃO CABIMENTO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. SENTENCIADO QUE RESPONDE A OUTRAS AÇÕES PENAIS E RESPONDEU ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AO TIPO DO ART. 33, DA LEI 11.343/06. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. APLICADA ADEQUADAMENTE A FRAÇÃO DE 1/3. INSENÇÃO OU PARCELAMENTO DA PENA DE MULTA IMPOSTA. IMPOSSIBILIDADE. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO DO PARCELAMENTO E DO PEDIDO DE DETRAÇÃO PENAL. MATÉRIAS AFETAS AO JUÍZO DE EXECUÇÃO PENAL. AFASTAMENTO DO CONCURSO MATERIAL DOS CRIMES DE TRÁFICO E CORRUPÇÃO DE MENORES. POSSIBILIDADE. PROVIMENTO PARCIAL. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. HIPÓTESE DE APLICAÇÃO DA MAJORANTE DO ART. 40, VI, DA LEI 11.343/06. JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PENA DEFINITIVA REMODELADA. APELAÇÃO PARCIALMENTE CONHECIDA, E, NESTA EXTENSÃO, PROVIDA EM PARTE. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0300575-81.2017.8.05.0079, em que figuram como Apelante, por intermédio da DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DA BAHIA, 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 parcialmente o recurso e, no mérito, dar-lhe provimento parcial, nos termos do voto do relator. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ SUBSTITUTO DE SEGUNDO GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 2 de Fevereiro de 2023. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300575-81.2017.8.05.0079 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: e outros Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): 07 RELATÓRIO Vistos. Adoto, como próprio, o relatório da sentença de ID. 33561190, prolatada pelo Juízo de Direito da 2ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE EUNÁPOLIS. Narra a denúncia que: “[...] 1- No dia 25.03.2017, por volta das 11hs, prepostos da Pol. Militar estavam realizando ronda em duas viaturas pelo B. Moisés R3eis, quando viram uma movimentação de pessoas, e por ser um local conhecido para prática de drogas fizeram o cerco com as duas viaturas, encontrando no local o denunciado e mais os adolescentes infratores, , , , e . Foi feita busca pessoal em todos, nada sendo encontrado com os adolescentes infratores. Contudo, com o denunciado foram encontradas 144 buchas de maconha, 33 pedras de crack, R\$62,00 em dinheiro e um aparelho celular LG. 2- Embora os adolescentes infratores tenham dito que o denunciado estavam comprando droga e eles vendendo, os policiais ouvidos todos informam que a droga foi encontrada com o denunciado, o que evidencia que estava ali com os adolescentes infratores vendendo droga, tendo estes últimos assumido que

estavam ali vendendo e o denunciado comprando uma bucha de maconha, porque as consequências dessa conduta para o denunciado são muito mais gravosas do que para eles. 3- Insta salientar que o denunciado responde a 03 procedimentos por atos infracionais referentes ao delito do art. 33 da L. de Tóxicos, sendo este o primeiro inquérito, por ter completado 18 anos apenas em fevereiro deste ano [...]". Ademais, acrescenta-se que finalizada a instrução processual, o Juízo a quo julgou procedente a denúncia para condenar o réu, ora Apelante, , como incurso na sanção prevista no art. 33, caput, da Lei 11.343/06 e do art. 244-B, da Lei 8.069/90. O d. juízo fixou a pena definitiva em 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses reclusão, no regime inicial semiaberto, e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, no valor unitário mínimo legal. Inconformado com o r. decisum, a defesa interpôs tempestivo recurso de apelação, ID. 33561209, nas quais pleiteou: i) A absolvição do Apelante ante a ausência de um conjunto probatório robusto e claro apto a embasar um decreto condenatório; ii) Que seja desclassificado o crime de tráfico de drogas para o crime de uso de droga para consumo pessoal, presente no art. 28 da Lei nº 11.343/06; iii) Que seja reconhecida a atenuante da menoridade abaixo do mínimo legal e, conseqüentemente, o afastamento da Súmula 231 do STJ; iv) Que seja aplicado em grau máximo a causa de redução de pena presente