

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0519532-21.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Deivide dos Santos Costa Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros Advogado (s): H ACORDÃO EMENTA: APELAÇÃO-CRIME. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS: ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI N.º 11.343/2006. SENTENÇA CONDENATÓRIA. IMPOSIÇÃO DAS PENAS DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, E DE 500 (QUINHENTOS) DIAS-MULTA. PRELIMINAR DE NULIDADE DE AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO REALIZADA POR MEIO VIRTUAL. RESOLUÇÃO Nº 329 DO CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA (CNJ). AUSÊNCIA DE NULIDADE. REJEITADA PREFACIAL. A REALIZAÇÃO DA AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO POR VIDEOCONFERÊNCIA É MEDIDA QUE, EM ATENDIMENTO À RESOLUÇÃO 329 DO CNJ, VISA A PROTEÇÃO DA COLETIVIDADE EM MEIO À PANDEMIA DA COVID-19, SENDO MERA REGULAMENTAÇÃO, EXIGIDA PELO CONTEXTO DE CALAMIDADE PÚBLICA VIVENCIADA EM ÂMBITO GLOBAL. INEXISTÊNCIA DE QUALQUER COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO QUE POSSA TER SOFRIDO O RÉU, EIS QUE OUVIDO E ASSISTIDO POR SUA DEFESA, SENDO-LHE GARANTIDA A AMPLA DEFESA E O CONTRADITÓRIO, NÃO HAVENDO NULIDADE A SER RECONHECIDA. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NEGATIVA DA PRÁTICA DA TRAFICÂNCIA. IMPROVIMENTO. POLICIAIS QUE, INQUIRIDOS SOB O CRIVO DO CONTRADITÓRIO, RELATARAM TODA A DINÂMICA DO FLAGRANTE E SUAS CIRCUNSTÂNCIAS DE MANEIRA SEGURA E HARMÔNICA, DESCREVENDO A EFETIVA APREENSÃO DE DROGAS EM PODER DO APELANTE. EFICÁCIA PROBATÓRIA DOS DEPOIMENTOS POLICIAIS, MÁXIME QUANDO FIRMES E CONVERGENTES, ALÉM DE NÃO EXISTIR INDICATIVO DE ABUSOS NA REALIZAÇÃO DA DILIGÊNCIA OU INTERESSE NA FALSA INCRIMINAÇÃO DO ACUSADO. NARRATIVA DO RÉU QUE SE MOSTRA ISOLADA NOS AUTOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA. PRETENDIDA REDUÇÃO DA PENA INTERMEDIÁRIA DO RÉU, ANTE A INCIDÊNCIA DA ATENUANTE DA MENORIDADE RELATIVA (ARTIGO 65, I, DO CPB). IMPOSSIBILIDADE. EXEGESE DA SÚMULA N.º 231 DO STJ. PENA-BASE DO APELANTE FIXADA NO MENOR QUANTUM PREVISTO NO PRECEITO PENAL SECUNDÁRIO. PRESENÇA DE CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE QUE NÃO POSSUI O CONDÃO DE REDUZIR A REPRIMENDA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL. PRECEDENTES. PEDIDO DE INCIDÊNCIA DA MINORANTE PREVISTA NO ARTIGO 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. CABIMENTO. INQUÉRITOS POLICIAIS E/OU AÇÕES PENALIS EM CURSO NÃO CONSTITUEM FUNDAMENTO IDÔNEO PARA PROVOCAR O AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, SOB PENA DE OFENSA AO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE QUE A AÇÃO PENAL TRANSITOU EM JULGADO, BEM COMO AUSENTE PROVA QUANTO À DEDICAÇÃO À ATIVIDADE DELITIVA OU PARTICIPAÇÃO EM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. RÉU PRIMÁRIO E COM BONS ANTECEDENTES. MINORANTE RECONHECIDA. ABRANDAMENTO DO REGIME E SUBSTITUIÇÃO DA PENA. POSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N.º 11.343/2006. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA A APLICAÇÃO DA REDUTORA, NA FRAÇÃO DE 2/3. PENA DEFINITIVA ALTERADA PARA 1 (UM) ANO E 8 (OITO) MESES DE RECLUSÃO E 166 (CENTO E SESSENTA E SEIS) DIAS-MULTA, COM A CONSEQUENTE MODIFICAÇÃO DO REGIME PARA O INICIAL ABERTO, COM SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR 2 (DUAS) PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, A SEREM DEFINIDAS PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES, NOS TERMOS DO ART. 33, §§ 2.º e 3.º, E DO ART. 44, AMBOS DO CÓDIGO PENAL. PRECEDENTES DO STJ. APELAÇÃO CONHECIDA E PROVIDA EM PARTE. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos do Recurso de Apelação n.º 0519532-21.2019.8.05.0001, provenientes da 2.ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, em que figura como Apelante o Acusado DEIVIDE DOS SANTOS COSTA, e como Apelado o MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA. ACORDAM os Desembargadores integrantes da 1.ª Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia em CONHECER e DAR

PROVIMENTO, em parte, à Apelação, tudo nos termos do voto da Relatora. IVONE BESSA RAMOS Desembargadora Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª 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 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0519532-21.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Deivide dos Santos Costa Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros Advogado (s): H RELATÓRIO Trata-se de Recurso de Apelação interposto pelo Réu DEIVIDE DOS SANTOS COSTA, por intermédio da Defensoria Pública Estadual, em irresignação aos termos da Sentença proferida pelo Juízo de Direito da 2.ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador/BA, que, julgando procedente a Denúncia contra ele oferecida, condenou-o pela prática do delito tipificado no art. 33, caput, da Lei n.