



ACÓRDÃO N.º

PROCESSO Nº 0035315-40.2015.8.14.0021

ÓRGÃO JULGADOR: 2ª TURMA DE DIREITO PENAL

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL

COMARCA DE IGARAPÉ-AÇU (VARA ÚNICA)

**EMBARGANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ
(PROCURADOR DE JUSTIÇA HAMILTON NOGUEIRA SALAME)**

**EMBARGADO: ACÓRDÃO Nº 218. 532 (PUBLICADO NO DIÁRIO DA
JUSTIÇA ELETRÔNICO DO DIA 12/07/2021 – Ed. nº 7180/2021)**

RELATOR: DES. MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE

**EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO PENAL.
PRETENSÃO DE EFEITOS INFRINGENTES DO JULGADO. ALEGAÇÃO DE
OMISSÃO NO ACÓRDÃO. NÃO OCORRÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO.
EMBARGOS NÃO PROVIDOS.**

1. Inexiste irregularidade sanável por meio de embargos de declaração quando toda matéria posta à apreciação desta e. Turma foi julgada, à saciedade de fundamentos, não configurando os vícios que autorizam sua oposição.

2. Afigura-se notável a busca de efeitos infringentes, em virtude da irresignação decorrente do resultado do julgamento que desproveu a apelação, pois, na espécie, à conta de que existiria omissão no decisum, pretende o embargante a rediscussão de matéria já apreciada.

3. O prequestionamento por meio de embargos de declaração somente é possível quando o julgado tenha se omitido a respeito de tese debatida no decorrer do processo, o que não ocorreu no caso dos autos.

4. Embargos de declaração conhecidos e não providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores, integrantes da 2ª Turma de Direito Penal do Tribunal de Justiça do Estado, em conhecer dos embargos de declaração e negar-lhe provimento, nos termos do voto do Desembargador Relator.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos vinte dias do mês de setembro de dois mil e vinte e um.

Julgamento presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Vânia Valente do Couto Fortes Bitar Cunha.

Belém (PA), 20 de setembro de 2021.

Des. MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE

Relator

PROCESSO Nº 0035315-40.2015.8.14.0021

ÓRGÃO JULGADOR: 2ª TURMA DE DIREITO PENAL



EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL
COMARCA DE IGARAPÉ-AÇU (VARA ÚNICA)

EMBARGANTE: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ
(PROCURADOR DE JUSTIÇA HAMILTON NOGUEIRA SALAME)

EMBARGADO: ACÓRDÃO Nº 218.532 (PUBLICADO NO DIÁRIO DA
JUSTIÇA ELETRÔNICO DO DIA 12/07/2021 – Ed. nº 7180/2021)

RELATOR: DES. MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE

RELATÓRIO

Trata-se de Embargos de Declaração opostos pelo Ministério Público de 2º grau, por intermédio do Procurador de Justiça Hamilton Nogueira Salame, em face do Acórdão nº 218.532, proferido por esta 2ª Turma de Direito Penal, que, por unanimidade de votos, conheceu e deu provimento ao apelo da defesa.

O acórdão impugnado foi publicado com a seguinte ementa, in verbis (fl. 117):

EMENTA: APELAÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS (ART. 33 DA LEI Nº 11.343/06). ISENÇÃO DE PAGAMENTO DE CUSTAS DO PROCESSO. DESCABIMENTO. FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. PROCEDÊNCIA. RECONHECIMENTO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME. 1. É inócuo o pedido de concessão dos benefícios da justiça gratuita, uma vez que a sentença recorrida foi omissa em relação às custas do processo, não tendo a recorrente sido condenada ao seu pagamento. 2. Impõe-se a fixação da pena-base no patamar mínimo legal, ante a ausência de fundamentação adequada na análise desfavorável dos vetores judiciais do art. 59 do Código Penal. 3. Restando preenchidos os requisitos legais da minorante do §4º do art. 33 da Lei de Drogas, impõe-se o reconhecimento do tráfico privilegiado em seu grau máximo. 4. Deve ser modificado o regime inicial para o aberto, diante da pena definitiva fixada, em conformidade com o disposto no art. 33, §2º, c, do Código Penal Brasileiro. 5. Preenchidos os requisitos legais do art. 44 do Código Penal, é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Vara da Execução Penal. 6. Recurso conhecido e provido. (2021.01339853-33, 218.532, Rel. Milton Augusto de Brito Nobre, Órgão Julgador 2ª Turma de Direito Penal, Julgado em 21/06/2021, Publicado em 12/07/2021).

