

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma CLASSE: APELAÇÃO Nº 0544590-94.2017.8.05.0001 FORO: COMARCA DE SALVADOR - 3ª VARA DE TÓXICOS ÓRGÃO: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL - PRIMEIRA TURMA RELATOR: DES. APELANTE: ADVOGADOS: - OAB BA34498-A E - OAB BA14755-A APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTORA DE JUSTIÇA: APELADO: PROCURADORA DE JUSTIÇA: ASSUNTO: ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. EMENTA: APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, DA LEI Nº 11.343/2006. RÉ CONDENADA À PENA DE 1 (UM) ANO, 4 (QUATRO) MESES E 20 (VINTE) DIAS DE RECLUSÃO, EM REGIME ABERTO, SUBSTITUÍDA POR RESTRITIVAS DE DIREITO A SEREM DEFINIDAS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO, CUMULADA COM PENA PECUNIÁRIA DE 138 (CENTO E TRINTA E OITO) DIAS-MULTA, À RAZÃO DE 1/30 (UM TRINTA AVOS) DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS. 1. PLEITO DEFENSIVO: ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. IMPROVIMENTO. MATERIALIDADE E AUTORIA DEMONSTRADAS NOS AUTOS. TESTEMUNHOS DOS POLICIAIS LINEARES E COERENTES, QUE LEGITIMAM A CONDENAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE DE PROVA DE MERCANCIA PARA CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO MANTIDA. 2. PLEITOS FORMULADOS PELO PARQUET: 2.1 - REFORMA DA DOSIMETRIA DA PENA NO QUE TOCA À EFICÁCIA DO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA, QUE CONDUZIU A PENA INTERMEDIÁRIA DO ACUSADO A PATAMAR AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. ACOLHIMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS AGRAVANTES E ATENUANTES NÃO SÃO PASSÍVEIS DE ULTRAPASSAR AS ESTREMAS LEGAIS FIXADAS EM CADA TIPO PENAL, SOB O RISCO DE FERIR O PRINCÍPIO DA LEGALIDADE. SÚMULA 231 DO STJ VEDA A REDUÇÃO DA PENA-BASE EM PATAMAR ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. 2.2 - REFORMA PARCIAL DA SENTENÇA, PARA QUE SEJA AFASTADA A INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA DO § 4º DO ART. 33, DA LEI Nº 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. NA HIPÓTESE, AUSÊNCIA DE REGISTROS CRIMINAIS EM DESFAVOR DA RÉ. QUANTIDADE REDUZIDA DE DROGAS. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE QUE SEJA INTEGRANTE DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA OU SE DEDIQUE A ATIVIDADES CRIMINOSAS. 3. CONCLUSÃO: RECURSOS DEFENSIVO E MINISTERIAL CONHECIDOS. NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO DA DEFESA. PROVIMENTO PARCIAL AO RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO PARA REFORMAR PARCIALMENTE A SENTENÇA, AFASTANDO-SE A REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA ABAIXO DO MÍNIMO-LEGAL, FIXANDO-SE, POR CONSEQUENTE, A REPRIMENDA FINAL EM 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME ABERTO, SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS A SEREM FIXADAS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO, CUMULADA COM PENA PECUNIÁRIA DE 166 (CENTO E SESSENTA E SEIS) DIAS-MULTA NO VALOR DE UM TRIGÉSIMO DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À DATA DO FATO. ACÓRDÃO

Relatados e discutidos estes autos das Apelações Criminais de nº 0544590-94.2017.8.05.0001 da 3ª VARA DE TÓXICOS DA COMARCA DE SALVADOR-BA, sendo apelantes e o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, e apelados e o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, ACORDAM os Desembargadores, integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, em CONHECER dos recursos e NEGAR PROVIMENTO ao apelo Defensivo e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao apelo Ministerial, para reformar parcialmente a sentença, afastando-se a redução da pena intermediária abaixo do mínimo-legal, fixando-se, por conseguinte, a reprimenda final em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo da Execução, cumulada com pena pecuniária de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, no valor de um trigésimo do salário-mínimo vigente à data do fato, consoante certidão de julgamento. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador RELATOR

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA SEGUNDA CÂMARA

CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Maioria Salvador, 5 de Setembro de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma CLASSE: APELAÇÃO Nº 0544590-94.2017.8.05.0001 FORO: COMARCA DE SALVADOR – 3ª VARA DE TÓXICOS ÓRGÃO: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA RELATOR: DES. APELANTE: ADVOGADOS: – OAB BA34498-A E – OAB BA14755-A APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTORA DE JUSTIÇA: APELADO: PROCURADORA DE JUSTIÇA: ASSUNTO: ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. RELATÓRIO Trata-se de apelações interpostas por e pelo MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA, em razão da sentença condenatória proferida em desfavor da ré, , condenando-a como incurso nas sanções do art. 33, caput, da lei 11.343/06, à pena de 01 (um) ano, 04 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, em regime aberto, substituída por restritivas de direito a serem definidas pelo Juízo da Execução, cumulada ao pagamento da pena pecuniária de 138 (cento e trinta e oito) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos. Adota-se o relatório da sentença, in verbis (ID 61199658): “O MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA denunciou , como incurso nas penas do art. 33, da Lei 11.343/2006 (ID. 328651796), por ter sido presa, em flagrante delito, os seguintes objetos: 09 porções de cocaína totalizando 10,37 gramas (dez gramas e trinta e sete centigramas) e 56 porções de crack totalizando 13,59 gramas (treze gramas e cinquenta e nove centigramas), conforme auto de exibição e apreensão e laudo de exame de constatação, além da quantia de R\$ 256,30 (duzentos e cinquenta e seis reais e trinta centavos) em espécie, em notas de pequeno valor. A denunciada apresentou defesa (ID. 328654320), e; após foi recebida a denúncia (ID. 328654325). Durante a instrução processual foram ouvidas as testemunhas arroladas na denúncia (IDs. 328654351, e 328654358) e a ré optou por exercer o seu direito de permanecer em silêncio. Laudo de constatação em ID. 328651797 – pág. 11. Laudo pericial definitivo da droga (Laudo 2017 00 LC 020029-02) em ID. 328654461. Em alegações finais (ID. 328654462), o Ministério Público pugnou pela condenação da ré, nos termos da denúncia. A Defesa da acusada , nas suas alegações finais (ID. 328654465), requereu a absolvição da ré, aduzindo não comprovação da materialidade delitiva e a ausência de provas. É o relatório.” Sobreveio sentença, publicada em 22/06/2022, na qual julgou PROCEDENTE EM PARTE a denúncia, para condenar , pela prática do delito tipificado no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Irresignados, a Ré, em 27/06/2023, e Ministério Público, em 05/07/2023, interuseram recursos de apelação (IDs 61199661 e 61199662, respectivamente). Em sede de razões, o Ministério Público pugnou pelo não reconhecimento da atenuante relativa à confissão espontânea, com o afastamento da redução da pena intermediária abaixo do mínimo-legal, a exclusão da minorante relativa ao tráfico privilegiado, e, caso aplicada esta última, que seja em sua fração mínima. O Recurso do Ministério Público foi recebido no efeito devolutivo ao tempo em que se determinou que a ré fosse intimada para apresentação das contrarrazões. Recebeu-se ainda o recurso da Defesa nos termos do art. 600, § 4º, do CPP (ID 61199664) A Defesa apresentou contrarrazões ao recurso do Ministério Público pugnando para que seja negado provimento. (ID 61199672) Certificou-se a intimação da Ré (ID 61199673) A Defesa, em sede de razões, pugnou pela absolvição da Ré, alegando a inexistência de provas aptas a sustentar o decreto condenatório. (ID 61753503) Por sua vez, o Ministério Público, em sede de contrarrazões, manifestou-se pelo improvimento do apelo interposto pela acusada (ID 63656654). Abriu-se vista à Procuradoria

