

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0507404-83.2018.8.05.0039 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MATEUS DA COSTA SACRAMENTO Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO DIREITO PENAL. APELAÇÃO DEFENSIVA. ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06. RECORRENTE CONDENADO À PENA DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO E AO PAGAMENTO DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA, CADA UM NO VALOR DE 1/30 DO SALÁRIO-MÍNIMO VIGENTE À ÉPOCA DO FATO. 1- PRELIMINAR DE NULIDADE DA BUSCA E APREENSÃO REALIZADA POR POLICIAIS MILITARES QUE CULMINOU COM A PRISÃO EM FLAGRANTE DO RECORRENTE, PORQUANTO NÃO SE OBSERVOU O QUANTO DETERMINADO NO ART. 244, DO CPP – NÃO ACOLHIMENTO – O PROCEDIMENTO REALIZADO PELOS POLICIAIS SE MOSTROU VÁLIDO. APELANTE APRESENTOU ATITUDE SUSPEITA AO VER A GUARNIÇÃO POLICIAL, SITUAÇÃO QUE ENSEJOU A ABORDAGEM POLICIAL E BUSCA PESSOAL, SENDO ENCONTRADO 150 PINOS PLÁSTICOS CONTENDO SUBSTÂNCIA ILÍCITA ANÁLOGA À COCAÍNA. 2- PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO PELA FRAGILIDADE DAS PROVAS PRODUZIDAS AO LONGO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL- INCABÍVEL – MATERIALIDADE COMPROVADA POR LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO. AUTORIA CRIMINOSA DEDUZIDA DOS DEPOIMENTOS DE POLICIAIS MILITARES, UNÍSSONOS E HARMÔNICOS ENTRE SI. VALIDADE. CONFISSÃO DO RÉU NA FASE PRELIMINAR. 3- POSTULAÇÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA DO APEANTE PARA O ART. 28, DA LEI DE DROGAS – NÃO ACOLHIMENTO – NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. RÉU ENCONTRADO COM 150 PINOS PLÁSTICO CONTENDO DROGA POPULARMENTE DENOMINADA COCAÍNA, QUANTIDADE ESTA QUE APESAR DE NÃO SER GRANDE, TAMBÉM NÃO PODE SER CONSIDERADA INEXPRESSIVA. 4- PEDIDO DE REFORMA DA PENA: 4.1- PLEITO DE RECONHECIMENTO DAS ATENUANTES DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE – INCABÍVEL – JUÍZO PRIMEVO RECONHECEU A INCIDÊNCIA DAS REFERIDAS ATENUANTES, TODAVIA DEIXOU DE APLICÁ- LAS EM OBSERVÂNCIA À SÚMULA 231 DO STJ. IMPOSSIBILIDADE DE FIXAÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. 4.2- PELITO DE RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, APLICANDO-SE A FRAÇÃO DE 2/3 E A CONSEQUENTE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS – ACOLHIMENTO – NA ESTEIRA DE JULGADOS DO STF E FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA PELA 3ª SEÇÃO DO STJ (Resp n. 1.977.027/PR), CONDENAÇÕES NÃO TRANSITADAS EM JULGADO NÃO POSSUEM O CONDÃO DE AFASTAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. REDUÇÃO DAS PENAS. ALTERAÇÃO DO REGIME PRISIONAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. APELAÇÃO CONHECIDA, AFASTADA A PRELIMINAR DE NULIDADE DA PROVA E PARCIALMENTE PROVIDA Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal, tombados sob nº. 0507404-83.2018.8.05.0039, oriundos da 1ª Vara Criminal da Comarca de Camaçari (BA), tendo como Apelante MATEUS DA COSTA SACRAMENTO e como Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Segunda Turma da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade, em CONHECER do recurso interposto, AFASTAR A PRELIMINAR de nulidade da busca e apreensão realizada por policiais militares e, no mérito, julgá-lo PARCIALMENTE PROVIDO, de acordo com o voto da Relatora, que foi vertido nos seguintes termos: Sala de Sessões, de de 2022. PRESIDENTE DESA. SORAYA MORADILLO PINTO RELATORA PROCURADOR (A) DE JUSTIÇA PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 2ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 4 de Outubro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0507404-83.2018.8.05.0039 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MATEUS DA COSTA SACRAMENTO Advogado (s): APELADO:

MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO Cuida-se de Apelação Criminal interposta por MATEUS DA COSTA SACRAMENTO, contra a sentença exarada nas fls. 107/116, proferida pelo Juízo da 1ª Vara Criminal da Comarca de Camaçari, cujo relatório adoto, que julgou procedente a pretensão formulada na denúncia, o condenando pela prática do crime previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/06, à pena de 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no valor de 1/30 do salário-mínimo vigente à época do fato. Narrou a denúncia que: "(...) no dia 29 de novembro de 2018, por volta das 21h, policiais militares faziam ronda de rotina em Vila de Abrantes quando, ao passarem próximo à passarela, avistaram um sujeito que aumentou a velocidade da bicicleta que conduzia ao notar a presença da viatura policial. Realizado o acompanhamento, os policiais perceberam quando o indivíduo dispensou um saco plástico que trazia consigo, que foi apreendido, sendo ele alcançado e abordado em seguida. Os policiais identificaram o sujeito como MATEUS DA COSTA SACRAMENTO e constataram que no saco plástico que trazia consigo e dispensou havia 150 pinos plásticos transparentes contendo cocaína. Questionado, MATEUS informou que havia recebido a droga de uma mulher numa casa em Buris de Abrantes, para entregar em um "brega" próximo à passarela de Abrantes. MATEUS indicou a localização exata da casa de Buris de Abrantes, que foi encontrada com as luzes acesas e com a porta e o portão abertos, evidenciando que o responsável havia acabado de se evadir. Realizada a busca no local, os policiais encontraram, próximo à porta de entrada, outro saco plástico contendo 280 pinos plásticos transparentes com cocaína, um saco contendo diversos pinos vazios e um pacote contendo maconha. O laudo pericial provisório anexado constatou que foram apreendidos 150,47g de cocaína, distribuídas em 430 pinos, e 42,02g de maconha. Em seu interrogatório na delegacia, MATEUS informou que não conhecia a casa onde foram encontradas drogas semelhantes às que portava e que havia pago mil reais pelos 150 pinos, cuja destinação era a