O embargante alega que o v. acórdão revela omissão, argumentando a descon sideração de fatos que impossibilitariam a incidência da causa especial de diminuição de pena descrita no § 4º do artigo 33 da Lei 11.343/06, bem como que o julgado ao perpassar pela análise das circunstâncias judiciais, não levou em consideração as provas constantes aos autos, ressaltadas na



manifestação deste fiscal da ordem jurídica, as quais discorrem acerca dos elementos fáticos que envolveram a conduta criminosa da ora embargada.

Por tais motivos, o Ministério Público, por meio desta 15ª Procuradoria de Justiça Criminal, requer o CONHECIMENTO e PROVIMENTO dos presentes Embargos de Declaração, a fim de eliminar as omissões apontadas, no exame das provas carreadas, reformando-se o Acórdão vergastado, para manter a dosimetria realizada pelo MM Juiz de Direito da Vara Única de Igarapé-Açu quanto à ré Valcira do Socorro Barros de Oliveira, bem como afastar a aplicação do tráfico privilegiado ao presente caso, restabelecendo-se os termos do édito condenatório feito pelo juízo a quo, evitando-se a violação ao art. 155 do CPP, art. 489, §1º, IV, do CPC c/c art. 3º do CPP, além dos arts. 33, §4º e 42, da Lei nº 11.343/06 e art. 59 do CP.

Por fim, prequestiona a matéria indicada.

É o relatório.

VOTO

Antes de qualquer exame, é oportuno esclarecer que os embargos de declaração não se prestam à revisão do julgado, pois consubstanciam um instrumento processual que tem por objetivo o esclarecimento de obscuridade, omissão, contradição ou ambiguidade, nos termos do art. 619 do Código de Processo Penal, não sendo possível seu manejo para provocar reexame de questão já debatida, a fim de que a prestação jurisdicional seja alterada para atender à expectativa do embargante.

Na hipótese dos autos, a insurgência tem o nítido propósito de atribuir efeitos modificativos ao julgado, pois sustenta a presença de omissão a ser sanada em relação à desconsideração, na fase de dosimetria da pena, de circunstâncias suscitadas no parecer e que, além de poderem justificar (no seu renitente entender) a manutenção da pena imposta pelo Juízo de primeiro grau – 07 (sete) anos de reclusão –, afastariam o reconhecimento tráfico privilegiado.

Antes de adentrar no ponto – ou pontos – que o digno Procurador indicou como omissos, lembrando de passagem a importância das narrativas literárias para a boa hermenêutica jurídica (Ronald Dworkin), transcrevo capítulo específico do livro O Homem que calculava, no qual o protagonista na obra literária, Beremiz, como grande calculista, é instigado a calcular o x da vida para definir a metade de uma pena de prisão perpétua, verbis:

Momentos depois, levados pelos oficiais da escolta, chegamos ao palácio do vizir Maluf.

Encontramos o poderoso ministro no rico salão das audiências, acompanhado de três auxiliares de sua confiança. Tinha na mão uma folha cheia de números e cálculos.



Que novo problema seria aquele que viera perturbar tão profundamente o espírito do digno auxiliar do califa? - O caso é grave, ó calculista! - começou o vizir, dirigindo-se a Beremiz. - Acho-me, no momento, embaraçado com um dos mais complicados problemas que tenho visto em toda a minha vida. Quero informar-vos minuciosamente dos antecedentes do caso, pois só com vosso auxílio poderemos, talvez, descobrir uma solução.