no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06; v) Pelo afastamento ou, subsidiariamente, a redução ou parcelamento da pena de multa imposta; vi) Que sejam reconhecidos os critérios do concurso formal entre os crimes de tráfico de drogas e corrupção de menores, e não do concurso material; vii) Que seja aplicado o instituto da detração penal, para fins de fixação do regime inicial de cumprimento de pena. No ID nº 33561214, o Ministério Público apresentou contrarrazões, nas quais requereu o improvimento do recurso. A Procuradoria de Justiça, em ID 23400503, opinou pelo conhecimento e não provimento do apelo. É o relatório. Salvador, 19 de janeiro de 2023. JUIZ SUBSTITUTO DE SEGUNDO GRAU – RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0300575-81.2017.8.05.0079 Órgão Julgador: Segunda Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: e outros Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): 07 VOTO Vistos. Em análise dos fólios, verifico que estão presentes os pressupostos de admissibilidade do recurso interposto. Passo ao enfrentamento das teses recursais. I. DA ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PROVA DE AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS. VALIDADE DO TESTEMUNHO POLICIAL. IMPOSSIBILIDADE DE DESCLASSIFICAÇÃO DO DELITO PARA O ART. 28, DA LEI 11.343/2006. EFETIVA COMPROVAÇÃO DA TRAFICÂNCIA. Sustenta, o apelante, a insuficiência de lastro probatório robusto e claro apto para embasar o decreto condenatório, visto que "os depoimentos policiais diferem consideravelmente dos depoimentos do réu e dos seis adolescentes que foram apreendidos na ocasião". Segundo a defesa, uma das testemunhas de acusação, "afirmou em juízo que, no momento do suposto flagrante, nenhum dos presentes apontaram o Apelante como sendo traficante". Em que pese a irresignação defensiva, como cedo, o crime de tráfico pode ser evidenciado por vários indícios, como a quantidade de drogas, sua forma de embalagem, a natureza da substância, como também pela prova testemunhal. Sendo um crime de atividade essencialmente clandestina, a prova flagrancial do comércio não se torna indispensável, desde que apontada sua ocorrência por outros meios de prova. Assim, não é apenas a quantidade de tóxico que define o tipo penal, mas sim a conduta do agente em razão das circunstâncias apuradas. Nas palavras de : "(...) A Lei estabeleceu uma

série (enorme) de critérios para se descobrir se a droga destina-se (ou não) a consumo pessoal. São eles: natureza e quantidade da substância apreendida, local e condições em que se desenvolveu a ação, circunstâncias sociais e pessoais, bem como a conduta e os antecedentes do agente. (...) A quantidade de droga, por si só, não constitui, em regra, critério determinante. [...] Daí a necessidade de se valorar não apenas um critério (o quantitativo), senão todos os fixados na Lei. [...]” (Nova Lei de Drogas Comentada. São Paulo, RT, 2006, p. 132-133.) A respeito das alegações recursais, é forçoso esclarecer, inicialmente, que a materialidade delitiva se encontra demonstrada nos autos, a saber, o Auto de Exibição e Apreensão (ID. 33561030) e o Laudo de Constatação (ID. 33561032), respectivamente, que apontam a apreensão de 144 (cento e quarenta e quatro) buchas de uma substância semelhante a maconha, 130 (cento e trinta) pedras de uma substância semelhante a crack, todas embaladas e prontas para a comercialização. Acerca da autoria, mister destacar que o apelante confessou que o consumo e tráfico de drogas sempre fizeram parte de seu cotidiano, conforme descrito na sentença de ID. 33561190, vejamos: “[...] Frise-se que o acusado confessou ter sido preso anteriormente por atos infracionais análogos ao crime de tráfico de drogas, a indicar vínculo pretérito na mercancia de substâncias entorpecentes, e que ele não apresentou justificativas plausíveis para estar em plena segunda feira (25/03/2017), às 11:00 horas, em horário comercial, comprando drogas em notório local de tráfico ilícito de drogas (Rua Lua Nova, Bairro Moisés Reis), a contrapor a sua alegação em juízo de que estava trabalhando, à época dos fatos, na empresa “Viber Som” (centro da cidade), locais sabidamente distantes entre si.”