

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA AC
TRIBUNAL DE JUSTIÇA Segunda Câmara Criminal – Primeira Turma 5ª Av. do
CAB, nº 560 – Centro Administrativo da Bahia. CEP: 41745971 – Salvador/BA

Apelação Crime nº 0500043–17.2018.8.05.0103, da Comarca de Ilhéus

Apelante: Daiane Barbosa Bispo Sena
Defensora Pública: Dra. Juliana Klein Vaz
Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia
Promotor de Justiça: Dr. Maurício Pessoa Gondim de Matos
Origem: 1ª Vara Criminal
Procuradora de Justiça: Dra. Nivea Cristina Pinheiro Leite
Relatora originária: Desa. Soraya Moradillo Pinto
Relatora designada para lavrar o acórdão: Desa. Ivete Caldas Silva Freitas Muniz

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. PENA DEFINITIVA DE 05 (CINCO) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E 550 (QUINHENTOS E CINQUENTA) DIAS–MULTA, NO VALOR UNITÁRIO MÍNIMO. FIXADO REGIME SEMIABERTO PARA CUMPRIMENTO INICIAL DA PENA RECLUSIVA.

RECURSO DEFENSIVO QUE PUGNA PELA ABSOLVIÇÃO POR AUSÊNCIA DE PROVAS OU DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA PARA A PREVISTA NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06. SUBSIDIARIAMENTE REQUER A APLICAÇÃO DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NA FRAÇÃO MÁXIMA.

GRATUIDADE DA JUSTIÇA. PROCESSOS CRIMINAIS QUE NÃO DEPENDEM DE ADIANTAMENTO DO VALOR DAS DESPESAS PROCESSUAIS. ART. 153, VI, DO RITJBA. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DE EXECUÇÃO. PEDIDO NÃO CONHECIDO.

RECORRENTE PRESA EM FLAGRANTE NO DIA 28.10.2017, POR VOLTA DAS 16:00 HORAS, NO CONDOMÍNIO SOL E MAR, BAIRRO NOSSA SENHORA DA VITÓRIA, ILHÉUS–BA, APÓS SER ABORDADA POR POLICIAIS QUE LOCALIZARAM APÓS TENTAR COLOCAR NO INTERIOR DA BOLSA DE BEBÊ QUE A APELANTE TRAZIA CONSIGO, 25 G (VINTE E CINCO) GRAMAS DE COCAÍNA, ALÉM DE UMA BALANÇA DE PRECISÃO E SACOS PLÁSTICOS.

MATERIALIDADE E AUTORIA DELITIVAS EVIDENCIADAS NO CONJUNTO PROBATÓRIO, ATRAVÉS DO AUTO DE EXIBIÇÃO E APREENSÃO DE FL. 12, DO LAUDO PROVISÓRIO, FL. 14, LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO DE FL. 35, BEM COMO DAS PROVAS ORAIS PRODUZIDAS NAS DUAS FASES DA PERSECUÇÃO CRIMINAL. ELEMENTOS DE CONVICÇÃO NOS AUTOS NO SENTIDO DE QUE OS ENTORPECENTES SE DESTINAVAM AO COMÉRCIO ILÍCITO. IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO DO PLEITO DESCLASSIFICATÓRIO.

CONDENAÇÃO MANTIDA NOS TERMOS DA SENTENÇA.

DOSIMETRIA QUE NÃO MERECE REPAROS. DEVIDAMENTE JUSTIFICADA A ELEVAÇÃO DAS PENAS–BASE EM 06 (SEIS) MESES E 50 (CINQUENTA) DIAS–MULTA EM RAZÃO DA LESIVIDADE DA DROGA APREENDIDA. TORNADAS DEFINITIVAS AS PENAS, À MÍNGUA DE CIRCUNSTÂNCIAS ATENUANTES, AGRAVANTES E CAUSAS DE AUMENTO E DIMINUIÇÃO EM

05 (CINCO) ANOS E 06 (SEIS) MESES DE RECLUSÃO E 550 DIAS-MULTA NO MÍNIMO LEGAL. ESTABELECIDO O REGIME SEMIABERTO PARA INÍCIO DO CUMPRIMENTO DA PENA.

INVIABILIDADE DE APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º, DO ART. 33, DA LEI DE DROGAS. CIRCUNSTÂNCIAS FÁTICAS E EXISTÊNCIA DE UMA AÇÃO PENAL, EM ANDAMENTO QUE APURA PRÁTICA DE FURTO E UMA CONDENAÇÃO POR TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, ALIADO AS CIRCUNSTÂNCIAS DA PRISÃO DA APELANTE COM APREENSÃO DE UMA BALANÇA DE PRECISÃO, DEMONSTRAM A SUA DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA.

MANTIDOS, NOS TERMOS DA SENTENÇA, O REGIME PRISIONAL SEMIABERTO, TERMOS DO ART. 33, § 2º, ALÍNEA B, C/C O § 3º, DO CP. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS, PORQUANTO NÃO PREENCHIDOS OS REQUISITOS DO ART. 44 DO CP.

APELO NÃO PROVIDO À UNANIMIDADE DE VOTOS, PARA NÃO CONHECER DO PEDIDO DE GRATUIDADE DA JUSTIÇA E AFASTAR OS REQUERIMENTOS DE ABSOLVIÇÃO E DESCLASSIFICAÇÃO PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI Nº 11.343/06; E, POR DECISÃO DE MAIORIA, MANTER A NÃO APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. SENTENÇA CONDENATÓRIA PRESERVADA INTEGRALMENTE TERMOS.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Criminal nº. 0500043-17.2018.8.05.0103, da Comarca de Ilhéus, na qual figuram como apelante DAIANE BARBOSA BISPO SENA, e como apelado o Ministério Público do Estado da Bahia.

ACORDAM os Desembargadores integrantes da Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, por maioria de votos, em negar provimento ao apelo defensivo, para manter integralmente o teor da sentença condenatória, nos termos do voto da Relatora designada para lavrar o acórdão.

RELATÓRIO

O Ministério Público do Estado da Bahia ofereceu denúncia contra Daiane Barbosa Bispo Sena, ora apelante, como incurso no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

Descreve a peça acusatória, fls. 02 e 03 dos autos digitais, que no dia 28 de outubro de 2017, por volta das 16: horas, no Condomínio Sol e Mar, no Bairro Nossa Senhora da Vitória, em Ilhéus/BA, policiais militares realizavam ronda rotineira, quando avistaram a acusada em atitude suspeita e decidiram abordá-la. Realizada busca em uma bolsa infantil que a mesma trazia consigo, foram localizadas 25g de cocaína, além de balança de precisão e embalagens para acondicionar drogas.