E o vizir narrou o seguinte:

- Anteontem, poucas horas antes de nosso glorioso califa Al-Motacém, Emir dos Crentes, partir para Báçora (onde vai ficar três semanas), houve um incêndio na prisão. Durante muitas horas a violência do fogo ameaçou destruir tudo. Os detentos, fechados em suas celas, sofreram, por muito tempo, tremendo suplício, torturados por indizíveis angústias. Diante disso, o nosso generoso soberano determinou fosse reduzida à metade a pena de todos os condenados! A princípio não demos importância alguma ao caso, pois parecia muito simples ordenar que se cumprisse, com todo o rigor, a sentença do rei. No dia seguinte, porém, quando a caravana do Príncipe dos Crentes já se achava longe, verificamos que a tal sentença de última hora envolvia problema extremamente delicado, sem a solução do qual não poderia ter perfeita execução.

Entre os detentos - prosseguiu o ministro - beneficiados pela lei, existe um contrabandista de Báçora, chamado Sanadique, preso há quatro anos, condenado à prisão perpétua. A pena desse homem deve ser reduzida à metade. Ora, como ele foi condenado à prisão por toda a vida, segue-se que deverá agora, em virtude da lei, ser perdoado da metade da pena, ou melhor, da metade do tempo que ainda lhe resta viver. Viverá ele, ainda, certo tempo x, desconhecido! Como dividir por dois um período de tempo que ignoramos? Como calcular a metade do x da vida?

.....
A grande prisão de Bagdá tinha o aspecto de uma fortaleza persa ou chinesa. Atravessava-se, ao entrar, pequeno pátio em cujo centro se via o famoso Poço da Esperança. Era ali que o condenado, ao ouvir a sentença, deixava cair, para sempre, todas as esperanças de salvação.

Ninguém poderá imaginar a vida de sofrimentos e misérias daqueles que eram atirados ao fundo das masmorras da gloriosa cidade árabe.

A cela em que se achava o infeliz Sanadique estava localizada na parte baixa da prisão. Chegamos ao horripilante subterrâneo do presídio guiados pelo carcereiro e auxiliados por dois guardas. Um escravo núbio, agigantado, conduzia o grande archote cuja luz nos permitia observar todos os recantos da prisão.



Depois de percorrermos um corredor estreito, que mal dava passagem a um homem, descemos uma escadaria úmida e escura.

No fundo do subterrâneo achava-se o pequeno calabouço onde fora encarcerado Sanadique. Ali não entrava a mais tênue réstia de luz. O ar, pesado e fétido, mal se podia respirar, sem náuseas e tonteiras. O chão estava coberto de uma camada de lama pútrida, e não havia entre as quatro paredes nenhuma peça ou catre de que se pudesse servir o condenado.

À luz do archote que o hercúleo núbio erguia, vimos o desventurado Sanadique, seminu, a barba espessa e emaranhada, os cabelos em desalinho a lhe caírem pelos ombros, sentado sobre uma laje, as mãos e os pés presos a correntes de ferro.

Beremiz observou em silêncio, com vivo interesse, o desventurado Sanadique. Era inacreditável pudesse um homem resistir, com vida, durante quatro anos, àquela situação desumana e dolorosa!

As paredes da cela, cheias de manchas de umidade, achavam-se repletas de legendas e figuras - estranhos indícios de muitas gerações de infelizes condenados. Tudo aquilo Beremiz examinou, leu e traduziu com minucioso cuidado - parando de quando em vez para fazer cálculos que me pareciam longos e laboriosos. Como poderia o calculista entre as maldições e blasfêmias, descobrir a metade do 'X' da vida?

Grande foi a sensação de alívio que senti ao deixar a prisão sombria onde eram torturados os míseros detentos. Ao chegar de volta ao rico divã das audiências, apareceu-nos o grão-vizir Maluf rodeado de cortesãos, secretários e vários cheiques e ulemás da corte. Aguardavam todos a chegada de Beremiz, pois queriam conhecer a fórmula que o calculista iria empregar para resolver o problema de metade da prisão perpétua.

- Estávamos à vossa espera, ó calculista! - cortejou, afável, o vizir. – E peço-vos apresenteis, sem mais delonga, a solução do grande problema. Temos a maior urgência em fazer cumprir a sentença do nosso grande emir!