º 11.343/2006, ao cumprimento da pena de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime inicial semiaberto, assim como ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, cada um no valor correspondente a um trinta avos do salário mínimo vigente à época dos fatos. Narrou a Peça Acusatória que no dia 25.02.2019, por volta das 15h30min, na região conhecida como Baixinha do Santo Antônio, nesta Capital, o ora Apelante e Lucas dos Santos Evangelista foi flagrado "com drogas, cujas quantidade, forma de apresentação, espécies, denotavam situação característica de tráfico". Assim, com o Apelante foram apreendidos 21 pinos de cocaína e R\$420,00; e com o corréu Lucas foram apreendidos 30 pinos de cocaína e R\$30,00. (ID. 177978487) A Denúncia foi recebida em 07.07.2020. (ID. 177978436) Finalizada a instrução criminal e apresentados os Memoriais pela Acusação e pela Defesa, foi proferido o Édito acima mencionado (ID. 177978499) Inconformado, o Acusado manejou Apelação, em cujas razões pleiteia, preliminarmente, o reconhecimento de nulidade processual, tendo em vista a realização de audiência de instrução por videoconferência, defendendo, assim, a inconstitucionalidade da Resolução n. 329, do Conselho Nacional de Justiça; no mérito, sua absolvição, com arrimo no art. 386, inciso VII, do CPP, salientando a fragilidade das provas e a parcialidade dos depoimentos de Policiais. Subsidiariamente, requer o reconhecimento da atenuante da menoridade, bem assim o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado (art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006). Devidamente intimado, o Ministério Público Estadual apresentou contrarrazões, pugnando o improvimento do Apelo defensivo e a consequente manutenção da Sentença guerreada em sua inteireza. (ID. 177978565) Instada a se manifestar, a Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo conhecimento e improvimento do Apelo (ID. 24590540). É o breve relatório, que ora submeto à apreciação da eminente Desembargadora Revisora, com as homenagens de estilo. IVONE BESSA RAMOS Desembargadora Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 0519532-21.2019.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: Deivide dos Santos Costa Advogado (s): APELADO: Ministério Público do Estado da Bahia e outros Advogado (s): H VOTO I. Do juízo de admissibilidade Inicialmente, verifica-se que o presente Recurso de Apelação é próprio e tempestivo, tendo sido manejado, ademais, por quem exhibe legítimo interesse na reforma do Édito Condenatório. Portanto, é medida de rigor o conhecimento deste inconformismo, passando-se, de logo, ao exame de suas questões de fundo. II. Do mérito recursal II.a. Da preliminar de Nulidade Processual. Em preliminar, argui a Defesa nulidade da audiência de instrução realizada

por meio de videoconferência, sustentando, para tanto, a inconstitucionalidade da Resolução nº 329/2020 do Conselho Nacional de Justiça. Tal pleito, contudo, carece de plausibilidade jurídica, o que, de logo, impõe a sua rejeição. Com efeito, a realização de audiência de instrução por videoconferência é medida que, em observância à Resolução 329 do Conselho Nacional de Justiça, objetiva a proteção da coletividade em meio à pandemia da Covid-19, sendo mera regulamentação, exigida pelo contexto de calamidade pública por todos vivenciado mundialmente. No âmbito deste Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, a realização da audiência de instrução e julgamento por meio de videoconferência atendeu ao comando do Decreto Judiciário nº 276/2020, elaborado por circunstância da dita pandemia global e cujo objetivo maior foi justamente a preservação da vida, sem prejuízo à continuidade da prestação jurisdicional, de modo que não há qualquer ilegalidade a ser reconhecida na hipótese. Como consignado pela Procuradoria de Justiça: “Nesse particular, ao longo do período pandêmico, diversas normativas e provimentos foram editados, visando à regulamentação dos serviços forenses, permitindo, assim, a continuidade da atividade jurisdicional, nos termos do artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal.” (ID. 24590540) O Tribunal da Cidadania, considerando a conjuntura de crise sanitária universal, reconhece ser momento excepcional da História da Humanidade e autoriza, no âmbito de processos penais e de execução penal, a realização de atos como sessões de julgamento, audiências e perícias pelo sistema virtual, sem que isso configure cerceamento de defesa ou qualquer outro prejuízo ao jurisdicionado. Confira-se verbo ad verbum: HABEAS CORPUS. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO E JULGAMENTO POR VIDEOCONFERÊNCIA. ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA. NÃO OCORRÊNCIA. EXCEPCIONALIDADE DA SITUAÇÃO. CALAMIDADE PÚBLICA. PANDEMIA DE COVID-19. RESOLUÇÃO MN. 329/2020 DO CNJ. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA. 1. A conjuntura atual de crise sanitária mundial é excepcionalíssima e autoriza, no âmbito de processos penais e de execução penal, a realização de atos (por exemplo, sessões de julgamento, audiências e perícias) por sistema áudio visual sem que isso configure cerceamento de defesa. 2. O Conselho Nacional de Justiça e os órgãos judiciais nas diversas unidades da Federação e comarcas do País colocaram em ação inúmeras boas práticas no segmento tecnológico, que têm assegurado a milhões de brasileiros o acesso aos serviços prestados pelo Judiciário, entre as quais, uma plataforma emergencial para realização de atos processuais por meio de videoconferência. 3. Para evitar que haja máculas aos princípios constitucionais relacionados à garantia de ampla defesa, Magistrados e Tribunais devem observar os parâmetros dados pelo Conselho Nacional de Justiça na Resolução n. 329, de 30/7/2020. 4. No caso, embora a regra geral – que deve sempre prevalecer – seja de que as audiências devem ser presenciais e o réu deve ser interrogado pessoalmente pelo Juiz, o contexto atual justifica a realização desses atos por videoconferência. A audiência de instrução e julgamento virtual deve ocorrer em tempo real, permitindo a interação entre o magistrado, as partes e os demais participantes, bem como devem ser adotadas todas as providências para buscar a máxima equivalência com o ato realizado presencialmente, respeitando a garantia da ampla defesa e o contraditório, a igualdade na relação processual, a efetiva participação do réu na integralidade da audiência e a segurança da informação e da conexão. 5. Ordem denegada. Liminar sem efeito. Recomendação ao Juízo expedida, em atenção ao parecer do Ministério Público Federal, para que, na impossibilidade de retomada das audiências presenciais pela situação

epidemiológica da comarca, redesigne audiência por videoconferência, com observância das medidas previstas na Resolução n. 329/2020, do CNJ (fl. 413) (HC 590.140/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 22/09/2020, DJe 25/09/2020, grifos aditados) Ademais, conforme consta dos autos, inexistente qualquer comprovação de prejuízo que possa ter sofrido o Apelante, pois ouvido e assistido pela sua defesa, sendo-lhe garantida a ampla defesa e contraditório, não havendo falar-se em nulidade a ser reconhecida, o que impõe, de logo, o afastamento da preliminar suscitada. II. b. Da materialidade e autoria do delito de tráfico de drogas Consoante relatado, o Réu, na sua peça recursal, pugna, no mérito, a absolvição do delito de tráfico de drogas (art. 33 da Lei n.º 11.343/2006), alegando fragilidade probatória. Tal alegação, porém, não merece guarida. De logo, observa-se que a comprovação da efetiva apreensão das drogas e de sua natureza proscriita repousam, em suma, no Auto de Exibição e nos laudos periciais, que apontaram referirem-se, os materiais, a 21 (vinte e uma) porções de cocaína, com a massa bruta total de 14,45g (catorze gramas e quarenta e cinco centigramas, de uso proscriito no Brasil. Em relação às circunstâncias do flagrante e à concreta vinculação das drogas ao Acusado, cuida-se de aspectos devidamente esclarecidos, de maneira segura, precisa e detalhada, pelos depoentes Reinan de Almeida Silva, Luiz Henrique Portela Falsirolí e Gilvan Silva de Jesus, Policiais Militares que participaram da diligência e bem relataram as condições da abordagem e a subsequente apreensão de 21 (vinte e um) pinos plásticos contendo cocaína, em poder do Réu, além da quantia de R\$ 20,00 (vinte reais). Os retrocitados Policiais também foram ouvidos sob o crivo do contraditório, informando, respectivamente, as circunstâncias do flagrante: [...] que se recorda dos fatos narrados na denúncia; que reconhece o acusado; que, no dia dos fatos, os policiais estavam realizando incursões na localidade citada, quando os policiais foram recebidos por disparos de arma de fogo; que os policiais continuaram a incursão, descendo em uma escadaria próxima ao local, quando se depararam com dois indivíduos; que ao realizar a abordagem foi identificado a posse dos entorpecentes; que o local da abordagem é muito conhecido como ponto de intenso tráfico de drogas; que foram encontrados alguns pinos de substância análoga à cocaína com o acusado Deivide; que não se recorda quem foi o policial responsável pela revista pessoal; que Deivide trazia consigo um saco na mão, o qual continha certa quantidade de drogas; que já tinha ouvido falar de Deivide anteriormente, através de outros colegas, sobre o seu envolvimento com tráfico de drogas; que não foi necessário o uso da força para conter Deivide; que deram voz de prisão, fizeram a abordagem onde foi encontrado o entorpecente e houve a condução para a Delegacia; que Deivide e Lucas estavam próximos no momento da abordagem; que um dos réus foi abordado primeiro, e em seguida o outro foi abordado; que