[...]” (g.n.) Mais que isso, os depoimentos policiais colhidos sob o manto do contraditório apontam para o mesmo sentido. O SD/PM declarou que (ID. 33561028): “[...] que perceberam uma movimentação de pessoas na Rua Lua Nova, bairro Moisés Reis, local este em que é comum a prática do tráfico ilegal de substâncias tóxicas entorpecentes, pelo que resolveram abordar, identificar e realizar busca pessoal nos suspeitos [...] que realizaram revista pessoal nos abordados e nada de ilícito foi encontrado com os adolescentes, contudo, o maior , estava de posse de cento e quarenta e quatro buchas pequenas de "maconha", cento e trinta pedras de crack [...] todos acondicionados numa sacola plástica de supermercado [...]”(g.n.). O SD/PM afirmou que (ID. 33561029): “[...] ao transitarem em via pública da Rua Lua Nova, bairro , por ser local típico do tráfico ilegal de substâncias tóxicas entorpecentes, perceberam uma movimentação dos indivíduos e resolveram abordar e realizar busca pessoal nos suspeitos [...] com os adolescentes, numa revista pessoal, nada de ilícito foi encontraram, mas na revista pessoal do maior , em suas mãos, numa sacola plástica de supermercado, estavam: cento e quarenta e quatro buchas pequenas de "maconha", cento e trinta pedras de crack [...] ” (g.n.). Sabe-se, ainda, que as declarações emanadas pelos agentes públicos, no exercício da função, são dotadas de presunção relativa de veracidade, por isso, não havendo elementos concretos em sentido contrário nos autos, tem-se que a prova produzida é uníssona quanto à autoria delitiva. É importante destacar que os depoimentos prestados pelos policiais são válidos para fundamentar um decreto condenatório. Nesta linha, leciona : “[...] não se pode contestar, em princípio, a validade dos depoimentos de policiais, pois o exercício da função não desmerece, nem torna suspeito seu titular, presumindo-se em princípio que digam a verdade, como qualquer testemunha. Realmente, o depoimento de policial só não tem valor quando se demonstra ter interesse

na investigação e não encontra sustentação alguma em outros elementos probatórios.” (Processo Penal. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2001. p. 306). (g.n.) Vale destacar, neste sentido, que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é assente no sentido de que: “[...] é válida a prova constante em depoimento policial, pois a simples condição de policial não torna a testemunha impedida ou suspeita. (...) “os depoimentos dos policiais que efetuaram a prisão em flagrante constituem prova idônea, como a de qualquer outra testemunha que não esteja impedida ou suspeita, notadamente quando prestados em juízo, sob o crivo do contraditório, aliado ao fato de estarem em consonância com o conjunto probatório dos autos.” (RTJ 68/64) (g.n.) Com efeito, a jurisprudência da Corte de Cidadania também é clara ao admitir o depoimento de policiais 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 , Data de Julgamento: 07/03/2017, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 14/03/2017) (g.n.) A maior discussão reside na tese defensiva no sentido de que a prática do apelante não se amolda à traficância prevista no art. 33, da Lei 11.343/2006, mas, sim, à conduta disposta no art. 28, do referido diploma normativo. A este respeito, impende registrar que o art. 28, da Lei 11.343/2006, consagra a figura do porte de drogas para consumo pessoal, se constituindo como uma das principais alterações promovidas pelo legislador acerca da política criminal relativa ao usuário de drogas, haja vista a modificação implementada no preceito secundário do tipo, notadamente, como exclusão da pena privativa de liberdade, in verbis: Art. 28. Quem adquirir, guardar, tiver em depósito, transportar ou trouxer consigo, para consumo pessoal, drogas sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar será submetido às seguintes penas: I – advertência sobre os efeitos das drogas; II – prestação de serviços à comunidade; III – medida educativa de comparecimento a programa ou curso educativo. [...]. Trata-se de crime de perigo abstrato ou presumido, pois dispensa a comprovação da existência de situação que tenha colocado em risco o bem jurídico tutelado pela norma penal. Além disso, o delito é punido exclusivamente a título doloso e depende da configuração do elemento subjetivo especial, qual seja, o consumo pessoal. Nessa esteira, aponta que: [...] é de todo relevante aferir se a droga era destinada ao consumo pessoal do agente ou se, do contrário, sua finalidade era fomentar o uso da substância entorpecente entre terceiros. Portanto, além do dolo, que pressupõe a consciência e vontade de, por exemplo, trazer consigo a droga,

