

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 0510388-57.2018.8.05.0001 – Comarca de Salvador/BA Apelante: Defensora Pública: Dra. Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Dra. Origem: 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA Procurador de Justiça: Dr. Relatora: Desa. ACÓRDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006). SENTENÇA CONDENATÓRIA. PEDIDO DE APLICAÇÃO DAS ATENUANTES DA MENORIDADE RELATIVA E CONFISSÃO ESPONTÂNEA, COM REDUÇÃO DA PENA, NA SEGUNDA FASE DA DOSIMETRIA, PARA QUANTUM ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ENUNCIADO DA SÚMULA 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. RECONHECIDA A REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRETENSÃO DE INCIDÊNCIA DO REDUTOR PREVISTO NO ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS, NO SEU PATAMAR MÁXIMO, COM CONSEQUENTE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. ACOLHIMENTO PARCIAL. JUSTIFICATIVA GENÉRICA DE EXISTÊNCIA DE EXECUÇÃO DE MEDIDA SOCIOEDUCATIVA EM ANDAMENTO QUE, POR SI SÓ, NÃO ENSEJA O AFASTAMENTO DA MINORANTE. DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS NÃO EVIDENCIADA. RÉU PRIMÁRIO, SEM ANTECEDENTES. PECULIARIDADE DO CASO. PROCESSO POR ATO INFRACIONAL ANÁLOGO AO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS, PRATICADO, EM TESE, EM ANO ANTERIOR, NA MESMA LOCALIDADE. MÉRITO DA REPRESENTAÇÃO NÃO JULGADO. CONCEDIDA A REMISSÃO COM MEDIDA SOCIOEDUCATIVA DE LIBERDADE ASSISTIDA. CIRCUNSTÂNCIA QUE, ALIADA À MAIOR NOCIVIDADE DA SUBSTÂNCIA APREENDIDA, INDICA COMO ADEQUADA A APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NA FRAÇÃO DE $\frac{1}{2}$ (METADE). OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DA INDIVIDUALIZAÇÃO DA PENA. REPRIMENDA FINAL REDIMENSIONADA. DESNECESSIDADE DE PROCEDER À DETRAÇÃO, DIANTE DA NOVA FIXAÇÃO DO REGIME ABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, A SEREM DISCRIMINADAS PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO, a fim de redimensionar a pena definitiva do ora recorrente para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, e substituir a sanção corporal por duas penas restritivas de direitos, a serem discriminadas pelo juízo da execução penal, mantendo-se a sentença vergastada nos demais termos.. I – Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por , por intermédio da Defensoria Pública do Estado da Bahia, insurgindo-se contra a sentença proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. II – Narra a exordial acusatória (fls. 01/04, SAJ 1º Grau), in verbis, que “[...] No dia 21 (vinte e um) de junho de 2017, por volta das 16h20min, policiais militares realizavam rondas ostensivas no bairro de IAPI, nesta urbe, quando foram avisados, via rádio, que diversos indivíduos estavam em atividade de tráfico de drogas na localidade conhecida como “Floresta”, situada no mesmo bairro. Ato contínuo, a guarnição se dirigiu para o local informado e, ao chegar na localidade, se deparou com cerca de 20 (vinte) indivíduos em atitude suspeita e que, ao verem a aproximação dos policiais, empreenderam fuga, sendo que alguns deles efetuaram disparos de arma de fogo contra a referida guarnição. Assim sendo, os Prepostos do Estado revidaram as agressões e ao incursionarem pelo local, alcançaram três indivíduos. Após busca pessoal nos mesmos, foi encontrado em poder do denunciado , 14 (quatorze) pinos de cocaína, conforme autode exibição e apreensão acostado às fls. 09. 0

laudo de constatação de fls. 33 dos autos, confirma que o material apreendido em poder do denunciado consiste em 11,10g (onze gramas e dez centigramas) de cocaína [...]. Informam ainda os Policiais Militares, que os outros dois indivíduos, e , estavam brigando entre si em razão da droga que estava na posse de . [...] Diante das circunstâncias em que ocorreu o flagrante, através da conduta suspeita do denunciado, flagrado em posse de drogas, após tentativa de fuga, restam evidenciados indícios de que este trazia consigo drogas ilícitas, com a finalidade comercial. [...]”. III – Em suas razões de inconformismo, em apertada síntese, postula o Apelante aplicação das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, a fim de que a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça seja afastada e reduzida a pena, na segunda fase da dosimetria, aquém do mínimo legal; bem assim a incidência da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), alegando que não deve “prevalecer um único registro de ato infracional”, com a consequente substituição da pena corpórea por restritivas de direitos. Requer, ainda, a detração do tempo de prisão provisória, para fins de fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda. IV – Salienta-se, inicialmente, que a materialidade e autoria delitivas restaram suficientemente demonstradas pelos elementos probatórios colhidos nos autos (SAJ 1º Grau), merecendo destaque o Auto de Exibição e Apreensão (fl. 15); os Laudos de Constatação e Pericial (fls. 49 e 82), nos quais se verifica que o entorpecente apreendido se tratava de 11,10g (onze gramas e dez centigramas) de cocaína, distribuídos