foi encontrada certa quantia em dinheiro com Deivide, a quantia de R\$20,00 (vinte reais); que não se recorda de Deivide ter informado a finalidade da substância entorpecente apreendida; (...)” (SD PM Reinan de Almeida Silva, fl. 195, transcrição extraída da sentença) “[...] que reconhece o acusado na situação relatada; que se recorda sobre os fatos narrados na denúncia; que os policiais estavam em patrulhamento de rotina na região já conhecida pelo tráfico de drogas, quando se depararam com alguns indivíduos; que, em seguida, houve uma troca de tiros entre estes indivíduos, entre traficantes da região e a guarnição policial; que, com a intenção de deter os indivíduos, os agentes públicos realizaram uma incursão em uma escadaria, quando visualizaram dois indivíduos e dada a

voz de abordagem; que após realizada a abordagem policial, foi encontrado com os mesmos certa quantidade de drogas e um certo valor em dinheiro; que detiveram os acusados e os conduziram à Delegacia; que a droga encontrada com o acusado Deivide era, aparentemente, cocaína, que estava acondicionada em pinos (...); que Deivide também trazia consigo uma pequena quantidade de dinheiro consigo; que foram dois indivíduos; que havia pequena quantidade em valor com ambos bem como os dois estavam com pinos de cocaína; que se recorda que um dos acusados estava guardando as substâncias entorpecentes em uma pochete, e o outro acusado estava com um saco nas mãos; que os dois acusados estavam com drogas no corpo; que, não se recorda qual dos acusados trazia consigo a droga na pochete e qual dos acusados trazia consigo a droga dentro de um saco plástico; que já faz mais de um ano; mas recorda que os dois acusados estavam com drogas; que os próprios acusados confessaram a propriedade das substâncias entorpecentes; (...)" (SD PM Luiz Herrique Portela Falsiroli, fl. 196, transcrição extraída da sentença) [...] que reconhece o acusado, embora o mesmo esteja com a aparência diferente hoje, com o cabelo e barba maior; que se recorda dos fatos narrados na denúncia; que, no dia dos fatos, os policiais estavam realizando rondas de rotina no local, usando motocicletas, quando foram recebidos com disparos de arma de fogo; que os policiais realizaram o retorno; que os agentes públicos visualizaram dois indivíduos em atitude suspeita; que os policiais. realizaram a abordagem policial em ambos os indivíduos; que a abordagem foi realizada em outro local: que o local onde os acusados foram abordados é conhecido por ser um local de intenso tráfico de drogas; que os acusados estavam juntos no momento da abordagem policial; que Deivide foi flagrado trazendo consigo certa quantidade de drogas; que não sabe precisar o tipo e a quantidade de droga encontrada (...) que os acusados confessaram que estavam praticando o delito de tráfico de drogas (...)" (SD PM Gilvan Silva de Jesus, fl. 197, transcrição extraída da sentença). Assim, constata-se que as supramencionadas testemunhas não tiveram dificuldade em indicar a apreensão de drogas durante a diligência, bem como reconheceram o ora Apelante como o indivíduo à época capturado em efetivo poder das substâncias. Portanto, certo é que nada autoriza, como sugere a Defesa, a presunção da inverdade ou parcialidade de tais testemunhos, à míngua de qualquer indicativo concreto do suposto interesse dos Agentes Públicos em incriminar falsamente o Réu, além de não haver mostra alguma de eventual abuso ou irregularidade na concretização do flagrante, porventura apto a subsidiar, ainda que por hipótese, a percepção do seu caráter artificioso. Cabe assinalar, outrossim, que a condição funcional dos Policiais não os impede de depor acerca dos atos de ofício dos quais tenham participado, tampouco possuindo o condão de suprimir ou fragilizar a credibilidade de suas assertivas; pelo contrário, trata-se de testemunhas inquiridas sob o crivo do contraditório e mediante o devido compromisso, e que mantiveram contato direto com o delito e seu autor no exercício de atividade intrinsecamente estatal, estando aptas a contribuir de modo decisivo, portanto, para a elucidação do fato. Quanto à eficácia probatória dos depoimentos prestados por Policiais, vale conferir, a título ilustrativo, precedentes do Superior Tribunal de Justiça: PENAL. PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. FALTA DE PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME PROBATÓRIO. CONDENAÇÃO COM BASE NO DEPOIMENTO DE POLICIAIS MILITARES. MEIO DE PROVA IDÔNEO. PLEITO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA PORTE DE DROGAS. REEXAME PROBATÓRIO. REDUÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. PATAMAR

