

PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8011010-34.2023.8.05.0146 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros (2) Advogado (s): APELADO: FABIANA DE MACEDO SANTOS e outros (2) Advogado (s): ALB/02 PENAL. PROCESSUAL PENAL E LEGISLAÇÃO ESPECIAL. APELAÇÕES CRIMINAIS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART. 33, DA LEI 11.343/2006). RECURSOS SIMULTÂNEOS. RÉUS CONDENADOS À PENA DE 01 (UM) ANO E 08 (OITO) MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA INICIALMENTE NO REGIME ABERTO, E AO PAGAMENTO DE 100 (CEM) DIAS-MULTA, NO VALOR UNITÁRIO MÍNIMO. A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE FOI SUBSTITUÍDA POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITO, CONSISTENTES NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE OU A ENTIDADES PÚBLICAS E LIMITAÇÃO DE FINAL DE SEMANA NA FORMA INDICADA PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO. 1. RECURSO DA DEFESA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO TIPIFICADO NO ART. 28, DA LEI DE DROGAS. INACOLHIMENTO. COMPROVAÇÃO DE QUE OS ENTORPECENTES SE DESTINAVAM AO COMÉRCIO ILÍCITO. 2. RECURSO MINISTERIAL. A) AFASTAMENTO DA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO § 4º DO ART. 33, DA LEI ANTIDROGAS, EM RELAÇÃO À ACUSADA FABIANA DE MACEDO SANTOS. NÃO FOI POSSÍVEL INFERIR A DEDICAÇÃO DA ACUSADA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS, OU SUA INTEGRAÇÃO COMO MEMBRO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. DECISÃO ATACADA EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, QUE FIXOU, EM SEDE DE RECURSO REPETITIVO (TEMA 1139), A TESE DE QUE “A EXISTÊNCIA DE AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO NÃO JUSTIFICA A CONCLUSÃO DE QUE O SENTENCIADO SE DEDICA ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS PARA FINS DE OBSTAR A APLICAÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06”. B) PLEITO DE APLICAÇÃO DA FRAÇÃO MÍNIMA DE 1/6 (UM SEXTO). INEXISTÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA QUE JUSTIFIQUE A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO EM PATAMAR INFERIOR À FRAÇÃO MÁXIMA. APELAÇÕES CONHECIDAS E DESPROVIDAS, NA ESTEIRA DO PARECER DA PROCURADORIA DE JUSTIÇA. ACÓRDÃO Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº 8011010-34.2023.8.05.0146, da Comarca de Juazeiro/BA, sendo Apelantes/Apelados FABIANA DE MACEDO SANTOS, NATANIEL VITOR SILVA DE JESUS, e o 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 CONHECER dos recursos e LHES NEGAR PROVIMENTO, na forma do voto da Relatora. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA PRIMEIRA CÂMARA CRIMINAL 1ª TURMA DECISÃO PROCLAMADA Conhecido e não provido Por Unanimidade Salvador, 10 de Junho de 2024. PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8011010-34.2023.8.05.0146 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros (2) Advogado (s): APELADO: FABIANA DE MACEDO SANTOS e outros (2) Advogado (s): ALB/02 RELATÓRIO Tratam-se de Recursos de Apelação interpostos pela Defesa de FABIANA DE MACEDO SANTOS e NATANIEL VITOR SILVA DE JESUS, e também pelo MINISTÉRIO PÚBLICO, tendo em vista suas irresignações com o conteúdo da sentença de ID 59145555, proferida pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Juazeiro que, julgando parcialmente procedente o pedido acusatório, condenou os Acusados pela prática do crime previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, aplicando-lhes as penas de 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, além do pagamento de 100 (cem) dias-multa, no valor unitário mínimo. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas restritivas de direito, consistentes na prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas e limitação de final de semana na forma indicada pelo Juízo da Execução. Narrou a peça acusatória