de Justiça que opinou pelo conhecimento de ambos os recursos e improvimento do recurso da Defesa e provimento parcial do recurso manejado pelo Ministério Público, com o redimensionamento da pena intermediária para 05 (cinco) anos de reclusão, aplicando-se os demais consectários legais adotados pelo Juízo a quo (ID 65067744). Os presentes autos retornaram conclusos em 05/07/2024. É, em síntese, o relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor. Salvador/BA, data registrada no sistema. Desembargador RELATOR PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Segunda Câmara Criminal 1ª Turma CLASSE: APELAÇÃO Nº 0544590-94.2017.8.05.0001 FORO: COMARCA DE SALVADOR – 3ª VARA DE TÓXICOS ÓRGÃO: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – PRIMEIRA TURMA RELATOR: DES. APELANTE: ADVOGADOS: – OAB BA34498-A E – OAB BA14755-A APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA PROMOTORA DE JUSTIÇA: APELADO: PROCURADORA DE JUSTIÇA: ASSUNTO: ART. 33, CAPUT, DA LEI 11.343/06. VOTO I – PRESSUPOSTOS RECURSAIS Conhece-se do recurso, eis que presentes os requisitos objetivos e subjetivos para a sua admissibilidade. II – DO RECURSO DA DEFESA A Defesa pugnou pela absolvição da Ré pautada na insuficiência probatória. Sem razão. A materialidade delitiva restou demonstrada através do Auto de exibição e apreensão (ID 61199135, fl. 7), do Laudo de Constatação (ID 61199135, fls. 11/12) e do Laudo Definitivo (ID 61199650), os quais positivaram apreensão e a presença de Cocaína nas substâncias apreendidas em poder da acusada. A autoria também restou evidenciada nos autos, tendo em vista que as provas colhidas demonstram que a apelante fora presa em flagrante quando trazia consigo as substâncias proscritas, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, prontas para serem comercializadas. Consignou-se nos autos que, no dia 20 de abril de 2017, por volta das 23h, a guarnição da polícia militar, que estava realizando ronda no Bairro da Pituba, teria abordado que trazia consigo 09 (nove) porções de Cocaína, totalizando 10,37g (dez gramas e trinta e sete centigramas) e 56 porções de crack, com massa bruta de 13,59g (treze gramas e cinquenta e nove centigramas), além da quantia de R\$ 256,30 (duzentos e cinquenta e seis reais e trinta centavos) em espécie, em notas de pequeno valor. Sabe-se que para a configuração do delito de tráfico de drogas, basta que a conduta do réu se encaixe em um dos 18 verbos mencionados no caput do art. 33 da Lei 11.343/2006 e que a finalidade seja o consumo de drogas por terceiros. 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 Logo, não se faz necessário que o agente seja detido no exato momento em que esteja praticando atos de mercancia, bastando que haja nos autos provas robustas e demais elementos que denotem a finalidade de uso das drogas por terceiros. Isto porque a prova da mercancia não necessita ser direta, devendo ser firmada quando os indícios e presunções formam um conjunto harmônico e demonstram a distribuição comercial do entorpecente. O Superior Tribunal de Justiça não deixa margem de dúvida a respeito do tema. Senão, veja-se: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. OFENSA AOS ARTS. 28 E 33, CAPUT, DA LEI N. 11.343/06. OCORRÊNCIA. TRÁFICO DE DROGAS. PRESCINDIBILIDADE DE PROVA DE MERCANCIA PARA CONFIGURAÇÃO DO DELITO DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRECEDENTES. AGRAVO CONHECIDO. RECURSO

ESPECIAL PROVIDO.” (STJ – AREsp 479790–GO – RELATORA: MINISTRA – 6ª T – DJU 18.03.2014). (grifos aditados) Nesse cenário, a apelante, na fase judicial, valeu-se do direito constitucional de permanecer em silêncio. Contudo, na fase policial, (ID 61199135 – Pág. 8), assinalou que se encontrava na Rua Minas Gerais vendendo crack e Cocaína para um rapaz cujo nome não soube declinar, destacando que vendia cada papelote de Cocaína por R\$ 50,00, e cada pedra de crack por R\$ 10,00. Ao final, informou que vendia cerveja no local, mas, por ter filhos pequenos, resolveu vender as substâncias ilícitas, pela facilidade. Os depoimentos dos policiais que efetuaram o flagrante, foram concisos e suficientes para a manutenção do édito condenatório, quando somados aos outros elementos de provas que foram colhidos durante a instrução processual. Neste sentido, colaciona-se os excertos dos depoimentos judiciais dos agentes estatais que efetuaram a prisão em flagrante da ré: SD/PM : “(...) Que se recorda da Ré; que a ré estava vendendo cerveja, alguma coisa. Que com a Ré foi encontrado uma certa quantidade de crack e cocaína; que o material estava fracionado em porções; que o local era uma rua chamada Minas Gerais; que não se