DIVERSO DE 2/3. AUSÊNCIA DE JUSTIFICATIVA IDÔNEA. ILEGALIDADE. CUMPRIMENTO DA PENA. REGIME INICIAL MAIS RIGOROSO. RÉU PRIMÁRIO. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. GRAVIDADE ABSTRATA. HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. REDIMENSIONAMENTO. 1. [...]. 2. O depoimento dos policiais prestado em juízo constitui meio de prova idôneo a resultar na condenação do paciente, notadamente quando ausente qualquer dúvida sobre a imparcialidade das testemunhas, cabendo à defesa o ônus de demonstrar a imprestabilidade da prova, fato que não ocorreu no presente caso. 3-5. [...]. 6. Habeas corpus não conhecido, mas concedida a ordem de ofício, para reduzir a pena do paciente para 3 anos e 4 meses de reclusão e 500 dias-multa, e para que o juízo das execuções proceda à nova fixação do regime inicial de cumprimento da pena, bem como examine a possibilidade da concessão da substituição da pena reclusiva por restritivas de direitos. (STJ, 6.ª Turma, HC 165.561/AM, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 02.02.2016, DJe 15.02.2016) (grifos acrescidos) HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. TESE DE FRAGILIDADE DA PROVA PARA SUSTENTAR A ACUSAÇÃO. VIA IMPRÓPRIA. NECESSIDADE DE EXAME APROFUNDADO DO CONJUNTO PROBATÓRIO. DEPOIMENTO DE POLICIAIS. VALIDADE PROBATÓRIA. 1. [...]. 2. Os policiais não se encontram legalmente impedidos de depor sobre atos de ofício nos processos de cuja fase investigatória tenham participado, no exercício de suas funções, revestindo-se tais depoimentos de inquestionável eficácia probatória, sobretudo quando prestados em juízo, sob a garantia do contraditório. Precedentes. 3. Ordem denegada. (STJ, 5.ª Turma, HC 115.516/SP, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 03.02.2009, DJe 09.03.2009) (grifos acrescidos) Noutro passo, observe-se que o Apelante confessou o fato na Delegacia, aduzindo que há um mês vendia drogas, afirmando que estava portando 21 (vinte e um) pinos, que foram apreendidos pelos policiais, bem como, que vende o pino por dez reais (fls. 21/22). Todavia, em juízo, retratou-se para negar a prática do crime imputado, negando que estivesse na posse de qualquer substância entorpecente. Afirmou que os policiais estavam com dois sacos de drogas e disseram que cada um iria assumir a propriedade de um, dizendo, por fim, que é usuário de maconha e cocaína; que é dependente químico e que foi agredido pelos policiais com tapas, negando as informações prestadas em seu interrogatório quando de sua prisão em flagrante. A versão exculpatória produzida sob o crivo do contraditório, contudo, é isolada nos autos, terminando por denotar somente a expressão ampla e irrestrita do legítimo direito constitucional de autodefesa do Réu, não sendo tal fato, por si só, capaz de ilidir as demais provas amealhadas nos autos. Nesse ponto, digno de registro que eventual condição de usuário de drogas não elidiria o reconhecimento do delito estampado no art. 33 da Lei n.º 11.343/2006. É que, como cediço, nada impede que as figuras do usuário e do traficante coexistam em uma mesma pessoa, porém, no concurso entre essas condutas, deverão ser aplicados os Princípios da consunção e da proporcionalidade, para fazer prevalecer a infração mais grave, ou seja, o fato mais abrangente que se sobrepõe em relação a outro fato menos relevante, in casu, a conduta subsumida a um dos verbos descritos no tipo penal capitulado no citado art. 33. Em resumo, malgrado tenha o Recorrente negado a acusação de traficância em juízo, certo é que a prova testemunhal e as circunstâncias da prisão demonstram, à exaustão, estar ele na posse de substâncias entorpecentes destinadas à mercancia, fato que conduz, de modo evidente, à procedência da pretensão acusatória, não havendo, pois, que se falar em absolvição. Destarte, queda irretocável a Sentença recorrida quanto ao reconhecimento da incursão do Réu nas previsões do art. 33 da Lei n.º 11.343/2006. II.c. Da dosimetria Lado

outro, a defesa sustenta que, na segunda fase da dosimetria, deveria ter sido efetivamente considerada a atenuante da menoridade relativa (art. 65, inciso I, do CPB). Assim, pede a reforma do Édito, no intuito de que a pena intermediária do Acusado seja fixada em quantum aquém do mínimo legalmente previsto. Observe-se, de início, que, ao fixar em abstrato o mínimo e máximo de pena prevista, o legislador impôs ao Estado-Juiz a movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassar esses limites, salvo quando estabelecido pela lei causas de aumento ou diminuição, sendo que estas fazem parte da estrutura do próprio tipo penal. Já as atenuantes, não compõem os tipos penais, de forma que não possuem o condão de promover a redução de pena abaixo do mínimo legal. In casu, embora o MM. Juízo primevo tenha reconhecido a incidência da atenuante da menoridade relativa, pontue-se que este, na Sentença objurgada, fixou a pena-base do Acusado no mínimo valor legal, fato que obstaría, pois, a redução da sanção em qualquer patamar na segunda fase da dosimetria, diante da inteligência firmada pela Súmula n.