o seguinte: "(...) Consta do procedimento de investigação policial anexo que, no dia 19 de julho de 2023, por volta das 11h20min, na Rua Américo Tanury 03, bairro Malhada da Areia, nesta urbe, os ora denunciados tinham em depósito droga do tipo COCAÍNA, com fins de mercancia, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Depreende-se dos autos que, no momento dos fatos, prepostos da Polícia Civil se deslocaram até a Rua Padre José Carlos, 588 e 599, no bairro Alto da Aliança, no intuito de dar cumprimento ao mandado de busca e apreensão de nº 8009530-21.2023.8.05.0146, expedido pelo Juízo da 1ª Vara Criminal desta comarca. Chegando no imóvel de número 588, os agentes identificaram os moradores como sendo FABIANA DE MACEDO SANTOS e NATANIEL VITOR SILVA DE JESUS, os quais foram cientificados do teor do mandado, sendo em seguida iniciadas as buscas no local. Conforme depoimentos, no quarto que era ocupado pelos moradores foi visualizada uma bolsa preta ao lado de um balde de roupa suja, objeto que FABIANA tentava a todo o tempo esconder com o seu pé. Verificada a bolsa mencionada, foi encontrado em seu interior 18 (dezoito) trouxas de COCAÍNA e a quantia de R\$786,00 (setecentos e oitenta e seis reais). Ademais, no quarto averiguado foram apreendidos também 03 (três) aparelhos celulares, sendo 02 (dois) deles de propriedade de NATANIEL, e o restante de propriedade de FABIANA. Diante dos fatos, foram conduzidos à DEPOL os investigados e os materiais acima descritos. Auto de Exibição e Apreensão, à fl. 06, consta todos os itens descritos acima. Laudo de Exame Pericial Preliminar, às fls. 23/24, constatou a ilicitude do material apreendido, consistente em 18 (dezoito) invólucros de pó branco, com massa bruta de 19,4g (dezenove gramas e quatro decigramas), que obteve resultado POSITIVO para COCAÍNA. Em sede de interrogatório, ambos os investigados decidiram falar apenas em Juízo. Vislumbra-se dos autos que restam indícios de autoria e materialidade delitivas suficientes para ensejar a deflagração da necessária ação penal, tanto pelo Auto de Prisão em Flagrante, à fl. 03, quanto pelo Auto de Exibição e Apreensão, à fl. 06, pelo Laudo de Exame Pericial Preliminar, às fls. 23/24, e pelos depoimentos colhidos. Diante do exposto, o Ministério Público promove a presente denúncia em face de FABIANA DE MACEDO SANTOS e NATANIEL VITOR SILVA DE JESUS, como incursos nas penas dos art. 33 da Lei nº 11.343/06 (Lei de Drogas), devendo o acusado ser citado, interrogado e, ao final, condenado, nos termos do Código de Processo Penal, ouvindo-se na instrução as pessoas do rol abaixo" (ID 59142855 – grifos no original). A denúncia foi recebida em 09/01/2024 (ID 59145531). Após regular instrução, e apresentadas as alegações finais, sobreveio o édito condenatório acima mencionado (ID 59145555). Inconformados, os Acusados interpuseram o presente Recurso (ID 59145562). Nas razões de ID 59145562, requer a Defesa dos Acusados a desclassificação do delito previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, para o previsto no art. 28, do mesmo diploma legal, alegando a ínfima quantidade de droga apreendida e a ausência de prova quanto à sua destinação ao comércio ilícito. Também irresignado com o édito condenatório, o Ministério Público interpôs o presente recurso, em que requereu a revogação da minorante relativa ao tráfico privilegiado aplicada em benefício da Acusada FABIANA DE MACEDO SANTOS, entendendo não preenchidos os requisitos autorizadores. Subsidiariamente, requer a aplicação da fração mínima de 1/6 (um sexto). Por fim, prequestiona o art. 33, da Lei nº 11.343/2006 (ID 59145670). Em contrarrazões, o Ministério Público manifestou-se pelo desprovimento do recurso dos Acusados (ID 59145671). Outrossim, a Acusada requereu o desprovimento do Recurso ministerial (ID 61222262). No parecer de ID 61758647, a douta Procuradoria