em 14 (quatorze) pinos; os depoimentos judiciais das testemunhas arroladas pela acusação – transcritos no édito condenatório (fls. 138/149) e disponíveis no Pje Mídias; além de a sentença ter consignado como elemento de convicção que o Réu admitiu em juízo a posse das drogas, conquanto tenha alegado que não as destinaria ao tráfico. O Recurso defensivo cinge-se a questionar as penas impostas pela Juíza de primeiro grau, não tendo sido manifestada qualquer insurgência quanto à condenação. V – Posto isto, da leitura da sentença vergastada, depreende-se que, na primeira fase do cálculo dosimétrico, a Magistrada singular, à luz do quanto disciplinado no art. 59 do Código Penal e no art. 42 da Lei nº 11.343/2006, fixou a pena-base no mínimo legal, qual seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa; na etapa intermediária, deixou de valorar as atenuantes da confissão e da menoridade penal relativa, em observância à Súmula 231 do STJ, já que a reprimenda basilar foi aplicada no patamar mínimo, além de não ter reconhecido circunstâncias agravantes; na terceira fase, pontuando não haver causas de aumento, afastou a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 e tornou definitiva a reprimenda em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, estipulando o regime semiaberto para o início de cumprimento da sanção corporal. VI – Assim, em que pese as alegativas deduzidas nas razões recursais, não merece guarida o pleito de afastamento da Súmula 231 do STJ e aplicação das atenuantes da menoridade relativa e confissão espontânea (art. 65, I e III, d, do CP), na segunda fase da dosimetria, para reduzir a pena aquém do mínimo legal. Como cediço, devido às frequentes investidas contra a mencionada Súmula, bem como em face do entendimento dominante nos Tribunais Superiores, o Supremo Tribunal Federal, em 2009, julgou o Recurso Extraordinário nº 597.270/RS, atribuindo-lhe Repercussão Geral para o efeito de reafirmar a jurisprudência daquela Corte acerca da impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal por conta de circunstância atenuante genérica.

Desse modo, por força da Repercussão Geral atribuída à mencionada questão, a Corte Constitucional Brasileira reafirmou a pertinência da Súmula 231 do STJ, o que vincula as decisões dos Tribunais inferiores. VII – Portanto, o pedido de redução da pena para patamar abaixo do mínimo estabelecido em lei em face do reconhecimento das atenuantes mencionadas violaria não só o princípio da legalidade, mas também o entendimento consolidado pelos Tribunais Superiores, não podendo ser acolhido. Ressalte-se, por oportuno, que não houve a superação da Súmula 231 do STJ por conta da edição da Súmula 545 do mesmo Tribunal, a qual prevê que “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal”, pois cabível a aplicação harmônica de ambos os enunciados ao mesmo caso. VIII – Acerca da incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, nos moldes em que requerido, razão, em parte, assiste à Defesa. In casu, avançando à terceira fase da dosimetria da pena, a Juíza a quo afastou a aplicação do redutor do tráfico privilegiado, sob a justificativa genérica de que o Réu se dedicava a atividades criminosas por possuir execução de medida socioeducativa em andamento, de nº 0320042-23.2016. Nesse aspecto, é de se assinalar que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EREsp 1916596/SP, realizado em 08/09/2021, firmou entendimento no sentido de que “[...] o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração”. IX – Entretanto, em consulta ao processo de execução referido pela Magistrada singular, nota-se que, embora a representação oferecida em desfavor do ora Apelante, adolescente à época, tenha sido por ato infracional análogo ao delito de tráfico de drogas (16 porções de cocaína, correspondentes a 10,83g) e tal fato, em tese, tenha ocorrido na data de 09/04/2016, havendo, portanto, proximidade com o crime em apreço, perpetrado em 21/06/2017, é certo que a pretensão socioeducativa não foi julgada, uma vez que foi concedido ao então menor o benefício da remissão cumulado com a aplicação da medida socioeducativa de liberdade assistida, feito já extinto em razão do alcance da idade de 21 (vinte e um) anos. Logo, não poderia a MM. Juíza ter afastado a incidência da causa especial de diminuição de pena em análise, pois a peculiaridade apontada em relação ao processo por ato infracional em tese cometido pelo ora Apelante não permite concluir dedicação a atividades criminosas, haja vista que a própria sentença reconheceu a primariedade do Réu, não havendo outra anotação de envolvimento em práticas delitivas após a maioridade. X – Nada obstante, apesar de o Recorrente fazer jus à aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, inviável acolher o pleito defensivo para que o redutor seja fixado na fração máxima de 2/3 (dois terços). Isso porque, considerando a existência de feito anterior por ato infracional equiparado ao delito de tráfico de drogas, bem assim a proximidade entre tal fato e o crime em comento, no qual o Recorrente também foi preso em flagrante no bairro do IAPI; tendo em vista que, malgrado a quantidade de entorpecente apreendido não seja expressiva (11,10g), a natureza da droga (cocaína) é mais nociva e representa maior perigo de dano à saúde pública, diante da potencialidade real da substância que seria disseminada; bem assim que tal circunstância preponderante não foi valorada na 1ª fase da dosimetria, na qual a pena-base foi aplicada no mínimo legal, não havendo,