º 231 do STJ, da qual esta Turma Criminal se perfilha. Veja-se que a aplicação da atenuante não poderia, com efeito, ensejar a diminuição da pena do Réu para patamar abaixo do quantum mínimo previsto no preceito secundário do tipo, na segunda fase da dosimetria, como também a eventual presença de agravante não possibilitaria o agravamento da pena para além do máximo legal, tudo por inexistir expresso permissivo legal. Esse é o entendimento vastamente firmado pelos Tribunais e pela doutrina pátrios, e assim sumulado pelo Egrégio Superior Tribunal de Justiça, in verbis: STJ – Súmula n.º 231 – 22/09/1999 – DJ 15.10.1999 Circunstâncias Atenuantes – Redução da Pena – Mínimo Legal A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Outro não é o entendimento do Supremo Tribunal Federal: HABEAS CORPUS. PENAL. ROUBO. CONFISSÃO ESPONTÂNEA. PENA AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. Fixada a pena no mínimo legal, resta impossibilitada a redução abaixo desse patamar com fundamento na circunstância atenuante da confissão espontânea. Precedentes. Ordem denegada. (STF – HC 93493, Relator: Ministro EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 12/02/2008, DJe-070 DIVULG 17-04-2008 PUBLIC 18-04-2008 EMENT VOL-02315-04 PP-00991) Esta Corte de Justiça vem, inclusive, reiteradamente, julgando nessa mesma linha intelectual: APELAÇÃO CRIMINAL – ART. 14 DA LEI 10826/2003 – PRETENSÃO DE AFASTAMENTO DA SÚMULA 231 DO STJ – NÃO ACOLHIMENTO – IMPOSSIBILIDADE DE REDUÇÃO DA PENA A PATAMAR AQUÉM DO MÍNIMO LEGAL – RECURSO CONHECIDO E, NO MÉRITO, IMPROVIDO. 01 – O princípio constitucional da individualização da pena é, de fato, consectário lógico da dignidade da pessoa humana, porque cada indivíduo, tendo em vista a prática de conduta típica, deve ser punido não só de acordo com a gravidade e circunstâncias objetivas do fato delitivo, mas, também, com suas características pessoais. 02 – No entanto, referido princípio não pode ser invocado para justificar a redução da reprimenda penal a valores aquém do mínimo, sem que haja expressa disposição legal nesse sentido, sob pena de se banalizar as funções da pena, seja a de reparação pelo fato criminoso, seja a de prevenção geral, a teor do entendimento sumulado pelo STJ em enunciado de nº 231. 03 – Isso porque o Legislador, diferentemente do que ocorre com as causas especiais de aumento e diminuição da pena, não fixou parâmetros máximos ou mínimos para a aplicação das circunstâncias agravantes e atenuantes. Há de se entender, assim, que tais limites são os mesmos estabelecidos no próprio tipo penal, em abstrato, para a fixação da pena-base. As chamadas circunstâncias legais, assim, devem ser sempre aplicadas, consoante preceituam os arts.

61 e 65, ambos do CP, desde que sejam respeitados os limites máximo e mínimo abstratamente cominados no tipo. 04 – Impende considerar que uma das funções do STJ, consoante disposto no art. 105, inciso III, alínea 'c', da Carta Magna, é uniformizar a interpretação da Lei Federal, através do julgamento de recurso especial, inclusive com a edição, pela Corte Especial, de súmulas, consoante disposto nos arts. 122 e seguintes do RISTJ. 05 – Verifica-se, destarte, que a edição de uma súmula é resultado de intenso debate sobre questão recorrente e relevante, em sede de incidente de uniformização de jurisprudência, e vinculada à deliberação de maioria absoluta da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça. 06 – Parecer Ministerial pelo improvimento do apelo. RECURSO CONHECIDO E, NO MÉRITO, IMPROVIDO. (Apelação n.º 0119769–09.2008.8.05.0001. Órgão: Primeira Câmara Criminal – Segunda Turma. Relator: Desembargador Nilson Soares Castelo Branco. Julgado em: 04/02/2014) [...] IV – DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. Na sentença, o Juiz reconheceu a atenuante da confissão, deixando, contudo, de reduzir a pena. A atenuante da confissão foi conhecida pelo Magistrado sentenciante, porém não valorada, uma vez que a pena já estava em seu mínimo legal, respeitando a Súmula 231 do STJ (A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal), mesmo porque a diminuição da pena privativa de liberdade aquém do mínimo legal, por força da incidência de atenuantes, fere os institutos normativos vigentes. Preceitua a Lei os parâmetros mínimo e máximo à fixação da reprimenda penal, que devem ser estritamente observados pelo julgador, sob pena de violar frontalmente o princípio da reserva legal, insculpido no art. 5º, XXXIX da CF. Dessa forma, não pode ser valorada a confissão. [...] (Apelação n.º 0011964–45.2009.8.05.0103. Órgão: Segunda Turma da Segunda Câmara Criminal. Relatora: Desembargadora Nágila Maria Sales Brito. Julgado em: 20/02/2014) [...] PLEITO DE APLICAÇÃO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE RELATIVA À CONFISSÃO, INSERTA NO ARTIGO 65, INCISO II, ALÍNEA D, DO CÓDIGO PENAL. IMPOSSIBILIDADE. PENA FIXADA NO MÍNIMO LEGAL – 04 (QUATRO) ANOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 231 DO STJ (“A INCIDÊNCIA DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE NÃO PODE CONDUZIR À REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL”). [...] (Apelação n.