Ao ouvir essa ordem, Beremiz inclinou-se, respeitoso, fez o habitual salã e assim falou:

- O contrabandista Sanadique, de Båçora, preso há quatro anos na fronteira, foi condenado a prisão perpétua. Essa pena acaba, porém, de ser reduzida à metade por justa e sábia sentença do nosso glorioso califa Al-Motacém, Comendador dos Crentes, sombra de Allah na Terra!

Designamos por x o período da vida de Sanadique, período que vai do momento em que foi preso e condenado até o termo de seus dias. Sanadique foi, portanto, condenado a x anos de prisão, isto é, a prisão por toda a vida. Agora, em virtude da regia sentença, essa pena irá reduzir-se à metade. Se dividirmos o tempo x em vários períodos, importa dizer que a cada período de prisão deve



corresponder período igual de liberdade.

- Perfeitamente certo! - concordou o vizir com um ar de inteligência. - Compreendo muito bem o seu raciocínio.

- Ora, como Sanadique já esteve preso durante quatro anos, é claro que deverá ficar em liberdade durante igual período, isto é, durante quatro anos.

Com efeito: imaginemos que um mago genial pudesse prever o número exato de anos de vida de Sanadique e nos dissesse agora: 'Esse homem, no momento em que foi preso, tinha apenas 8 anos de vida'. Ora, nesse caso, teríamos o x igual a 8, isto é, Sanadique teria sido condenado a 8 anos de prisão, e essa pena ficaria, agora, reduzida a 4 anos. Como Sanadique já está preso há 4 anos, é claro que já cumpriu o total da pena e deve ser considerado livre. Se o contrabandista, pelas determinações do Destino, houver de viver mais de 8 anos, a sua vida (x maior que 8) poderá ser decomposta em três períodos: um de 4 anos de prisão (já decorrido), outro de 4 anos de liberdade e um terceiro, que deverá ser dividido em duas partes iguais (prisão e liberdade). É fácil concluir que, para qualquer valor de x (desconhecido), o detento terá de ser posto imediatamente em liberdade, ficando livre durante 4 anos, pois tem absoluto direito a esse período de liberdade, conforme demonstrei, de acordo com a lei!

Findo esse prazo, ou melhor, terminado esse período, deverá voltar à prisão e ficar recluso apenas durante um tempo igual à metade do resto de sua vida.

Seria fácil, talvez, prendê-lo durante um ano e conceder-lhe liberdade durante o ano seguinte; ficaria, graças a essa resolução, um ano preso e um ano solto, e passaria, desse modo, a metade de sua vida em liberdade – conforme manda a sentença do rei. Tal solução, porém, só estaria certa se o condenado viesse a morrer no último dia de um de seus períodos de liberdade. Imaginemos, com efeito, que Sanadique, depois de passar um ano na prisão, fosse solto e viesse a morrer, por exemplo, no quarto mês de liberdade.

Dessa parte de sua vida (um ano e quatro meses) teria passado 'um ano preso' e 'quatro meses solto'. Não estaria certo. Teria havido erro no cálculo. A sua pena não teria sido reduzida à metade!

Mais simples seria, portanto, prender Sanadique durante um mês e conceder-lhe o mês seguinte de liberdade. Tal solução poderá, dentro de um período menor, conduzir a erro análogo. E isso acontecerá (com prejuízo para o condenado) se ele, depois de passar um mês na prisão, não tiver, a seguir, um mês completo de liberdade.