A denúncia foi instruída com Inquérito Policial nº 869/2017, fls. 04 a 42, e recebida em 05.06.2018, conforme decisão de fl. 53 dos autos digitais, após apresentação de defesa preliminar da apelante, fls. 52 dos autos digitais.

Auto de exibição e apreensão à fl. 12. Laudo de constatação provisório à fl. 14 e laudo pericial definitivo, fl. 35, conclusivo no sentido de ter sido localizado nos materiais analisados a substância benzoilmetilecgonina (cocaína).

Seguiu-se à instrução processual às fls. 66 e 69, com a oitiva de da testemunha arroladas pela acusação e realização do interrogatório da apelante. Após foram apresentadas, as alegações finais Ministério Público, fls. 74 a 80 e da defesa, fls. 83 a 90.

Sobreveio a sentença, fls. 92 a 97, datada de 04.02.2021, tendo a MM. Juíza de Direito, Dra. Emanuele Vita Leite Armede, julgado procedente o pedido constante na denúncia, para condenar pela prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06 (tráfico ilícito de drogas) a apelante DAIANE BARBOSA BISPO SENA às penas de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão a ser cumprida em regime semiaberto e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, no mínimo legal, sendo assegurado a apelante o manejo do recurso em liberdade.

Inconformada, a defesa do recorrente interpôs recurso de apelação, fls. 118/119, requerendo, em suas razões, fls. 109 a 118, a absolvição da recorrente por insuficiência de provas da autoria ou desclassificação para a conduta de uso prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06, subsidiariamente pleiteia a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06. Requer, ainda, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito assim como o deferimento da gratuidade da justiça.

Em contrarrazões, fls. 122 a 128, o Ministério Público pugnou pelo conhecimento e não provimento do apelo, com manutenção integral do édito condenatório.

Nesta instância, a douta Procuradoria de Justiça emitiu parecer manifestando-se pelo conhecimento e não provimento do recurso, ID. 24607451.

Após inaugurar divergência, na sessão de julgamento realizada em 12.05.2022, por maioria de votos, negou-se provimento ao apelo, mantendo integralmente os termos da sentença condenatória, e, nos termos do art. 209, § 1º do RITJ/BA, esta Magistrada foi designada como Relatora para lavrar o acórdão, conforme certidão de julgamento, ID. 28478172.

VOTO

Trata-se de apelo interposto pela defesa contra sentença que condenou a recorrente Daiane Barbosa Bispo Sena pela prática do art. 33 da Lei nº 11.343/06 às penas de 05 (cinco) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, no valor unitário mínimo, estabelecendo-se o regime semiaberto, para início do cumprimento da pena reclusiva.

Converge-se, integralmente, com o voto apresentado pela douta Relatora originária, Desembargadora Soraya Moradillo Pinto, no sentido não conhecer do requerimento de gratuidade da justiça e de negar provimento aos pedidos

de absolvição por ausência de provas, e desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06.

Quanto ao requerimento de de gratuidade da justiça utilizou-se das seguintes razões de convencimento para o seu não conhecimento:

“[...] 01-DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA

Ab initio, quanto ao pedido de assistência judiciária gratuita formulado pelos recorrentes, impende registrar que cabe ao Juízo das Execuções Penais examinar tal matéria, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, não podendo ser conhecido, portanto, por este órgão ad quem, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS.NULIDADE DECORRENTE DA FALTA DE REGISTRO ESCRITO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DOS VERBETES SUMULARES N.º 282 DA SUPREMA CORTE E N.º 211 DESTA CORTE SUPERIOR.CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. UTILIZAÇÃO COMO MEIO PARA ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO. INVIABILIDADE. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES SOBRE A PRÁTICA DO ILÍCITO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. ISENÇÃO DE CUSTAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A tese de nulidade decorrente da falta de registro escrito da sentença condenatória não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem. Carece a questão, portanto, de prequestionamento, incidindo as Súmulas n.º 282 da Suprema Corte e n.º 211 desta Corte Superior.

2. Nos termos do artigo 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, o habeas corpus de ofício é deferido por iniciativa dos Tribunais quando detectarem ilegalidade flagrante, não se prestando como meio para que a Defesa obtenha pronunciamento judicial acerca do mérito de recurso que não ultrapassou os requisitos de admissibilidade. 3.

O tráfico ilícito de drogas é delito permanente, podendo a autoridade policial ingressar no interior do domicílio do agente, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa e apreender a substância entorpecente que nele for encontrada, sem que, para tanto, seja necessária a expedição de mandado de busca e apreensão.

4. No caso concreto, a entrada na residência pela autoridade policial foi precedida de fundadas razões que levaram à suspeita da prática do crime, mormente pelo fato de que existiam denúncias apontando o Agravante como traficante local, sendo que os milicianos visualizaram o Acusado portando porções da droga. O Réu, ao perceber a presença dos agentes da lei, tentou dispensar os entorpecentes.

5. A concessão do benefício da gratuidade da justiça não exclui a condenação do Acusado ao pagamento das custas processuais, mas tão somente a suspensão da sua exigibilidade pelo prazo de cinco anos.Ademais, a análise da miserabilidade do Condenado, visando à inexigibilidade do pagamento das custas, deve ser feita pelo Juízo das Execuções.

6. Agravo regimental desprovido.(AgRg no AREsp 1371623/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 30/04/2019)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. artigo 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ACÓRDÃO A QUO QUE NEGOU A INCIDÊNCIA DO REDUTOR, POR ENTENDER QUE O ACUSADO SE DEDICAVA

A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVER TAL ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DOS FATOS. SÚMULA 7/STJ. DENÚNCIAS ANÔNIMAS. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS INFORMANDO QUE O RÉU EXERCE A ATIVIDADE DE TRAFICANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO.

1. Apesar de o réu ser primário e possuir bons antecedentes, a jurisprudência aceita que a dedicação a atividades criminosas ou a integração a organizações criminosas sejam aferidas por outros meios, como por exemplo: a apreensão de substancial quantidade de droga atrelada a petrechos; a existência de inquéritos policiais e ações penais em andamento; ou, até mesmo, em razão de notícias anônimas e depoimentos de policiais em juízo informando que o réu é amplamente conhecido por exercer a atividade de traficante na região, como é o caso dos autos.