portanto, que se falar em bis in idem, na esteira do Tema n. 712 de Repercussão Geral do STF. Assim, reputa-se que a incidência do redutor na fração de $\frac{1}{2}$ (metade) é mais adequada ao caso em testilha, a título de prevenção e reprovação do delito. Tal conclusão é corroborada, inclusive, pelo princípio da individualização da pena, que deve nortear o magistrado na aplicação da reprimenda. XI – Nesta senda, redimensiona-se a pena intermediária para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, reprimenda que fica convolada em definitiva, ante a inexistência de causas de aumento de pena. Ademais, diante do quantum ora redimensionado, bem assim de a pena-base ter sido aplicada no mínimo legal, não havendo valoração de nenhuma circunstância judicial ou preponderante na 1ª fase da dosimetria, fixa-se o regime aberto para inicial cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal, afigurando-se irrelevante, nesse viés, proceder à detração do período de prisão provisória, como requerido pelo Apelante. XII – Finalmente, merece albergamento o pleito defensivo para substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, pois preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, penas substitutivas que, com esteio no § 2º do mesmo artigo, ficam estabelecidas em 02 (duas) restritivas de direitos, a serem discriminadas pelo Juízo da Execução Penal, restando mantido o direito de recorrer em liberdade. XIII – Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e improvimento do Apelo. XIV – Apelo CONHECIDO e PARCIALMENTE PROVIDO, a fim de redimensionar a pena definitiva do ora recorrente para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, e substituir a sanção corporal por duas penas restritivas de direitos, a serem discriminadas pelo juízo da execução penal, mantendo-se a sentença vergastada nos demais termos. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal n.º 0510388-57.2018.8.05.0001, provenientes da Comarca de Salvador/BA, em que figuram, como Apelante, , e, como Apelado, o Ministério Público do Estado da Bahia. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Colenda Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em conhecer e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Apelo, a fim de redimensionar a pena definitiva do ora recorrente para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, e substituir a sanção corporal por duas penas restritivas de direitos, a serem discriminadas pelo juízo da execução penal, mantendo-se a sentença vergastada nos demais termos, e assim o fazem pelas razões a seguir expostas no voto da Desembargadora Relatora. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 29 de Março de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 0510388-57.2018.8.05.0001 – Comarca de Salvador/BA Apelante: Defensora Pública: Dra. Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Dra. Origem: 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA Procurador de Justiça: Dr. Relatora: Desa. RELATÓRIO Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por , por intermédio da Defensoria Pública do Estado da Bahia, insurgindo-se contra a sentença proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006,

concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. Em observância aos princípios da celeridade, da efetividade e da economia processual, e considerando ali se consignar, no que relevante, a realidade do processo até então desenvolvida, adota-se, como próprio, o relatório da sentença (fls. 138/149, SAJ 1º Grau), a ele acrescentando o registro dos eventos subsequentes, conforme a seguir disposto. Irresignado, o Sentenciado interpôs Recurso de Apelação (fl. 169, SAJ 1º Grau), postulando, em suas razões (fls. 170/178, SAJ 1º Grau), a aplicação das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, a fim de que a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça seja afastada e reduzida a pena, na segunda fase da dosimetria, aquém do mínimo legal; bem assim a incidência da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), alegando que não deve “prevalecer um único registro de ato infracional”, com a consequente substituição da pena corpórea por restritivas de direitos. Requer, ainda, a detração do tempo de prisão provisória, para fins de fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda. Nas contrarrazões, pugna o Parquet pelo não provimento do recurso (fls. 202/205, SAJ 1º Grau). Parecer da douta Procuradoria de Justiça pelo conhecimento e improvimento do Apelo (ID. 24535850, PJe 2º Grau). Após o devido exame dos autos, lancei este relatório, que submeto à apreciação do eminente Desembargador Revisor.

