

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0553332-74.2018.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: YURI MARTINS SANTOS DA CUNHA e outros Advogado (s): ANTONIO GLORISMAN DOS SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO EMENTA: PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33, DA LEI 11.343/2006. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO DO APELANTE POR INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. IMPROCEDÊNCIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DELITIVAS DEVIDAMENTE COMPROVADAS. DOSIMETRIA DA PENA. PLEITO DE APLICAÇÃO DA ATENUANTE DE MENORIDADE, REDUZINDO A PENA-BASE AQUEM DO MÍNIMO LEGAL. PRETENSÃO DE RELATIVIZAÇÃO DA SÚMULA 231 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE. JURISPRUDÊNCIA CONSOLIDADA E PLENAMENTE APLICÁVEL. PLEITO DE APLICAÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. PROCEDÊNCIA. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. POSSIBILIDADE. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PREVISTOS NO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. 1. Cuida-se de Apelação Criminal apresentada por Jean Martins Alves, inconformado com a decisão que o condenou, pela prática do delito capitulado no artigo 33, caput, da lei nº 11.343/2006, totalizando a pena definitiva de 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à razão de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato. 2. Pugna o apelante, em síntese, pela absolvição por ausência de provas capazes de sustentar uma condenação, pela fixação da pena abaixo do mínimo legal, pelo reconhecimento do tráfico privilegiado e, por fim, pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. 3. O pleito de absolvição não merece ser acolhido, visto que a autoria e a materialidade restaram devidamente comprovadas nos autos, considerando a variedade das substâncias entorpecentes encontradas, que totalizaram 26 (vinte e seis) dolinhas de maconha, acondicionada em plásticos transparentes; 01 (uma) dolinha de maconha, acondicionada em papel branco; 01 (um) dolão de maconha, acondicionada em plástico verde; 21 (vinte e uma) pedras de crack, acondicionadas individualmente em plástico transparente, as quais estavam sendo manuseadas pelos acusados no momento da apreensão, além dos demais objetos encontrados relacionados ao tráfico, como sacolas plásticas para acondicionamento das substâncias, não havendo como negar a finalidade comercial das drogas e revelando o dolo do acusado. 4. Outrossim, entendo que não existe razão para aplicar a técnica de superação (overruling) no sentido de superar a referida Súmula 231 do STJ, principalmente quando a própria Corte Cidadã já apreciou a questão e concluiu que, em relação à Súmula 231 "(...) inexistente argumentação capaz de demonstrar a necessidade de superação da jurisprudência consolidada (...)". (STJ. AgRg no REsp 1882605/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 31/08/2020). 5. Ademais, entendo que deve ser aplicado em favor do acusado o benefício do tráfico privilegiado, considerando que o Superior Tribunal de Justiça recentemente alterou seu entendimento para não admitir que inquérito policial e ações penais em curso afastem a incidência da benesse legal, em consonância com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal. Assim, reduzo a pena no patamar máximo de 2/3 (dois terços), totalizando a pena em 1 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. 6. Por fim, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, tendo em vista o preenchimento dos requisitos previstos no art. 44, incs. I a III e § 2º, do CP, cuja especificação e forma de execução deverão ser estabelecidas pelo Juízo da Execução de Penas e Medidas Alternativas.