2. Ademais, modificar o entendimento do Tribunal de origem para reconhecer que o agravante não se dedica à prática de atividades criminosas e, com isso, preenche os requisitos para a aplicação da causa especial de pena, tal como postulado, demandaria o reexame de todo o conjunto fático-probatório dos autos.

3. Cabe ao Juiz da execução aferir acerca da assistência judiciária gratuita. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1368267/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 02/04/2019)

Por tais fundamentos, não se conhece do pedido relativo a isenção de custas processuais.”.

No tocante aos pedidos de absolvição por ausência de provas ou desclassificação para conduta prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06, utilizou-se das seguintes razões de convencimento para dar negar provimento ao recurso nesse ponto:

“02- DO PLEITO DE ABSOLVIÇÃO E DA DESCLASSIFICAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI 11.343/2006.

Compulsando os autos, verifica-se que a imputação que recai sobre a apelante é a prática do tráfico de drogas, cujo flagrante delito se deu no dia 28 de outubro de 2017, por volta das 16:00hs, quando abordada pela polícia no Condomínio Sol e Mar, no Bairro Nossa Senhora da Vitória, em Ilhéus, trazia 25 (vinte e cinco) gramas de cocaína, no interior da bolsa para bebê que carregava.

Segundo se infere da denúncia elabora com base no IP nº. 869/2017, policiais militares estavam em ronda na localidade acima apontada quando perceberam o apelante em “atitude suspeita” e procederam à busca pessoal, encontrando em poder dele os entorpecentes descritos no Auto de Exibição e Apreensão de fls. 12.

Segundo consta dos Laudos Periciais de fls. 14 e 39 (constatação e definitivo, respectivamente), a substância é a benzilmetilecgonina (cocaína), constante na Lista F-1 de Substâncias Entorpecentes de uso proscrito no Brasil, da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, ora em vigor, restando comprava, pois, a materialidade delitiva.

No que tange à autoria do crime, passemos ao exame da prova construída no curso da persecução penal.

A prova testemunhal foi construída pelos depoimentos dos policiais militares responsáveis pela abordagem, sendo colhido, também, na fase inquisitorial, o interrogatório da ré, senão vejamos:

SD PM TASCIO DE ALMEIDA CARVALHO PÓVOA (fls.):“(...) já tem muito tempo, não me recordo direito; essa Daiane era traficante, direto a gente prendia ela e conduzia pra delegacia; a droga foi encontrada na bolsa da bebê dela, que ficava no colo; ela sempre ficava do lado do bloco, ela é uma morena; sempre traficando; não me recordo da droga, estava na bolsa infantil; detalhes não me recordo.”

SD PM ANDRÉ RIOS FERREIRA (fls.):“(...) eram drogas que estavam com ela e uma balança; eu não lembro se era balança ou era droga que tava na bolsa .”

SD PM SALMON MENEZES PORTO (fls.):“(...) só me recordo de uma situação que a gente abordou uma mulher e foi encontrado droga na bolsa de uma criança; me recordo da diligência (...).”

Interrogatório em fase policial da ré DAIANE BARBOSA BISPO SENA (fls. 15/16): “(...) que estava sentada com sua bebê recém-nascida com sua amiga Karine (...); que os policiais militares acharam que só porque a interrogada estava com sua bebê no colo foram afirmar que a interrogada era dona da droga; que a sacola apresentada nesta delegacia a interrogada alega que não é de sua propriedade; que a droga foi achada no fundo do prédio da interrogada; que a interrogada já foi presa por tráfico de drogas no mês passado (...); que a interrogada usa drogas e que usa cocaína (...); que quem sustenta a interrogada é a sua sogra, pois seu marido que o seu marido (sic) se chama Roberto e está preso há três meses por tentativa de homicídio (...).”

Consoante se observa do conteúdo extraído da oitiva das testemunhas acima transcrito é possível perceber a existência de harmonia na narrativa, havendo congruência nos fatos relatados concernentes ao flagrante delito que culminou na prisão da recorrente.

Com efeito, os policiais apontaram o modo como a abordagem foi feita, resultando na apreensão da droga.

Malgrado a recorrente negue a posse da droga apontada pelos policiais, confessando que é apenas usuária do referido entorpecente, conforme consta de seu interrogatório prestado em sede inquisitorial, porquanto foi revel em juízo, a Defesa deixou de arrolar testemunhas que pudessem confirmar a versão da ré, desconstituindo, assim, a palavra dos policiais a fim de ensejar uma possível absolvição.

Em contrapartida é cediço que a palavra dos policiais constitui, nos termos da jurisprudência majoritária do STJ, prova idônea a ensejar a construção da justa causa penal, quando coerentes com os demais elementos de prova e colhidas sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

Eis a transcrição de alguns julgados sobre o tema em referencia.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. RECONSIDERAÇÃO. AGRAVO INTERNO. RETRATAÇÃO NA ORIGEM PARA APRECIACÃO DE TODAS AS MATÉRIAS SUSCITADAS. TRÁFICO DE DROGAS. CORRUPÇÃO ATIVA. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. ATENUANTE. CONFISSÃO. SUM. 231/STJ. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO. QUANTIDADE DE DROGAS. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS ADICIONAIS. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REDIMENSIONAMENTO. NECESSIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Tendo em vista que o Tribunal a quo realizou juízo de retratação ao apreciar o agravo interno na origem e, em observância ao princípio da ampla devolutividade dos recursos, remeteu os autos à esta Corte Superior para a apreciação de todas as matérias suscitadas, o agravo deve ser conhecido.

2. Tendo a Corte de origem concluído pela existência de prova apta a amparar o édito condenatório, considerando que houve a apreensão de 431,5 gramas de maconha e de caderno de anotações do tráfico, bem como que, no momento da abordagem, o réu ofereceu dinheiro aos agentes para que não fosse preso, não tendo sido produzida qualquer prova da suspeição ou impedimento dos policiais, a revisão do julgado, para fins de absolvição ou desclassificação do delito, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível a teor da Súmula 7/STJ.

3. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem credibilidade como elementos de convicção, máxime quando em harmonia com os elementos constantes dos autos.

4. Nos termos da Súmula 231/STJ, segundo a qual a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

5. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, a indicação da quantidade de drogas apreendida, isoladamente, sem a expressa referência a circunstâncias concretas adicionais, não justifica o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

6. Aplicada a minorante do tráfico privilegiado, a pena deve ser redimensionada para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, a qual deve ser somada com a pena fixada pelas instâncias de origem para delito previsto no art. 333, caput, do CP (2 anos de reclusão, além do pagamento de 10 dias-multa), em razão do concurso de crimes, totalizando 3 anos e 8 meses de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 176 dias-multa.