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Apelação n.º 0510388-57.2018.8.05.0001 – Comarca de Salvador/BA Apelante: Defensora Pública: Dra. Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia Promotora de Justiça: Dra. Origem: 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA Procurador de Justiça: Dr. Relatora: Desa.

VOTO Cuida-se de Recurso de Apelação interposto por , por intermédio da Defensoria Pública do Estado da Bahia, insurgindo-se contra a sentença proferida pelo MM. Juízo da 1ª Vara Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que o condenou às penas de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei 11.343/2006, concedendo-lhe o direito de recorrer em liberdade. Narra a exordial acusatória (fls. 01/04, SAJ 1º Grau), in verbis, que “[...] No dia 21 (vinte e um) de junho de 2017, por volta das 16h20min, policiais militares realizavam rondas ostensivas no bairro de IAPI, nesta urbe, quando foram avisados, via rádio, que diversos indivíduos estavam em atividade de tráfico de drogas na localidade conhecida como “Floresta”, situada no mesmo bairro. Ato contínuo, a guarnição se dirigiu para o local informado e, ao chegar na localidade, se deparou com cerca de 20 (vinte) indivíduos em atitude suspeita e que, ao verem a aproximação dos policiais, empreenderam fuga, sendo que alguns deles efetuaram disparos de arma de fogo contra a referida guarnição. Assim sendo, os Prepostos do Estado revidaram as agressões e ao incursionarem pelo local, alcançaram três indivíduos. Após busca pessoal nos mesmos, foi encontrado em poder do denunciado , 14 (quatorze) pinos de cocaína, conforme auto de exibição e apreensão acostado às fls. 09. O laudo de constatação de fls. 33 dos autos, confirma que o material apreendido em poder do denunciado consiste em 11,10g (onze gramas e dez centigramas) de cocaína [...]. Informam ainda os Policiais Militares, que os outros dois indivíduos, e , estavam brigando entre si em razão da droga que estava na posse de . [...] Diante das circunstâncias em que ocorreu o flagrante, através da conduta suspeita do denunciado, flagrado em posse de drogas, após tentativa de fuga, restam evidenciados indícios de que este trazia consigo drogas ilícitas, com a

finalidade comercial. [...]”. Em suas razões de inconformismo, em apertada síntese, postula o Apelante aplicação das atenuantes da menoridade relativa e da confissão espontânea, a fim de que a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça seja afastada e reduzida a pena, na segunda fase da dosimetria, aquém do mínimo legal; bem assim a incidência da causa especial de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), alegando que não deve “prevalecer um único registro de ato infracional”, com a consequente substituição da pena corpórea por restritivas de direitos. Requer, ainda, a detração do tempo de prisão provisória, para fins de fixação do regime inicial de cumprimento da reprimenda. Preenchidos os pressupostos de admissibilidade recursal, conhece-se do Apelo. Salienta-se, inicialmente, que a materialidade e autoria delitivas restaram suficientemente demonstradas pelos elementos probatórios colhidos nos autos (SAJ 1º Grau), merecendo destaque o Auto de Exibição e Apreensão (fl. 15); os Laudos de Constatação e Pericial (fls. 49 e 82), nos quais se verifica que o entorpecente apreendido se tratava de 11,10g (onze gramas e dez centigramas) de cocaína, distribuídos em 14 (quatorze) pinos; os depoimentos judiciais das testemunhas arroladas pela acusação – transcritos no édito condenatório (fls. 138/149) e disponíveis no Pje Mídias; além de a sentença ter consignado como elemento de convicção que o Réu admitiu em juízo a posse das drogas, conquanto tenha alegado que não as destinaria ao tráfico. O Recurso defensivo cinge-se a questionar as penas impostas pela Juíza de primeiro grau, não tendo sido manifestada qualquer insurgência quanto à condenação. Posto isto, da leitura da sentença vergastada, depreende-se que, na primeira fase do cálculo dosimétrico, a Magistrada singular, à luz do quanto disciplinado no art. 59 do Código Penal e no art. 42 da Lei 11.343/2006, fixou a pena-base no mínimo legal, qual seja, em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa; na etapa intermediária, deixou de valorar as atenuantes da confissão e da menoridade penal relativa, em observância à Súmula 231 do STJ, já que a reprimenda basilar foi aplicada no patamar mínimo, além de não ter reconhecido circunstâncias agravantes; na terceira fase, pontuando não haver causas de aumento, afastou a incidência do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/2006 e tornou definitiva a reprimenda em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, no valor unitário mínimo, estipulando o regime semiaberto para o início de cumprimento da sanção corporal. Confira-se trecho do decisio: [...] Analisando as circunstâncias judiciais estampadas no artigo 59, do Código Penal c/c art. 42 da Lei 