venda. Admitiu ser usuário de maconha (...)". Deste modo, o Ministério Público denunciou o ora Apelante pela prática do crime inserto no art. 33, da Lei de Drogas. Percorrida a instrução criminal, sobreveio a sentença condenatória acima referida. Acrescente-se que o juízo primevo condenou o Apelante ao pagamento das custas. Réu intimado pessoalmente da sentença (fls. 154/155). Irresignada com a sentença, a defesa apresentou o presente recurso de apelação (fls. 122/132), postulando preliminarmente pela declaração de nulidade da busca pessoal realizada pelos policiais, porquanto não foi observado o quanto determinado no art. 244, do CPP, sob o argumento de que não haveriam fundadas razões para que se realizasse o referido ato no Recorrente que se encontrava a bordo de uma bicicleta, não sendo encontrado nada ilícito. Acrescenta que as substâncias ilícitas teriam sido encontrada no mato, sendo o réu coagido "a assumir a autoria do crime, além de sofrer violência física para tanto", de modo que as provas foram obtidas por meio ilícito, sendo imperiosa a absolvição do Suplicante. No mérito, pleiteia a defesa pela reforma da sentença para absolver o Recorrente do crime a ele imputado, diante da fragilidade das provas produzidas ao longo da persecução criminal, devendo incidir o princípio do in dubio pro reo, porquanto "não há nos autos prova alguma capaz de comprovar que os entorpecentes, supostamente encontrados em poder do acusado, se destinavam à mercância". Ademais aponta que apenas foram ouvidos na instrução criminal os policiais militares que efetuaram a prisão do Recorrente, "que não possuem a imparcialidade necessária, tampouco presenciaram os fatos", tendo o Apelante, em juízo, negado ser

traficante, mas usuário de drogas. Subsidiariamente requereu a desclassificação para o crime inserto no art. 28, da Lei de Drogas, por entender que “não há nenhuma prova segura de que o acusado portava substância entorpecente para fins de mercância”, ou a reforma da pena imposta, reconhecendo a atenuantes da confissão e menoridade, bem como o reconhecimento da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, na fração máxima de 2/3 na última fase do processo dosimétrico, sob o argumento de que preenche os requisitos legais, e a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Por fim, em eventual necessidade de interpôr recurso nas instâncias superiores, prequestionou o art. 386, incisos V e VII do Código de Processo Penal; art. 33, caput, e seu parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006, e a afronta aos princípios constitucionais da não-culpabilidade, legalidade, proporcionalidade e/ou razoabilidade, individualização da pena e motivação das decisões judiciais, previstos na Constituição Federal. Réu intimado pessoalmente da sentença, consoante certidão de fl. 136. Recurso de apelação recebido em 14/12/2021 (fl. 138). Em sede de contrarrazões, o Ministério Público refutou as teses defensivas, pugnado pelo improvimento do apelo (fls. 143/145). Encaminhados os autos à Procuradoria de Justiça, o Digno Procurador de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do apelo defensivo (fls. 175/192). Vieram-me, na condição de Relatora, os presentes autos conclusos e, após análise processual, elaborei o presente relatório e o submeti à censura do Nobre Desembargador Revisor, que solicitou sua inclusão em pauta de julgamento. Salvador/BA, 14 de setembro de 2022. Desa. Soraya Moradillo Pinto Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 2ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0507404-83.2018.8.05.0039 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 2ª Turma APELANTE: MATEUS DA COSTA SACRAMENTO Advogado (s): APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO Presentes os requisitos de admissibilidade do recurso, conheço da Apelação, passando à análise do mérito. Percebe-se do quanto acima relatado que o Apelante se insurgiu contra a sentença condenatória, postulando, inicialmente pela nulidade da busca e apreensão realizada pelos policiais militares, e a consequente nulidade das provas e absolvição do Apelante. No mérito, pela absolvição da prática do crime de tráfico de droga a ele imputado, pela fragilidade da prova produzida; pela desclassificação para o crime inserto no art. 28, da Lei de Drogas; o redimensionamento da pena, com o reconhecimento das atenuantes da confissão e menoridade; o reconhecimento do denominado tráfico privilegiado e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito. Inicialmente, imperioso analisar se a busca e apreensão realizada por policiais militares violou o art. 244, do CPP, o que poderia ensejar a nulidade de toda a prova produzida. 1- DA NULIDADE DA BUSCA E APREENSÃO E DOS ELEMENTOS DE PROVA COLHIDOS NA FASE PRÉ-PROCESSUAL Segundo a defesa, as provas colhidas na fase preliminar são nulas, por decorrerem da ilegalidade da busca e apreensão realizada pelos policiais militares, que não observaram o requisito objetivo exigido no art. 244, do Código de Processo Penal. Razão não assiste á defesa. Estabelece o art. 244, do CPP, in verbis: Art. 244: A busca pessoal independerá de mandado, no caso de prisão ou quando houver fundada suspeita de que a pessoa esteja na posse de arma proibida ou de objetos ou papéis que constituam corpo de delito, ou quando a medida for determinada no curso de busca domiciliar. Os policiais responsáveis pela prisão do ora Apelante relataram em juízo que resolveram abordá-lo diante da atitude suspeita demonstrada por ele ao