º 0013051–37.2011.8.05.0080. Órgão: Primeira Câmara Criminal – Primeira Turma. Relator: Desembargador Aliomar Silva Britto. Julgado em: [...]) 7. A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo estabelecido em lei, conforme disposto na Súmula n.º 231 do Superior Tribunal de Justiça. [...] (Apelação n.º 0000044–20.2013.8.05.0011. Órgão: Segunda Câmara Criminal – Primeira Turma. Relator: Desembargador Carlos Roberto Santos Araújo. Julgado em: 13/02/2014) O pleito em testilha, em verdade, encontraria subsídio na técnica conhecida como over hulling tendo como parâmetro o entendimento fixado na Súmula n.º 231 do STJ, mercê o Apelante não tenha sequer indicado qualquer contexto normativo ou legislativo distinto daquele já apreciado pelo referido Tribunal de sobreposição para consolidar a sua hermenêutica sobre o alcance do caput do art. 65 do Código Penal. De mais a mais, o argumento interpretativo baseado no alcance da expressão "sempre atenuam a pena", constante no caput do art. 65 do Código Penal, já fora analisado pelo Superior Tribunal de Justiça quando da edição da Súmula colacionada alhures, cabendo ao referido Tribunal a função de orientar a interpretação da Lei Federal, consoante estabelece o art. 105, inciso III, alínea c, da Constituição da República, evitando-se a proliferação de decisões judiciais contraditórias pelos diversos Tribunais, sendo inoportuna a superação dos precedentes por esta Corte Estadual, mormente quando



assentados sobre os mesmos pressupostos normativos. Assim, nenhuma reforma na sanção intermediária do Réu deve ser feita. De outra vertente, postula a defesa pela aplicação do tráfico privilegiado (art. 33, § 4.º da Lei n.º 11.343/2006). Para que seja aplicada a referida causa de diminuição – permitindo um tratamento mais benéfico ao agente que vem a cometer o delito de forma isolada –, torna-se imprescindível que estejam presentes, conjuntamente, todos os requisitos elencados na norma, a saber: ser o agente primário e possuidor de bons antecedentes, além de não ser ele dedicado a atividades criminosas, nem integrar organização criminosa. Assim, o privilégio em tela deve ser reconhecido excepcionalmente, em casos cujas circunstâncias sejam de menor gravidade justamente por não ofender intensamente o bem jurídico tutelado. Na hipótese em liça, merece reparo a Sentença combatida ao não reconhecer a supracitada minorante, sob o argumento de que há elementos nos autos que delineiam a dedicação do Apelante a atividades ilícitas. Conforme noticia o Ministério Público de 1º grau (ID. 177978565), o Acusado responde a outra ação penal (Ação n.º 0509575-59.2020.8.05.0001), em trâmite na 1.ª Vara de Tóxicos da Capital: “Consigne-se, por oportuno, que, em observância aos antecedentes criminais (fl. 191/192), e em pesquisa ao Sistema e-SAJ, nota-se que, além da presente ação penal, que o Apelante esta sendo processado perante a 1ª Vara de Tóxicos (autos n. 0509575-59.2020.8.05.0001)”. A Procuradoria de Justiça também ressaltou, no mesmo sentido, que: “Apesar de tecnicamente primário, o Apelante responde a, pelo menos, duas ações penais, em trâmite na 1ª Vara de Tóxicos da Comarca de Salvador, o que afasta a possibilidade de incidência do privilégio invocado, por evidenciar-se sua dedicação à prática de atividades criminosas.” Com efeito, quanto à reprimenda imposta ao Apelante, a Defesa pleiteou a aplicação da causa especial de diminuição de pena relativa ao “tráfico privilegiado” (art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06), em seu patamar máximo de dois terços (2/3), com a subsequente mitigação do regime prisional e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, sob alegação de que não foi produzido durante a instrução elemento probatório idôneo (certidão de trânsito em julgado de sentença condenatória) a desconstituir a presunção de inocência. Pois bem. Na primeira fase, o MM. Juiz Singular, examinando as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, considerou todas elas como favoráveis ao acusado e, assim, fixou a pena-base no mínimo legal, isto é, em cinco (05) anos de reclusão e pagamento de quinhentos (500) dias-multa. Na segunda fase, ausentes circunstâncias agravantes e presente a atenuante da menoridade, esta não restou aplicada pelos fundamentos acima expostos, a pena permaneceu inalterada. Nesta oportunidade, acerca da aplicação da causa especial de diminuição de pena, constante do art. 33, § 4º da Lei nº 11. 343/2006, o MM. Juízo primevo consignou que: “O réu não faz jus à aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11. 343/06, posto que, conforme antes pontuado, o mesmo demonstrou possuir reiteração na prática de atividades criminosas tendo em vista possuir ação penal em andamento por crime de igual natureza.” (ID. 177978499) Por entender, não concorrerem causas de aumento de pena, o Juízo de piso tornou definitiva a pena para o crime de tráfico de drogas em 05 (cinco) anos de reclusão, a ser cumprida em regime semiaberto (art. 33, § 2º, b, do CP) e ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Na terceira fase, diversamente do que entendeu o Juízo Sentenciante, revela-se presente a causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Isso porque o Acusado é tecnicamente primário e possuidor de bons antecedentes,