11343/06, preponderantemente, percebe-se que a natureza e quantidade da substância apreendida não constituem motivo para exasperação da pena, tendo sido apreendido 14 (catorze) pinos de cocaína, totalizando 11,10 (onze gramas e dez centigramas) de cocaína. Em relação à personalidade do agente não há elementos nos autos suficientes para realizar inferências. A conduta social do Denunciado não se apresenta ilibada, porém não há elementos para ser valorada nessa fase. A culpabilidade do denunciado é normal ao tipo. Não responde a outras ações penais, é primário e possuidor de bons antecedentes; as circunstâncias do crime são comuns à espécie; as conseqüências do delito não são graves, visto que não conseguiu seu intento; por fim, a vítima é toda a coletividade. Assim, com estas considerações, fixo a pena-base, pela violação do artigo 33 da Lei n. 11.343/06, em 05 (cinco) anos de reclusão, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multas, à base de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do delito. Deixode valorar as atenuantes da confissão e da

menoridade penal relativa uma vez que a pena-base foi fixada em seu quantum mínimo, consoante o disposto na Súmula nº 231 do STJ, a qual se aplica adequadamente ao caso concreto. Ausentes agravantes e causas de aumento de pena. A minorante presente no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 requisita que o réu seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não participe de organização criminosa. No caso em comento, verifica-se que o réu possui execução de medida socioeducativa em andamento, sob o número 0320042-23.2016, o que informa a dedicação do réu a atividades criminosas, conforme entendimento jurisprudencial vigente [...] Fixo definitivamente a pena do réu, em 5 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida em regime semi-aberto, e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multas, à base de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do delito, A multa deverá ser paga no prazo de 10 (dez) dias, a contar do trânsito em julgado da presente sentença. Autorizo o recurso em liberdade. [...] (fls. 146/149) (grifos no original) Assim, em que pese as alegativas deduzidas nas razões recursais, não merece guarida o pleito de afastamento da Súmula 231 do STJ e aplicação das atenuantes da menoridade relativa e confissão espontânea (art. 65, I e III, d, do CP), na segunda fase da dosimetria, para reduzir a pena aquém do mínimo legal. Como cediço, devido às frequentes investidas contra a mencionada Súmula, bem como em face do entendimento dominante nos Tribunais Superiores, o Supremo Tribunal Federal, em 2009, julgou o Recurso Extraordinário nº 597.270/RS, atribuindo-lhe Repercussão Geral para o efeito de reafirmar a jurisprudência daquela Corte acerca da impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal por conta de circunstância atenuante genérica: O Tribunal resolveu questão de ordem no sentido de reconhecer a existência de repercussão geral da matéria discutida em recurso extraordinário – fixação da pena abaixo do mínimo legal por força de circunstâncias atenuantes genéricas – e reafirmar a jurisprudência da Corte quanto à impossibilidade dessa fixação. No mérito, o Tribunal negou provimento ao recurso. [...]. (Informativo 540, do Supremo Tribunal Federal). Desse modo, por força da Repercussão Geral atribuída à mencionada questão, a Corte Constitucional Brasileira reafirmou a pertinência da Súmula 231 do STJ, o que vincula as decisões dos Tribunais inferiores. Nesse sentido: [...] 1. As decisões proferidas pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal quando do julgamento de recursos extraordinários com repercussão geral vinculam os demais órgãos do Poder Judiciário na solução, por estes, de outros feitos sobre idêntica controvérsia. 2. Cabe aos juízes e desembargadores respeitar a autoridade da decisão do Supremo Tribunal Federal tomada em sede de repercussão geral, assegurando racionalidade e eficiência ao Sistema Judiciário e concretizando a certeza jurídica sobre o tema. [...]. (STF, Rcl 10793, Relatora: Min. , Tribunal Pleno, julgado em 13/04/2011, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-107 DIVULG 03-06-2011 PUBLIC 06-06-2011 RT v. 100, n. 910, 2011, p. 379-392) (grifos acrescidos). Ainda sobre o tema, leciona : Utilizando o raciocínio de que as atenuantes, segundo preceito legal, devem sempre servir para reduzir a pena (art. 65, CP), alguns penalistas têm defendido que seria possível romper o mínimo legal quando se tratar de aplicar alguma atenuante a que faça jus o réu. Imagine-se que o condenado tenha recebido a pena-base no mínimo; quando passar para a segunda fase, reconhecendo a existência de alguma atenuante, o magistrado deveria reduzir, de algum modo, a pena, mesmo que seja levado a fixá-la abaixo do mínimo. Essa posição é minoritária. Aliás, parece-nos mesmo incorreta, pois as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal.

Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador. [...] Atualmente, está em vigor a Súmula 231 do Superior Tribunal de Justiça: 'A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal'. Em idêntico prisma, o Supremo Tribunal Federal decidiu ser inviável a fixação da pena abaixo do mínimo legal quando existirem apenas atenuantes (RE 597.270, Pleno, rel. , v.u., 26.03.2009). (Manual de Direito Penal, 11. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2015, p. 459). Na mesma linha de intelecção: PENAL. PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NECESSIDADE DE DILIGÊNCIAS NA INSTRUÇÃO PENAL. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDOTA PARA O DELITO DE TRÁFICO EVENTUAL OU POSSE PARA USO DE DROGAS. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL NA SEGUNDA FASE. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO N. 1.117.073/PR. SÚMULA 231/STJ. [...] III – A redução da pena na segunda etapa da dosimetria abaixo do mínimo legal vai contra entendimento já consolidado nesta Corte no sentido de que a incidência de circunstância atenuante, não pode conduzir à redução da pena para aquém do mínimo legal, conforme dispõe a Súmula 231/STJ. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no AREsp 1602982/SP, Rel. Ministro , DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/PE, QUINTA TURMA, julgado em 11/02/2020, DJe 19/02/2020) (grifos acrescidos). PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA DA PENA. MENORIDADE E CONFISSÃO ESPONTÂNEA. ATENUANTES DO ART. 65, INCISOS I e III, 'D', DO CÓDIGO PENAL – CP. FIXAÇÃO DA PENA EM PATAMAR ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 231 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA – STJ. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Nos termos do enunciado n. 231 da Súmula do STJ, é inviável a aplicação das atenuantes da menoridade e da confissão espontânea, previstas no art. 65 do Código Penal – CP, para fins de redução da pena a patamar aquém do mínimo legal. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ, AgRg no AREsp 1408530/MS, Rel. Ministro , QUINTA TURMA, julgado em 14/05/2019, DJe 20/05/2019) (grifos acrescidos). Portanto, o pedido de redução da pena para patamar abaixo do mínimo estabelecido em lei em face do reconhecimento das atenuantes mencionadas violaria não só o princípio da legalidade, mas também o entendimento consolidado pelos Tribunais Superiores, não podendo ser acolhido. Ressalte-se, por oportuno, que não houve a superação da Súmula 231 do STJ por conta da edição da Súmula 545 do mesmo Tribunal, a qual prevê que “Quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal”, pois cabível a aplicação harmônica de ambos os enunciados ao mesmo caso. A respeito: [...] Ademais, também não há falar em superação da Súmula n. 231 em razão do advento da Súmula n. 545, porquanto elas mais se complementam do que se excluem. Ditos enunciados sempre conviveram harmonicamente e cada um deles tem seu próprio campo de incidência, de modo que o mais recente deles, a Súmula n. 545, tem seu alcance limitado exatamente pela fixação da pena no mínimo legal. Em outras palavras, “quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará jus à atenuante prevista no art. 65, III, d, do Código Penal” (Súmula n. 545 do STJ), DESDE QUE a incidência da circunstância atenuante não conduza à redução da pena abaixo

do mínimo legal (Súmula n. 231 do STJ). [...] (STJ – REsp: 1897902 MS 2020/0253041-8, Relator: Ministro , Data de Publicação: DJ 06/04/2021) (grifos acrescidos) Acerca da incidência da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, nos moldes em que requerido, razão, em parte, assiste à Defesa. In casu, avançando à terceira fase da dosimetria da pena, a Juíza a quo afastou a aplicação do redutor do tráfico privilegiado, sob a justificativa genérica de que o Réu se dedicava a atividades criminosas por possuir execução de medida socioeducativa em andamento, de nº 0320042-23.2016. Nesse aspecto, é de se assinalar que a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do EResp 1916596/SP, realizado em 08/09/2021, firmou entendimento no sentido de que “[...] o histórico infracional pode ser considerado para afastar a minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, por meio de fundamentação idônea que aponte a existência de circunstâncias excepcionais, nas quais se verifique a gravidade de atos pretéritos, devidamente documentados nos autos, bem como a razoável proximidade temporal de tais atos com o crime em apuração”. Entretanto, em consulta ao processo de execução referido pela Magistrada singular, nota-se que, embora