7. Considerada a primariedade do réu e o quantum de pena aplicado, cabível a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos estritos termos dos arts. 33 e 44 do Código Penal, a serem fixadas pelo Juízo de Execução.

8. Agravo regimental parcialmente provido para fixar a pena do recorrente GLEISON BEZERRA DE ALMEIDA para 3 anos e 8 meses de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 176 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução.

(AgRg no AREsp 1698767/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 14/09/2020)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRAFICO DE DROGAS.

CONDENAÇÃO LASTREADA NO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. QUANTIDADE DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PROPORCIONALIDADE. REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA SANÇÃO. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. ART. 33, § 2º, A, DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese.

2. A individualização da reprimenda é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada.

Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

3. O Tribunal de origem, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade do entorpecente apreendido – aproximadamente 16,425 quilogramas de maconha – para elevar a pena-base em 1 ano, o que não se mostra desarrazoado.

4. A agravação da pena pela reincidência está expressamente prevista no art. 61 do Código Penal.

5. No caso, não se verifica o apontado bis in idem, pois, como posto no decisum impugnado, a quantidade de droga apreendida foi considerada para exasperar a pena-base em 1 (um) ano, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, enquanto a negativa de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas se deu em razão da reincidência.

6. Uma vez que a pena definitiva manteve-se inalterada, no patamar de 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, fica mantido o regime inicial fechado para o resgate da sanção, nos termos do art. 33, § 2º, a, do Estatuto Repressivo.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag no REsp 1877763/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 15/09/2020)

Frise-se, ainda, que em relação ao enquadramento jurídico da conduta do recorrente no tipo penal do art. 28 da Lei nº. 11.343/2006 a prova constante dos autos não permite a desclassificação pretendida. Veja.

Ao analisar os autos não foi possível identificar elementos de prova que robustecesse a alegação de que a apelante ostenta a condição de usuária.

Pois bem, ainda que 25 (vinte e cinco) gramas de cocaína não possam ser enquadradas como grande quantidade de droga, a posse de balança de precisão e sacos plásticos utilizados normalmente para embalar entorpecentes, conforme Auto de Exibição e Apreensão de fls. 12, não conduz ao raciocínio pretendido pela Defesa, no sentido de que a drogas se destinavam ao uso, principalmente, porque não há nos autos outros elementos que corroborem para a desclassificação.

Diante do exposto, não tendo a defesa se desincumbido do mister de

reverter a prova da acusação, estando, por outro lado, evidenciada a autoria e materialidade delitiva do crime de tráfico de drogas, não há que se falar em absolvição da Apelante por incidência do art. 386 VII (insuficiência probatória), bem como a desclassificação para o art. 28 da Lei nº. 11.343/2006 devendo, pois, ser mantida a condenação pelo crime capitulado no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006.

Ultrapassado o pleito absolutório, passo à análise do redimensionamento da reprimenda.”.

Diverge-se, data vênia, da eminente Desembargadora originária, no quanto a aplicar o redutor especial previsto no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

De início convém esclarecer que o tráfico privilegiado, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça corresponde a “causa especial de diminuição de pena que tem suas raízes em questões de política criminal, surgindo como um favor legislativo ao pequeno traficante, ainda não envolvido em maior profundidade com o mundo criminoso, de forma a propiciar-lhe uma oportunidade mais rápida de ressocialização”(STJ. REsp 1329088/RS, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Terceira Seção, DJe 26/4/2013).

Logo a incidência de tal redutor requer que o agente seja primário, tenha bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas e não integre organização criminosa, não sendo este o caso dos autos.

Na presente hipótese, como salientado pelo Magistrado de origem, a existência de outras 02 (duas) ações penais em desfavor da apelante, identificadas sob os números, 0500043-17.2018.8.05.0103 – condenação por tráfico ilícito de drogas em 25.11.2021, e 0303410-03.2018.8.05.0113, em andamento e que apura suposta prática de furto, assim como a natureza da droga apreendida, as circunstâncias da prisão da apelante, e demonstram sua dedicação a atividade criminosa, impossibilitando o reconhecimento da figura do tráfico privilegiado.

Dessa forma, afastada a causa de diminuição e ausente causas de aumento estabilizam-se definitivamente as penas em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão e 550 (quinhentos e cinquenta) dias- multa, no mínimo legal, aplicadas em desfavor do recorrente.

De igual sorte, permanece inalterado o regime prisional semiaberto para cumprimento inicial da pena reclusiva, nos termos do art. 33 do § 2º, b, c/c o § 3º, do Código Penal.

Por fim, inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, porquanto não preenchidos os requisitos do art. 44 do CP.

Pelo exposto, à unanimidade de votos, não se conhece do pleito de gratuidade da justiça e nega-se provimento ao apelo defensivo, para afastar os requerimentos de absolvição por ausência de provas e desclassificação para a conduta prevista no art. 28 da Lei nº 11.343/06, e, por maioria de votos, mantém-se a não aplicação do redutor previsto no

art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, permanecendo inalterado o regime semiaberto para início do cumprimento da pena reclusiva.

Salvador, 12 de maio de 2022.

Desa. IVETE CALDAS SILVA FREITAS MUNIZ
Relatora designada para lavrar o acórdão

VOTO VENCIDO

Presentes os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade do recurso, conheço da Apelação.

Cinge-se a presente pretensão recursal na necessidade de reforma da sentença de fls. 92/97, formulando a Defesa da apelante, em suas razões de fls. 109/118, o pleito de absolvição ou desclassificação do tráfico de drogas para o delito do art. 28 da Lei nº. 11.343/2006, ante a não comprovação da conduta inculpada no art. 33 do mesmo diploma legal, sendo o caso de se aplicar o princípio do in dubio pro reo.

Requeru, subsidiariamente, o reconhecimento do “tráfico privilegiado”, procedendo-se, por fim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos e a concessão da justiça gratuita.

Por derradeiro, prequestiona os arts. art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, ao artigo 386, V e VII, do Código de Processo Penal, assim como ao artigo 5º, LXXIV, LIV, LV e LVII, da Constituição Federal.