avistar a viatura policial, tendo aumentado a velocidade que andava na sua bicicleta e olhando para trás, com vista a verificar onde se encontravam os policiais. Tal postura chamou a atenção dos policiais militares que viram quando o Recorrente dispensou um saco plástico, que posteriormente verificaram que continha 150 pinos plásticos contendo cocaína. Vejamos: TEN/PM CARLOS ALFREDO CARNEIRO PESSOA – testemunha em juízo (degravação): “que se recorda da diligência; que a diligência foi pela noite, que ele estava sozinho na bicicleta; que ele estava vindo na nossa direção e quando ele viu a viatura, ele se assustou e com movimentação de veículos, ele passou pro outro lado da pista abruptamente, coisa que não é muito comum, tendo em vista que é uma via muito perigosa e isso aí nos chamou a atenção; que observaram um certo volume e isso já nos chamou a atenção e quando demos a voz de abordagem ele ficou mais nervoso ainda e aí nós vimos na movimentação dele um pacote com algo branco, o que nos chamou a atenção quando bateu o farol da viatura; que quando deu voz de abordagem para ele, eu lembro que ele pegou o pacote e tentou largar o pacote, demorou ainda, mas eu não lembro se ele chegou a largar e na voz de abordagem ele ainda meio que se movimentou uns metros, mas conseguimos alcançá-lo; que acredita que eram pinos com a substância aparentando ser cocaína, muitos pinos; que ele contou que tinha pego esse material e ia fazer uma entrega desse material entorpecente; que ele indicou o local onde teria adquirido o material e fomos até lá fazer a averiguação de posse das informações; que não se recorda do local especificamente, o nome, mas eu sei que foi em Abrantes mesmo; que era um imóvel, uma casa residencial, que quando a viatura chegou houve uma correria de pessoas e não conseguiu identificar as pessoas; que não se lembra se na casa pegou mais material; que não se lembra se chegaram a abordar mais alguém; que Mateus foi o único responsável pelo material apreendido e foi o único conduzido; que não conhecia Mateus antes da prisão, nem ouviu falar sobre o envolvimento dele com essa prática ilícita” – Destaquei. CB/PM UANDERSON FERREIRA ALMEIDA – testemunha em juízo (degravação): “que se lembra da diligência; que ele estava sozinho na bicicleta, que foi pela noite; que foi nas proximidades da passarela de Vila de Abrantes, eu me recordo também que foi próximo a entrada do Alphaville, naquela região; que a gente estava em velocidade de ronda, fazendo o nosso patrulhamento rotineiro e quando o avistamos de bicicleta a nossa frente, percebemos que ele observou algumas vezes pra trás, como se estivesse incomodado com a nossa presença, foi então que a gente passou a observá-lo e nesse momento ele empreendeu uma certa velocidade na bicicleta, acredito eu com a intenção de fugir das nossas vistas, de tentar sair do nosso alcance, foi quando nós o acompanhamos e nesse momento ele dispensou um saco; que logo em seguida, nós empreendemos uma velocidade, o alcançamos, logicamente, ele estava de bicicleta e nós de viatura e aí quando retornamos e pegamos esse saco, esse pacote que estava na via, detectamos a presença de substâncias ilícitas; que não se recorda quais foram, se foi cocaína, maconha, mas foram substâncias entorpecentes; que a gente o indagou sobre aquelas substâncias e ele nos informou que tinha pego com uma mulher na região de Abrantes, mas não se recorda qual foi a rua; que foram até o local, que ele nos orientou, disse onde ficava essa região, nós fomos para averiguar essa situação e me recordo bem que chegando lá encontramos uma casa abandonada, podemos dizer assim, a casa estava aberta, toda aberta, como se fosse, acredito eu, um ponto de encontro, de comercialização de algo que a casa estava totalmente abandonada; que foi essa casa da mulher que teria passado a droga para ele; que chegando lá, não encontrou

ninguém; que a mulher não foi encontrada; que na casa foi encontrada mais substâncias; que não se recorda se foi ele que indicou o local; que não conhecia Mateus antes dessa prisão; que nunca tinha ouvido falar sobre ele ou sobre o envolvimento dele com essas práticas; que foi uma diligência bem simples, muito tranquila, que não ocorreu nada que saísse desse contexto que a gente acabou de conversar; que não se recorda se o réu disse que para que adquiriu o material”. Das perguntas formuladas pela Defensoria Pública: “que não se recorda se a maior quantidade de material ilícito apreendido tava na casa ou em mãos dele” – Destaquei. Como se pode verificar, os agentes estatais apresentaram elementos concretos a indicar fundadas suspeitas na atitude do Recorrente, que os fizeram passar a acompanhá-lo, tudo como permite o artigo de lei acima transcrito. Desta forma, não procede a alegação de ilegalidade da diligência policial que culminou com a prisão do Suplicante, tampouco a nulidade dos elementos de prova colhidos na fase investigativa, de modo que não acolho a preliminar aventada pela defesa, passando à análise dos demais pontos recursais. 2- DA ABSOLVIÇÃO PELA FRAGILIDADE DO CONJUNTO PROBATÓRIO Sustenta a defesa que o réu negou em juízo a propriedade da droga, de modo que é patente a fragilidade do conjunto probatório, que se lastrou apenas no depoimento dos policiais militares responsáveis pela sua prisão, tratando-se, pois, de oitivas eivadas de parcialidade. Da análise acurada dos fólios, é possível perceber que a materialidade e autoria do crime imputado ao Recorrente (art. 33, da Lei 11.343/06) encontram-se sobejamente demonstrados, não sendo possível acolher a tese defensiva de absolvição ante a fragilidade das provas produzidas ao longo da instrução. A materialidade do crime imputado está demonstrada pelo Auto de Exibição e Apreensão (fl. 21), o Laudo de Constatação Preliminar (fl. 23); Laudo Pericial nº 2018 33 PC 002344-01 (fls. 33/34) e Laudo Pericial 2018 00 LC 057339-01 (fl. 47) que concluíram que as substâncias analisadas eram cocaína e maconha. Quanto à autoria do crime, conforme testemunhos firmes e harmônicos dos policiais militares acima transcritos, estavam eles em patrulha rotineira, quando avistaram o apelante a bordo de uma bicicleta, que ao ver a viatura, apresentou atitude suspeita, consistente em aumentar a velocidade, tentar se