a representação oferecida em desfavor do ora Apelante, adolescente à época, tenha sido por ato infracional análogo ao delito de tráfico de drogas (16 porções de cocaína, correspondentes a 10,83g) e tal fato, em tese, tenha ocorrido na data de 09/04/2016, havendo, portanto, proximidade com o crime em apreço, perpetrado em 21/06/2017, é certo que a pretensão socioeducativa não foi julgada, uma vez que foi concedido ao então menor o benefício da remissão cumulado com a aplicação da medida socioeducativa de liberdade assistida, feito já extinto em razão do alcance da idade de 21 (vinte e um) anos. Logo, não poderia a MM. Juíza ter afastado a incidência da causa especial de diminuição de pena em análise, pois a peculiaridade apontada em relação ao processo por ato infracional em tese cometido pelo ora Apelante não permite concluir dedicação a atividades criminosas, haja vista que a própria sentença reconheceu a primariedade do Réu, não havendo outra anotação de envolvimento em práticas delitivas após a maioridade. Nada obstante, apesar de o Recorrente fazer jus à aplicação da minorante do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, inviável acolher o pleito defensivo para que o redutor seja fixado na fração máxima de 2/3 (dois terços). Isso porque, considerando a existência de feito anterior por ato infracional equiparado ao delito de tráfico de drogas, bem assim a proximidade entre tal fato e o crime em comento, no qual o Recorrente também foi preso em flagrante no bairro do IAPI; tendo em vista que, malgrado a quantidade de entorpecente apreendido não seja expressiva (11,10g), a natureza da droga (cocaína) é mais nociva e representa maior perigo de dano à saúde pública, diante da potencialidade real da substância que seria disseminada; bem assim que tal circunstância preponderante não foi valorada na 1ª fase da dosimetria, na qual a pena-base foi aplicada no mínimo legal, não havendo, portanto, que se falar em bis in idem, na esteira do Tema n. 712 de Repercussão Geral do STF. Assim, reputa-se que a incidência do redutor na fração de $\frac{1}{2}$ (metade) é mais adequada ao caso em testilha, a título de prevenção e reprovação do delito. Tal conclusão é corroborada, inclusive, pelo princípio da individualização da pena, que deve nortear o magistrado na aplicação da reprimenda. Confira-se a jurisprudência: Penal e processual penal. Habeas corpus. Tráfico de drogas. Dosimetria e redutor por tráfico privilegiado. Quantidade e natureza da droga são circunstâncias que, apesar de configurarem elementos determinantes na modulação da causa de diminuição de pena, por si sós, não são aptas a

comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa. Precedentes. Ordem concedida. (STF, HC 202725 AgR, Relator (a): , Relator (a) p/ Acórdão: , Segunda Turma, julgado em 15/09/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-238 DIVULG 01-12-2021 PUBLIC 02-12-2021) (grifos acrescidos) AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1985258 – MS (2021/0316360-8) EMENTA AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, REGIME INICIAL MAIS BRANDO E SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVA DE DIREITOS AFASTADOS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PROVIMENTO NOS TERMOS DO PARECER MINISTERIAL. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial, a fim de restabelecer a condenação conforme firmada na sentença. DECISÃO [...] O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do agravo para que, conhecido o recurso especial, este seja provido para restabelecer a incidência da minorante do tráfico privilegiado na fração de 1/2 (metade), fixar o regime inicial aberto e substituir a pena corporal por restritivas de direitos (fls. 400/406). É o relatório. Com razão o agravante. E assim o afirmo desde já, adotando como razões de decidir os fundamentos apontados no parecer ministerial de fls. 400/406 (grifo nosso): [...] Como se observa, o Tribunal de origem afastou a incidência do redutor de pena por concluir pela dedicação do agravante a atividades criminosas, considerando, para tanto, a existência de registros de atos infracionais análogos aos crimes de furto, furto qualificado e roubo majorado, conforme certidão de antecedentes criminais de fls. 4/55 (e-STJ). Quanto ao fato de o agravante possuir registros de atos infracionais, não se desconhece o entendimento já manifestado por essa E. Corte no sentido de que "A existência de atos infracionais praticados pelo agente, embora não caracterizem reincidência ou Maus antecedentes, podem denotar dedicação às atividades criminosas, de modo a justificar a negativa da