01-DA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO DA GRATUIDADE DA JUSTIÇA

Ab initio, quanto ao pedido de assistência judiciária gratuita formulado pelos recorrentes, impende registrar que cabe ao Juízo das Execuções Penais examinar tal matéria, nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, não podendo ser conhecido, portanto, por este órgão ad quem, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. NULIDADE DECORRENTE DA FALTA DE REGISTRO ESCRITO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. INCIDÊNCIA DOS VERBETES SUMULARES N.º 282 DA SUPREMA CORTE E N.º 211 DESTA CORTE SUPERIOR. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. UTILIZAÇÃO COMO MEIO PARA ANÁLISE DO MÉRITO DO RECURSO. INVIABILIDADE. BUSCA E APREENSÃO DOMICILIAR. POSSIBILIDADE. INVIOLABILIDADE DE DOMICÍLIO. EXISTÊNCIA DE FUNDADAS RAZÕES SOBRE A PRÁTICA DO ILÍCITO. GRATUIDADE DA JUSTIÇA. ISENÇÃO DE CUSTAS. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A tese de nulidade decorrente da falta de registro escrito da sentença condenatória não foi objeto de análise pelo Tribunal de origem. Carece a

questão, portanto, de prequestionamento, incidindo as Súmulas n.º 282 da Suprema Corte e n.º 211 desta Corte Superior.

2. Nos termos do artigo 654, § 2.º, do Código de Processo Penal, o habeas corpus de ofício é deferido por iniciativa dos Tribunais quando detectarem ilegalidade flagrante, não se prestando como meio para que a Defesa obtenha pronunciamento judicial acerca do mérito de recurso que não ultrapassou os requisitos de admissibilidade. 3.

O tráfico ilícito de drogas é delito permanente, podendo a autoridade policial ingressar no interior do domicílio do agente, a qualquer hora do dia ou da noite, para fazer cessar a prática criminosa e apreender a substância entorpecente que nele for encontrada, sem que, para tanto, seja necessária a expedição de mandado de busca e apreensão.

4. No caso concreto, a entrada na residência pela autoridade policial foi precedida de fundadas razões que levaram à suspeita da prática do crime, mormente pelo fato de que existiam denúncias apontando o Agravante como traficante local, sendo que os milicianos visualizaram o Acusado portando porções da droga. O Réu, ao perceber a presença dos agentes da lei, tentou dispensar os entorpecentes.

5. A concessão do benefício da gratuidade da justiça não exclui a condenação do Acusado ao pagamento das custas processuais, mas tão somente a suspensão da sua exigibilidade pelo prazo de cinco anos. Ademais, a análise da miserabilidade do Condenado, visando à inexigibilidade do pagamento das custas, deve ser feita pelo Juízo das Execuções.

6. Agravo regimental desprovido. (AgRg no AREsp 1371623/SC, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 11/04/2019, DJe 30/04/2019)

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. artigo 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. ACÓRDÃO A QUO QUE NEGOU A INCIDÊNCIA DO REDUTOR, POR ENTENDER QUE O ACUSADO SE DEDICAVA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. REVER TAL ENTENDIMENTO. NECESSIDADE DE REEXAME DOS FATOS. SÚMULA 7/STJ. DENÚNCIAS ANÔNIMAS. DEPOIMENTOS DE POLICIAIS INFORMANDO QUE O RÉU EXERCE A ATIVIDADE DE TRAFICANTE. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA GRATUITA. COMPETÊNCIA. JUÍZO DA EXECUÇÃO.

1. Apesar de o réu ser primário e possuir bons antecedentes, a jurisprudência aceita que a dedicação a atividades criminosas ou a integração a organizações criminosas sejam aferidas por outros meios, como por exemplo: a apreensão de substancial quantidade de droga atrelada a petrechos; a existência de inquéritos policiais e ações penais em andamento; ou, até mesmo, em razão de notícias anônimas e depoimentos de policiais em juízo informando que o réu é amplamente conhecido por exercer a atividade de traficante na região, como é o caso dos autos.

2. Ademais, modificar o entendimento do Tribunal de origem para reconhecer que o agravante não se dedica à prática de atividades criminosas e, com isso, preenche os requisitos para a aplicação da causa especial de pena, tal como postulado, demandaria o reexame de todo o conjunto fático-probatório dos autos.

3. Cabe ao Juiz da execução aferir acerca da assistência judiciária gratuita. Precedentes.

4. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 1368267/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, julgado em 19/03/2019, DJe 02/04/2019)

Por tais fundamentos, não se conhece do pedido relativo a isenção de custas processuais.

02- DO PLEITO DE ABSOLVIÇÃO E DA DESCLASSIFICAÇÃO DO TRÁFICO DE DROGAS PARA A CONDUTA PREVISTA NO ART. 28 DA LEI 11.343/2006.

Compulsando os autos, verifica-se que a imputação que recai sobre a apelante é a prática do tráfico de drogas, cujo flagrante delito se deu no dia 28 de outubro de 2017, por volta das 16:00hs, quando abordada pela polícia no Condomínio Sol e Mar, no Bairro Nossa Senhora da Vitória, em Ilhéus, trazia 25 (vinte e cinco) gramas de cocaína, no interior da bolsa para bebê que carregava.

Segundo se infere da denúncia elabora com base no IP nº. 869/2017, policiais militares estavam em ronda na localidade acima apontada quando perceberam o apelante em “atitude suspeita” e procederam à busca pessoal, encontrando em poder dele os entorpecentes descritos no Auto de Exibição e Apreensão de fls. 12.

Segundo consta dos Laudos Periciais de fls. 14 e 39 (constatação e definitivo, respectivamente), a substância é a benzilmetilecgonina (cocaína), constante na Lista F-1 de Substâncias Entorpecentes de uso proscriuto no Brasil, da Portaria 344/98 da Secretaria de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, ora em vigor, restando comprava, pois, a materialidade delitiva.

No que tange à autoria do crime, passemos ao exame da prova construída no curso da persecução penal.

A prova testemunhal foi construída pelos depoimentos dos policiais militares responsáveis pela abordagem, sendo colhido, também, na fase inquisitorial, o interrogatório da ré, senão vejamos:

SD PM TASCIO DE ALMEIDA CARVALHO PÓVOA (fls.): “(...) já tem muito tempo, não me recordo direito; essa Daiane era traficante, direto a gente prendia ela e conduzia pra delegacia; a droga foi encontrada na bolsa da bebê dela, que ficava no colo; ela sempre ficava do lado do bloco, ela é uma morena; sempre traficando; não me recordo da droga, estava na bolsa infantil; detalhes não me recordo.”

SD PM ANDRÉ RIOS FERREIRA (fls.): “(...) eram drogas que estavam com ela e uma balança; eu não lembro se era balança ou era droga que tava na bolsa .”

SD PM SALMON MENEZES PORTO (fls.): “(...) só me recordo de uma situação que a gente abordou uma mulher e foi encontrado droga na bolsa de uma criança; me recordo da diligência (...).”

Interrogatório em fase policial da ré DAIANE BARBOSA BISPO SENA (fls. 15/16): “(...) que estava sentada com sua bebê recém-nascida com sua amiga Karine (...); que os policiais militares acharam que só porque a interrogada estava com sua bebê no colo foram afirmar que a interrogada era dona da droga; que a sacola apresentada nesta delegacia a interrogada alega que não é de sua propriedade; que a droga foi achada no fundo do

prédio da interrogada; que a interrogada já foi presa por tráfico de drogas no mês passado (...); que a interrogada usa drogas e que usa cocaína (...); que quem sustenta a interrogada é a sua sogra, pois seu marido que o seu marido (sic) se chama Roberto e está preso há três meses por tentativa de homicídio (...).

Consoante se observa do conteúdo extraído da oitiva das testemunhas acima transcrito é possível perceber a existência de harmonia na narrativa, havendo congruência nos fatos relatados concernentes ao flagrante delito que culminou na prisão da recorrente.

Com efeito, os policiais apontaram o modo como a abordagem foi feita, resultando na apreensão da droga.

Malgrado a recorrente negue a posse da droga apontada pelos policiais, confessando que é apenas usuária do referido entorpecente, conforme consta de seu interrogatório prestado em sede inquisitorial, porquanto foi revel em juízo, a Defesa deixou de arrolar testemunhas que pudessem confirmar a versão da ré, desconstituindo, assim, a palavra dos policiais a fim de ensejar uma possível absolvição.

Em contrapartida é cediço que a palavra dos policiais constitui, nos termos da jurisprudência majoritária do STJ, prova idônea a ensejar a construção da justa causa penal, quando coerentes com os demais elementos de prova e colhidas sob o crivo do contraditório e ampla defesa.

Eis a transcrição de alguns julgados sobre o tema em referencia.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DECISÃO AGRAVADA. RECONSIDERAÇÃO. AGRAVO INTERNO. RETRATAÇÃO NA ORIGEM PARA APRECIACÃO DE TODAS AS MATÉRIAS SUSCITADAS. TRÁFICO DE DROGAS. CORRUPÇÃO ATIVA. ABSOLVIÇÃO. DESCLASSIFICAÇÃO. NECESSIDADE DE REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. DOSIMETRIA. ATENUANTE. CONFISSÃO. SUM. 231/STJ. ART. 33, § 4º, DA LEI DE DROGAS. AFASTAMENTO. QUANTIDADE DE DROGAS. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS ADICIONAIS. ILEGALIDADE. OCORRÊNCIA. REDIMENSIONAMENTO. NECESSIDADE. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR RESTRITIVAS DE DIREITOS. AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Tendo em vista que o Tribunal a quo realizou juízo de retratação ao apreciar o agravo interno na origem e, em observância ao princípio da ampla devolutividade dos recursos, remeteu os autos à esta Corte Superior para a apreciação de todas as matérias suscitadas, o agravo deve ser conhecido.

2. Tendo a Corte de origem concluído pela existência de prova apta a amparar o édito condenatório, considerando que houve a apreensão de 431,5 gramas de maconha e de caderno de anotações do tráfico, bem como que, no momento da abordagem, o réu ofereceu dinheiro aos agentes para que não fosse preso, não tendo sido produzida qualquer prova da suspeição ou impedimento dos policiais, a revisão do julgado, para fins de absolvição ou desclassificação do delito, demandaria o revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível a teor da Súmula 7/STJ.

3. Orienta-se a jurisprudência no sentido de que os depoimentos dos agentes policiais, colhidos sob o crivo do contraditório, merecem

credibilidade como elementos de convicção, máxime quando em harmonia com os elementos constantes dos autos.

4. Nos termos da Súmula 231/STJ, segundo a qual a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.

5. Conforme a jurisprudência desta Corte Superior, a indicação da quantidade de drogas apreendida, isoladamente, sem a expressa referência a circunstâncias concretas adicionais, não justifica o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006.

6. Aplicada a minorante do tráfico privilegiado, a pena deve ser redimensionada para 1 ano e 8 meses de reclusão e 166 dias-multa, a qual deve ser somada com a pena fixada pelas instâncias de origem para delito previsto no art. 333, caput, do CP (2 anos de reclusão, além do pagamento de 10 dias-multa), em razão do concurso de crimes, totalizando 3 anos e 8 meses de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 176 dias-multa.

7. Considerada a primariedade do réu e o quantum de pena aplicado, cabível a fixação do regime aberto e a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, nos estritos termos dos arts. 33 e 44 do Código Penal, a serem fixadas pelo Juízo de Execução.

8. Agravo regimental parcialmente provido para fixar a pena do recorrente GLEISON BEZERRA DE ALMEIDA para 3 anos e 8 meses de reclusão, em regime aberto, além do pagamento de 176 dias-multa, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, a serem fixadas pelo Juízo de Execução.

(AgRg no AREsp 1698767/SP, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 14/09/2020)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRAFICO DE DROGAS. CONDENAÇÃO LASTREADA NO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS. AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. QUANTIDADE DE DROGAS. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. PROPORCIONALIDADE. REINCIDÊNCIA. APLICAÇÃO DO REDUTOR DO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. IMPOSSIBILIDADE. BIS IN IDEM. INEXISTÊNCIA. FIXAÇÃO DO REGIME INICIAL FECHADO PARA O CUMPRIMENTO DA SANÇÃO. PENA SUPERIOR A 8 ANOS. ART. 33, § 2º, A, DO CÓDIGO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Esta Corte tem entendimento firmado no sentido de que os depoimentos dos policiais responsáveis pela prisão em flagrante são meio idôneo e suficiente para a formação do édito condenatório, quando em harmonia com as demais provas dos autos, e colhidos sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, como ocorreu na hipótese.

2. A individualização da reprimenda é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada.

Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena.

3. O Tribunal de origem, atento as diretrizes do art. 42 da Lei de Drogas, considerou a quantidade do entorpecente apreendido – aproximadamente 16,425 quilogramas de maconha – para elevar a pena-base em 1 ano, o que não se mostra desarrazoado.