evadir, olhando a todo momento para trás, razão pela qual a guarnição passou a acompanhá-lo, ocasião em que o viram dispensar um pacote na via. Relataram que alcançaram o Suplicante, nada encontrando com ele, todavia o pacote foi encontrado e nele havia substâncias ilícitas. Na ocasião, o Recorrente disse que a droga lhe foi entregue por uma mulher em um local próximo e que iria entregar o material em um bordel, tendo ele levado os policiais até o imóvel da mulher, onde encontraram mais substâncias ilícitas. O Recorrente, por sua vez, confessou a prática do crime perante a autoridade, porém apresentou outra versão em juízo, senão vejamos: MATEUS DA COSTA SACRAMENTO – interrogatório na fase preliminar (fls. 14/15): “(...) que nunca foi preso e não responde processo; que é usuário de maconha há cerca de dois anos; que não tem filhos; que foi agredido pela guarnição da PM, mas não apresenta lesões, que aqui na delegacia não sofreu nenhum tipo de agressão; que de fato enquanto transitava pela Estrada do Coco em uma bicicleta foi abordado por uma guarnição da Polícia Militar que encontrou em seu poder 150 (cento e cinquenta) pinos contendo cocaína, depois eles o levaram até uma casa em Buris de Abrantes que até então não conhecia e lá encontraram mais drogas que eles alegaram pertencer ao interrogado (...) que essa droga foi comprada na noite de hoje em uma rua próxima da casa onde os policiais foram em Buris na mão de um indivíduo de alcunha “Queixo”, não sabendo dizer se este é o mesmo “Queixo” que traficava na localidade;

que pagou R\$ 1.000,00 (mil reais) pelas 150 pipetas e iria vendê-las de forma gradativa em festas e eventos por R\$ 10,00 (dez reais) cada uma (...) que o interrogado está envolvido com o tráfico de drogas há aproximadamente 02 meses; que costumava comprar na “baixinha” em Salvador, sendo esta a primeira vez que adquiriu aqui em Vila de Abrantes; que não está diretamente ligado a nenhuma facção, mas compra e vende droga em áreas dominadas pela facção BDM”. MATEUS DA COSTA SACRAMENTO – interrogatório em juízo (degravação): “Que não foi encontrado nada em posse de minha mão na hora que eles me enquadraram, me abordaram na entrada de Abrantes; que eles me abordaram, eles já vieram com um saco na minha mão me mandando assumir; que me levaram pra Jauá, pra uma desova, me bateram, me machucaram lá; que me trouxeram pra Vila de Abrantes de novo e já pararam na casa que foi encontrada; que a droga não era minha; que não estava transportando pra ninguém, que já vieram com o saco na mão; que não indicou a casa com as drogas; que eles me levaram pra Jauá, pra uma desova ali, de Jauá me levaram diretamente pra essa casa; que eu só fui dar entrada na delegacia só 11 horas da noite; que não conhecia os policiais; que os policiais o escolheram por causa do horário que tava passando, que estava indo pra casa de meu pai no condomínio, na hora que eles passaram 8 horas da noite, que é caminho pra casa de meu pai; que confessou na delegacia porque eles me forçaram a assumir, me levaram pra Jauá, me machucaram, usaram arma de choque, até hoje eu tenho a marca no meu braço, me bateram; que relatou isso na audiência de custódia; que me deram choque nas minhas partes íntimas também; que não estava levando droga para uma moça no brega que fica perto de Abrantes; que todo mundo sabe onde é o brega de Abrantes, que é na principal, eu passo em frente; que não é um local que costuma frequentar, nem foi nenhuma vez, que pelo que se recorda; que não tem o costume de andar pela rua de noite; que estava indo pra casa de meu pai; que é usuário de maconha; que parou de usar; que já foi preso outra vez agora em 2021, esse ano agora, em Abrantes; que não tinha provas; que foi acusado por tráfico de novo, que estava na rua de minha casa; que a casa não é perto do brega”. Ora, o Apelante alegou perante a autoridade policial que fora agredido pelos policiais, mas que o mesmo não aconteceu na delegacia, repetindo as agressões sofridas na audiência de custódia. Apesar de ter sido submetido a exame de corpo de delito, o laudo não fora juntado nos autos, de modo que não há nenhum elemento a demonstrar a alegação das agressões sofridas pelo Recorrente. Por outro lado, não há nenhum indicativo de parcialidade nos depoimentos dos agentes estatais, como sustentado pela defesa, porquanto apresentaram versões harmônicas e detalhadas da diligência que culminou com a prisão do ora Apelante, e de acordo com a confissão deste último em juízo. É claro que há pequenas diferenças, mas há que se levar em conta a distância entre a diligência policial (29/11/2018) e oitiva dos policiais em juízo (18/10/2021), mas nada que ponha em dúvida a autoria delitiva. Com efeito, não havendo nenhum indício de que teriam os policiais a intenção de prejudicar o réu, não há motivo para torná-los inválidos os seus testemunhos. Nesse sentido: PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A TODOS OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE. SÚMULA 182 DO STJ. AGRAVO REGIMENTAL NÃO CONHECIDO. PEDIDO DE ABSOLVIÇÃO DA PRÁTICA DO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. IMPOSSIBILIDADE. ELEMENTOS DE PROVA A SUSTENTAR O JUÍZO CONDENATÓRIO. MODIFICAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME DE PROVAS. CREDIBILIDADE DOS

DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. VALOR PROBANTE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO. I – Registre-se que a não impugnação específica e pormenorizada dos fundamentos da decisão agravada inviabiliza o conhecimento do agravo, por violação ao princípio da dialeticidade. Portanto, não é suficiente para a cognição do agravo regimental assertivas de que todos os requisitos foram preenchidos ou reiteração do mérito da controvérsia. II – In casu, o presente inconformismo limitou-se a declarar a inexistência de prova para a condenação do delito de associação para o tráfico e atacar a suficiência dos depoimentos policiais para a condenação do paciente. Não houve, portanto, argumentação dispensada nas razões do presente agravo regimental com o desiderato de desconstituir o entendimento posto na decisão agravada sobre a atenuante da confissão espontânea, o tráfico privilegiado e o regime inicial. III – Com efeito, caberia à parte insurgente contestar a conclusão contida na deliberação unipessoal, impugnando especificamente cada fundamento lançado no decismum agravado. Nessa senda, as razões expendidas no bojo do presente contrariam o comando do art. 1.021, § 1º, do Código de Processo Civil de 2015. IV – Pedido de absolvição do paciente da prática do delito de associação para o tráfico. A parte agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ensejar a alteração do entendimento firmado a respeito da condenação do paciente em relação ao delito de associação para o tráfico por ocasião da decisão monocrática. V – Com efeito, a Corte de origem atestou a prática da associação para o tráfico, destacando a confissão do corréu, os depoimentos dos policiais, a existência de denúncia anônima, interceptações telefônicas, registro de conversas extraídas dos aparelhos celulares dos acusados, a grande quantidade de drogas apreendidas, a semelhança do acondicionamento dos entorpecentes encontrados com acusados e a apreensão de petrechos usados para o tráfico de drogas. Desta feita, afastar a condenação do delito de associação para o tráfico, como pretende a defesa, demanda reexame de provas, medida interdita na via estreita do habeas corpus. A propósito: AgRg no REsp n. 1804625/R0, Sexta Turma, Relª. Minª. Laurita Vaz, DJe de 05/06/2019; e HC n. 502.868/MS, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 20/05/2019. VII – De mais a mais, registre-se que os depoimentos dos policiais têm valor probante, já que seus atos são revestidos de fé pública, sobretudo quando se mostram coerentes e compatíveis com as demais provas dos autos. A propósito: AgRg no AREsp n. 1.317.916/PR, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe de 05/08/2019; REsp n. 1.302.515/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe de 17/05/2016; e HC n. 262.582/RS, Sexta Turma, Rel. Min. Nefi Cordeiro, DJe 17/03/2016. Agravo regimental conhecido parcialmente e, nesta extensão, desprovido. (STJ – AgRg no HC 684.145/SP, Rel. Ministro JESUÍNO RISSATO (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJDF), QUINTA TURMA, julgado em 26/10/2021, DJe 03/11/2021) –Destaquei. Desta forma, resta suficientemente demonstrado a autoria e materialidade do crime de tráfico de drogas, de modo que não há como acolher o pleito defensivo de absolvição por fragilidade das provas e a consequente aplicação do princípio do in dubio pro reo. 3- DA DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME PREVISTO NO ART. 28, DA LEI DE DROGAS Subsidiariamente, postulou a defesa pela desclassificação do crime de tráfico de drogas para o delito inserto no art. 28, da Lei de Drogas, tratando-se o réu de mero usuário. Conforme se verifica do auto de exibição e apreensão e laudo pericial, foram atribuídos ao Recorrente a propriedade de 430 pinos plásticos transparentes contendo 150,47g de cocaína e 42,02g da droga popularmente

denominada maconha. Importante destacar, desde logo, que não é possível atribuir toda a substância ilícita apreendida ao Recorrente, mas apenas aquela encontrada pelos policiais militares no momento da sua abordagem, ou seja, os 150 pinos de cocaína. Do compulsar dos autos, razão assiste à defesa ao apontar que não há nenhum elemento que indique que o imóvel no qual foram encontradas as outras substâncias ilícitas (230 pinos contendo cocaína e 40,02 g de maconha). Ora, os agentes estatais foram firmes em dizer em juízo que se tratava de um imóvel abandonado e que estava aberto, não sabendo identificar a sua propriedade. Pois bem, sabe-se que a legislação pátria não fixa uma quantidade que possa ser considerada consumo ou não, mas apenas estabelece parâmetros que devem ser observados pelo julgador para classificar uma conduta como consumo de entorpecente. Observemos a literalidade do § 2º, do art. 28, da Lei Antidrogas, in verbis: "(...) § 2º Para determinar se a droga destinava-se a consumo pessoal, o juiz atenderá à natureza e à quantidade da substância apreendida, ao local e às condições em que se desenvolveu a ação, às circunstâncias sociais e pessoais, bem como à conduta e aos antecedentes do agente." (grifos nossos). Ora, pelas provas carreadas nos autos, foi encontrada com o Recorrente uma quantidade considerável de drogas, qual seja, 150 pinos contendo cocaína, tendo o próprio Recorrente confessado que a drogase destinava à venda. Sobre o tema, assim se manifestou o juízo primevo: "(...) A quantidade das substâncias encontradas em poder do acusado, nas circunstâncias relatadas, com natureza variada, mostra-se incompatível com a simples condição de usuário. As provas carreadas aos autos evidenciam a finalidade de difusão ilícita pelo réu em especial os depoimentos dos policiais, confissão detalhada do réu, ainda que prestada em sede de Delegacia (fls.10-11). A droga apreendida efetivamente era destinada ao comércio ilícito. Importante destacar, o réu responde a outro processo pelo crime de tráfico de drogas (autos 0700628-78.2021.8.05.0039). Ocorrendo a confissão espontânea com detalhes na fase de inquérito policial, quando corroborada pelas declarações das testemunhas em juízo e dos demais elementos que formam o suporte probatório dos autos, justificada está a imposição de um decreto condenatório, ainda que posteriormente ocorra a retratação sob o crivo do contraditório (...)" . Desse modo, entendo que não estão configurados os elementos delineados no § 2º, do art. 28, da Lei Antidrogas, de modo que não há que se falar em desclassificação da conduta para o citado artigo.