Poderá parecer, direis, que a solução do caso consistirá, afinal, em prender Sanadique um dia e soltá-lo no dia seguinte, concedendo-



lhe igual período de liberdade, e proceder assim até o termo da vida do condenado. Tal solução não corresponderá, contudo, à verdade matemática, pois Sanadique - como é fácil entender - poderá ser prejudicado em muitas horas de liberdade. Basta para isso que ele venha a morrer horas depois de um dia de prisão. Prender o condenado durante uma hora e soltá-lo a seguir, deixando-o em liberdade durante uma hora, e assim sucessivamente até a última hora da vida do condenado seria solução acertada se Sanadique viesse a morrer no último minuto de uma hora de liberdade. Do contrário, a sua pena não teria sido reduzida à metade. A solução matematicamente certa, portanto, consistirá no seguinte: Prender Sanadique durante um instante de tempo e soltá-lo no instante seguinte. É preciso, porém, que o tempo de prisão (o instante) seja infinitamente pequeno, isto é, indivisível. O mesmo há de dar-se com o período de liberdade a seguir. Na realidade, tal solução é impossível. Como prender um homem num instante indivisível e soltá-lo no instante a seguir? Devemos, portanto, afastá-lo de nossas cogitações. Só vejo, ó vizir, uma forma de resolver o problema. Sanadique será posto em liberdade condicional sob vigilância da lei. É essa a única maneira de prender e soltar um homem ao mesmo tempo! Determinou o grão-vizir que fosse atendida a sugestão do calculista e ao infeliz Sanadique, no mesmo dia, concedida a 'liberdade condicional' - fórmula que os juriconsultos árabes passaram a adotar, frequentemente, em suas sábias sentenças. No dia seguinte, perguntei que dados ou elementos de cálculos conseguira ele, afinal, colher nas paredes da prisão, durante a célebre visita; que motivos o teriam levado a dar tão original solução ao problema do condenado. Respondeu-me o calculista: - Só quem já esteve, por alguns momentos sequer, entre os muros tenebrosos de uma enxovia, sabe resolver esses problemas em que os números são parcelas terríveis da desgraça humana. Observa-se do trecho transcrito - ainda que a literatura dê liberdade plena ao autor -, que os parâmetros adotados pelo personagem perpassam, ao fim e ao cabo, pelo respeito à dignidade da pessoa humana e ao devido processo legal. O sistema criminal compõe-se da junção do Direito Penal e do Processo Penal, possibilitando a aplicação da lei penal ao caso concreto, asseguradas as garantias processuais indispensáveis. Guilherme de Souza Nucci, esclarece no livro Individualização da pena que: A dignidade humana é uma das principais bases do Estado Democrático de Direito (art. 1º, III, CF), servindo de horizonte para todas as áreas do Direito. Caracterizando-se por duplo aspecto:



objetivo e subjetivo. Sob o ponto de vista objetivo, centraliza-se na garantia do mínimo existencial ao ser humano, devendo-se atender as suas vitais necessidades, como reconhecido pelo art. 7º, IV, da Constituição Federal, ao cuidar do salário mínimo (moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte, previdência social). Sob o prisma subjetivo, trata-se do sentimento de respeitabilidade e autoestima do ser humano, presentes desde o nascimento, conduzindo à formação da personalidade e permitindo o desenvolvimento individual pleno e feliz.

Inexiste dignidade humana, caso não se assegure ao indivíduo as mínimas condições de vivência, associadas ao respeito à pessoa, privilegiando-se o seu amor próprio. Cuida-se, pois, de princípio regente de todos os direitos e garantias humanas fundamentais.

O devido processo legal advém, nitidamente, do princípio da legalidade, pois, na Magna Carta, de 1215, assegurava-se que ninguém seria preso ou perderia seus bens, caso não estivesse de acordo com a lei da terra (by the law of the land). Essa lei nada mais era do que os costumes, advindos da sociedade. Portanto, não prevaleceria a vontade do soberano para a aplicação da punição, mas o costume reinante em sociedade. Após, transmutou-se a redação desse dispositivo para devido processo legal (due process of law), representando, na essência, a mesma garantia, ou seja, ninguém desse ser preso senão em virtude da vontade soberana do povo, seja expressa por lei ou por costume.

O tempo incumbiu-se de ampliar o sentido da expressão devido processo legal, de modo a transcender o campo penal, atingindo o cenário do processo penal. Hoje, o referido princípio rege todos os demais – penais e processuais penais – consubstanciando o parâmetro garantista ideal para a concretude da punição, sob o Estado Democrático de Direito.