APELO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 0553332-74.2018.8.05.0001, oriundo da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador – BA, tendo como Apelante JEAN MARTINS ALVES e como Apelado, o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1ª Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em CONHECER E CONCEDER PARCIAL PROVIMENTO AO APELO, pelas razões e termos expostos no voto que se segue. Salvador, 17 de janeiro de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 6 de Fevereiro de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0553332-74.2018.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: YURI MARTINS SANTOS DA CUNHA e outros Advogado (s): ANTONIO GLORISMAN DOS SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO JEAN MARTINS ALVES fora denunciado pelo ilustre Representante do Ministério Público como incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/06. Consta da denúncia que: "(...) no dia 18 de julho de 2018, por volta das 15h50min, policiais militares receberam um chamado da CENOP informando que estava ocorrendo comercialização de entorpecentes na localidade conhecida como Alto da Bola, na Rua do Cachimbeiro, Federação. A guarnição seguiu para o local e lá chegando constatou a presença de dois indivíduos em atitude suspeita, os quais não conseguiram evadir pois foram surpreendidos pela chegada da polícia. Naquela oportunidade foi realizada a revista pessoal em ambos e se verificou que traziam consigo 26 (vinte e seis) dolinhas de maconha, acondicionada em plásticos transparentes; 01 (uma) dolinha de maconha, acondicionada em papel branco; 01 (um) dolão de maconha, acondicionada em plástico verde; 21 (vinte e uma) pedras de crack, acondicionadas individualmente em plástico transparente; a quantia de R\$ 109,00 (cento e nove reais); diversos pinos azuis e plásticos transparentes, usados normalmente para armazenar cocaína; 01 (uma) tesoura metálica grande de cabo preto; 01 (um) garfo de metal com cabo verde; 01 (um) aparelho celular Samsung; 01 (uma) corrente dourada com um pingente pequeno em forma de crucifixo; 01 (um) relógio prateado oriente; 01 (um) boné preto; 01 (um) chapéu camuflado; 01 (uma) camisa vinho; 01 (um) casaco azul; 01 (uma) mochila preta. Por esta razão foram presos em flagrante e conduzidos à delegacia. O acusado JEAN MARTINS ALVES foi interrogado pela autoridade policial e negou a propriedade das drogas. Afirmou que, no momento da abordagem estava se dirigindo ao mercado quando foi detido para averiguação. Disse que a droga apresentada foi encontrada distante dele e que os verdadeiros donos da droga evadiram para outro local (...)." Concluída a instrução processual e apresentadas as alegações derradeiras, o Magistrado a quo julgou procedente o pedido constante na denúncia, para condenar o apelante como incurso na pena do delito descrito no art. 33, caput, da lei nº 11.343/2006, totalizando a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, equivalente a um trigésimo do salário-mínimo vigente ao tempo do fato criminoso, em regime inicial semiaberto. Inconformado com a sentença, recorreu da decisão o Réu. Em suas razões (Id. 48489923) pugna a defesa pela absolvição do Apelante, em razão da ausência de provas suficientes para fundamentar o decreto condenatório, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal. Subsidiariamente, requer a aplicação do art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, reduzindo-se a pena em 2/3. Outrossim, ainda em caso de

manutenção da condenação, pugna pela aplicação da atenuante da menoridade, já reconhecida pelo Douto Juízo de Primeiro Grau, relativizando-se, assim, a Súmula 231, do Superior Tribunal de Justiça. Por fim, requer que seja a pena privativa de liberdade substituída por penas restritivas de direitos, conforme dispositivo do art. 44 do Código Penal Brasileiro, tendo em vista a alteração legislativa promovida pela Resolução n.º 5, de 15 de fevereiro de 2012, do Senado Federal. Em sede de contrarrazões (Id. 51676816) o Ministério Público manifestou-se pelo não provimento do presente recurso de apelação e pela manutenção do decisum vergastado em todos os termos. A Procuradoria de Justiça, em parecer exarado (Id. 52390100) opinou pelo conhecimento e provimento parcial do recurso de apelação, a fim de seja reduzida a pena imposta ao apelante, em face da incidência da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06, bem como substituída a pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, se forem atendidos os requisitos dispostos no art. 44 do Código Penal, mantendo-se a decisão nos seus demais termos. Examinados e lançado este relatório, submeto-os à apreciação do eminente Desembargador Revisor. Salvador/BA, 17 de janeiro de 2024. Des. Aliomar Silva Britto – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0553332-74.2018.