3- DA REFORMA DA PENA APLICADA, APLICANDO-SE AS ATENUANTES DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E MENORIDADE E DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA INSERTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/06 Pugnou a defesa do Suplicante pela reforma da pena, reconhecendo as atenuantes da confissão espontânea e menoridade, bem como a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, de modo a reduzir a pena provisória na fração máxima, qual seja, 2/3, além da substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos. Da leitura do capítulo sentença que realizou a dosimetria da pena ora impugnada, verifica-se que o juízo primevo fixou a pena basilar no mínimo legal, porquanto favoráveis todas as circunstâncias judiciais elencadas no art. 59, do CP. Na segunda fase, malgrado tenha reconhecido a presença das atenuantes da confissão espontânea e menoridade, não poderia aplicá-las, porquanto a pena provisória ficaria aquém do mínimo legal, em violação à Súmula nº 231, do Superior Tribunal de Justiça. Por fim, na terceira fase do processo dosimétrico, eixou de aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, sob o fundamento de que o réu "responde a mais um processo nesta



Comarca, também por tráfico de drogas (autos 0700628-78.2021.8.05.0039), fato que indica dedicação à atividade criminosa". É o que se depreende de trecho do decisum abaixo transcrito: "(...) Isto posto, condeno MATEUS DA COSTA SACRAMENTO nas penas do crime que lhe fora imputado insculpido no artigo 33 da Lei 11.343/2006, considerando a prova de materialidade e autoria delitiva. Passo a dosar a pena. 1ª Fase Analisadas as diretrizes do artigo 59 do Código Penal não há nada a valorar em prejuízo do réu. Analisadas as diretrizes DA LEI ESPECÍFICA, o art. 42, da Lei 11.343/2006, determina que a natureza e a quantidade da substância sejam considerados na primeira etapa da dosimetria da pena – verifico que não merece maior reprimenda posto que a quantidade não é tal que possa aumentar a pena. Assim, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, à base de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, com a devida correção monetária, diante da presumida situação financeira do denunciado. 2ª Fase Ausentes circunstâncias agravantes, reconheço a presença das circunstâncias atenuantes previstas no artigo 65, incisos I (menoridade relativa) e III, alínea d (confissão espontânea perante autoridade policial). Contudo deixo de atenuar as penas em virtude da Súmula 231-STJ (A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal), não alterando a pena até aqui fixada. 3ª Fase No que tange à possibilidade de aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do artigo 33, da Lei 11.343/06, verifico que, in casu, esta não é cabível, considerando que o réu responde a mais um processo nesta Comarca, também por tráfico de drogas (autos 0700628-78.2021.8.05.0039), fato que indica dedicação à atividade criminosa, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, vejamos: Esta Corte firmou o entendimento segundo o qual é possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica às atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/06 (EResp 1431091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, julgado em 14/12/2016, DJe 01/02/2017). Diante disto, inexistindo causas de aumento ou diminuição da pena, fixo a pena definitiva em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no valor equivalente a um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso. Tendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido, incidentalmente, no HC 11.840, a inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º, da Lei 8072/90, permitindo aos condenados por tráfico de drogas, se presentes os requisitos, regime prisional mais abrandado, e considerando a pena aplicada, fixo o regime inicial semi-aberto para cumprimento da pena imposta neste decisum. Destarte, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal deduzida na denúncia de folhas 01-03, para CONDENAR MATEUS DA COSTA SACRAMENTO, qualificado nos autos, 05 (cinco) ano de reclusão, no regime inicialmente semiaberto, e ao PAGAMENTO de 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no valor equivalente a um trigésimo (1/30) do salário mínimo vigente à época dos fatos, tendo-o como incurso nas penas do artigo 33, caput, da Lei n. 11.343/2006. Deixo de promover a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, face a quantidade de pena aplicada. Atentando para as particularidades do caso concreto, assim como ao prescrito nos artigos 33, parágrafo 3º; e 59, III, do CP, estabeleço como ideal o regime SEMIABERTO para o início do cumprimento da pena (...)" Quanto ao reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e menoridade, foram elas reconhecidas pelo juízo a quo, que corretamente deixou de reduzir a pena, porquanto a pena basilar

fora fixada no mínimo legal, o que poderia ensejar a fixação da pena provisória abaixo do mínimo legal, o que é vedado pela Súmula 231, do Tribunal da Cidadania, enunciado vigente até os dias atuais. Nesse sentido: AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. CONCURSO DE PESSOAS. RECONHECIMENTO DE PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. EXISTÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. ÓBICE DA SÚMULA 231/STJ. REGIME SEMIABERTO. ART. 33, § 2º, DO CP. EXECUÇÃO PROVISÓRIA DA PENA. POSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. O reconhecimento da participação de menor importância, no presente caso, implicaria o reexame do contexto fático-probatório, procedimento incompatível com o recurso especial, haja vista o óbice da Súmula nº 7/STJ. 2. A Súmula 231/STJ impede que circunstância atenuante reduza a pena abaixo do mínimo legal, por isso, a Corte de origem, corretamente, afastou a aplicação das circunstâncias atenuantes da confissão espontânea e da menoridade. 3. O regime semiaberto é o adequado para o início do cumprimento da pena de 5 anos e 4 meses de reclusão, nos termos do art. 33, § 2º, b, do Código Penal, considerada a primariedade da agente e a valoração favorável das circunstâncias judiciais. 4. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Repercussão Geral no ARE n. 964246, Tema 925, em 11/11/2016, reafirmou o entendimento anterior (HC n. 126.292/SP) de que é cabível a execução provisória da pena, sem ofensa ao princípio da presunção de inocência, após o julgamento de mérito na segunda instância. Assim, tendo sido mantida pela Corte de origem a condenação da agravante em 5 anos e 4 meses de reclusão em regime semiaberto, pela prática do crime previsto no art. 157, § 2º, incisos I e II, do CP, decisão esta não reformada por esta Corte Superior, justificada está a execução provisória da pena. 5. Agravo regimental não provido. (STJ – AgRg no AREsp n. 1.196.308/DF, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 6/2/2018, DJe de 19/2/2018.) – Destaquei. No que se refere ao reconhecimento do tráfico privilegiado, razão assiste à defesa. Sobre o denominado tráfico privilegiado, causa de diminuição de pena inserta no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, estabelece que: § 4º – Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. Ora, pretendeu o legislador, por uma questão de política criminal, beneficiar o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que ainda não está inserido no mundo do crime, exigindo-se, para tanto, que preencha ele, de forma cumulativa, os 04 requisitos estipulados pela norma. Como dito alhures, o magistrado afastou a sua aplicação sob o argumento de que o Recorrente responde a outra ação penal, por crime da mesma natureza, situação a indicar que se dedica à atividade criminosa. Pois bem, sobre a dedicação à atividade criminosa exige, o seu exame deve ocorrer a partir de uma análise constitucional do princípio da não culpabilidade através de robustez probatória produzido pela acusação. A aplicação de jurisprudência para corroborar entendimentos jurídicos adotados nas decisões deve ser feita com prudência pelo julgador, principalmente quando utilizadas para afastar benefícios penais, como é o caso em referência, uma vez que o mero “silogismo jurisprudencial” pode representar na vida do indivíduo consequências práticas irreversíveis quando não individualizadas as peculiaridades de cada caso concreto. Não se pode desconsiderar que, embora necessária a função retributiva da pena, suas consequências são indelévels ao indivíduo, indo desde a sua privação de liberdade até o

etiquetamento social pelo qual o acusado passará (labelling approach). A causa especial de diminuição de pena em análise tem por objetivo conceder ao pequeno traficante, tratamento penal proporcionalmente mais adequado a um menor juízo de reprovação da conduta praticada pelo agente que se envolve em atuação delitativa de modo episódico e eventual. No caso dos autos, esta Relatora entende, na esteira do que foi decidido na Corte Suprema, e ora registra que condenações não transitadas em julgado não possuem o condão de afastar a aplicação da minorante em testilha. Nessa linha de inteligência, colaciono julgado da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006 AFASTADA COM FUNDAMENTO EM PROCESSOS EM CURSO. INVIABILIDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (Julgado em 06/12/2019, SEGUNDA TURMA AG.REG. NO HABEAS CORPUS 175.466 SÃO PAULO RELATORA : MIN. CÁRMEN LÚCIA) A Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça (STJ), sob o rito dos recursos especiais repetitivos (Tema 1.139), estabeleceu a tese de que é vedada a utilização de inquéritos ou ações penais em curso para impedir a aplicação da redução de pena pela configuração do chamado tráfico privilegiado (artigo 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006): RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO, COM FIXAÇÃO DE TESE REPETITIVA. 1. A aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 constitui direito subjetivo do Acusado, caso presentes os requisitos legais, não sendo possível obstar sua aplicação com base em considerações subjetivas do juiz. É vedado ao magistrado instituir outros requisitos além daqueles expressamente previstos em lei para a sua incidência, bem como deixar de aplicá-la se presentes os requisitos legais. 2. A tarefa do juiz, ao analisar a aplicação da referida redução da pena, consiste em verificar a presença dos requisitos legais, quais sejam: primariedade, bons antecedentes, ausência de dedicação a atividades criminosas e de integração a organização criminosa. A presente discussão consiste em examinar se, na análise destes requisitos, podem ser considerados inquéritos e ações penais ainda em curso. 3. Diversamente das decisões cautelares, que se satisfazem com a afirmação de simples indícios, os comandos legais referentes à aplicação da pena exigem a afirmação peremptória de fatos, e não a mera expectativa ou suspeita de sua existência. Por isso, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem rechaçado o emprego de inquéritos e ações penais em curso na formulação da dosimetria da pena, tendo em vista a indefinição que os caracteriza. 4. Por expressa previsão inserta no art. 5.º, inciso LVII, da Constituição Federal, a afirmação peremptória de que um fato criminoso ocorreu e é imputável a determinado autor, para fins técnico-penais, somente é possível quando houver o trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Até que se alcance este marco processual, escolhido de maneira soberana e inequívoca pelo Constituinte originário, a culpa penal, ou seja, a responsabilidade penal do indivíduo, permanece em estado de litígio, não oferecendo a segurança necessária para ser empregada como elemento na dosimetria da pena. 5. Todos os requisitos da minorante do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 demandam uma afirmação peremptória acerca de fatos, não se prestando a existência de inquéritos e ações penais em curso a subsidiar validamente a análise de nenhum deles. 6. Para análise do requisito da primariedade, é necessário examinar a existência