não havendo, ainda, prova certa e conclusiva de que ele se dedica a atividades criminosas ou integra associação destinada a este fim. O Superior Tribunal de Justiça, em sua remansosa jurisprudência, firmou o entendimento no sentido de que 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. A Corte da Cidadania entendeu, diante disso, que “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”. Diante disso, definiu-se que 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. Confirma-se: RECURSO ESPECIAL REPETITIVO. PENAL E PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. INQUÉRITO E AÇÕES PENAIS 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 penalógicos. 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. Com efeito, à luz do entendimento firmado pelo STJ, a não aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Tóxicos, tal como procedido pela Magistrada de piso, mostra-se inadequada às particularidades do presente caso, de modo que a aplicação da minorante do "tráfico privilegiado", na fração redutora máxima de dois terços (2/3), tal como pretendido pela Defesa, revela-se viável. Decerto, a lei não trouxe critérios para a fixação da fração de redução, havendo um consenso na doutrina e na jurisprudência que a quantidade da droga, bem como as balizas do art. 59 do Código Penal, são parâmetros para se escolher a fração redutora pelo reconhecimento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06. Nesse sentido, leciona GUILHERME DE SOUZA NUCCI: Critérios para a diminuição da pena: o legislador não estipulou quais seriam apenas mencionando dever o magistrado reduzir a pena de um sexto a dois terços. cremos que, como sempre, deve o julgador pautar-se pelos elementos do art. 59 do Código Penal, com a especial atenção lançada pelo art. 42 desta Lei: 'o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente. É lógico que há de existir o cuidado de evitar o bis in idem, ou seja, levar em conta duas vezes a mesma circunstância. Como temos defendido em outros trabalhos, as causas de diminuição de pena são mais relevantes que as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, de caráter nitidamente residual. Portanto, se o juiz notar um fator de destaque no crime cometido pelo traficante primário, de bons antecedentes, sem ligações criminosas, como a pequena quantidade da droga, deve utilizar esse critério para operar maior diminuição da pena (ex.: dois terços), deixando de considerá-la para a fixação da pena-base (a primeira etapa da aplicação da pena, conforme art. 68 do Código Penal. (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 5. ed. São Paulo: Editora RT, 2010, p. 372/373). Diante do exposto, tendo em vista as particularidades fáticas acima expostas, e que restou superada a anterior orientação jurisprudencial da Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, a qual havia sido consolidada no julgamento do ERESP n.1.431.091/SP (DJe 01/02/2017), e a resolução atualmente firmada no âmbito da controvérsia repetitiva com a 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", entende-se, por bem, a reforma da decisão vergastada neste aspecto. Assim, considerando que a fundamentação da sentença objurgada é inidônea neste aspecto, pois restrita à indicação de ação penal em curso, entendo pela aplicação do redutor do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/06 na fração de 2/3 (dois terços), alcançando-se a pena final de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa. Tendo em vista o quantum da pena imposta, da primariedade e da inexistência de circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo o regime inicial aberto e substituo a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo das

Execuções, nos termos do art. 33, §§ 2.º e 3.º, e do art. 44, ambos do Código Penal. À vista do exposto, prove-se, pois, o Recurso de Apelação neste particular. III. Dispositivo Ante todo o exposto, CONHECE-SE do recurso e SE LHE DÁ PROVIMENTO, em parte, para aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), fixar o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por 2 (duas) penas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções, nos termos desta decisão, mantendo-se a Sentença vergastada em todos os seus demais termos. IVONE BESSA RAMOS Desembargadora Relatora