o tipo penal sob comento também faz referência a uma intenção especial do agente: "para consumo pessoal". (grifo nosso). Diferentemente, o art. 33, da Lei 11.343/2006, que pune a traficância e dispõe sobre uma série de condutas típicas ligadas ao comércio e à movimentação das drogas, é delito congruente e esgota o seu tipo subjetivo no dolo, razão pela qual é desnecessário qualquer elemento subjetivo adicional, tal como o fim de traficar ou comercializar. Vejamos o que dispõe a Lei: Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena – reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. Tem-se, portanto, que apenas para a configuração do delito disposto no art. 28, a lei exige a necessidade de elemento subjetivo especial, notadamente, o consumo pessoal. Para a devida distinção no caso concreto, faz-se mister percorrer o caminho traçado pelo próprio legislador, sobretudo para salvaguardar o princípio penal da legalidade. Assim, para se distinguir adequadamente se a conduta do agente se subsume ao art. 33 ou ao art. 28 da Lei 11.343/2006, é necessária a observância pelo juiz: 1) da natureza da droga; 2) da quantidade de substância apreendida; 3) do local e das condições em que se desenvolveu a ação; 4) das circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. É o que dispõe o § 2º, do art. 28, vejamos: § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente. [...] (grifamos). A respeito da natureza e quantidade da droga, é incontestável que a quantidade de droga apreendida na posse do apelante, "cento e quarenta e quatro buchas pequenas de maconha, cento e trinta pedras de crack", é incompatível com o uso pessoal, seja pela natureza, seja pela variedade de entorpecentes. Ainda, como bem destacou a Promotoria de Justiça em suas contrarrazões (ID nº 33561214): "[...] a defesa, erroneamente, arrazoando, afirmou que não foi possível comprovar o comércio de drogas ilícitas pelo Apelante, visto que os adolescentes com ele encontrados não o apontaram como sendo o traficante daquele local. Ora, é sabido que a estratégia utilizada na corrupção de menores tem como principal motivação beneficiar o criminoso, objetivando desviar-se da sua condição de imputável". Como devidamente exposto pelo parquet, os depoimentos dos menores apreendidos com o apelante, a todo instante, se provaram desconexos ao discriminarem a fração da droga com que se encontravam, em uma clara tentativa de desvincular o apelante como o proprietário das substâncias ilícitas. Não se pode olvidar, ainda, que para a caracterização do crime previsto no art. 33, não se mostra imprescindível que os acusados se encontrem na efetiva venda de substâncias ilícitas, posto que o tipo penal se consuma com a prática de qualquer uma das condutas estampadas no tipo. É firme também a jurisprudência do TJ/BA quanto à impossibilidade de desclassificação do delito do art. 33 para o previsto no art. 28, da Lei 11.343/2006, quando as circunstâncias do caso concreto não guardam sintonia com o disposto no § 2º, do referido diploma normativo, vejamos: APELAÇÃO. SENTENÇA CONDENATÓRIA POR CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, "CAPUT", DA LEI Nº 11.343/06) RECURSO DEFENSIVO REQUERENDO ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS PLEITO SUBSIDIÁRIO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA A FIGURA PREVISTA NO