Seguindo-se todos os princípios penais e processuais penais, pode-se dizer que se respeitou, fielmente, o devido processo legal.

Diante disso, é indispensável que sejam colocados, acima de todos, os princípios da dignidade da pessoa humana e do devido processo legal para servirem de base e de objetivo na lida com o poder punitivo estatal. (NUCCI. Guilherme de Souza. Individualização da pena. 7ª ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 23/24).

No caso dos autos, não há, em concreto, qualquer omissão no v. acórdão que dificulte ou impeça a perfeita compreensão das conclusões do julgado, que, além de reduzir a pena ao mínimo legal (5 anos de reclusão), reconheceu a causa especial de diminuição de pena descrita no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06, em seu patamar máximo (2/3), por inexistir qualquer fato que justificasse a adoção de fração menor. Explico melhor.



Após detido exame dos autos, a 2ª Turma de Direito Penal pôs em evidência a inidoneidade das circunstâncias suscitadas pelo Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Igarapé-Açu para exasperar a pena-base, bem como supriu falta no ato, uma vez que o magistrado singular não se desincumbiu do ônus de, cumprindo o rito da Lei de Drogas, indicar, na sentença, a incidência ou não da causa especial de diminuição de pena descrita no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Nessa linha, transcrevo parte nuclear do acórdão embargado:

Como consignei no relatório, o objeto meritório do apelo é, exclusivamente, a reforma da dosimetria da pena elaborada pelo Juízo de primeiro grau. Assim, considerando que não houve questionamentos acerca da autoria e da materialidade delitivas, passo a sua imediata análise.

No ponto, entendo imperioso rememorar a análise realizada pelo juízo a quo, na fração de interesse (fl. 72/73):

‘Em face do exposto e de tudo o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE a denúncia de fls. 2/4, condenando a acusada VALCIRA DO SOCORRO BARROS DE OLIVEIRA inicialmente qualificado, por haverem infringido as normas do art. 33, caput da Lei nº 11.343/06.

Dispõe a Lei nº 11.343/06:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Passo a analisar as circunstâncias judiciais contidas no art. 59 do CP em relação a acusada VALCIRA DO SOCORRO BARROS DE OLIVEIRA.

A culpabilidade do agente é grave, pois de forma dolosa, perpetrou o crime de tráfico, em sua própria residência.

Sua conduta social consta como desempregado.

As consequências do crime foram em grau alto, visto que apesar de parte da droga ter sido apreendida, vemos que mais de 60g e em diversos tipos, destoando das demais apreensões locais, demonstrando que a acusada não é uma simples ‘mula’ mas sim um atravessador de drogas.

Quanto à personalidade, vemos que a acusado, é iniciante no crime, não registrando outros procedimentos criminais.

Os motivos que levaram a denunciada a delinquir já restam provados, quais sejam, a ganância e a possibilidade de lucro fácil.

As circunstâncias em que o delito foi praticado são em tudo



desfavoráveis, visto que a quantidade da droga era superior a normalmente encontrada pela polícia local, demonstrando maior grau de reprovação.

A vítima é toda sociedade.

Nesse contexto e observadas às diretrizes do art. 68 do mesmo código, fixo-lhe a pena-base privativa de liberdade e de multa nas seguintes proporções e concretizo-as, conforme abaixo:

1º) Fixo a pena-base privativa de liberdade em 08 (oito) anos de reclusão, que reduzo em 01 (um) ano pela confissão, concretizo-a em 07 (sete) anos de reclusão.

2º) Aplico ainda a pena de multa, que fixo em 800 (oitocentos) dias-multa, que reduzo em 100 (cem) dias-multa em face da confissão, concretizando-a em 700 (setecentos) dias-multa, correspondendo o dia-multa a R\$ 30,00 (trinta reais), ou seja, o correspondente a 3% do salário mínimo vigente, atendendo às condições econômicas do acusado relatadas nos autos.

A pena de multa deverá ser corrigida monetariamente atendendo o disposto no art. 49 e recolhida na forma e prazo estabelecidos pelo art. 50, ambos do Código Penal.

A pena privativa de liberdade deverá ser cumprida em REGIME SEMI-ABERTO de prisão em estabelecimento prisional adequado, na forma do art. 33, § 1º, b do Código Penal, tendo em vista, tendo em vista as circunstâncias judiciais analisadas acima'.

Quanto à redução da pena-base, constato que o pedido se mostra pertinente, pois como se vê da transcrição da sentença condenatória, o magistrado a quo laborou em equívoco ao fixar a pena-base acima do mínimo legal, uma vez que justificou de modo inidôneo os vetores judiciais da culpabilidade, das consequências e das circunstâncias do delito, utilizando-se de argumentos genéricos que inclusive, em relação à culpabilidade, não ultrapassou os limites do próprio tipo penal.

Logo, ante a ausência de circunstâncias judiciais desfavoráveis à recorrente, reduzo a reprimenda-base, fixando-a no patamar mínimo de 05 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de 500 dias-multa.

Na etapa intermediária, o magistrado acertadamente reconheceu a incidência da atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, 'd', do Código Penal), contudo, considerando que a sanção inicial foi, neste grau de jurisdição, fixada no mínimo legal, deixo de reduzir a pena, nos termos da Súmula nº 231 do STJ.

A propósito, convém ressaltar que, não obstante existir corrente jurisprudencial defendendo a redução da pena abaixo do ínfimo legal, na segunda fase da dosimetria da pena, trata-se de entendimento minoritário, que não merece prevalecer.

Sobre o tema, Guilherme de Souza Nucci:

'[...] utilizando o raciocínio de que as atenuantes, segundo preceito



legal, devem sempre servir para reduzir a pena (art. 65, CP), alguns penalistas têm defendido que seria possível romper o mínimo legal quando se tratar de aplicar alguma atenuante a que faça jus o réu. Imagine-se que o condenado tenha recebido a pena-base no mínimo; quando passar para a segunda fase, reconhecendo a existência de alguma atenuante, o magistrado deveria reduzir, de algum modo, a pena, mesmo que seja levado a fixá-la abaixo do mínimo. Essa posição é minoritária. Aliás, parece-nos incorreta, pois as atenuantes não fazem parte do tipo penal, de modo que não têm o condão de promover a redução da pena abaixo do mínimo legal. Quando o legislador fixou, em abstrato, o mínimo e o máximo para o crime, obrigou o juiz movimentar-se dentro desses parâmetros, sem possibilidade de ultrapassá-los, salvo quando a própria lei estabelecer causas de aumento ou de diminuição. Estas, por sua vez, fazem parte da estrutura típica do delito, de modo que o juiz nada mais faz do que seguir orientação do próprio legislador. Ex: um homicídio tentado, cuja pena tenha sido fixada no mínimo legal (6 anos), pode ter uma redução de 1/3 a 2/3 porque a própria lei assim o dita (art. 14, parágrafo único, CP) [...] Na doutrina, menciona-se a lição de Lycurgo de Castro Santos: 'Com efeito, dois são os motivos pelos quais não se pode admitir tal individualização da pena abaixo do mínimo legal: em primeiro lugar contraria o princípio da legalidade, já que a pena mínima estabelecida pelo legislador é o limite mínimo a partir do qual a pena pelo injusto culpável cumpre seus pressupostos de prevenção especial geral. Em segundo lugar, a adoção do critério de rebaixar a pena aquém do marco mínimo traz consigo um perigo, desde o ponto de vista político criminal, à segurança jurídica' (O princípio da legalidade no moderno direito penal, p. 193)'.
No mesmo sentido, seguem julgados dos tribunais superiores:

‘(...) Atenuante genérica. Confissão. Impossibilidade de redução da pena abaixo do mínimo legal. Precedentes. (...)’ (STF, HC 124954, Relator (a): Min. DIAS TOFFOLI, Primeira Turma, julgado em 10/02/2015, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-065 DIVULG 07-04-2015 PUBLIC 08-04-2015)’.
.....