recorda se a ré apresentou justificativa; que não se recorda onde foi encontrado o material, mas eram duas drogas fracionadas em locais diferentes; que não se recorda a quantidade de entorpecentes (...).” (declarações extraídas da sentença em conformidade com registro audiovisual disponível no PJe Mídias). SD/PM : (...) Que não se recorda da ré, mas se recorda da diligência, um pouco; que se recorda que abordou a ré; Que a ré estava na esquina, num isopor, que tinham três homens e a ré, efetuando a abordagem nestes e buscando no Isopor; que encontrou pedras de substância que se assemelha a crack; que a ré não apresentou informações sobre as drogas; que não fez a busca pessoal; que se não se engana, o Policial que fez a busca pessoal foi ”. (declarações extraídas da sentença em conformidade com registro audiovisual disponível no PJe Mídias). É cediço que a doutrina e a jurisprudência são uníssonas no sentido de admitir a validade do testemunho dos policiais, sobretudo quando os agentes participaram da prisão em flagrante e são ratificados pelos demais elementos probatórios coligidos aos autos. Nessa esteira de pensamento, vejamos julgado abaixo colacionado: “PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO OU DESCLASSIFICAÇÃO PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO ACERVO FÁTICO–PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. AGRAVO DESPROVIDO. 1. No que tange ao pleito de absolvição ou desclassificação da conduta para o delito do art. 28 da Lei n. 11.343/2006, o acórdão combatido, ao manter a condenação pelo tráfico de drogas, consignou que o conjunto probatório aponta para a prática do crime, não somente em razão das substâncias apreendidas (56,59 gramas de “crack”), mas também diante da prova testemunhal. 2. Assim, para desconstituir o entendimento firmado pelo Tribunal de origem e concluir pela absolvição ou desclassificação do crime de tráfico de drogas para o do artigo 28 da Lei n. 11.343/2006, seria necessário o revolvimento do conjunto fático–probatório, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. 3. Ademais, esta Corte tem entendimento firmado de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese. Precedentes. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ. AgRg no AREsp 1877158/T0, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 20/09/2021)”. (grifos aditados) Na mesma linha de pensamento, já decidiu esta Colenda Turma: “APELAÇÃO DEFENSIVA. LEI DE

DROGAS. APELANTE CONDENADO COMO INCURSO NAS SANÇÕES DO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/06, A UMA PENA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME SEMIABERTO, E AO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, NO VALOR DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO MÍNIMO VIGENTE NA ÉPOCA DOS FATOS. NEGADO O DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PRETENSÕES RECURSAIS: I) ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. NÃO VISLUMBRADA. CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO QUE SE MOSTRA SUFICIENTE A DEMONSTRAR A AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVA. ELEMENTOS CONSUBSTANCIADOS NO AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO, NOS LAUDOS DE EXAME PERICIAIS E NOS DEPOIMENTOS TESTEMUNHAIS. ALEGADO CERCEAMENTO DE DEFESA DIANTE DO INDEFERIMENTO QUANTO AO ROL DE TESTEMUNHAS DA ACOSTADO EXTEMPORANEAMENTE À DEFESA PRÉVIA, AUSENTE COMPROVAÇÃO QUANTO AO EFETIVO PREJUÍZO CAUSADO AO APELANTE. NÃO SE DESINCUMBIU A DEFESA DO ÔNUS DE EXPLICAR A FORMA COMO AS REFERIDAS TESTEMUNHAS PODERIAM ELUCIDAR OS FATOS IMPUTADOS AO APELANTE. ANÁLISE DO BROCARDO PAS DE NULLITE SANS GRIEF. INTELIGÊNCIA DO ART. 563 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. VALIDADE DOS TESTEMUNHOS POLICIAIS. SUFICIENTE CONVICÇÃO FORMADA DURANTE AMBAS AS FASES DA PERSECUÇÃO PENAL. DESNECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA MERCANCIA. PRECEDENTES DO STJ. CONDENAÇÃO QUE DEVE SER MANTIDA NOS EXATOS TERMOS DA SENTENÇA. (...) APELAÇÃO CONHECIDA E IMPROVIDA. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0526352-56.2019.8.05.0001, Segunda Câmara. Segunda Turma. Relator (a): , Publicado em: 03/09/2021)". Desse modo, os depoimentos de policiais, prestados sob o crivo do contraditório, não podem ser desqualificados. Se é da própria natureza da atividade policial a investigação e a atuação em situação de flagrância, não seria coerente atribuir-lhes o desempenho de tal atividade e depois não considerar as suas declarações. Do exposto, quedou evidenciado nos autos que a apelante trazia consigo substância entorpecente proscriita, bem como ficou demonstrada a traficância, em razão do modo que estava acondicionada as substâncias encontradas em seu poder. Nesta senda, a verossimilhança da acusação encontra correlação com os fatos descritos pelas testemunhas, ainda que na condição de policiais que realizaram a apreensão, posto que tal fato não compromete seus depoimentos, tendo em vista que a Defesa, ao longo do processo, não apresentou elementos probatórios que descredenciasse ou invalidassem as oitivas em juízo dos agentes estatais. Por todo o exposto, mantém-se a condenação da apelante. III – DO RECURSO MINISTERIAL Busca o Ministério Público a reformar parcialmente a sentença, limitando-se ao capítulo da dosimetria. Da análise dos autos, observa-se que o Juízo sentenciante, na primeira fase da dosimetria da pena, fixou a pena-base no mínimo legal de 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. E, na segunda fase, aplicou-se a atenuante da confissão, fixando-se a pena intermediária em 04 (quatro) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 416 (quatrocentos e dezesseis) dias-multa. O Ministério Público pugnou para que seja afastada a redução da pena intermediária abaixo do mínimo-legal, em decorrência do reconhecimento da atenuante da confissão espontânea. Data máxima vênua ao entendimento do douto sentenciante, entende-se que assiste razão ao Ministério Público, conforme será delineado doravante. Com efeito, não se pode perder de vista que a Súmula 231, do STJ se encontra plenamente em vigor e em perfeita consonância com o entendimento dos Tribunais Superiores, conforme demonstra o julgado a seguir: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. ESTUPRO DE VULNERÁVEL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL E VIOLAÇÃO DO ART. 65 DO CP. PLEITO DE APLICAÇÃO DO REDUTOR NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA PARA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ART. 65, III, D, DO CP. IMPOSSIBILIDADE. ÓBICE DA SÚMULA 231/STJ. 1. É pacífico o entendimento

acerca da impossibilidade de o reconhecimento da atenuante levar a pena, na segunda fase da dosimetria, a patamar aquém do mínimo legal, o que inviabiliza, no caso, a aplicação da reconhecida atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do CP), diante do óbice prescrito na Súmula 231/STJ. 2. No que tange à questão amparada no art. 65, III, d do Código Penal, verifica-se que a referida atenuante da confissão espontânea não foi aplicada, tendo em vista que a pena base foi fixada no mínimo legal, qual seja, 6 anos de reclusão, incidindo, portanto, o proibitivo da Súmula 231 desta Corte (AgRg no AREsp n. 1.516.556/PR, Ministro , Quinta Turma, DJe 5/12/2019). 3. Inviável o reconhecimento da atenuante genérica, ante a incidência da Súmula 231/STJ (AgRg no AREsp n. 1.510.676/ES, Ministro , Sexta Turma, DJe 11/11/2019). 4. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no Resp: 1847149 GO 2019/0331771-6, Relator: Ministro , Data de Julgamento: 10/03/2020, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/03/2020). (Grifos aditados). Na mesma vertente, é o norte jurisprudencial da Suprema Corte: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ART. 5º, XXXIX e XLVI, DA CF. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS 282 E 356/STF. APLICAÇÃO DA ATENUANTE PREVISTA NO ART. 65, III, B, DO CP. REAPRECIAÇÃO DE NORMA INFRACONSTITUCIONAL E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 279/STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. I – Ausência de prequestionamento do art. 5º, XXXIX e XLVI, da CF. Os embargos declaratórios não foram opostos com a finalidade de suprir essa omissão. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF. II – Para se chegar à conclusão contrária à adotada pelo acórdão recorrido, necessário seria o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, bem como a interpretação de legislação infraconstitucional aplicável ao caso. Óbice da Súmula 279/STF. III – A jurisprudência desta Corte é no sentido da impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal por força de circunstância atenuante genérica. Precedente: RE 597.270 QO-RG/RS (Tema 158), da relatoria do Ministro . IV – Agravo regimental a que se nega provimento. (STF – AgR ARE: 1007916 BA – BAHIA 0171752-47.2008.8.05.0001, Relator: Min. , Data de Julgamento: 19/05/2017, Segunda Turma, Data de Publicação: DJe-112 29-05-2017) Nesse sentido também é o entendimento adotado por este Egrégio Tribunal de Justiça da Bahia: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO MAJORADO. CONCURSO DE PESSOAS. APELO DE . NULIDADE DA SENTENÇA. AUSÊNCIA DE REDUÇÃO DA REPRIMENDA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA. MATÉRIA AFETA À APLICAÇÃO DA PENA. INADEQUADA A ANÁLISE COMO PREFACIAL. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 155 DO CP. INCABÍVEL. RECONHECIMENTO DE ATENUANTE. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PEDIDO CONTEMPLADO PELA SENTENÇA. APLICADA A SÚMULA N.º 231 DO STJ. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 14, II, DO CP. IMPERTINENTE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. IMPOSSIBILIDADE. APELO DE . DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DO ART. 155 DO CP. INVIABILIDADE. CONSTATAÇÃO DA PARTICIPAÇÃO NEGATIVA OU DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO CONFIGURADA. IMPOSSIBILIDADE. RATIFICAÇÃO DA PENA DEFINITIVA DOSADA. RECURSOS CONHECIDOS E NÃO PROVIDOS. Ausente o aludido caráter preliminar do pedido, deve o julgador relegar a sua análise ao momento processual oportuno. Identificado a presença de violência física no arrebatamento da res furtiva e de grave ameaça no momento da abordagem, sucedida de perseguição à vítima, incabível a desclassificação para o crime do art. 155 do CP. Em que pese o reconhecimento de circunstância atenuante pelo magistrado, resta impertinente a redução da pena abaixo do mínimo legal, na segunda fase da aplicação da reprimenda, nos termos do disposto na Súmula n.º 231 do STJ. Considera-se consumado o delito no momento em que o

agente obtém a posse do bem, ainda que não seja mansa e pacífica e/ou haja perseguição policial, sendo prescindível que o objeto do crime saia da esfera de vigilância da vítima. Verificada a atuação ativa do agente na empreitada criminosa, com participação determinante para a obtenção do resultado lesivo, resta inviável a aplicação do § 1.º, do art. 29 do CP. Recursos conhecidos e não providos. (TJ-BA – APL: 05041452520168050080, Relator: , SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL – SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: 13/06/2017) Com efeito, reconhecem a doutrina e a jurisprudência majoritárias que as circunstâncias agravantes e atenuantes não são passíveis de ultrapassar as extremas legais fixadas em cada tipo penal, sob o risco de ferir o princípio da legalidade, pois determina o art. 59, inciso II, do Código Penal, que devem ser respeitados os limites previstos. Isso porque tem-se que somente exsurge a possibilidade de diminuição ou de elevação da pena “aquém” de seu mínimo legal ou “além” do máximo quando da terceira etapa de sua aplicação. Para as duas primeiras fases da individualização da pena, é de se observar tão-somente os limites mínimo e máximo cominados na *fattispecie*. Como é de conhecimento trivial, a cominação abstrata inferior do preceito secundário da norma incriminadora reflete a reprovação mínima estabelecida no tipo legal, de forma que a aplicação da atenuante não pode autorizar a redução do patamar estabelecido em lei. Do contrário, estar-se-ia ferindo, com tal permissão, a regra ou princípio da legalidade das penas, estabelecido na Constituição da República, em seu art. 5º, inciso XXXIX. Para além disso, não se pode perder de vista que o processo de individualização da pena ocorre em três fases: cominação, aplicação e execução. Trata-se de norma constitucional, no Direito brasileiro, estabelecida no art. 5º, XLVI, da Carta Magna. É uma das garantias criminais repressivas, constituindo, no