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: YURI MARTINS SANTOS DA CUNHA e outros Advogado (s): ANTONIO GLORISMAN DOS SANTOS APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO 0 recurso preenche todos os pressupostos necessários à sua admissibilidade, por isso dele conheço. Trata-se de Apelação interposta por Jean Martins Alves, contra a sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador – BA, que o condenou pela prática do crime previsto no artigo 33, caput da Lei nº 11.343/06, a uma pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, além de 500 (quinhentos) dias-multa. Nas razões recursais, requer, em síntese, a absolvição por ausência de provas capazes de sustentar uma condenação; o reconhecimento do tráfico privilegiado; a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a fixação da pena abaixo do mínimo legal. DA ABSOLVIÇÃO POR INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA. Alega, a defesa do apelante, a inexistência de provas suficientes para a manutenção da condenação, motivo pelo qual a absolvição do acusado seria necessária, na forma do art. 386, VII, do Código de Processo Penal. De início, consigna-se que a materialidade do delito encontra-se cabalmente comprovada nos autos, através do Laudo de Constatação de fls. 32 e Auto de Exibição e Apreensão de fls. 13, que atestam a apreensão de 27 (vinte e sete) “dolinhas” e 01 (um) “dolão” de maconha, totalizando-se 43,64 g (quarenta e três gramas e sessenta e quatro centigramas) da droga; – 01 saquinho contendo cocaína, totalizando-se 26,54 g (vinte e seis gramas e cinquenta e quatro centigramas) da droga apreendida e 21 (vinte e uma) pedras de crack, totalizando-se 2,55 g (dois gramas e cinquenta e cinco centigramas) da droga apreendida. Outrossim, o Laudo Pericial Definitivo de fls. 169 atesta que as substâncias apreendidas eram, de fato, benzoilmetilecgonina (cocaína) e tetrahydrocannabinol (maconha), relacionadas nas listas F-1 e F-2 da Portaria nº 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, de uso proscrito no Brasil. Quanto à autoria delitiva, encontra-se devidamente demonstrado no acervo probatório ter o Apelante praticado a conduta tipificada no artigo 33 da Lei 11.343/06, pois foi encontrado na posse das drogas, com a finalidade de comercialização, fato este

constatado, inclusive, pelos depoimentos testemunhais dos policiais que efetuaram a prisão. O SGT/PM Ubirajara Santos Andrade afirmou em seu depoimento em juízo: "(...) que se recorda dos fatos narrados; que salvo engano, foi uma denúncia, não sabendo dizer se foi através da CICOM ou anônima, se deslocaram até a localidade e, conseguiram êxito em deter os dois acusados, com uma quantidade de drogas; que não se lembra o que aparentava ser a droga, mas, lembra que não era um tipo de droga só; que se recorda que foram bastantes coisas apreendidas; que o depoente quando chegou no local, conseguiu alcançar os dois acusados, inclusive, o local referido até hoje tem comércio de drogas; que os dois acusados estavam sentados, tipo um comércio, e as drogas estavam lá, tipo delivery; que não sabe dizer o que os acusados estavam fazendo, se estavam contando as drogas, só sabe dizer que os policiais flagraram os acusados; que as drogas não estavam no bolso dos acusados, estavam no chão; que a localidade é tipo favela, com becos, escadas, vielas; que os acusados estavam manuseando as drogas; que se recorda que não foram apreendidas só as drogas, mas não se lembra se tinha balança, e com certeza tinha embalagens plásticas (...) que a facção que domina a região é o "BDM"; que os acusados não foram questionados sobre a origem das drogas; que o depoente encontrou os acusados em flagrantes, manuseando, e não tinha o que conversar, conduziram os acusados para delegacia; que na época dos fatos não conhecia os acusados; que conhece os acusados agora, inclusive, o acusado Yuri é acusado, atualmente, de ser um dos líderes da região; que o depoente só conheceu o acusado Jean na época da prisão e, hoje não escuta falar sobre ele; que o acusado Yuri é o de camisa vermelha e esta de cavanhaque, olhando para o depoente; que o depoente é lotado há quase 05 anos na região, continua lotado na região, é o Subcomandante da Peto (...) que as drogas foram encontradas pelo depoente e o Sd Jeferson; que as drogas foram encontradas com os acusados, no chão, ambos manuseando; que os acusados alegaram que as drogas não era deles; que não se recorda o horário da diligência; que a droga não estava na posse, tipo no bolso, dos acusados, estava no chão e, ambos os acusados estavam manuseando; que só tinha os dois acusados no local; que antes dos fatos não conhecia os acusados; que ambos os acusados não reagiram a prisão; que os acusados não correram, foram surpreendidos, e a localidade é bem apertada, tinha vielas, becos; que os policiais chegaram, incursionando, no padrão da Militar (...)". Outrossim, embora o SD/PM Jéferson Rosa dos Santos tenha alegado em seu depoimento não se recordar dos fatos em virtude do lapso temporal, observa-se do depoimento acima transcrito que o PM Ubirajara Santos Andrade recordou de toda a diligência, narrando os fatos com riqueza de detalhes, afirmando, sem dúvidas, com que o apelante foi flagrado no momento em que manuseava as drogas apreendidas. Vale ressaltar que, em relação aos depoimentos dos policiais, não há qualquer justificativa para se questionar sobre sua credibilidade. O fato de as testemunhas da acusação serem policiais não invalidam os seus depoimentos, servindo perfeitamente como prova testemunhal do crime. Veja-se que, pela aplicação do princípio da igualdade, haverá, como qualquer outra testemunha, o compromisso de dizer a verdade conforme estipulado no artigo 203 do CPP e, se o policial fizer alguma afirmação falsa, calar ou ocultar a verdade, então o Juiz que estiver tomando o depoimento, com força no artigo 211 do CPP, determinará a instauração de inquérito para apurar o crime de falso testemunho. Com efeito, não é razoável se admitir que o Estado possa credenciar pessoas para a função repressiva e, sem elementos cabais de prova, negar-lhes crédito quando de sua estrita atividade.