de Justiça manifestou-se pelo conhecimento e desprovemento dos presentes recursos. É o Relatório, que ora submeto ao crivo do Eminentíssimo Desembargador Revisor, para os devidos fins. Salvador/BA, 15 de maio de 2024. Des. Aracy Lima Borges – 1ª Câmara Crime 1ª Turma Relatora PODER JUDICIÁRIO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA BAHIA Primeira Câmara Criminal 1ª Turma Processo: APELAÇÃO CRIMINAL n. 8011010-34.2023.8.05.0146 Órgão Julgador: Primeira Câmara Criminal 1ª Turma APELANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DA BAHIA e outros (2) Advogado (s): APELADO: FABIANA DE MACEDO SANTOS e outros (2) Advogado (s): ALB/02 VOTO I – PRESSUPOSTOS RECURSAIS DEVIDAMENTE CONFIGURADOS. CONHECIMENTO DO APELO. Conheço dos Recursos, visto que atendidos os pressupostos para sua admissibilidade. II – DO MÉRITO A) DO RECURSO DA DEFESA. DA PRETENSÃO DESCLASSIFICATÓRIA Conforme relatado, pugna a Defesa pela desclassificação da conduta imputada aos Acusados para o tipo previsto no art. 28, da Lei de Tóxicos, alegando, ao arrimo de tal pretensão, a finalidade não comercial da droga apreendida, sobretudo por sua ínfima quantidade. Sobre o assunto, oportuna é a transcrição do § 2º, do art. 28, da Lei n.º 11.343/2006: "Art. 28. [omissis] [...] § 2.º 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". Da análise acurada dos fólios, rechaça-se a argumentação defensiva, por se visualizar a existência de acervo probatório suficiente e idôneo a amparar a condenação dos Acusados como incursos no delito de tráfico de drogas, diante da concreta demonstração das respectivas materialidade e autoria, sem que haja dúvida razoável quanto à posse da substância ilícita, tampouco acerca de sua destinação mercantil, não obstante a compreensível narrativa dos Recorrentes em sentido diverso, no legítimo exercício de sua autodefesa. De logo, verifica-se que a apreensão da droga, seu montante e natureza restaram solidamente comprovadas através do auto de exibição de ID 59142856, p. 06, do Laudo de constatação provisória – em que se constatou a quantidade de 19,4g (dezenove vírgula quatro gramas) – (ID 59142856 – pp. 23-24), e do Laudo Pericial definitivo (ID 59145548), este conclusivo quanto à presença de benzoilmetilecgonina (Cocaína), substância de uso proscrioto no Brasil. Quanto às circunstâncias da prisão flagrancial e, sobretudo, às condições nas quais tiveram lugar a abordagem dos Réus e a localização da substância proscriota, cabe atentar para os elucidativos depoimentos prestados na instrução, pelos Policiais Civis FLÁVIO ANDRÉ DA ROCHA MARTINS, LUZIFLÁVIO AMORIM GOMES, NEYDJA WYDJA LEAL DE ARAÚJO e DAMIÃO FRANCISCO SERAFIM JÚNIOR, os quais descreveram a dinâmica da diligência e seu contexto, de forma harmônica e segura, sem nenhum indicativo de irregularidade na efetivação do ato, sendo oportuna a transcrição das aludidas oitivas judiciais: "Que confirma os fatos ocorridos, que os policias estavam realizando levantamento de tráfico de drogas, no bairro Alto da Aliança, e que, segundo informações, realizaram uma campana no imóvel, que constatarem uma movimentação típica de tráfico de drogas, e que realizaram um relatório da situação, que eram duas residências, uma onde os indiciados moravam, e outra que estava sendo construída, e que houve informações de que, possivelmente, também havia nessa nova residência, armazenamento de drogas de forma escondida. Após buscas nos imóveis, só foram localizadas drogas no imóvel onde estavam os acusados, que estavam escondidas no quarto dos indiciados, dentro de uma bolsa, e que com a chegada da guarnição, a acusada tentou esconder a bolsa, debaixo de um móvel, e que após revistas, havia COCAÍNA dentro. Que

os dois residiam no imóvel, que foram localizados os entorpecentes dentro do quarto dos acusados, que receberam previamente a denúncia de que no local havia armazenamento de drogas, que após as buscas, FABIANA tentou esconder com o pé, a bolsa, e que também havia no local dinheiro e celulares. Que os dois eram alvos da investigação, que a acusada FABIANA já era conhecida por algumas ocorrências, que já havia sido presa com o ex-companheiro, por tráfico de drogas, e por outra situação com NATANIEL, e que retomou a venda de drogas com o acusado. Que o indiciado somente possuía ocorrências com a acusada. Que não recordava a quantia exata encontrada no local, que foi localizado no quarto a quantia pelos policiais, que ele havia ido fazer buscas no outro imóvel e quando retornou, foi comunicado que encontraram o material apreendido, e que os celulares foram localizados dentro do quarto. Que os dois não aparentavam que haviam utilizado drogas, que foi de manhã a abordagem. Que as drogas estavam em papелotes, dentro de uma bolsinha pequena, divididas em pequenos invólucros. Que não se recorda de nenhum material que armazene drogas. Que não recorda da estética da bolsa, só que era pequena” (depoimento do DPC FLÁVIO ANDRÉ DA ROCHA MARTINS, disponível no PJe-mídias – destacou-se). “(...) Que confirma os fatos ocorridos, que participou na elaboração do relatório. Que estavam investigando um grupo, que estava dominado a área, do Alto da Aliança, e que devido a disputas, estavam ocorrendo homicídios na região. E que havia uma pessoa que possuía um mandado de prisão, que se envolveu em um dos homicídios, de nome NATANIEL. Que receberam informações dessa residência, e que após a chegada e a realização de campanhas, verificaram uma movimentação estranha, de tráfico de drogas. Também, receberam a informação, de que a acusada, de acunha “BIBI”, era ex ou ainda é companheira de um dos membros desse grupo, que seria investigado por esse homicídio, os prepostos acharam mais conveniente direcionar o relatório ao delegado titular, FLÁVIO, onde ele solicitou a busca, e os policiais foram cumprir o mandado. Que ambos estavam residindo na casa, que a casa era dos familiares de NATANIEL, mas eles estavam convivendo naquela casa. Que avaliaram de forma prévia o local, e constaram a ocorrência de tráfico de drogas na residência, que foi expedido o mandado, e que ele participou do cumprimento. Que após a abordagem, os acusados estavam no quarto, onde foi localizado uma bolsinha, tipo pochete, que a acusada tentava esconder com o pé, e que ficou desconfiado dessa atitude, e decidiu pegar a bolsa e constatou que havia drogas na bolsa. Que não se recordavam com exatidão que tipo de droga era, que foi localizado dinheiro em espécie, que confirma que FABIANA tentava esconder a bolsa, que estava perto de um balde de roupas sujas, e que foram apreendidos celulares. Que os dois acusados foram indiciados, por intuito de distribuir drogas. Que ambos habitam a casa. Que conhecia o acusado de “vista”, enquanto a acusada já havia sido presa em uma situação, envolvendo o grupo, pelos policiais militares, e que havia conhecimento de que ela convivia com um dos investigados. Que esse grupo já foi localizado em um evento, com drogas e possivelmente armas, pelos policiais. Que havia o conhecimento de que o companheiro da acusada era investigado nessa operação, e que já foi avistado em um veículo utilizado em um homicídio, e que o acusado surgiu dessa investigação. Que se recorda que o companheiro da acusada tinha o apelido de “NENÊ”, chamado Márcio, mas não lembrava com certeza. Que a bolsa era pequena, e que não se lembrava das características da bolsa. Que no dia dos fatos, estava o irmão do acusado, em outro quarto, e o pai e outro irmão, que trabalhavam na casa da frente, esse irmão também era alvo da busca. A investigação

estava direcionada aos acusados. Que após declarações informais, a acusada revelou algumas situações, inclusive os cabeças/chefes responsáveis, que já eram figuras suspeitas pelos policiais” (depoimento do IPC LuziFlávio Amorim Gomes, disponível no PJe-mídias, destacou-se). “Que confirma os fatos ocorridos, que só participou do cumprimento do mandado, que ela e os prepostos cumpriam e entraram na residência, onde foi realizada a busca, que não encontrou nada, que talvez tenham sido através dos três policiais que lá estavam. Que a droga foi encontrada no quarto, que saíram do quarto devido a revista, que não viu o momento que a acusada tentava esconder a bolsa. Que foi feita a revista em outros cômodos, e que ela ficou próximo aos acusados, na cozinha. Não se recorda do momento da apreensão das drogas. Que afirma que realizou a busca, mas não ficou no local por ser pequeno e por conter muitas coisas, por isso não dava para permanecer no local; e acredita que quando ela saiu do quarto, os policiais localizaram o material. Não conhecia os acusados, e que somente participou do cumprimento, e que desconhecia qualquer informação referente à investigação” (depoimento da IPC NEYDJA WYDJA LEAL DE ARAÚJO – destacou-se). “Que confirma os fatos, e que só participou do cumprimento do mandado. Que chegando no local, após revistas, o IPC LUZIFLÁVIO localizou a droga, e o dinheiro, na faixa de R\$780,00 (setecentos e oitenta reais), que a droga era supostamente COCAÍNA, que ambos estavam presentes, e que moravam no local, e que desconhecia quem eram os acusados. Que fez a revista no local, e que os acusados estavam no cômodo, no quarto deles, que não recorda do momento da apreensão. Que na residência estava o irmão do acusado, e na outra residência estava o pai, local este que era alvo de busca” (depoimento do IPC DAMIÃO FRANCISCO SERAFIM JÚNIOR – destacou-se). Desse modo, emerge dos depoimentos acima transcritos que os Agentes Públicos lograram êxito em apreender os entorpecentes na casa dos Acusados. Assim é que, após a atuação investigativa, os Policiais capturaram os Réus na posse de 18 (dezoito) invólucros de pó branco, com massa bruta de 19,4g (dezenove gramas e quatro decigramas), que obtiveram resultado POSITIVO para COCAÍNA. Vale registrar, aqui, serem nítidas a firmeza e a convergência dos citados depoimentos, cuja credibilidade não resta fragilizada pela qualidade funcional dos Policiais Civis, aos quais não é vedado, obviamente, depor sobre suas diligências. Pelo contrário, tratam-se de testemunhas que mantiveram contato direto com o ilícito penal e seus autores, no curso de atividade intrinsecamente estatal, estando, portanto, mais do que aptas a contribuir, mormente sob o crivo do contraditório, para a elucidação dos fatos. A respeito da eficácia probatória do depoimento policial, contemple-se, a título ilustrativo, precedente 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

[...]. (STJ, 6.<sup>a</sup> Turma, HC 165.561/AM, Rel. Min. Nefi Cordeiro, j. 02.02.2016, DJe 15.02.2016 – grifos acrescidos). Cumpre anotar, por seu turno, que, na fase judicial, os Acusados negaram a comercialização da droga, sendo que FABIANA afirmou sua dependência química e a destinação pessoal da cocaína apreendida, apesar de informar que interrompera o seu consumo em razão de crises de epilepsia, sendo esta situação desconhecida por NATANIEL. Tais versões, entretanto, mostram-se isoladas, porquanto os contundentes relatos dos Agentes Públicos não são elididos do conjunto probatório. De mais a mais, embora não se mostre elevado o montante de droga apreendido – pouco superior a 19 g (dezenove gramas), também não se pode reputá-lo insignificante, sobretudo quando se soma à forma de apresentação do material – vale dizer, já fracionado em 18 (dezoito) invólucros individuais, escondidos dentro de uma bolsa preta, ao lado de um balde de roupa suja, objeto que FABIANA tentava a todo o tempo esconder com o seu pé. E não se olvida que tal material tinha fins de comércio, ainda mais que fora apreendido justamente quando do cumprimento do mandado de busca e apreensão expedido pelo Juízo da 1<sup>a</sup> Vara Criminal da Comarca de Juazeiro, nos autos de nº 8009530– 21.2023.8.05.0146. Assim, cuida-se, na hipótese, de elementos concretos que bem se incumbem de afastar a singela posse de drogas para consumo próprio, sendo válido destacar que os policiais foram firmes ao relatarem que subsidiaram o requerimento de mandado de busca com campanas no local, observando movimentações de tráfico de drogas e confirmando que ambos eram investigados. Além disso, é cediço que o delito de tráfico de drogas é de conteúdo múltiplo ou variado, havendo diversos verbos nucleares que o caracterizam. Dessa forma, para a sua configuração, é dispensável o flagrante do momento exato da venda. Portanto, in casu, as circunstâncias em que os entorpecentes foram apreendidos – 18 (dezoito) invólucros individuais de pó branco, junto a certa quantia em dinheiro e celulares – deixam cristalina a sua vinculação às substâncias ilícitas e sua efetiva destinação mercantil, já que é pouco crível que os entorpecentes serviriam para o consumo próprio da Acusada FABIANA (como sustentado por esta). Por fim, os Apelantes não lograram êxito em provar qualquer dependência química, embora tal dependência não afaste o reconhecimento da prática delitiva de narcotraficância. Confira-se, a propósito, o seguinte Julgado deste Egrégio Tribunal de Justiça: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33, DA LEI Nº 11.343/06). SENTENÇA CONDENATÓRIA. PENAS DEFINITIVAS DE 05 (CINCO) ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, E 500 (QUINHENTOS) DIAS–MULTA, NO VALOR UNITÁRIO MÍNIMO. RECORRENTE FLAGRADO EM LOCAL CONHECIDO COMO PONTO DE TRAFICÂNCIA NA POSSE DE 35 (TRINTA E CINCO) PEDRAS DE "CRACK", ACONDICIONADAS EM PLÁSTICO TRANSPARENTE. MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS EVIDENCIADAS DE FORMA INEQUÍVOCA NO CONJUNTO PROBATÓRIO. ELEMENTOS DE CONVICÇÃO NOS AUTOS NO SENTIDO DE QUE OS ENTORPECENTES SE DESTINAVAM AO COMÉRCIO ILÍCITO. DOSIMETRIA QUE NÃO MERECE REPAROS. INVIÁVEL A INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA INSCULPIDA NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI DE DROGAS. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. APELO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. [...] 2. [...] 3. [...] 4. [...] 5. [...] 6. Circunstâncias em que se deram o evento delituoso, tais como a natureza, quantidade e local onde os entorpecentes foram apreendidos, bem como a forma em que estavam acondicionados, demonstrativas da destinação comercial das drogas. Impossibilidade de subsunção do fato à conduta descrita no art. 28 da Lei nº 11.343/06. 7. [...] 9. [...]. (Classe: Apelação, Número do Processo: 0312759–51.2013.8.05.0001, Relatora: Ivete Caldas Silva Freitas Muniz,