ART. 28 DO MESMO DIPLOMA (PORTE DE DROGA PARA CONSUMO PESSOAL) – MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS §§ VALIDADE DOS DEPOSITOS DOS POLICIAIS §§ DESCLASSIFICAÇÃO INVIÁVEL §§ CONDENAÇÃO DE RIGOR §§ RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I §§ Sentença que julga procedente a pretensão punitiva para condenar o Réu como incurso nas sanções do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, fixando-lhe pena definitiva de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime inicial aberto, além de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor mínimo legal, concedendo o direito de recorrer em liberdade. II §§ Recurso da Defesa requerendo absolvição por falta de provas de que a droga pertencia ao Apelante, bem assim de que a substância apreendida fosse destinada ao tráfico. Em caráter subsidiário, requer a desclassificação da conduta para porte de droga para consumo pessoal (art. 28 da Lei nº 11.343/06). III §§ Materialidade e autoria comprovadas, de forma indubitosa, pelas provas coligidas, como atestam o Auto de Prisão em Flagrante de fls. 05/12, Auto de Exibição e Apreensão de fls. 13, Laudo Preliminar de fls. 40 e Laudo Definitivo de fls. 41, bem assim pelos depoimentos testemunhais colhidos, tanto na fase de Inquérito quanto ao longo da instrução (fls. 57, fls. 58 e fls. 59). IV §§ Pleito desclassificatório de inviável acolhimento, posto que as circunstâncias não guardam sintonia com o disposto no § 2º, do art. 28, da Lei Antidrogas, a exemplo da quantidade da droga apreendida, como, também, a maneira com que embalada, distribuída em várias porções individuais, evidenciando que a substância entorpecente não se destinava a mero consumo pessoal. V §§ O crime de tráfico não reclama, para sua configuração, o ato de venda da substância ilícita, eis que o núcleo do tipo do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, abarca ações múltiplas, tais como "transportar", "trazer consigo", "guardar" e "manter em depósito", de modo que a só realização de uma delas já é suficiente para comportar a condenação. VI §§ Condenação de rigor. Penas-base fixadas no mínimo legal de 05 (cinco) anos de reclusão, e 500 (quinhentos) dias-multa, mantidas, na segunda etapa, em face da inexistência de circunstâncias que implicassem modificação. Em seguida, considerando que o Réu atendia aos requisitos para concessão do benefício previsto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, foi efetuada a redução das reprimendas na fração máxima de 2/3 (dois) terços, restando, portanto, definitivas, em desfavor de , penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, além de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo, assegurando-lhe, ainda, a substituição da sanção corporal na forma do art. 44 do CP. VII §§ Parecer da Procuradoria de Justiça pelo improvimento do Apelo. VIII §§ RECURSO A QUE SE NEGA PROVIMENTO. (TJ-BA – APL: 05015751220168050001, Relator: , Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma, Data de Publicação: 20/03/2019) Portanto, o pleito de desclassificação do delito revela-se infundado e distante da prova dos autos. Deste modo, inexiste razão para a absolvição do Apelante, de sorte que, em nosso entender, agiu com acerto o juízo a quo. II. DA DOSIMETRIA DA PENA. PENA INTERMEDIÁRIA QUE NÃO PODE SER FIXADA EM PATAMAR AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231 DO STJ. Inicialmente, a respeito da operação de apenamento, o juízo primevo fixou a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, em relação ao crime de tráfico de drogas. Estabeleceu em 01 (um) ano de detenção e 10 (dez) dias-multa, em relação ao crime de corrupção de menores, considerando a inexistência de qualquer valoração negativa das circunstâncias judiciais. Não considerou atenuantes ou agravantes nas segundas fases. Por fim, na terceira fase fora reconhecida a causa de