Segundo a Jurisprudência, é válido o testemunho prestado por agente policial, não contraditado nem desqualificado, na medida em que provém de agente público no exercício de suas funções e não destoia do conjunto probatório. Corroborando tal entendimento, vem assim decidindo os Tribunais: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. RECONSIDERAÇÃO. INADMISSÃO DO RECURSO ESPECIAL DEVIDAMENTE IMPUGNADA. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DO DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. IMPROCEDÊNCIA. DEPOIMENTO DE AGENTES POLICIAIS. VALIDADE. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. APLICAÇÃO DE FRAÇÃO DIVERSA DA MÁXIMA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. 1. Efetivamente impugnados os fundamentos da decisão de inadmissão do recurso especial, o agravo merece ser conhecido, em ordem a que se evolua para o mérito. 2. "Segundo a compreensão desta Corte Superior, inexistente violação ao duplo grau de jurisdição nas hipóteses em que o réu é absolvido em primeiro grau e condenado pelo Tribunal. Além disso, a se considerar o espectro de abrangência do recurso especial – que se restringe ao exame de questões de direito ligadas à lei federal supostamente violada ou interpretada de maneira divergente pelos tribunais –, o não conhecimento do recurso especial – ante a não ocorrência das hipóteses constitucionais para seu cabimento – não importa em violação do Pacto de São José da Costa Rica e do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que, apesar de terem natureza supralegal, estão hierarquicamente abaixo da Constituição Federal"( AgRg nos EDcl no REsp 1696478/CE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 27/10/2020, DJe 12/11/2020). 3. Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, "o depoimento dos policiais prestado em Juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do réu, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade dos agentes, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, o que não ocorreu no presente caso". Precedentes (AgRg no HC 672.359/SP, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 28/6/2021). 4. Para aplicação da causa de diminuição de pena do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, o condenado deve preencher, cumulativamente, todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 a 2/3, a depender das circunstâncias do caso concreto. Na hipótese, contudo, o acórdão aplicou a fração de 1/3 sem nenhuma fundamentação, razão por que deve ser adotado o patamar máximo de 2/3. 5. Agravo regimental provido para conhecer do agravo e prover, em parte, o recurso especial para reduzir a condenação do agravante para 1 ano, 11 meses e 10 dias de reclusão, em regime aberto, e 194 dias-multa, com substituição. (STJ – AgRg no AREsp: 1934729 SP 2021/0234241-2, Relator: Ministro OLINDO MENEZES (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TRF 1ª REGIÃO), Data de Julgamento: 08/02/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/02/2022). Portanto, a autoria e a materialidade restaram devidamente comprovadas nos autos, considerando a variedade das substâncias entorpecentes encontradas, que estavam sendo manuseadas pelos acusados no momento da apreensão, bem como os demais objetos encontrados relacionados ao tráfico, como sacolas plásticas para acondicionamento das substâncias, não havendo como negar a finalidade comercial das drogas e revelando o dolo do acusado. Há que se enfatizar que o tipo penal descrito no artigo 33, caput, da Lei 11.343/2006, é considerado crime de conteúdo variado ou de natureza múltipla, bastando a prática de um dos núcleos descritos na norma para configurar o cometimento do crime de tráfico de

drogas, sendo, portanto, desnecessário que o agente seja flagrado no momento exato em que comercializada a droga. Portanto, não merece acolhimento o pleito de absolvição do apelante pelo crime de tráfico de drogas, vez que não resta dúvida acerca da autoria e materialidade delitivas, que se encontram muito bem cristalizadas. Deste modo, pelo raciocínio lógico aqui desenvolvido, que a tese de insuficiência probatória apresentada na apelação do recorrente não tem consistência perante os elementos de prova trazidos aos autos, o que impossibilita o acolhimento da tese de absolvição, sustentada pela defesa. DA DOSIMETRIA DA PENA No que concerne à aplicação da pena, pleiteia o Apelante pelo redimensionamento da pena-base para o abaixo do mínimo legal, afastando-se o entendimento da Súmula 231 do STJ, e pela aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06. Outrossim, pugna pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Na primeira fase da dosimetria, observa-se que o magistrado a quo, na análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, considerou favorável todas as circunstâncias judiciais, fixando a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no valor equivalente a 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. Na segunda fase, entendeu estar presente a circunstância atenuante da menoridade, contudo deixou de aplicá-la, em observância à súmula 231 do STJ. Neste sentido, sustenta o apelante, que a pena-base aplicada na sentença deve ser conduzida para patamar aquém do mínimo legal, em razão da incidência da atenuante referida, afastando-se, para tanto, a aplicação da súmula 231 do STJ. Contudo, entendo que tal alegação não merece prevalecer. Em conformidade com a jurisprudência sumulada no verbete nº 231, do Superior Tribunal de Justiça, a existência de circunstância atenuante não tem o condão de reduzir a pena, em concreto, a patamar abaixo daquele limite mínimo estabelecido pelo tipo penal, sob pena de se permitir, contrário “sensu”, que as agravantes, do mesmo modo, possam majorar a reprimenda acima do limite máximo. Com efeito, entendo que a vedação de redução da pena aquém do mínimo ou elevação da pena além do máximo, na segunda etapa da dosimetria, cuida de interpretação que compatibiliza os artigos do Código Penal, que trata das atenuantes e agravantes genéricas, com os preceitos secundários de cada norma penal incriminadora, respeitando os limites mínimos e máximos cominados para cada tipo penal. Portanto, considerando o entendimento já consolidado na Súmula 231 do STJ, cuja constitucionalidade foi atestada pelo Supremo Tribunal Federal, entendo que não existe razão para aplicar a técnica de superação (overruling) no sentido de alterar a referida Súmula, principalmente quando a própria Corte Cidadã já apreciou a questão e concluiu que, em relação à Súmula 231 “(...) inexistente argumentação capaz de demonstrar a necessidade de superação da jurisprudência consolidada (...)”. (STJ. AgRg no REsp 1882605/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 31/08/2020). Neste sentido, vale colacionar os seguintes julgados: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. DOSIMETRIA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE RELATIVA. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. DESCABIMENTO. SÚMULA N. 231 DO STJ. TESE DE OVERRULING. DESCABIMENTO. ARGUMENTAÇÃO DESCONEXA E SEM RAZOABILIDADE. REGIMENTAL QUE NÃO IMPUGNA OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. PLEITO DE SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DO FEITO EM RAZÃO DA REALIZAÇÃO DE AUDIÊNCIA PÚBLICA ACERCA DO TEMA TRATADO NOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE PREVISÃO LEGAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO

CONHECIDO. 1. A incidência do verbete n. 231/STJ permanece firme na jurisprudência desta Corte e o Agravante não trouxe argumento idôneo que, em tese, poderia justificar uma modificação do entendimento acerca do tema (overruling). 2. No regimental, não houve impugnação aos fundamentos da decisão agravada, incidindo, assim, a Súmula n. 182/STJ. 3. Agravo regimental não conhecido. Indeferido o pleito de sobrestamento do julgamento deste feito em razão da ausência de previsão legal para tanto. (STJ – AgRg no AREsp: 2243342 PA 2022/0343941–8, Relator: LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 02/05/2023, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 09/05/2023) AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. REDUÇÃO DA PENA AQUÉM DO MÍNIMO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. NÃO CABIMENTO. SÚMULA 231/STJ. AGRAVO IMPROVIDO. 1. É consolidado o entendimento nesta Corte de que circunstâncias atenuantes não podem ensejar a redução da pena aquém do mínimo legal, encontrando-se tal posição firmada no enunciado da Súmula 231/STJ. 2. "Não há falar em aplicação do instituto do overruling, porquanto inexistente argumentação capaz de demonstrar a necessidade de superação da jurisprudência consolidada desta Corte Superior". (AgRg no REsp 1882605/MS, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 25/08/2020, DJe 31/08/2020). 3. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no REsp: 1886476 MS 2020/0188637–7, Relator: Ministro NEFI CORDEIRO, Data de Julgamento: 02/02/2021, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 08/02/2021). Portanto, deve ser mantido o entendimento da referida Súmula no caso em análise. Na terceira fase da dosimetria, verifica-se que o Juiz sentenciante entendeu ser inaplicável a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, lei nº 11.343/2006 (tráfico privilegiado, conforme excerto abaixo transcrito: "(...) O réu não faz jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, eis que responde a outra ação criminal de mesma espécie (autos de nº 0703985–83.2021, perante a 1ª Vara de Tóxicos), indicativos de que se dedica à prática de atividades criminosas." Contudo, o artigo 33, § 4º da Lei nº 11.343/06 dispõe que: "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: § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Vide Resolução nº 5, de 2012)" Para o agente possuir o direito subjetivo à causa de diminuição de pena, é imperioso que todos os quatro requisitos elencados no § 4º, do artigo 33, da Lei de Drogas, estejam presentes cumulativamente, quais sejam: agente primário; bons antecedentes; não dedicação a atividades criminosas; e não integração de organização criminosa. Outrossim, o Superior Tribunal de Justiça recentemente alterou seu entendimento para não admitir que inquérito policial e ações penais em curso afastem a incidência da benesse legal, em consonância com o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, conforme aresto que segue: PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. VIOLAÇÃO AO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 – LEI DE DROGAS. ENVOLVIMENTO COM ATIVIDADES CRIMINOSAS. NÃO DEMONSTRAÇÃO. AÇÕES PENALIS EM ANDAMENTO. DIMINUTA QUANTIDADE DE ENTORPECENTES. AGRAVO DESPROVIDO. 1. "Consoantes precedentes, verifica-se nesta Corte a adesão ao posicionamento advindo do STF, ou seja, a

existência de ações penais em andamento não justifica a conclusão de que o sentenciado se dedica às atividades criminosas para fins de obstar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/06" (AgRg nos EAREsp 1852098/AM, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 27/10/2021, DJe 3/11/2021). 1.1. A diminuta quantidade de droga apreendida (24,4g de maconha e 4,1g de cocaína), isoladamente, sem outros elementos concretos que evidencie m dedicação à atividade criminosa, não justifica o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas. 2. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp: 1880046 SP 2021/0130893–5, Data de Julgamento: 07/06/2022, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 10/06/2022). Ademais, em consulta ao sistema PJE, verificou-se que, além desta ação penal em curso, o processo criminal de numeração 0703985–83.2021.8.05.0001, que tramitou na 1ª Vara de Tóxicos, teve como resultado a absolvição do recorrente, por ausência de provas para a condenação. Assim, conclui-se que o réu preenche todos os requisitos previstos para concessão do referido benefício, uma vez que é primário e não ostenta Maus antecedentes, bem como não há informações ou provas concretas de dedicação a atividades criminosas nem de integração a organização criminosa. Portanto, aplico na terceira fase da dosimetria a causa especial de diminuição da pena no patamar máximo de 2/3 (dois terços), totalizando a pena em 1 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias–multa, sendo, cada dia–multa, o equivalente a 1/30 (um trinta avos) do salário–mínimo vigente à época do fato. Quanto ao regime prisional, se tratando de pessoa primária e com uma nova pena privativa de liberdade de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, entendo ser mais adequado lhe conferir o regime aberto, por expressa previsão legal, nos termos do art. 33, § 2º, c, e § 3º, do Código Penal. DA SUBSTITUIÇÃO PELA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS. Pugna, o apelante, que a pena privativa de liberdade seja substituída pela restritiva de direitos. O artigo 44 do Código Penal dispõe que: “Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.” Da análise dos autos, verifica-se que a nova pena aplicada é inferior a quatro anos. Outrossim, em função da primariedade do apelante, uma vez que não possui condenações transitadas em julgado, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos (art. 44, incs. I a III e § 2º, do CP), cuja especificação e forma de execução deverão ser estabelecidas pelo Juízo da Execução de Penas e Medidas Alternativas. Diante do exposto, VOTO pelo PROVIMENTO PARCIAL do apelo interposto, no sentido de redimensionar a pena definitiva determinada na sentença condenatória, aplicando-se o tráfico privilegiado, e substituindo-a por duas penas restritivas de direitos. Salvador/BA, 17 de janeiro de 2024. Des. Aliomar Silva Britto – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator