

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma

Gab. Des.

Tribunal de Justiça do Estado da Bahia

Segunda Câmara Criminal Segunda Turma

Apelação nº 0500938-41.2019.8.05.0103

Origem do Processo: Comarca de Ilhéus

Apelante:

Defensora Pública:

Apelado: Ministério Público do Estado da Bahia

Promotor de Justiça:

Procuradora de Justiça:

Relator:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. CONJUNTO PROBATÓRIO SUFICIENTE PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO. AUTORIA E MATERIALIDADE INQUESTIONÁVEIS. APREENSÃO DE 28 PEDRAS DE CRAQUE (4,50g) E 03 BUCHAS DE MACONHA (11,14g). PRETENSE APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO EM SEU PATAMAR MÁXIMO (2/3). CONCEDIDO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA BASEADA EM ATO INFRACIONAL PRETÉRITO E NATUREZA DA DROGA. PRECEDENTES STF/STJ. DOSIMETRIA ALTERADA PARA 01 ANO E 08 MESES DE RECLUSÃO E 166 DIAS-MULTA. CONVERTIDA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE EM RESTRITIVA DE DIREITOS. GRATUIDADE DE JUSTIÇA. DESCABIDA. CONDENAÇÃO ÀS CUSTAS PREVISTA NO ART. 804 DO CPP. HIPOSSUFICIÊNCIA DO APELANTE. MATÉRIA AFETA AO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE.

A C Ó R D ã O

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma

Gab. Des.

Vistos, Relatados e discutidos os autos da apelação nº 0500938-41.2019.8.05.0103, em que são partes as acima citadas.

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Turma Julgadora da Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em DAR PROVIMENTO PARCIAL ao apelo, nos termos do voto do relator.

Trata-se de Apelação Criminal interposta por , inconformado com a sentença de fls. 94/104, proferida pelo Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Ilhéus/BA, nos Autos da Ação Penal nº 0500938-41.2019.8.05.0103, que julgou procedente a representação oferecida pelo Ministério Público, condenando-o nas sanções dos artigos 33, da Lei 11.343/2006, aplicando-lhe pena de 04 (quatro) anos de reclusão e 400 (quatrocentos) dias-multa, em regime inicial aberto, substituída a pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

A fim de evitar repetição desnecessária adoto o relatório da sentença, como segue:

“[...]”

O Ministério Público do Estado da Bahia, no uso de uma de suas atribuições legais, com base no incluso inquérito policial de nº 387/2019, ofereceu denúncia contra , brasileiro, natural de Itabuna/BA, nascido em 05/04/2000, filho de e , ensino fundamental incompleto, serviços gerais, imputando-lhe a prática do delito previsto no art. 33 da Lei nº 11.343/2006, nos seguintes termos:

“Consta no procedimento investigatório supracitado que, no dia 05 de

agosto de 2019, por volta de 16:30h, no Alto da Uberlândia, no município de Ilhéus, o denunciado trouxe consigo substâncias entorpecentes destinadas à comercialização.

Com efeito, uma guarnição da Polícia Militar efetuava ronda no referido local e o denunciado tentou empreender fuga, ao visualizar os agentes estatais.

Os policiais militares lograram alcançar o denunciado e, no bolso deste, apreenderam vinte e oito (28) pedras de crack, com peso global de 4,50 g (quatro gramas e cinquenta centigramas).

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma

Gab. Des.

buchas de maconha, com peso total de 11,14 g (onze gramas e quatorze centigramas), além de embalagens plásticas destinadas a acondicionar drogas.

Frise-se que o referido pote se encontrava atrás de uma tábua e foi, ali, colocado pelo denunciado, quando avistou a guarnição.

Saliente-se que a diversidade e quantidade de drogas, bem como o modo de acondicionamento respectivo, demonstram a finalidade de comercialização dos entorpecentes apreendidos.” (fls. 02/03)

Defesa prévia foi apresentada, por intermédio da Defensoria Pública (às fls. 65/66)

Recebida a denúncia consoante decisão de fls. 72.

Em audiência realizada no dia 04/12/2019, foram ouvidas 3 testemunhas de acusação, e foi interrogado o acusado.

Alegações finais orais apresentada pelo representante do Ministério Público em audiência, pleiteando pela procedência da ação e na aplicação da pena pugnou pela observância do art. 42 da Lei de Drogas. Ao final, requereu aplicação da pena acima do mínimo legal pela variedade de drogas, o cumprimento inicial da pena no regime fechado e que fosse negado ao réu o direito de recorrer em liberdade.

A Defesa apresentou alegações finais orais em audiência, requerendo a absolvição, ou subsidiariamente, desclassificação para o crime do artigo 28 da Lei 11.343/06. Pugnou pela concessão do direito de recorrer em liberdade e concessão dos benefícios da Justiça gratuita, aplicação da pena no mínimo legal com aplicação de causa de diminuição de pena no máximo e substituição por pena restritiva de direitos. [...]” (fls. 94/95)

Na sentença, liberada nos autos digitais em 09/12/2019, restou condenado o apelante:

“[...] Ante o exposto, e por tudo mais que dos autos consta, julgo procedente o pedido formulado na denúncia para condenar o réu , como incurso nas sanções previstas pelo art. 33, caput, da Lei nº. 11.343/2006 [...]” (fl. 102)

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma

Gab. Des.

reforma do decism.

Nas suas razões, a Defensoria Pública requereu a reforma da sentença para absolver o acusado, com fulcro no art. 386, V ou VII, do Código de Processo Penal. Alternativamente, pleiteou pela aplicação da fração máxima do art. 33, § 4º, da Lei 11.343/06, reduzindo-se a pena em 2/3 (dois terços), diante da ausência de fundamentação idônea para utilização de

quantum diverso, bem como a concessão de gratuidade de justiça.

Prequestionou, ainda, a Defesa, para efeito de recursos às instâncias superiores, as garantias previstas no artigo 5º, caput, da Constituição da República e, em especial, em seus incisos XLVI, LIV, LV e LVII, no que se refere ao princípio da individualização da pena, do princípio da proporcionalidade, do exame das provas coligidas aos autos e da presunção de inocência; o art. 93, IX, da Constituição Federal; o art. 386, V e VII, do Código de Processo Penal e o princípio do in dubio pro reo; o art. 33, caput e § 4º da Lei 11.343/06; o art. 42 da Lei 11.343/06; o art. 59 do Código Penal; o art. 156 do Código de Processo Penal; art. 98 e seguintes do Código de Processo Civil.

Nas contrarrazões apresentadas (fls. 138/144), postulou o Ministério Público do Estado da Bahia que seja negado provimento ao recurso mantendo-se, na íntegra, a sentença recorrida.

Emitiu parecer a douta procuradora de justiça, Belª. , manifestando-se pelo não conhecimento do apelo quanto à gratuidade de justiça e pelo conhecimento e não provimento dos demais pleitos recursais.

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conhece-se do recurso e passa-se à análise dos seus objetos.

Trata-se de apelação interposta por , na qual requer sua absolvição no crime previsto no art. 33, alegando insuficiência probatória. Desde já entendo não merecer provimento esse apelo.

A materialidade do ilícito mostrou-se alicerçada no auto de exibição e apreensão (fl. 15), no laudo de exame de constatação (fls. 17/18), no laudo pericial definitivo (fl. 57), atestando ser a substância apreendida 11,14g (Onze gramas e catorze

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma

Gab. Des.

centigramas) de tetrahydrocannabinol THC (maconha), distribuídas em 03 (três) unidades (buchas) e, benzoilmetilecgonina, na quantidade de 4,50g (quatro gramas e 50 centigramas), distribuídas em 28 unidades em forma de pedra, além dos depoimentos colhidos em juízo e na delegacia.

A autoria do delito restou comprovada através das declarações dos policiais, testemunhas arroladas, que foram firmes em declarar os fatos em sede inquisitorial.

O Policial Militar, , relatou que:

“[...]

Que procedentes do Alto da Uberlândia, durante patrulhamento avistaram um cidadão suspeito em uma boca de fumo do Alto da Uberlândia, o qual trajava capote moleton azul, chapéu vermelho, bermuda colorida, os policiais então subiram o morro e desceram tentando localizá-lo, o suspeito ao avistar os policiais, escondeu um pote de fermento em pó Royal atrás de uma tábua em uma janela, correndo, em disparada e pulou um muro de uma residência; que os policiais pediram a permissão do morador não identificado e capturaram o conduzido; que dentro do pote foram encontradas 03 buchas de maconha, 02 menores e uma maior com peso aproximado de 11 gramas embaladas; que dentro do bolso do conduzido foram encontradas pelo Sd Cairo 28 pedras de crack com peso aproximado de 4 gramas, embaladas individualmente; que por este motivo foi apresentado a autoridade plantonista para a adoção das medidas cabíveis.[...]” (fl. 06)

O Policial Militar, Cairo Santos disse:

"[...] Que volta das 16:30 estavam realizando ronda no malhado nas proximidades da feira, quando no Alto da Uberlândia avistaram um homem suspeito, o qual estava agachado usando boné vermelho e um blusão cinza; que o homem aparentemente estava agachado para não ser visto pela guarnição; que se deslocaram para o Alto da Uberlândia e durante a incursão, identificaram o suspeito o qual correu sozinho e desceu por um barranco, vindo a cair no quintal de uma residência; que foram até a residência, chamaram o morador, o qual não foi identificado e pediram autorização para entrar; que o homem não quis se identificar por segurança; que a casa

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma

Gab. Des.

era de reboco, sem número no Alto da Uberlândia; que adentraram no imóvel e realizaram uma busca e encontraram o suspeito atrás de uma porta nos fundos da casa, com acesso ao quintal; que realizou a abordagem e durante a busca pessoal, o declarante encontrou várias pedras de crack embaladas individualmente; que essas pedras de crack embaladas estavam no bolso do abordado; que numa tábua da janela da casa foi encontrado pelo Cb Jairo um frasco de fermento Royal, contendo algumas buchas de maconha, embaladas e mais algumas pedras de crack; que não sabe afirmar se o pote de fermento Royal pertencia ao abordado; que o morador não identificado disse não conhecer o homem que foi abordado dentro de sua residência; que seguida conduziram Ronald para esta delegacia para demais providências legais. [...]” (fl. 08)

O Policial, , prestou o seguinte depoimento:

"[...] Que volta das 16:30 estavam realizando ronda no malhado nas proximidades da feira, quando no Alto da Uberlândia avistaram um homem em um local conhecido pelo intenso tráfico, o qual estava agachado usando boné vermelho e um blusão cinza; que se deslocaram para o Alto da Uberlândia e durante a incursão, identificaram o suspeito o qual empreendeu fuga e desceu por um barranco, vindo a cair no quintal de uma residência; que foram até a residência, chamaram o morador, o qual não foi identificado e pediram autorização para entrar; que o homem não quis se identificar por segurança; que dentro do pote foram encontradas 03 buchas de maconha, 02 menores e uma maior com peso aproximado de 11 gramas embaladas; que dentro do bolso do conduzido foram encontradas pelo Sd Cairo 28 pedras de crack com peso aproximado de 4 gramas, embaladas individualmente; que por este motivo foi apresentado à autoridade plantonista.[...]” (fl. 09)

Por sua vez, ainda na fase inquisitorial, afirmou o acusado:

"[...]

Que não tem filhos, mas sua namorada está grávida; que é usuário de crack; que pertence ao Raio A; que já foi conduzido por furto e porte de arma quando adolescente; que trabalha de tudo; que hoje estava no Joias do Atlântico quando o rapaz para quem trabalha, chamado , perguntou se o interrogado queria “vir fazer um bonde” (compra e transporte de droga) em ilhéus para ele; que ele queria um bonde de maconha e pedra; que deu R\$ 60,00 para o declarante, para comprar duas

6

APELAÇÃO Nº 0500938–41.2019.8.05.0103

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma
Gab. Des.

maconha e o restante de crack; que pegou um coletivo e foi para o Alto da Uberlândia em uma boca lá; que pagou e um rapaz foi comprar droga; que ficou esperando em pé e de repente chegaram os policiais; que já tinha pago pela droga, mas ainda não tinha recebido; que estava com outro rapaz; que em seguida os policiais chegaram e abordaram o interrogado e outro rapaz; que os policiais começaram a procurar e terminaram achando na casa de um rapaz a droga apresentada; que não sabe onde e qual a droga encontrada; que o flagrante foi forjado; que pelo transporte da droga receberia duas pedras de crack; que não vende drogas; que estava com outro rapaz esperando, mas não sabe quem é; que não conhece ninguém lá; que a abordagem foi normal, mas o flagrante foi forjado.” [...]. (fl. 10).

Associando-se a tudo que foi demonstrado na fase inquisitorial, segue abaixo depoimentos transcritos e sumariados na sentença, pois condizentes e fidedignos a gravação audiovisual, o que corroboram à comprovação do cometimento do crime do art. 33 da Lei 11.343/2006.

Em Juízo, o policial militar, , disse que:

“[...] Estavam em ronda de rotina passando pelo Malhado e avistaram o acusado no Alto da Uberlândia por estar em atitude suspeita de casaco e boné vermelho agachado atrás de uma árvore; que foram abordar mas o acusado fugiu e pulou na casa de outras pessoas; que o morador era um senhor de idade e autorizou a entrada; que o Policial conseguiu prender o acusado e apreendeu no bolso dele drogas; que em uma janela encontraram um pote com drogas; que o morador estava na frente da residência; que o acusado assumiu a propriedade da droga e disse que não trabalhava para ninguém; que o acusado admitiu que a droga era dele; que não conhecia o acusado; que o acusado disse que já tinha passagem pelo mesmo delito; que a abordagem foi no fundo da residência e o morador não quis ir como testemunha; que não viram outras pessoas fugindo e apenas o acusado estava; que a atitude suspeita do acusado foi se agachar atrás de uma árvore quando viu a Polícia passando.[...]” (fl.97)

“[...]

, Policial Militar, prestou o seguinte depoimento em Juízo: “que estavam em rondas pelo Malhado e avistaram no morro no Alto da Uberlândia de boné vermelho, olhando e se escondendo atrás de uma árvore; que

7

APELAÇÃO Nº 0500938-41.2019.8.05.0103

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma

Gab. Des.

olhavam, ele olhava e se escondia; que foram abordar e o acusado caiu em um barrando e depois entrou na casa de outra pessoa; que entraram na casa e encontrou no bolso do acusado uns papелotes de crack e o outro encontrou um pote em uma janela próxima ao acusado contendo crack também; que o acusado disse que estava vendendo drogas e pegaria mais para vender; que o senhor dono da casa não quis ir prestar depoimento por medo; que não conhecia o acusado e nada mais soube sobre ele; que a janela com tábua também era no quintal onde o acusado foi encontrado, e nessa janela foi encontrado o frasco, sendo que o acusado estava há uns 3 metros da janela; que no momento só viu o senhor na casa; que o senhor dono da casa estava dentro e veio abrir a porta.[...]” (fl.98)

“[...] disse em Juízo que: “estavam em ronda no Malhado e dava para

observar local onde se costuma traficar droga e viram o acusado de boné vermelho e camisa cinza; que foram abordar e o acusado fugiu e se homiziou em uma casa; que pediram e o dono da residência permitiu a entrada; que o dono da casa estava com outro rapaz dentro da casa; que outro policial abordou e encontrou crack com o acusado; que no quintal foi encontrado mais droga pelo comandante em uma janela no quintal e viu toda a droga ser apreendida; que o acusado admitiu que estava levando a droga para vender em outro lugar pois ele não era dali; que não sabe do envolvimento do acusado com tráfico de drogas; que viu o momento em que foi encontrada droga com o acusado bem como o momento em que a droga foi encontrada na janela, sendo que o acusado estava bem próximo da janela; que o local da prisão tinha em torno de 9 metros quadrados.”[...]” (fl.98)

Já o réu/apelante, em juízo, negou a autoria do crime a ele atribuído, justificando que:

“[...] Não tem filhos, que começou a usar crack com nove anos de idade porque tinha sido colocado para fora de casa pelos pais; que não são verdadeiros os fatos narrados na denúncia; que recebeu dinheiro para comprar drogas para outras pessoas e como é viciado em drogas, aceitou; que foi até uma escadaria aqui em Ilhéus e pediu drogas, dizendo que pagaria R\$ 50,00; que a pessoa subiu para pegar a droga e então viu Policiais e ficou olhando; que os Policiais então vieram até o acusado e o prenderam dizendo que o acusado é traficante de drogas; que já foi detido três outras

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma
Gab. Des.

vezes quando era menor porque cometeu atos infracionais por ser viciado em drogas; que não fugiu dos Policiais; que viu quando os Policiais pararam a viatura perto do supermercado e viu eles subindo, sendo que não fugiu, e teria conseguido fugir se quisesse; que não foi agredido pelos Policiais e não sofreu nenhum tipo de pressão na Delegacia; que não leu seu depoimento na Delegacia e apenas assinou; que não disse na Delegacia que era da facção “Raio A” mas que se fosse cumprir pena, queria ficar no pavilhão do “Raio A” porque é a facção criminosa que domina seu bairro; que não viu um frasco contendo maconha; que a maconha não era sua; que ainda não tinha recebido a droga e estava apenas esperando o rapaz trazer. [...]” (fl. 96)

Como se pode observar, os policiais militares testemunhas arroladas pelo Parquet relataram o ocorrido em juízo, de forma clara e objetiva sem qualquer contradição de valor, reiterando, inclusive, o que foi dito na delegacia.

Nunca é demais lembrar que a prova testemunhal, em delitos que envolvem o tráfico de entorpecentes, restringe-se, em regra, aos depoimentos dos agentes públicos envolvidos na diligência, uma vez que, entre as testemunhas civis, vigora a lei do silêncio, ante o temor gerado pelos traficantes.

Acerca da validade dos depoimentos dos policiais condutores do flagrante já decidiu o Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE ILEGAL DE ARMA DE FOGO DE USO RESTRITO. MERA ALEGAÇÃO DE INOCÊNCIA. ANÁLISE DE PROVAS. VIA ELEITA INADEQUADA. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. 1. O depoimento de policiais, mormente quando corroborado pelas demais provas colhidas sob o crivo do contraditório, pode ser utilizado como meio probatório apto à fundamentar

a condenação. 2. Acolher a tese de inocência defendida pelo Impetrante-Paciente, desconstituindo condenação transitada em julgado para a acusação e para a defesa, demandaria, necessariamente, o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável na via eleita. 3. Habeas corpus não conhecido. (HC 195.200/SP, Rel. Ministra , QUINTA TURMA, julgado em 24/04/2012, DJe 03/05/2012)

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma

Gab. Des.

Para aferir a credibilidade dos depoimentos de policiais, exige-se apenas a coerência das exposições com as aduções na fase flagrancial e com os demais elementos de prova ínsitos nos autos, tudo com o escopo de convencer o magistrado da veracidade da imputação, harmonia aqui observada.

Vale rememorar que o crime do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06, é de ação múltipla ou conteúdo variável, ou seja, basta para a sua consumação penal a realização de qualquer das condutas descritas no tipo penal, como ocorre no caso concreto, independentemente da realização, de forma direta, do comércio das substâncias entorpecentes.

Sendo assim o exame dos elementos probatórios existentes nos autos são suficientes para confirmar o envolvimento do apelante no crime de tráfico de entorpecentes, não sendo possível deferir pedido formulado pela defesa acerca da sua absolvição, isso porque a prova bem como as circunstâncias, demonstram que a droga estava em seu poder.

Pugnou, ainda, a defesa, pela reforma na dosimetria da pena, pleiteando aplicação da causa de diminuição de pena presente no § 4º, do art. 33 da Lei de Tóxicos, em seu redutor máximo (2/3).

Assim decidiu o MM. Magistrado, na individualização da pena para o apelante:

"[...]

Em vista do princípio da individualização da pena (art. 5º, XLVI, da CF) e em observância ao quanto disposto no art. 68 do Código Penal e art. 42 da Lei 11.343/2006, passo a dosar a pena a ser aplicada.

Analisadas as diretrizes do art. 59 do Código Penal, denota-se que o Réu agiu com dolo normal à espécie, nada tendo a se valorar; o réu é tecnicamente primário, em observância ao princípio da inocência; sua conduta social não merece nota; deixo de valorar a personalidade por faltar elementos suficientes nos autos; o motivo do crime é o lucro fácil, típico desta espécie de infração penal; as circunstâncias encontram-se detalhadas nos autos, não devendo ser valoradas negativamente; consequências do crime são próprias do tipo, nada tendo a se valorar; não há que se falar em comportamento da

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma

Gab. Des.

vítima.

Conforme artigo 42 da Lei 11.343/06, deve prevalecer sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do Código Penal, a personalidade, a conduta social, já analisadas, e a natureza e quantidade da droga apreendida, ao que passo analisar: Foram dois tipos de drogas apreendidas, fato que, por si só, não enseja, por si só, uma elevação da pena base. A natureza da droga vulgarmente conhecida por " crack "é

gravíssima, mas a quantidade não foi muito elevada. A natureza da droga vulgarmente conhecida por" maconha "não é tão grave, e a quantidade não foi grande.

À vista dessas circunstâncias analisadas individualmente, fixo a penabase em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa.

Concorrem a circunstância atenuante prevista no artigo 65, I, 1ª parte, do Código Penal, qual seja, agente menor de 21 anos na data do fato mas, tendo em vista que a pena-base foi fixada no mínimo legal, deixo de aplicá-la em observância da Súmula 231 do STJ, razão pela qual mantenho a pena anteriormente dosada.

Não existem outras atenuantes ou agravantes a serem consideradas.

Em face da existência da causa especial de diminuição de pena elencada no § 4º, do art. 33 da Lei de Drogas, diminuo a pena anteriormente aplicada para o crime de tráfico de drogas, em 1/5 (um quinto), fixando-a definitivamente em 04 (quatro) anos de reclusão, e pagamento de 400 (quatrocentos) dias multas , vez que não há causas de aumento de pena a serem apreciadas. (...)

A determinação do regime inicial da pena depende de dois fatores: a quantidade de pena fixada (artigo 33, parágrafo 2º, do CP) e as condições pessoais do condenado (artigo 33, parágrafo 3º, do CP). Considerando a pena definitiva, a detração e não havendo motivo para a imposição de regime mais severo, impõe-se o regime inicialmente aberto. A determinação do regime inicial da pena depende de dois fatores: a quantidade de pena fixada (artigo 33, parágrafo 2º, do CP) e as condições pessoais do condenado (artigo 33, parágrafo 3º, do CP). Considerando a pena definitiva, a detração e não havendo motivo para a imposição de regime mais severo, impõe-se o regime inicialmente aberto.

Considerando a inconstitucionalidade da determinação legal de

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma

Gab. Des.

impossibilidade de conversão em pena alternativa, conforme entendimento do STF (HC nº. 97.258 de relatoria do Ministro , julgado em 01/09/2012) e em vista das penas impostas, bem como analisando as condições pessoais do condenado, réu primário, e as demais circunstâncias que se encontram relacionadas à prática do delito, torna-se possível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos.

Considerando também a pequena quantidade de droga apreendida com o réu, o tempo de pena a ser cumprida e estando presentes os requisitos previstos no art. 44 do CP, entendo pela substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, revelando ser a substituição suficiente à repreensão do delito. [...]” (fls. 102/103, grifei)

É manifesto que para aplicação da conhecida, pela doutrina, como privilegiadora do tráfico, o apelante deve preencher cumulativamente, os requisitos legais do parágrafo quarto do art. 33 da Lei de Drogas, quais sejam: ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar às atividades criminosas, nem integrar organização criminosa.

O juiz sentenciante justificou a aplicação, em patamar inferior, da referida minorante:

"[...] In casu, a agente, em que pese ser tecnicamente primário, já respondeu a por prática de atos infracionais na Vara da Infância e Juventude, conforme consta na certidão de fls. 89. Ademais, foram apreendidos dois tipos de drogas na posse do acusado. Sendo assim, a causa

de diminuição será aplicada em um quinto presente nos autos registros criminais de que o recorrente responde a outra ação penal, também por crime de tráfico de drogas, o que torna possível a verificação por esse julgador da sua dedicação em atividades criminosas, justificando o afastamento da benesse. [...]”(fl. 101)

Extraí-se dos trechos acima destacados da sentença, que não foi aplicada a fração máxima (2/3) da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, sob fundamento de o acusado já ter praticado atos infracionais e, também, na diversidade da droga apreendida.

Consigno a título elucidativo, em que pese a discordância da aplicabilidade do tráfico privilegiado, quando verificada a prática pretérita de atos infracionais, trata-se de recurso exclusivo da defesa, e evitando reformatio in pejus, vai mantida a aplicabilidade do redutor previsto no § 4º, do art. 33 da Lei 11.343/06.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma

Gab. Des.

De outro lado, basear-se de forma isolada na diversidade da droga para não aplicar a fração máxima da privilegiadora do tráfico, não condiz com a jurisprudência atual.

A sentença condenatória não se compatibiliza com a atual e consolidada jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, segundo a qual “[a] quantidade e natureza da droga são circunstâncias que, apesar de configurarem elementos determinantes na modulação da causa de diminuição de pena, por si sós, não são aptas a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa.” (HC 152.001 AgR, Relator , Redator p/ acórdão , Segunda Turma, DJe 28.11.2019).

Ainda, enfatiza a jurisprudência acerca dos temas aqui discutidos:

“AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. BIS IN IDEM E AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO APTA A NEGAR O REDUTOR. ORDEM CONCEDIDA PARA RESTABELECER A SENTENÇA DE PRIMEIRO GRAU. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. AUSÊNCIA DE ARGUMENTAÇÃO APTA A INFIRMAR A DECISÃO RECORRIDA. PRETENSÃO DE DEVOLUÇÃO DA MATÉRIA AO TRIBUNAL DE ORIGEM PARA REAVALIAÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO DO HABEAS CORPUS PARA COMPLEMENTAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE OU ILEGAL. AFASTAMENTO DESMOTIVADO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DA PENA. A MERA MENÇÃO À QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA NÃO SATISFAZ A NECESSIDADE DE MOTIVAÇÃO DAS DECISÕES JUDICIAIS PARA FINS DE NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/2006. MANUTENÇÃO DO DECISUM. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. A excepcional via do habeas corpus não é mecanismo para que, ainda que por via transversa, possibilite-se a complementação de fundamentação deficiente e/ou ilegal. 2. A

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma

Gab. Des.

quantidade e a natureza da droga apreendida não são fatores que, isoladamente, impedem a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006. 3. Diversamente do que ocorre na primeira fase da dosimetria da pena, em que a quantidade e qualidade de drogas são vetores legalmente expressos (art. 42 da Lei 11.343/2006) e, portanto, dispensam maiores digressões, a utilização dessa circunstância na terceira fase só é

admitida se constituir um indicativo de não preenchimento de algum dos vetores legalmente elegidos. Precedentes. 4. A inexistência de argumentação apta a infirmar o julgamento monocrático conduz à manutenção da decisão agravada. 5. Agravo regimental desprovido. (HC 186909 AgR, de minha relatoria, Segunda Turma, julgado em 08/09/2020, grifei)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS. PENA BASE. AUMENTO DECORRENTE DA QUANTIDADE/NATUREZA DOS ENTORPECENTES APREENDIDOS. IMPOSSIBILIDADE. AUSENTE INFORMAÇÃO ACERCA DA PESAGEM DO MATERIAL EM UNIDADES DO SISTEMA INTERNACIONAL DE MEDIDAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. INQUÉRITOS POLICIAIS E AÇÕES PENAIS EM ANDAMENTO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. NOVA ORIENTAÇÃO EMANADA DO STF. VÍCIOS NO ACÓRDÃO EMBARGADO. INEXISTÊNCIA. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO REJEITADOS.

[...] 4. A mais recente orientação de ambas as turmas do Supremo Tribunal Federal 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 pena relativo

o reconhecimento da figura privilegiada do crime de tráfico de drogas. 5. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no AREsp 1830725/AL, Rel. Ministro ,

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma
Gab. Des.

SEXTA TURMA, julgado em 14/09/2021, DJe 22/09/2021)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE DROGAS (27G DE COCAÍNA). MINUTA DE AGRAVO QUE NÃO INFIRMA ESPECIFICAMENTE O FUNDAMENTO DA DECISÃO AGRAVADA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 182 DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. AGRAVO

REGIMENTAL DESPROVIDO. AFASTAMENTO

DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. EXISTÊNCIA DE UMA ÚNICA AÇÃO PENAL EM CURSO. NÃO APREENDIDA QUANTIDADE EXACERBADA DE ENTORPECENTE. CONCLUSÃO PELA DEDICAÇÃO A ATIVIDADE CRIMINOSA. NÃO AUTORIZADA. APLICAÇÃO DA MINORANTE.

POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA BENESSE NA FRAÇÃO DE 2/3 (DOIS TERÇOS). INAFASTÁVEL. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, 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. 83/STJ. 2. Não foi demonstrado o desacerto da decisão agravada, indicando eventual superação do entendimento do STJ, em que a Corte local se orientou ou, ainda, eventual distinção com o caso dos autos. 3. O comando contido na Súmula n. 83/STJ também é aplicável aos recursos interpostos com fulcro nas alíneas a e c do permissivo constitucional.

4. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça está fixada no sentido de que as ações penais em curso, embora não possam configurar reincidência ou maus antecedentes, podem ser utilizados pelas instâncias ordinárias, para avaliarem a habitualidade do acusado na prática criminosa e afastarem a aplicação da minorante prevista no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006. 5. Entretanto, a existência de uma única anotação pelo mesmo delito, ainda em andamento, além de, na hipótese, ser pequena a quantidade

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma
Gab. Des.

de droga apreendida (27g de cocaína), demonstra não ser legítimo concluir

que há dedicação a atividades criminosas e, conseqüentemente, obstar a aplicação do redutor legal. 6. No tocante

o previsto no art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, convém ressaltar que o referido dispositivo legal dispõe que, nos crimes de tráfico ilícito de entorpecentes, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas, nem integre organização criminosa. 7. Na hipótese, a qualidade e a quantidade de droga apreendida – 27g de cocaína –, não pode, por si só, justificar a aplicação do citado redutor em patamar aquém do máximo, ainda mais quando foi reconhecido pelas instâncias ordinárias a primariedade do Agente. 8. Agravo regimental desprovido. Habeas corpus concedido, de ofício. (AgRg no AREsp 1721158/SC, Rel. Ministra , SEXTA TURMA, julgado em 06/10/2020, DJe 19/10/2020)

Assim, verificando que foi reconhecido o privilégio, ainda que adote entendimento divergente como consignado acima, observo que não restou justificada a aplicabilidade diversa do percentual máximo, de modo que faz-se necessária a readequação.

Mantenho a pena-base e intermediária pois, corretas, definidas em sentença, no mínimo legal, ou seja, 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias multa.

Na terceira-fase aplico o patamar máximo (2/3) para a causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33, da Lei 11.343/2006, fixando-a definitivamente em 01 (um) ano, 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa.

Mantenho o regime inicial de cumprimento de pena aberto, conforme prevê o artigo 33, parágrafo 2º, do CP.

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma

Gab. Des.

Presentes os requisitos previstos no art. 44 do CP, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas no juízo de execução penal.

Por derradeiro, pleiteia a defesa, isenção da pena de multa e do pagamento das custas processuais em razão da hipossuficiência econômica do recorrente, concedendo-lhe a gratuidade de justiça. As pretensões não merecem prosperar.

Sabe-se que a hipossuficiência financeira do sentenciado não impede a sua condenação ao pagamento das custas processuais, a qual configura consequência da própria condenação criminal, nos termos prescritos pelo art. 804 Código de Processo Penal, in verbis: “Art. 804. A sentença ou o acórdão, que julgar a ação, qualquer incidente ou recurso, condenará nas custas o vencido .”

Ademais, os benefícios da Justiça Gratuita previstos na Lei n.º 1.060/50 e, atualmente, regulados pelo Novo Código de Processo Civil, somente podem dispensar o hipossuficiente do pagamento imediato das custas processuais, adiar o pagamento destas, mas jamais isentá-lo da condenação, pois se constitui de despesas decorrentes da tramitação do processo, corolário da atividade judiciária realizada.

Tal tratamento está disciplinado nos §§ 2.º e 3.º do art. 98 do NCPC, in verbis:

“(…)”

§ 2º. A concessão de gratuidade não afasta a responsabilidade do beneficiário pelas despesas processuais e pelos honorários advocatícios

decorrentes de sua sucumbência.

§ 3º. Vencido o beneficiário, as obrigações decorrentes de sua sucumbência ficarão sob condição suspensiva de exigibilidade e somente poderão ser executadas se, nos 5 (cinco) anos subsequentes ao trânsito em julgado da decisão que as certificou, o credor demonstrar que deixou de existir a situação de insuficiência de recursos que justificou a concessão de gratuidade, extinguindo-se, passado esse prazo, tais obrigações do beneficiário. (...)"

Apesar de o apelante não poder ser isentado do pagamento das custas

PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA BAHIA

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Segunda Câmara Criminal – Segunda Turma

Gab. Des.

processuais, por serem estas corolárias da condenação, é possível requerer o sobrestamento da sua exigibilidade pelo prazo de 05 (cinco) anos, providência que deve ser dirigida ao Juízo da Execução Penal, competente para aferir a miserabilidade jurídica dos condenados na acepção legal do termo.

Nesse sentido é a orientação jurisprudencial do Colendo STJ:

"De acordo com a jurisprudência desta Corte, o momento de se aferir a situação do condenado para eventual suspensão da exigibilidade do pagamento das custas processuais é a fase de execução e, por tal razão,"nos termos do art. 804 do Código de Processo Penal, mesmo que beneficiário da justiça gratuita, o vencido deverá ser condenado nas custas processuais"(AgRg no AREsp n. 394.701/MG, Rel. Ministro, Sexta Turma, DJe 4/9/2014). (...) 3. Agravo regimental a que se nega provimento." (AgRg no AREsp 1399211/PI, Rel. Ministro, Quinta Turma, julgado em 05/02/2019, DJe 15/02/2019).

Isto posto, por todos os motivos acima elencados, CONHEÇO do recurso interposto e DOU-LHE PROVIMENTO PARCIAL, para aplicar a minorante prevista no art. 33, § 4º da Lei 11.343/2006, na fração de 2/3 (dois terços), redimensionando a pena definitiva do apelante para 01 (um) ano, 08 (oito) meses de reclusão e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, mantendo o regime inicial aberto e a conversão da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, a serem definidas no juízo de execução das penas.

É como voto.

Sala das Sessões, data registrada na certidão de julgamento.

Presidente

Relator

Procurador (a) de Justiça