4. A agravação da pena pela reincidência está expressamente prevista no art. 61 do Código Penal.

5. No caso, não se verifica o apontado bis in idem, pois, como posto no decisum impugnado, a quantidade de droga apreendida foi considerada para exasperar a pena-base em 1 (um) ano, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, enquanto a negativa de aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas se deu em razão da reincidência.

6. Uma vez que a pena definitiva manteve-se inalterada, no patamar de 8 (oito) anos e 2 (dois) meses de reclusão, fica mantido o regime inicial fechado para o resgate da sanção, nos termos do art. 33, § 2º, a, do Estatuto Repressivo.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag no REsp 1877763/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 08/09/2020, DJe 15/09/2020)

Frise-se, ainda, que em relação ao enquadramento jurídico da conduta do recorrente no tipo penal do art. 28 da Lei nº. 11.343/2006 a prova constante dos autos não permite a desclassificação pretendida. Veja.

Ao analisar os autos não foi possível identificar elementos de prova que robustecesse a alegação de que a apelante ostenta a condição de usuária.

Pois bem, ainda que 25 (vinte e cinco) gramas de cocaína não possam ser enquadradas como grande quantidade de droga, a posse de balança de precisão e sacos plásticos utilizados normalmente para embalar entorpecentes, conforme Auto de Exibição e Apreensão de fls. 12, não conduz ao raciocínio pretendido pela Defesa, no sentido de que a drogas se destinavam ao uso, principalmente, porque não há nos autos outros elementos que corroborem para a desclassificação.

Diante do exposto, não tendo a defesa se desincumbido do mister de reverter a prova da acusação, estando, por outro lado, evidenciada a autoria e materialidade delitiva do crime de tráfico de drogas, não há que se falar em absolvição da Apelante por incidência do art. 386 VII (insuficiência probatória), bem como a desclassificação para o art. 28 da Lei nº. 11.343/2006 devendo, pois, ser mantida a condenação pelo crime capitulado no art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006.

Ultrapassado o pleito absolutório, passo à análise do redimensionamento da reprimenda.

03- DA APLICAÇÃO DO REDUTOR DO TRÁFICO PRIVILEGIADO

Passemos, então, a terceira fase dosimétrica e à análise da suposta causa de diminuição, alegada pela defesa: o art. 33, § 4º; da Lei nº 11.343/2006.

Pugna a defesa da recorrente pela aplicação da fração máxima do tráfico privilegiado. (fls. 118)

A causa de diminuição de pena, alegada pela defesa, a qual seria responsável por reduzir a pena definitiva em 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), presente no § 4º do mesmo artigo pelo qual fora condenado o suplicante, exige o preenchimento de quatro requisitos distintos: I – a

primariedade do agente; II – os bons antecedentes; III – não dedicação a atividades criminosas; e IV – não integração de organização criminosa.

Isso porque a razão de ser da causa especial de diminuição de pena, prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006 é justamente punir com menos rigor o pequeno traficante, ou seja, aquele indivíduo que não faz do tráfico seu meio de vida ou atividade habitual.

Compulsando os autos, observa-se que a Magistrada de piso, na terceira fase da dosimetria da reprimenda do apelante, às fls. 94, não reconheceu a redutora do tráfico privilegiado, porquanto “a ré responde a outro processo nesta comarca (0504253-48.2017.8.05.0103, em trâmite neste juízo) em que também é acusada do crime de tráfico de drogas, tendo sido presa no dia 17.09.2017, num contexto bastante semelhante ao presente caso, ou seja, escondendo as substâncias entorpecentes numa bolsa infantil. Assim, entendo que os fatos do caso concreto e ação penal em andamento tem aptidão expressar a dedicação da ré a atividades criminosas para o fim de impedir a aplicação da pretendida causa de diminuição de pena de que trata o § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006.”.

Da análise do trecho acima transcrito, observa-se que Magistrada de piso justificou a impossibilidade de aplicação do aludido redutor pelo fato do apelante responder a outro processo, circunstância que levaria a conclusão de dedicação a atividades criminosas.

Ocorre que, as Cortes Superiores tem entendimento, o qual esta Desembargadora Relatora adota, que inquéritos policiais e/ou ações penais em curso não constituem fundamento idôneo a justificar o afastamento da causa de diminuição de pena prevista no § 4º, art. 33 da Lei 11.343/2006. Vejamos:

PENA – FIXAÇÃO – ANTECEDENTES – INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO – DESINFLUÊNCIA. O Pleno do Supremo, no julgamento do recurso extraordinário nº 591.054, de minha relatoria, assentou a neutralidade, na definição dos antecedentes, de inquéritos ou processos em tramitação, considerado o princípio constitucional da não culpabilidade. PENA – CAUSA DE DIMINUIÇÃO – ARTIGO 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 – ATIVIDADES CRIMINOSAS – DEDICAÇÃO – PROCESSOS EM CURSO. Revela-se inviável concluir pela dedicação do acusado a atividades criminosas, afastando-se a incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006, considerado processo-crime em tramitação.

(HC 173806, Relator (a): MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 18/02/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-049 DIVULG 06-03-2020 PUBLIC 09-03-2020)(grifos nossos).

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FIXAÇÃO DA PENA. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO § 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/2006. INQUÉRITOS E PROCESSOS EM CURSO: FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO. PRECEDENTES. ORDEM CONCEDIDA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.

(HC 170392 AgR, Relator (a): CÁRMEN LÚCIA, Segunda Turma, julgado em 08/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-148 DIVULG 12-06-2020 PUBLIC 15-06-2020)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. MINUTA DE AGRAVO QUE NÃO INFIRMA ESPECIFICAMENTE OS FUNDAMENTOS DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. SÚMULA N. 7 DO STJ. RAZÕES RECURSAIS. IMPUGNAÇÃO GENÉRICA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. AÇÕES PENAIS EM CURSO. FUNDAMENTO INIDÔNEO PARA AFASTAR A MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CONCEDIDO HABEAS CORPUS, DE OFÍCIO.

1. Nas razões do agravo em recurso especial, não foi rebatido, especificamente, o fundamento da decisão agravada relativo à incidência da Súmula n. 7/STJ, atraindo, à espécie, a aplicação da Súmula n. 182/STJ.

2. No tocante à aplicação da Súmula n. 7 do Superior Tribunal de Justiça, nas razões do agravo em recurso especial, o Agravante se limitou a sustentar genericamente que a matéria seria apenas jurídica, sem explicitar, à luz da tese recursal trazida no recurso especial, de que maneira a análise não dependeria do reexame de provas. Assim, não houve a observância da dialeticidade recursal, motivo pelo qual careceu o referido recurso de pressuposto de admissibilidade, qual seja, a impugnação efetiva e concreta aos fundamentos utilizados para inadmitir o recurso especial, no caso, a incidência da citada súmula desta Corte.