Segunda Câmara Criminal – Primeira Turma, Publicado em: 12/01/2016). No mesmo sentido, já se manifestou o Tribunal da Cidadania: “Se a defesa não cuidou de produzir qualquer elemento que corrobore a versão do acusado retratada em juízo, a condenação pelo crime de tráfico de drogas é imperativa, pois o conteúdo das demais provas dos autos encontra-se sintonizado no sentido de que o agente transportava drogas para fins da traficância. – O crime de tráfico de drogas é de conteúdo múltiplo e alternativo bastando a incidência em apenas uma das condutas nele enumeradas para configurar a prática delitiva (...)” (STJ – REsp: 1689983 MG 2017/0206644–5, Relator: Ministro FELIX FISCHER, Data de Publicação: DJ 07/12/2017 – grifos aditados). Intelectível, pois, que a sentença sob análise ostenta visos de juridicidade inatacáveis. Por conseguinte, não se mostra viável a desclassificação de sua conduta para o tipo de posse de drogas para uso próprio (art. 28 da Lei de Tóxicos), uma vez demonstrada a vinculação dos Réus às substâncias ilícitas apreendidas e sua efetiva destinação mercantil, com supedâneo na prova testemunhal produzida em Juízo, em cotejo com outros elementos de convicção reunidos nos autos. B) DO RECURSO MINISTERIAL. DO AFASTAMENTO DA CAUSA MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006 (TRÁFICO PRIVILEGIADO). Postula o órgão ministerial a majoração da pena, para fins de afastamento da aplicação do disposto no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/2006. Em que pese o respeitável esforço ministerial, tal tese também não merece acolhimento. Infere-se dos autos que o Magistrado a quo concluiu que os Acusados faziam jus à benesse, sob os seguintes fundamentos: “(...) Em arremate, reza o § 4º do art. 33 da Lei 11.313/06 que: “Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.” O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.977.027/PR (TEMA 1.139 do STJ), julgado segundo o rito dos recursos repetitivos, firmou a seguinte 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”, em acórdão assim ementado: (...) Deste modo, cuidando-se de alteração jurisprudencial em sede de Recursos repetitivos e tendo em vista não constar qualquer condenação definitiva em desfavor dos acusados, impositivo o deferimento da benesse. Ressalto que, diante do comércio em pequena monta a fração redutora se dará no seu grau máximo (...)” (ID 59145555 – grifos no original). Nesse aspecto, entendo que restou bem fundamentada, pelo Juízo de Primeiro Grau, a aplicação da fração minorante no caso sub oculis. Decerto, a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça passou a inadmitir a utilização de ações penais em andamento e investigações preliminares como fundamento exclusivo ao afastamento da referida minorante do tráfico privilegiado: AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. PLEITO DE AFASTAMENTO DA REDUTORA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. AÇÃO PENAL EM ANDAMENTO. ILEGALIDADE EVIDENCIADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. [...] II – A Quinta Turma desta Corte, alinhando-se ao entendimento sufragado no Supremo Tribunal Federal, além de buscar nova pacificação no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, compreende que a causa de diminuição pelo tráfico privilegiado, nos termos do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, não pode ter sua aplicação afastada com fundamento em investigações preliminares ou processos criminais em andamento, mesmo que estejam em fase recursal, sob pena de violação do art. 5º, LIV, da Constituição Federal. [...] Agravo regimental desprovido.