dizer de postulado básico de justiça”. Nesse passo, entender-se que o julgador tenha o poder de fixar um patamar mínimo e máximo de pena diferente do que foi cominado pelo legislador seria, com certeza, fulminar com a primeira etapa da individualização da pena, ou seja, aquela que confere ao legislador constituído a legitimidade política e democrática de editar a lei. Com tais ponderações, não há que se cogitar, portanto, a redução da pena intermediária abaixo do mínimo legal, conforme fora feito pelo magistrado sentenciante, devendo ser dada à legislação federal em vigor interpretação, conforme os ditames de garantias estabelecidos na Constituição da República, como os mencionados princípios da legalidade e da individualização das penas. Pelo exposto, nos termos da jurisprudência dos tribunais, o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, na segunda etapa da dosimetria, não pode conduzir à redução da pena intermediária abaixo do patamar mínimo legal. Em sendo assim, converte-se a pena-base em pena intermediária – 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa. DAS CAUSAS DE AUMENTO E DE DIMINUIÇÃO Da análise da sentença, denota-se que, na derradeira etapa da dosimetria da reprimenda, o Juízo de 1º Grau reconheceu a incidência da causa de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33, da Lei de Drogas. O Ministério Público pugnou para que seja afastada a incidência da referida causa de diminuição, e, caso aplicada, que seja em sua fração mínima. Todavia, o pedido não comporta acolhimento. Como se sabe, o § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 permite que as penas do crime de tráfico de drogas sejam 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. A jurisprudência dos Tribunais Superiores tem se orientado no sentido de que “Na ausência de indicação

pelo legislador das balizas para o percentual de redução previsto no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes". (STJ. AgRg no HC 549.345/MS, Rel. Ministro (Desembargador Convocado do TJ/PE), Quinta Turma, julgado em 10/03/2020, DJe 16/03/2020). In casu, não há registros criminais em desfavor da Ré, nem foi encontrada uma quantidade significativa de drogas, não havendo, portanto, qualquer indicação de que seja integrante de organização criminosa ou se dedique a atividades criminosas. De modo que, mantém-se a incidência da causa de diminuição do tráfico privilegiado, reduzindo-se a sanção no maior patamar fixado pela legislação pertinente, a saber, 2/3 (dois terços), tornando-se a reprimenda final da Ré em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão. REGIME PRISIONAL Em relação ao regime inicial de cumprimento de pena, com a modificação da reprimenda e, em observância ao art. 33, § 2º, c, do Código Penal, mantém-se o regime aberto, posto que a pena aplicada é inferior a quatro anos. DA PENA DE MULTA Quanto à pena de multa, tendo em vista a alteração da pena privativa de liberdade com o reconhecimento do tráfico privilegiado, determina-se, em 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa no valor de um trigésimo do salário-mínimo vigente à data do fato. SUBSTITUIÇÃO POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS No caso em comento, verifica-se que estão preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, sendo suficiente para a reeducação a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, nos termos a serem fixados pelo Juízo da Execução Penal. CONCLUSÃO Vota-se pelo CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO do recurso do da DEFESA e pelo CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL do recurso do MINISTÉRIO PÚBLICO, para reformar parcialmente a sentença, afastando-se a redução da pena intermediária abaixo do mínimo-legal, fixando-se, por conseguinte, a reprimenda final em 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, em regime aberto, substituída por duas restritivas de direitos a serem fixadas pelo Juízo da Execução, cumulada com pena pecuniária de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa no valor de um trigésimo do salário-mínimo vigente à data do fato. Sala de Sessões, data constante da certidão de julgamento. Desembargador RELATOR