diminuição de pena do art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, diminuindo em 1/3 (um terço) a pena do réu. A pena definitiva do crime de tráfico foi imposta em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, e em 01 (um) ano de reclusão em relação ao crime de corrupção de menores. Somadas as penas, passaram a 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses reclusão, e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, bem como, cada dia-multa fixado no mínimo legal equivalente a 1/30 (um trinta) avos do salário mínimo. O juízo a quo na forma do art. 33, § 2º do CP, determinou que o acusado iniciasse o cumprimento de pena no regime semiaberto. De plano, na dosimetria, a defesa requereu o reconhecimento e aplicação da atenuante da menoridade, mesmo que importe em fixação da pena em patamar aquém do mínimo legal. Esta Corte de Justiça, todavia, 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 menoridade. Conforme entendimento doutrinário e jurisprudencial majoritários, 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 (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): , Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Publicado em: 15/06/2018) (TJ-BA – APL: 00005091520168050014, Relator: , 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): , Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Publicado em: 08/06/2018) (TJ-BA – APL: 03612023320138050001, Relator: , Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma, Data de Publicação: 08/06/2018) Assim, como a pena-base do apelante restou fixada no mínimo legal, mesmo sendo reconhecida a atenuante da menoridade, inviável a sua incidência em razão da súmula acima mencionada. 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. II.I. DA FRAÇÃO DE 1/3 PARA A MINORANTE DO § 4º, DO ART. 33, DA LEI 11.343/2006. NATUREZA, QUANTIDADE DA DROGA E ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AO CRIME DE TRÁFICO. Da análise da sentença, o juízo primevo aplicou a minorante do § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/06, na fração de 1/3, "em razão da grande quantidade e da natureza de drogas apreendidas (140 buchas de "maconha", 130 pedras de "crack" – substância de alto poder viciante que influência sobremaneira no cometimento de outros crimes, inclusive patrimoniais)". A respeito, a defesa requereu a aplicação da minorante em seu patamar máximo (2/3). Com efeito, importa registrar que 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 à 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 , QUINTA TURMA, Julgado em 01/09/2015, DJE 15/09/2015; HC 326462/RS, Rel. Ministro , Julgado em 25/08/2015, DJE 11/09/2015; HC 328775/RS, Rel. Ministra , Julgado em 25/08/2015, DJE 11/09/2015; HC 320701/SP, Rel. Ministro (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE), QUINTA TURMA, Julgado em

01/09/2015,DJE 11/09/2015; AgRg no AREsp 685490/MG, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, Julgado em 20/08/2015,DJE 28/08/2015; AgRg no AREsp 469304/MG, Rel. Ministro , Julgado em 04/08/2015,DJE 20/08/2015). Além disso, a Corte da Cidadania também possui o entendimento de “é possível a valoração da quantidade e natureza da droga apreendida, tanto para a fixação da pena-base quanto para a modulação da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, neste último caso ainda que sejam os únicos elementos aferidos, desde que não tenham sido considerados na primeira fase do cálculo da pena” (vide STJ. 3ª Seção. HC 725.534–SP, Rel. Min. , julgado em 27/04/2022 – Info 734). No caso dos autos, o juízo considerou adequadamente a natureza e a quantidade de entorpecentes como vetores para a modulação da fração da minorante, o que se mostra condizente com os elementos concretos e com a jurisprudência dos Tribunais Superiores. Lado outro, o apelante, possui contra si, na Comarca em que foi sentenciado, prisões anteriores por atos infracionais análogos ao crime de tráfico de drogas, bem como, constatou-se pela certidão de antecedentes criminais que ele, além de ato infracional, já foi condenado pelo delito do art. 28 da Lei 11.434/06. Por essa razão, concedida a minorante, sua fixação no patamar máximo violaria o princípio da individualização da pena, razão pela qual não acolho o pedido. II.II. DO AFASTAMENTO DO CONCURSO MATERIAL. POSSIBILIDADE. APLICAÇÃO DA CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, VI, DA LEI 11.343/06. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. Em suas razões recursais, a defesa pugna pelo afastamento do concurso material entre os crimes do art. 33, da Lei 11.343/06 e o art. 344–B, do ECA. Pede, porém, a aplicação da regra do concurso formal (art. 71, do CP). Neste ponto, à defesa assiste razão em parte. Isto porque o entendimento do Superior Tribunal de Justiça é o de que “caso o delito praticado pelo agente e pelo menor de 18 anos não esteja previsto nos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas, o réu poderá ser condenado pelo crime de corrupção de menores, porém, se a conduta estiver tipificada em um desses artigos (33 a 37), pelo princípio da especialidade, não será possível a condenação por aquele delito, mas apenas a majoração da sua pena com base no art. 40 , VI , da Lei n. 11.343 /2006”. Vejamos: RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, VI, DA LEI DE DROGAS E CORRUPÇÃO DE MENORES. BIS IN IDEM. OCORRÊNCIA. DUPLA PUNIÇÃO EM RAZÃO DA MESMA CIRCUNSTÂNCIA. PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE. 1. A controvérsia cinge-se em saber se constitui ou não bis in idem a condenação simultânea pelo crime de corrupção de menores e pelo crime de tráfico de drogas com a aplicação da majorante prevista no art. 40, VI, da Lei de Drogas. 2. Não é cabível a condenação por tráfico com aumento de pena e a condenação por corrupção de menores, uma vez que o agente estaria sendo punido duplamente por conta de uma mesma circunstância, qual seja, a corrupção de menores (bis in idem). 3. Caso o delito praticado pelo agente e pelo menor de 18 anos não esteja previsto nos arts. 33 a 37 da Lei de Drogas, o réu poderá ser condenado pelo crime de corrupção de menores, porém, se a conduta estiver tipificada em um desses artigos (33 a 37), pelo princípio da especialidade, não será possível a condenação por aquele delito, mas apenas a majoração da sua pena com base no art. 40, VI, da Lei n. 11.343/2006. 4. In casu, verifica-se que o réu se associou com um adolescente para a prática do crime de tráfico de drogas. Sendo assim, uma vez que o delito em questão está tipificado entre os delitos dos arts. 33 a 37, da Lei de Drogas, correta a aplicação da causa de aumento prevista no inciso VI do art. 40 da mesma Lei. 5. Recurso especial improvido. (STJ – REsp: 1622781 MT 2016/0226752–0, Relator: Ministro , Data de Julgamento:

22/11/2016, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 12/12/2016) Assim, sendo o agente condenado pela prática do delito do art. 33, da Lei 11.343/06, em vez de se promover a sua condenação pelo delito do art. 244-B, pelo princípio da especialidade, adequada é a sua condenação pelo crime de tráfico com a aplicação da causa de aumento do art. 40, VI, que diz: Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se: [...] VI – sua prática envolver ou visar a atingir criança ou adolescente ou a quem tenha, por qualquer motivo, diminuída ou suprimida a capacidade de entendimento e determinação; Diante disso, acolho o petitório de forma da sentença e, por ser mais favorável ao réu, afasto a sua condenação pelo crime do art. 244-B, do ECA e promovo a aplicação da majorante do art. 40, VI, da Lei 11.343/06, com fulcro no princípio da especialidade. Assim, considerando que, na terceira fase, após a diminuição da pena pela minorante do art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, a pena do crime de tráfico foi estabelecida em 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, e 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, aplicada a causa de aumento na fração de 1/6 (um sexto), resta a pena definitiva remodelada para 03 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 278 (duzentos e setenta e oito) dias-multa, cada dia-multa fixado no mínimo legal. Considerando o quantum final de pena, deve ser estabelecido o regime inicial aberto, na forma do art. 33, § 2º, c, do CP. II.III. DA PENA DE MULTA IMPOSTA. Por fim, não merece acolhimento o pedido de isenção da pena de multa. Com efeito, a pena de multa decorre do preceito secundário da norma que prevê o apenamento com pena privativa de liberdade, assim como a condenação ao pagamento de multa, aos que praticarem o verbo nuclear do tipo penal ali disposto. Assim, isentar o recorrente do pagamento da multa imposta pela norma penal, que possui natureza cogente e imperativa, implicará em verdadeira ofensa ao princípio da legalidade, não sendo lícito ao julgador fazê-lo. É o entendimento da Corte da Cidadania e já adotado por este E. TJBA em outras oportunidades, vejamos: PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENA DE MULTA. ISENÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não se admite a isenção da pena de multa prevista no preceito secundário da norma penal incriminadora, por falta de previsão legal. Precedentes. 