de prévia condenação penal com trânsito em julgado anterior ao fato, conforme a dicção do art. 63 do Código Penal. Já a análise do requisito dos bons antecedentes, embora também exija condenação penal com trânsito em julgado, abrange a situação dos indivíduos tecnicamente primários. Quanto à dedicação a atividades criminosas ou o pertencimento a organização criminosa, a existência de inquéritos e ações penais em curso indica apenas que há investigação ou acusação pendente de análise definitiva e cujo resultado é incerto, não sendo possível presumir que essa suspeita ou acusação ainda em discussão irá se confirmar, motivo pelo qual não pode obstar a aplicação da minorante. 7. Não se pode ignorar que a utilização ilegítima de inquéritos e processos sem resultado definitivo resulta em provimento de difícil reversão. No caso de posterior arquivamento, absolvição, deferimento de institutos despenalizadores, anulação, no âmbito dos referidos feitos, a Defesa teria que percorrer as instâncias do Judiciário ajuizando meios de impugnação autônomos para buscar a incidência do redutor, uma correção com sensível impacto na pena final e cujo tempo necessário à sua efetivação causaria prejuízos sobretudo àqueles mais vulneráveis. 8. A interpretação ora conferida ao art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 não confunde os conceitos de antecedentes, reincidência e dedicação a atividades criminosas. Ao contrário das duas primeiras, que exigem a existência de condenação penal definitiva, a última pode ser comprovada pelo Estado-acusador por qualquer elemento de prova idôneo, tais como escutas telefônicas, relatórios de monitoramento de atividades criminosas, documentos que comprovem contatos delitivos duradouros ou qualquer outra prova demonstrativa da dedicação habitual ao crime. O que não se pode é inferir a dedicação ao crime a partir de simples registros de inquéritos e ações penais cujo deslinde é incerto. 9. Não há falar em ofensa aos princípios da individualização da pena ou da igualdade material, pois o texto constitucional, ao ordenar que ninguém pode ser considerado culpado antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, vedou que a existência de acusação pendente de análise definitiva fosse utilizada como critério de diferenciação para fins penológicos. 10. Não se deve confundir a vedação à proteção insuficiente com uma complacência diante da atuação insuficiente dos órgãos de persecução penal. É certo que não podem ser criados obstáculos injustificáveis à atuação do Estado na defesa dos bens jurídicos cuja proteção lhe é confiada, todavia isso não legitima a dispensa do cumprimento dos ônus processuais pelos órgãos de persecução penal, não autoriza a atuação fora da legalidade e não ampara a vulneração de garantias fundamentais. Se o Estado-acusador não foi capaz de produzir provas concretas contra o Réu acerca de sua dedicação a atividades criminosas, não pode ele pretender que, ao final, esta gravosa circunstância seja presumida a partir de registros de acusações sub judice. 11. É igualmente equivocada a tentativa de se invocar uma "análise de contexto" para afastar o vício epistemológico existente na adoção de conclusões definitivas sobre fatos a partir da existência de processos sem resultado definitivo. Se outros elementos dos autos são capazes de demonstrar a dedicação a atividades criminosas, não há que se recorrer a inquéritos e ações penais em curso, portanto este argumento seria inadequado. Porém, se surge a necessidade de se invocar inquéritos e ações penais em curso na tentativa de demonstrar a dedicação criminosa, é porque os demais elementos de prova são insuficientes, sendo necessário formular a ilação de que o Acusado "não é tão inocente assim", o que não se admite em nosso ordenamento jurídico. Em síntese, a ilicitude do fundamento, que

decorre do raciocínio presuntivo contra o Réu que ele encerra, não se altera em face de outros elementos dos autos. 12. Para os fins do art. 927, inciso III, c.c. o art. 1.039 e seguintes, do Código de Processo Civil, resolve-se a controvérsia repetitiva com a afirmação da tese: "É vedada a utilização de inquéritos e/ou ações penais em curso para impedir a aplicação do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06". A fim de manter íntegra e coerente a jurisprudência desta Corte, nos termos do art. 926, c.c. o art. 927, § 4.º, do Código de Processo Civil/2015, fica expressamente superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção deste Tribunal que havia sido consolidada no ERESP n. 1.431.091/SP (DJe 01/02/2017). 13. Recurso especial provido. (STJ – REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022.) – grifamos Destarte, sendo direito subjetivo do acusado, aplico a causa de diminuição de pena em questão, no patamar de 2/3 (dois terços), reduzindo a pena para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, sob regime aberto, além de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. O regime prisional deve ser alterado para o aberto, em face da admissão do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/2006, com fundamento no art. 33, § 2º, alínea c do Código Penal. Nesse diapasão, faz jus, o Recorrente, à substituição da pena corporal por duas restritivas de direitos, havendo o preenchimento dos requisitos estabelecidos no art. 44, do Código Penal, e mormente ao se verificar que não foram valoradas circunstâncias judiciais em desfavor do acusado. Assim, fixo as penas restritivas de direitos em limitação de fim de semana e prestação de serviços à comunidade, em instituições a serem estabelecidas pelo juízo da execução de penas e medidas alternativas desta Comarca. 4– DO PREQUESTIONAMENTO Por fim, no tocante ao prequestionamento suscitado pela Defesa (art. 386, incisos V e VII do Código de Processo Penal; art. 33, caput, e seu parágrafo 4º, da Lei 11.343/2006, e a afronta aos princípios constitucionais da não-culpabilidade, legalidade, proporcionalidade e/ou razoabilidade, individualização da pena e motivação das decisões judiciais, previstos na Constituição Federal), salienta-se que não ocorreu ofensa aos dispositivos de Lei discutidos neste voto, de forma que o posicionamento nele constante representa a interpretação quanto à matéria posta em discussão, tornando-se, portanto, desnecessária a abordagem pelo órgão julgador de todas as matérias debatidas ou dispositivos legais mencionados pelas partes, mesmo diante do prequestionamento. 5– CONCLUSÃO Por tudo quanto exposto, voto pelo conhecimento do apelo, afasto a preliminar de nulidade aventada pela defesa e, no mérito, pelo provimento parcial do recurso, redimensionando a pena definitiva, aplicando-se a causa de diminuição de pena prevista no § 4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, no patamar de 2/3 (dois terços), reduzindo as penas para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, sob regime aberto, substituída a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, além de 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. Salvador/BA, 14 de setembro de 2022. Desa. Soraya Moradillo Pinto Relatora