3. São condições para que o condenado faça jus à diminuição da pena prevista no § 4.º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006: ser primário, ter bons antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organizações criminosas. Esses requisitos precisam ser preenchidos conjuntamente.

4. Na hipótese, o único fundamento utilizado pela Corte a quo para afastar a incidência da minorante do tráfico privilegiado foi a existência de 1 (uma) ação penal em curso em desfavor do Agravante.

5. A Suprema Corte, em recentes precedentes, consignou que na ausência das demais situações impeditivas da causa de diminuição da pena, tão-somente a existência de ações penais sem trânsito em julgado não pode justificar a negativa de minorante, na esteira do entendimento, firmado sob a sistemática da repercussão geral, de que, "ante o princípio constitucional da não culpabilidade, inquéritos e processos criminais em curso são neutros na definição dos antecedentes criminais." (RE 591.054, Tema 129, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO, PLEN0, DJe 26/02/2015).

6. Desse modo, com a ressalva do meu entendimento pessoal, impõe-se a reforma da dosimetria da pena, com a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, de acordo com a orientação predominante do Supremo Tribunal Federal.

7. In casu, a quantidade de droga foi utilizada para majorar a pena-base. Portanto, aplica-se a minorante em seu patamar máximo, nos termos do ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Supremo Tribunal Federal reconheceu bis in idem na utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.

Ministro GILMAR MENDES, DJe 06/05/2014).

8. No que diz respeito ao regime prisional, a despeito de o quantum da pena, com a nova dosimetria ora realizada, ter sido estabelecido em patamar aquém de 4 (quatro) anos de reclusão, a existência de vetorial negativa – no caso, a quantidade e natureza das drogas apreendidas –, justifica a fixação do modo inicial semiaberto.

9. Agravo regimental desprovido. Concedido habeas corpus, de ofício, para,

fazendo incidir a minorante do tráfico privilegiado, redimensionar as penas aos patamares de 2 (dois) anos, 4 (quatro) meses e 24 (vinte e quatro) dias de reclusão, em regime inicial semiaberto, e pagamento de 240 (duzentos e quarenta) dias-multa, no mínimo legal.

(AgRg no AREsp 1834919/SE, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/06/2021, DJe 25/06/2021)

Portanto, ante ausência de fundamentos suficiente o bastante para justificar a não aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no § 4º, art. 33 da Lei de Drogas, deve o pleito da defesa ser provido, a fim de aplicar, em favor da apelante, o redutor de pena.

No que tange ao quantum de redução da pena, é cediço que o legislador não especificou parâmetros para escolha das frações prevista na inteligência do § 4º, art. 33 da Lei 11.343/2006, devendo ser consideradas, para orientar o cálculo da causa de diminuição de pena as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do CPB e art. 42 da citada legislação.

No caso em vertente, tendo em vista a pequena quantidade de drogas apreendidas, a saber, 25 (vinte e cinco) gramas de cocaína, entendo ser adequada e suficiente a redução no patamar mínimo de 2/3 (dois terços).

Diante do exposto, reduzo a pena da acusada, na fração de 2/3 (dois terços), ficando a reprimenda do recorrente em 01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão.

A pena de multa, para guardar proporcionalidade com a privativa de liberdade, deve ser alterada para 186 (cento e oitenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

O regime deve ser alterado para o aberto, conforme inteligência do art. 33, § 2º, alínea c do Código Penal Brasileiro.

04- DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITOS

Requer, ainda, a recorrente seja substituída a pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos.

Considerando que a quantidade de pena aplicada à acusada está no limite máximo estabelecido pelo requisito do inciso I do art. 44 do CPB, o fato do crime não ter sido cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a ausência de reincidência em crime doloso, bem como que a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade da recorrente, bem como os motivos e as circunstâncias são favoráveis, substituo a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos, consistentes em Prestação de Serviços à Comunidade, em local a ser designado pelo Juízo da Execução, e Interdição Temporária de Direitos, na proibição de frequentar determinados lugares, pelo tempo a ser calculado e lugares a serem especificados pelo referido Juízo.

05- DO PREQUESTIONAMENTO

Por fim, prequestiona a Defesa, às fls.117, para efeitos de interposição de Recurso Especial e Extraordinário, o art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, ao artigo 386, V e VII, do Código de Processo Penal, assim como ao artigo 5º, LXXIV, LIV, LV e LVII, da Constituição Federal.

Registre-se, pois, que não houve infringência dos dispositivos supramencionados, de forma que a fundamentação exposta ao longo deste voto apresenta interpretação quanto à matéria legal sob discussão, apontando das razões do convencimento desta Relatora, não se devendo cogitar de negativa às mencionadas normas legais.

Despiciendo, portanto, abordar todas as matérias debatidas ou dispositivos legais indicados, mesmo em face do prequestionamento

Assim, diante do fundamentado acima, altero a pena definitiva da apelante, Daiane Barbosa Bispo Sena, para 01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão, em regime aberto, bem como ao pagamento de 186 (cento e oitenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, substituindo a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos, consistentes em Prestação de Serviços à Comunidade, em local a ser designado pelo Juízo da Execução, e Interdição Temporária de Direitos, na proibição de frequentar determinados lugares, pelo tempo a ser calculado e lugares a serem especificados pelo referido Juízo.

Ex positis, acolhe esta Primeira Turma da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça da Bahia, por unanimidade, o voto através do qual CONHECE PARCIALMENTE O RECURSO E, NA EXTENSÃO CONHECIDA, JULGA PARCIALMENTE PROVIDO O APELO para aplicar à recorrente, DAIANE BARBOSA BISPO SENA, a causa de diminuição de pena prevista na inteligência do § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/2006, alterando-se a reprimenda imposta para 01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão, em regime aberto, bem como ao pagamento de 186 (cento e oitenta e seis) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, substituindo a pena privativa de liberdade por 02 (duas) restritivas de direitos, consistentes em Prestação de Serviços à Comunidade, em local a ser designado pelo Juízo da Execução, e Interdição Temporária de Direitos, na proibição de frequentar determinados lugares, pelo tempo a ser calculado e lugares a serem especificados pelo referido Juízo.

Salvador/BA, de de 2022.

Desa. Soraya Moradillo Pinto

Relatora