2. Agravo regimental desprovido. (AgRg no RESp 1708352/RS, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2020, DJe 04/12/2020) APELAÇÃO CRIMINAL. INCÊNDIO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS RESPALDADAS NO ACERVO PROBATÓRIO. PENA-BASE. MÍNIMO LEGAL. PLEITO JÁ DEFERIDO NA SENTENÇA. ISENÇÃO DA MULTA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. PENA DE MULTA MANTIDA EM OBEDIÊNCIA AO PRINCÍPIO DO NON REFORMATIO IN PEJUS. ISENÇÃO DAS CUSTAS PROCESSUAIS. NÃO CABIMENTO. COMPETÊNCIA DO JUÍZO DA EXECUÇÃO. REGIME SEMIABERTO. RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. Comprovadas a materialidade e a autoria delitivas do delito imputado ao réu, pela convergência das provas produzidas em juízo com as informações do inquérito policial, impõe-se a condenação. Resto prejudicado a análise do pedido formulado pelo agente, no que concerne a redução da pena-base para o mínimo legal, quando já deferido na sentença combatida, por lhe faltar interesse recursal para agir. Impossível a isenção da pena de multa porque se afigura norma cogente, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Pena pecuniária mantida em obediência ao princípio do non reformatio in pejus. A isenção das custas processuais não pode ser dispensada, salvo pelo Juízo da Execução, quando será avaliada a miserabilidade do sentenciado. Regime semiaberto mantido, nos moldes do art. 387, § 2º, do CPP. Recurso conhecido e não provido. (Classe:

Apelação, Número do Processo: 0300581-55.2013.8.05.0103, Relator (a): , Publicado em: 15/03/2019) No tocante ao pedido subsidiário de parcelamento da pena de multa, o mérito é do Juízo de Execução Penal, in verbis: EMENTA: PEDIDO DE PARCELAMENTO DA MULTA PENAL. 1. A multa penal é sanção que naturalmente requer algum sacrifício da parte condenada impondo-se sua fragilização apenas como derradeiro meio a propiciar seu cumprimento quando incontroversamente demonstrada essa impossibilidade. 2. No caso em apreço, o executado não acostou nenhum documento hábil a amparar a alegada inviabilidade de pagar a multa, na forma determinada pelo Juízo de origem. Pedido de parcelamento da multa indeferido. 3. Agravo de execução penal desprovido. (TRF-4 – Agravo de Execução Penal EP 50018952920194047102 RS 5001895- 29.2019.4.04.7102). Ante o exposto, não acolho o pedido de isenção e deixo de conhecer o petitório de parcelamento da pena de multa. II.IV DA DETRAÇÃO PENAL. Noutro vértice, a detração penal também é matéria afeta ao juízo da execução penal, nos termos do art. 66, III, c, da LEP, razão pela qual, não havendo, in casu, a possibilidade de estabelecimento de regime prisional menos gravoso que o aberto, impõe-se o seu não conhecimento por este Tribunal (vide AgRg no HC 670.319/SP, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 03/08/2021, DJe 09/08/2021). III. CONCLUSÃO Ante o exposto, voto por CONHECER PARCIALMENTE do apelo, DANDO-LHE PARCIAL PROVIMENTO, para, com fundamento no princípio da especialidade e na orientação do Superior Tribunal de Justiça, promover a aplicação da majorante do art. 40, VI, da Lei 11.343/06 e afastar o concurso material (art. 69, do CP) entre os delitos do art. 33, da Lei 11.343/06 e o art. 244-B, do ECA. Assim, a pena do crime de tráfico fica estabelecida em 03 (três) anos e 10 (dez) meses de reclusão e pagamento de 278 (duzentos e setenta e oito) dias-multa, cada dia-multa fixado no mínimo legal. Considerando o quantum final de pena, deve ser estabelecido o regime inicial aberto, na forma do art. 33, § 2º, c, do CP. Mantenho a sentença combatida em seus demais termos. É como voto. Salvador, data registrada no sistema. JUIZ SUBSTITUTO DE SEGUNDO GRAU – RELATOR