

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8099313-42.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: GABRIEL DE OLIVEIRA DOS SANTOS Advogado (s): MARCUS VINICIUS FERREIRA DIAS, LUCAS ANDRE GOES RIBEIRO CAVALCANTI APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): ACORDÃO APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 33, DA LEI 11.343/2006. PRETENSÃO DE ABSOLVIÇÃO SOB ALEGAÇÃO DE ILEGALIDADE DA BUSCA PESSOAL. NULIDADE AFASTADA. ACOLHIMENTO DO PLEITO DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO PARÁGRAFO 4º, DO ART. 33 DA LEI 11.343. TESE FIRMADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA VEDANDO A UTILIZAÇÃO DE INQUÉRITOS E/OU AÇÕES PENAIIS COMO IMPEDITIVOS DA APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/06. PLEITO DE CONCESSÃO DO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE PREJUDICADO. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I – Trata-se de Apelação Criminal interposta pelo réu contra condenação pela prática do delito previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, ao cumprimento da pena de 05 anos e 04 meses de reclusão, em regime semiaberto, além de 540 dias-multa. No recurso, alegou preliminar de nulidade da busca pessoal, no momento da prisão em flagrante. No mérito, pugnou pela desclassificação para o delito previsto no art. 28 da Lei de Droga, ou, a reforma da pena-base, o reconhecimento da minorante do tráfico privilegiado e o direito de recorrer em liberdade. II – Segundo a denúncia a “ronda de rotina nas imediações da Rua do Tubo, Saramandaia, Bairro Pernambués, Salvador-Ba, quando avistaram diversos indivíduos suspeitos, os quais ao notarem a presença da guarnição policial efetuaram disparos de arma de fogo e evadiram, contudo o ora denunciado foi alcançado.” De acordo com o art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal “proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.” Na hipótese em análise, não houve ilegalidade na abordagem realizada pelos Militares, considerando que faziam ronda e quando indivíduos reunidos avistaram a guarnição policial começaram a disparar arma de fogo e empreenderam fuga. Em decorrência de tal fato houve perseguição e o Apelante fora alcançado, de forma que as circunstâncias do Flagrante evidenciaram as fundadas suspeitas aptas a justificar a realização de busca pessoal, de forma que a abordagem policial ocorreu dentro dos limites legais. III – Ao contrário do que sustentou a defesa, a materialidade delitiva restou demonstrada pelas provas existentes nos autos, notadamente pelo auto de exibição e pelos laudos toxicológicos. A autoria também restou comprovada, conforme se extrai dos depoimentos das testemunhas, colhidos durante a instrução, sob o manto do contraditório e da ampla defesa. Apreendeu-se na posse do réu 17 (dezesete) porções de maconha e 10 (dez) pinos de cocaína e, segundo, os relatos dos policiais a prisão ocorreu quando estavam em ronda na localidade conhecida pela realização de tráfico de drogas, ao encontrarem com cinco indivíduos, que dispararam contra a guarnição e, após fugiram, tendo o acusado sido alcançado na posse das drogas. Sendo assim, não pode ser acolhido o pleito de desclassificação do delito de tráfico para o de uso de substância entorpecente. IV – Sobre a dosimetria da pena-base, de fato, não fora indicada motivação concreta para fixá-la acima do mínimo legal. Sendo assim, ausente fundamentação em dados concretos para considerar como desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve ser reduzida a pena-base ao mínimo legal. No que atine a causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343, verifica-se da sentença condenatória que o Juiz de Primeiro Grau afastou sua aplicação em razão de

o Apelante responder a duas ações penais. Contudo, no Recurso Especial Repetitivo nº 1.977.027 – PR, o Superior Tribunal de Justiça firmou tese no sentido de que "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". Diante desse entendimento jurisprudencial impositivo, acolho a pretensão defensiva para aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343, em seu patamar máximo de 2/3, uma vez que não constam dos autos elementos concretos aptos a justificar a redução em fração menor. Por fim, sobre o pleito de concessão do direito de apelar em liberdade resta prejudicado, em razão da ocorrência do presente julgamento e da redução da pena aplicada. APELAÇÃO CRIMINAL – PROVIMENTO PARCIAL. APELAÇÃO CRIME 8099313-42.2021.8.05.0001 – SALVADOR RELATOR: DESEMBARGADOR ESERVAL ROCHA. ACÓRDÃO Relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8099313-42.2021.8.05.0001 da Comarca de Salvador, sendo Apelante GABRIEL DE OLIVEIRA DOS SANTOS e Apelado MINISTÉRIO PÚBLICO. ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma Julgadora da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, à unanimidade de votos, em dar provimento parcial ao recurso, na forma do relatório e do voto constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Sala das Sessões, de de 2022. Presidente Desembargador Eserval Rocha Relator Salvador, . PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e provido em parte Por Unanimidade Salvador, 1 de Novembro de 2022. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8099313-42.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: GABRIEL DE OLIVEIRA DOS SANTOS Advogado (s): MARCUS VINICIUS FERREIRA DIAS, LUCAS ANDRE GOES RIBEIRO CAVALCANTI APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): RELATÓRIO I – O MINISTÉRIO PÚBLICO denunciou GABRIEL DE OLIVEIRA DOS SANTOS e BIANCA SANTOS DA SILVA, narrando os seguintes fatos (ID. 31649273): [...] Consta em anexo do IP de Nº 360/2021, que os Policiais Militares, lotados na 1ª CIPM, estavam no dia 23/08/2021, por volta das 13h00, realizando ronda de rotina nas imediações da Rua do Tubo, Saramandaia, Bairro Pernambués, Salvador-Ba, quando avistaram diversos indivíduos suspeitos, os quais ao notarem a presença da guarnição policial efetuaram disparos de arma de fogo e evadiram, contudo o ora denunciado foi alcançado. Em ato de abordagem, foi encontrado em poder de GABRIEL DE OLIVEIRA DOS SANTOS 17 (dezessete) porções de maconha e 10 (dez) pinos de cocaína, sendo indagado, este alegou haver mais drogas escondidas, fornecendo o endereço da Rua Sete de Julho, 66, Saramandaia, local que fora localizado, aonde morava a segunda denunciada, até a data da sua prisão. Dos autos inquisitoriais, no local acima citado, fora solicitado a entrada na residência, onde se encontrava a pessoa de BIANCA SANTOS DA SILVA, que permitira a entrada dos policiais, sendo encontrado no referido imóvel o seguinte material, 03 (três) balanças de precisão, um colete balístico de cor preta, uma balaclava, um celular marca LG, uma munição calibre 9MM, um carregador de espingarda calibre 12, uma faca do tipo peixeira, 3 tabletes de maconha, um triturador, um caderno de informações com registros e diversos pinos plásticos utilizados para acondicionar cocaína, conforme auto de exibição e apreensão em fl. 18. O Laudo Pericial em fl. 43 e com numeração 2021 00 LC 028656-01, atestou resultado POSITIVO para maconha e cocaína, ao analisar respectivamente 2.992,00 g (dois mil e novecentos e noventa e dois gramas.), correspondente à massa bruta de amostra de

vegetal seca, compactada, de coloração verde-amarronzada, constituída por fragmentos de talos e folhas, inflorescências e frutos oblongos de coloração verde-amarronzada, distribuídos em 06 (seis) porções, 41,75g (quarenta e um gramas e setenta e cinco centigramas), massa bruta de amostra de vegetal seca, fragmentada e compactada, de coloração verde-amarronzada, constituída por fragmentos de talos e folhas, inflorescências e frutos oblongos de coloração verde-amarronzada, distribuídas em 17 (dezesete) porções acondicionadas em sacos plásticos incolores e 18,67 g (dezoito gramas e sessenta e sete centigramas), massa bruta de substância sólida de cor branca sob a forma de pó, distribuídas em 10 (dez) porções acondicionadas em tubos de plástico de cor azul e incolor, sendo ambas classificadas como de uso proscriuto no Brasil e constante da Lista F-1, da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária/Ministério da Saúde, ora em vigor [...]. Encerrada a instrução criminal, GABRIEL DE OLIVEIRA DOS SANTOS sofreu condenação de 05 anos e 04 meses de reclusão, em regime semiaberto, além de 540 dias-multa, pelo delito de tráfico de drogas, enquanto BIANCA SANTOS DA SILVA fora absolvida, em razão do reconhecimento da ilegalidade da diligência realizada em seu domicílio. (ID. 31649382). O réu interpôs recurso, alegando falta de provas para condenação, com reconhecimento da ilegalidade da abordagem policial e consequente apreensão da droga, a desclassificação de tráfico de drogas para consumo pessoal, e, em caso de entendimento diverso, a aplicação da causa de diminuição do tráfico privilegiado e substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito com a soltura do Apelante para recorrer em liberdade. (ID. 33296647). Em contrarrazões, o MINISTÉRIO PÚBLICO manifestou-se pelo não provimento do recurso (ID. 34768930). Manifestou-se a Douta Procuradoria de Justiça, em parecer da lavra da Procuradora de Justiça LUIZA PAMPONET SAMPAIO RAMOS pelo não provimento do recurso (ID. 34899519). Examinados, lancei este relatório e o submeti à douta Revisão. É o relatório. Salvador/BA, 7 de outubro de 2022. Des. Eserval Rocha – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relator PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8099313-42.2021.8.05.0001 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: GABRIEL DE OLIVEIRA DOS SANTOS Advogado (s): MARCUS VINICIUS FERREIRA DIAS, LUCAS ANDRE GOES RIBEIRO CAVALCANTI APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA Advogado (s): VOTO PRELIMINAR II – Inicialmente, acerca da alegação de nulidade em razão da realização busca pessoal, porque teria ocorrido supostamente sem fundadas suspeitas, destaca-se que, segundo a denúncia a “ronda de rotina nas imediações da Rua do Tubo, Saramandaia, Bairro Pernambués, Salvador-Ba, quando avistaram diversos indivíduos suspeitos, os quais ao notarem a presença da guarnição policial efetuaram disparos de arma de fogo e evadiram, contudo o ora denunciado foi alcançado.” De acordo com o art. 240, § 2º, do Código de Processo Penal “proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras b a f e letra h do parágrafo anterior.” Na hipótese em análise, não houve ilegalidade na abordagem realizada pelos Militares, considerando que faziam ronda e quando indivíduos reunidos avistaram a guarnição policial começaram a disparar arma de fogo e empreenderam fuga. Em decorrência de tal fato houve perseguição e o Apelante fora alcançado, de forma que as circunstâncias do Flagrante evidenciaram as fundadas suspeitas aptas a justificar a realização de busca pessoal. Da jurisprudência: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. SUPOSTA NULIDADE DA PROVA OBTIDA EM BUSCA

PESSOAL (EM VIA PÚBLICA), VEICULAR E NO INGRESSO DOMICILIAR (SEM ORDEM JUDICIAL). IMPROCEDÊNCIA. CONTEXTO FÁTICO APTO A INDICAR FUNDADA SUSPEITA SUFICIENTE PARA JUSTIFICAR A BUSCA PESSOAL. APREENSÃO DE GRANDE QUANTIDADE DE DROGA, APTA A FUNDAR A CONVICÇÃO DOS POLICIAIS DE QUE O AGRAVANTE TRAFICAVA ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE MANIFESTA ILEGALIDADE. 1. A moldura fática delineada nas instâncias ordinária é de que a busca pessoal efetivada não decorreu exclusivamente de um mero nervosismo do corréu no momento da abordagem, como alegado na impetração, mas de todo um contexto que fundou a convicção dos policiais no sentido de fundada suspeita da prática de crime de tráfico de drogas, com especial destaque ao fato de que, com o corréu, ao ser interpelado ainda em via pública, foi apreendido com um tijolo de maconha supostamente adquirido do agravante. 2. A Sexta Turma deste Tribunal Superior, no julgamento do HC n. 598.081/SP, assentou que o ingresso regular em domicílio alheio é possível apenas quando o contexto fático anterior à invasão permitir a conclusão acerca da ocorrência de crime no interior da residência? cuja urgência em sua cessação demande ação imediata, definindo condições e procedimentos para o ingresso domiciliar sem autorização judicial, o que foi observado no caso em análise. 3. Agravo regimental improvido. (STJ – AgRg no HC: 688825 SP 2021/0269046-0, Data de Julgamento: 17/05/2022, T6 – SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 20/05/2022). Afasta-se, portanto, a nulidade arguida. VOTO II – Ao contrário do que sustenta a defesa, a materialidade, ou melhor, a existência do tráfico restou demonstrada pelas provas existentes nos autos, notadamente pelo auto de exibição (ID. 136229203) e pelos laudos toxicológicos (ID. 149255614). A autoria também restou comprovada, conforme elucidam os depoimentos das testemunhas, colhidos durante a instrução, sob o manto do contraditório e da ampla defesa. Apreendeu-se na posse do réu 17 (dezessete) porções de maconha e 10 (dez) pinos de cocaína e, segundo, os relatos dos policiais a prisão ocorreu quando estavam em ronda na localidade conhecida pela realização de tráfico de drogas, ao encontrarem com cinco indivíduos, que dispararam contra a guarnição e, após fugiram, tendo o acusado sido alcançado na posse das drogas (ID.165668747). A apreensão de maconha e cocaína, em porções demonstrando a destinação das drogas para comercialização e o local no aconteceram os fatos demonstram a prática de tráfico de substâncias entorpecentes. Sendo assim, não pode ser acolhido o pleito de desclassificação do delito de tráfico para o de uso de substância entorpecente. Como se sabe, o delito de tráfico de entorpecentes é de ação múltipla, bastando para a sua caracterização que a conduta do agente seja subsumida em um dos verbos descritos no art. 33 da Lei 11.343/2006. Não se exige, portanto, a venda de entorpecentes a terceiro para que ocorra a consumação do delito. Ainda que não flagrada a comercialização da droga, traduzida nas condutas de “vender” ou “expor à venda”, nenhuma dúvida resta de que o réu a trazia consigo, transportava, ações típicas igualmente descritas no art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Sobre a dosimetria da pena-base, de fato, não fora indicada motivação concreta para fixá-la acima do mínimo legal. Confira-se (ID. 31649387): [...] Para aplicação da pena em relação a GABRIEL DE OLIVEIRA DOS SANTOS, de acordo com as regras do art. 59 do Código Penal, c/c art. 42 da Lei 11.343/06, em cotejo com os subsídios existentes nos autos, percebe-se que a culpabilidade é normal à espécie delitiva. A vida pregressa do Acusado GABRIEL, não o recomenda, pois responde a outro processo, por tráfico de drogas, perante a 3ª Vara de Tóxicos, nesta Capital, com sentença condenatória e em grau de recurso, de modo que não fazendo jus à causa de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º, do

artigo 33, da Lei de Drogas.. Não há elementos, nos autos, para que se possa aferir a personalidade do réu. Pequena foi a quantidade de drogas apreendidas, em seu poder. As consequências do crime são danosas, mas comuns ao tipo penal imputado [...]. Sendo assim, ausente fundamentação em dados concretos para considerar como desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve ser reduzida a pena-base ao mínimo legal. Sobre a pretensão de aplicação da causa de diminuição prevista no parágrafo 4º do art. 33 da Lei 11.343, verifica-se da sentença condenatória que o Juiz de Primeiro Grau afastou sua aplicação em razão de o Apelante responder a outra ação penal que ainda está em tramitação. Sobre a questão, registre-se o entendimento deste Desembargador no sentido de que inquéritos policiais e ações penais em curso são fundamentos aptos e suficientes para a não aplicação da causa de diminuição delineada no art. 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas. Contudo, nos autos do Recurso Especial Repetitivo nº 1.977.027 – PR, o Superior Tribunal de Justiça firmou tese no sentido de que "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". 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, casos 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. (REsp n. 1.977.027/PR, relatora Ministra Laurita Vaz, Terceira Seção, julgado em 10/8/2022, DJe de 18/8/2022. Grifos acrescidos) Sendo assim, deve ser acolhida a pretensão defensiva para aplicar a causa de diminuição prevista no art. 33, parágrafo 4º, da Lei 11.343, nos termos do entendimento jurisprudencial impositivo, uma vez que a ação penal indicada na sentença para impedir o benefício ainda não transitou em julgado. Considerando a redução da pena-base para o mínimo legal (05 (cinco) anos, e 500 dias-multa), reduz o 2/3, com fundamento no art. 33, parágrafo 4º, da Lei de Drogas, a pena para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, e 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa. Com fundamento no art. 33, parágrafo 2º, c, do Código penal, estabeleço o regime aberto para cumprimento inicial da pena. Verificando que o Condenado satisfaz as exigências previstas no art. 44 do CP, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo das Execuções Penais. Por fim, sobre o pleito de concessão do direito de apelar em liberdade resta prejudicado, em razão da ocorrência do presente julgamento e da redução da pena aplicada. CONCLUSÃO III – Por todo o exposto, rejeitada a preliminar, dou provimento parcial ao recurso, nos termos acima expostos. Sala de sessões, de de 2022. Presidente Desembargador Eserval Rocha Relator Procurador (a) de Justiça