(STJ – AgRg no HC n. 757.256/SC, relator Ministro Messod Azulay Neto, Quinta Turma, julgado em 24/4/2023, DJe de 3/5/2023 – grifos acrescidos). AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. DOSIMETRIA. EXISTÊNCIA DE AÇÕES PENAIS EM CURSO. MINORANTE PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. APLICAÇÃO. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA APREENDIDA. UTILIZAÇÃO PARA O AFASTAMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. "O mais recente posicionamento de ambas as Turmas do Supremo Tribunal Federal é no sentido de que, em regra, inquéritos policiais e ações penais em andamento não constituem fundamentação idônea apta a respaldar a não aplicação do redutor especial de redução de pena relativa ao reconhecimento da figura privilegiada do crime de tráfico de drogas" (AgRg no HC n. 560.561/RS, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 2/2/2021, DJe 17/2/2021). 2. Segundo a orientação adotada pela Terceira Seção desta Casa, a quantidade de substância entorpecente e a sua natureza hão de ser consideradas na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/2006, não sendo, portanto, pressuposto para a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006. Com efeito, a quantidade e natureza do material tóxico somente poderão justificar o afastamento do benefício de forma supletiva e quando o contexto em que se deu a sua apreensão evidenciar a dedicação à atividade criminosa. 3. Nessa esteira de entendimento, constata-se que as instâncias ordinárias não apresentaram fundamentação válida para afastar a causa especial de redução de pena, razão pela qual se conclui pela incidência da referida minorante. 4. Agravo regimental desprovido. (STJ – AgRg no AREsp n. 2.177.914/AM, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 6/3/2023, DJe de 9/3/2023 – grifos acrescidos). Nesse contexto, em alinhamento à mais nova posição dos colegiados de direito penal do Superior Tribunal de Justiça, por ser a agente FABIANA DE MACEDO SANTOS tecnicamente primária, sem antecedentes e não existir provas no caso concreto de que se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa, é de rigor que seja a ré beneficiada com o tráfico privilegiado. De igual modo, mostra-se escorreita a fundamentação do Magistrado primevo ao fixar a fração máxima legalmente prevista para a minorante, dada a pequena monta da droga apreendida. Aliás, esse também é o entendimento da douta Procuradoria de Justiça, in verbis: "(...) Em análise atenta ao conjunto probatório, não foi possível inferir a dedicação da Acusada FABIANA às atividades criminosas, ou sua integração como membro de organização criminosa, ressaltando-se que, de acordo com os recentes julgados, ações e inquéritos penais em curso não constituem razão apta a afastar o benefício do tráfico privilegiado. Acrescenta-se que, para a fixação do quantum de redução, o Magistrado deve levar em conta as circunstâncias do caso concreto. Na espécie, as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei 11.343/2006 foram favoravelmente consideradas em sua integralidade, tendo o Magistrado aplicado a fração máxima de 2/3. Assim é que, embora a Ré possua ações penais em andamento, o Superior Tribunal de Justiça fixou, em sede de recurso repetitivo (Tema 1139), a tese de que 'a existência de ações penais em andamento não justifica a conclusão de que o sentenciado se dedica às atividades criminosas para fins de obstar a aplicação do art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06'. Desse modo, deve ser mantida a aplicação da minorante prevista no § 4º do artigo 33, da Lei n.º 11.343/06, no patamar de 2/3 (dois terços), em face da inexistência de fundamentação idônea que justifique a aplicação da causa de diminuição em patamar



inferior à fração máxima (...)" (ID 61758647 – grifos no original e aditados). Logo, na esteira dos atuais precedentes do Tribunal da Cidadania, não há como ser provido o pleito recursal para afastar a incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n.º 11.343/2006, ou diminuir a fração redutora. De resto, e ante o efeito devolutivo do recurso de apelação, é mister pontuar que, ao dosar a pena, o julgador de Primeiro Grau pautou-se pela estrita legalidade e razoabilidade, tendo fixado a sanção penal no mínimo legal, em decorrência da valoração favorável de todas as diretrizes do art. 42, da Lei 11.343/2006, e do art. 59, do Código Penal. Outrossim, aplicou de forma correta o regime inicial do cumprimento de pena, qual seja, o aberto, em observância aos ditames do art. 33, § 2º, c, do CP. C) PREQUESTIONAMENTO Com relação ao prequestionamento do art. 33, da Lei 11.343/2006, na forma suscitada pelo Ministério Público de 1º Grau, cabe assinalar que o posicionamento constante do presente decisum decorre da interpretação feita pela Relatora, ao apreciar as matérias postas em discussão, não estando obrigada a fazer referência expressa aos dispositivos suscitados pelas partes. Assim, desnecessária a abordagem pelo órgão julgador dos dispositivos legais suscitados no recurso, mesmo diante do prequestionamento. CONCLUSÃO Ante o exposto, voto no sentido de CONHECER dos Recursos de Apelação interpostos e LHEAR PROVIMENTO, mantendo-se todos os termos da sentença de Primeiro Grau. Sala das Sessões, de de 2024. Presidente Aracy Lima Borges Relatora Procurador (a) de Justiça