minorante do § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, ante o não preenchimento dos requisitos legais. Precedentes." (AgRg no REsp n. 1.560.667/SC, Rel. Ministro , SEXTA TURMA, julgado em 17/10/2017, DJe 23/10/2017). Contudo, no caso dos autos, não se mostra suficiente a referência à prática de atos infracionais anteriores para se concluir pela dedicação do agravante a atividades criminosas. Isso porque o réu é primário, conforme reconhecido na sentença e no acórdão, inexistindo qualquer referência à outra anotação de envolvimento em ocorrências delituosas após a maioridade, e a quantidade de droga apreendida (10,20g de cocaína), embora expressiva, não é de elevada monta, não sendo indicativa, por si só, de que se trata de pessoa dedicada a atividades criminosas. [...] Desse modo, ausentes elementos de prova a demonstrar que o réu realmente se dedicava a atividades delituosas, deve ser aplicado o redutor na fração de 1/2 (metade), adotada na sentença, restabelecendo-se o apenamento de 03 (três) anos de reclusão (dada a incidência de duas causas de aumento, pelo envolvimento de adolescente e pela prática do delito nas imediações de estabelecimento prisional). [...] Ante o exposto, com fundamento no art. 253, II, c, do RISTJ, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial, a fim de restabelecer a condenação conforme firmada na sentença. Publique-se. Brasília, 25 de fevereiro de 2022. Ministro Relator (STJ, Ministro , 03/03/2022) (grifos acrescidos) 1-) Apelação criminal. Tráfico ilícito de entorpecentes e porte de droga para o consumo pessoal. Parcial provimento do recurso defensivo para fixar a pena-base do crime de tráfico no piso, aplicar o redutor do § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas, fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por prestação de serviços à comunidade e multa. [...] Quanto ao delito de tráfico ilícito, o recorrente faz jus à

aplicação do redutor previsto no § 4º, do art. 33, da Lei de Drogas. [...] Não bastasse, embora ele já tenha sido processado pela prática de ato infracional (fls. 43), trata-se de fato de 2018, circunstância que, cotejada com a ausência de outros elementos seguros que indiquem a prática habitual e reiterada do tráfico ilícito, não justifica a não incidência da minorante. No caso, trata-se de agente jovem, primário, sem antecedentes e indícios de que integre organização criminosa. Entretanto, deve-se ponderar que ele comercializava crack (vinte (21) e uma porções), substância mais nociva, com intensa capacidade viciante, especialmente porque induz à dependência quase que instantaneamente, de maneira que a diminuição da pena em 1/2 revela-se proporcional e adequada ao caso em análise, tendo-se dois (2) anos e seis (6) meses de reclusão e pagamento de duzentos e cinquenta (250) dias-multa. [...] (TJ-SP – APR: 15001475720208260581 SP 1500147-57.2020.8.26.0581, Relator: , Data de Julgamento: 07/02/2022, 11ª Câmara de Direito Criminal, Data de Publicação: 07/02/2022) (grifos acrescidos) Nesta senda, redimensiona-se a pena intermediária para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, reprimenda que fica convolada em definitiva, ante a inexistência de causas de aumento de pena. Ademais, diante do quantum ora redimensionado, bem assim de a pena-base ter sido aplicada no mínimo legal, não havendo valoração de nenhuma circunstância judicial ou preponderante na 1ª fase da dosimetria, fixa-se o regime aberto para inicial de cumprimento de pena, nos termos do art. 33, § 2º, c, do Código Penal, afigurando-se irrelevante, nesse viés, proceder à detração do período de prisão provisória, como requerido pelo Apelante. Finalmente, merece albergamento o pleito defensivo para substituição da sanção corporal por restritivas de direitos, pois preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal, penas substitutivas que, com esteio no § 2º do mesmo artigo, ficam estabelecidas em 02 (duas) restritivas de direitos, a serem discriminadas pelo Juízo da Execução Penal, restando mantido o direito de recorrer em liberdade. Pelo quanto expendido, voto no sentido de conhecer e DAR PARCIAL PROVIMENTO ao Apelo, a fim de redimensionar a pena definitiva do ora Recorrente para 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão, em regime inicial aberto, e 250 (duzentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, e substituir a sanção corporal por duas penas restritivas de direitos, a serem discriminadas pelo Juízo da Execução Penal, mantendo-se a sentença vergastada nos demais termos. Sala das Sessões, ____ de _____ de 2022. Presidente Desa. Relatora Procurador (a) de Justiça