‘(...) 3. A jurisprudência desta Corte, inclusive por meio da Súmula n. 231, fixou o entendimento de que a pena, na segunda fase da dosimetria, diante de atenuante, não pode ser reduzida aquém do mínimo legal. A referida restrição decorre do entendimento de que o legislador impôs limite também para essa etapa. 3.1. ‘O sistema da fixação da pena privativa de liberdade estabelecido nos arts. 59, 67 e 68 do C.P. é o da relativa indeterminação e não da absoluta indeterminação’



(REsp 424.925/RS, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 6/6/2002, DJ 1º/7/2002, p. 388). 4. Agravo regimental parcialmente conhecido e desprovido'. (AgRg no REsp 1909443/SC, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, julgado em 11/05/2021, DJe 17/05/2021- grifei).

Por outro lado, entendo que o pleito de reconhecimento da incidência da causa especial de diminuição de pena prevista no parágrafo 4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, merece acolhimento.

Isso porque, além da recorrente ser primária e ter bons antecedentes, não existem nos autos elementos concretos capazes de comprovar a dedicação da acusada à atividade criminosa ou mesmo ser ela integrante de organização para esse fim.

Assim, há de incidir a referida causa de diminuição de pena, em sua fração máxima (2/3), em razão da natureza e quantidade de entorpecentes apreendido, qual seja, 62,234 gramas de maconha, distribuídas em 15 'embrulhos', não justifica, por si só, a adoção de parâmetro mais gravoso, conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

'AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. APLICABILIDADE DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NO PATAMAR MÁXIMO. QUANTIDADE DE DROGA INEXPRESSIVA. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. De acordo com o art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, o agente poderá ser beneficiado com a redução de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços) da pena, desde que seja primário, portador de bons antecedentes, não se dedique a atividades criminosas nem integre organização criminosa. 2. Na hipótese dos autos, a Corte a quo manteve a aplicação do benefício em 1/6 (um sexto), com base na quantidade de droga apreendida. Contudo, tal quantidade - "aproximadamente 80g (oitenta gramas) de maconha" (e-STJ fl. 31) - não justifica a aplicação da fração mínima de redução de pena. 3. Agravo regimental a que se nega provimento'. (STJ - AgRg no HC: 621643 PE 2020/0283343-5, Relator: Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Data de Julgamento: 23/02/2021, T6 - Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 02/03/2021 - grifei).

Desse modo, reduzo a pena intermediária fixada na sentença (5 anos de reclusão e 500 dias-multa) no grau máximo de 2/3, tornando-a concreta e definitiva em 1 ano e 8 meses de reclusão, além do pagamento de 166 dias-multa, à fração de 1/30 do salário mínimo vigente à época do fato delituoso.

Deve o regime inicial de cumprimento da pena se dar no regime aberto, com fulcro no que dispõe o art. 33, §2º, c, do Código Penal. Grifos no original.

A apreciação da culpabilidade como circunstância judicial prevista



no art. 59 do Código Penal, exige a ponderação do grau de censura da ação do agente, que deve ser valorada a partir da existência de um plus de reprovação social de sua conduta, ou seja, deve ser graduada, levando-se em conta o contexto fático em que foi cometido o delito, não bastando, como no caso, a simples menção do local do crime (residência), para a exasperação da pena.

Ademais, não se mostra idôneo, também, como entendido pelo embargante, reconhecer como negativa as circunstâncias do delito, com base em presunções, uma vez que a narrativa de que a conduta criminosa era praticada na frente de menores de idade e que o local do crime – residência da embargada – tinha o fim de dificultar o trabalho de investigação da polícia, não encontra respaldo em qualquer dos elementos de provas juntados.

Por sua vez, além da adoção, pelo Juízo sentenciante, de justificativas idênticas para julgar desfavoráveis as consequências e as circunstâncias do delito – quantidade de droga – não se evidencia que a apreensão de 60 (sessenta) gramas de maconha, tenha o condão de influir na dosimetria da pena, uma vez que a quantidade não se mostra excessiva e a natureza do estupefaciente apreendido não pode ser considerada com efeito mais deletério do que os demais entorpecentes proscritos no país, de modo a repercutir desfavoravelmente na pena da paciente (STJ – hc: 421969 ms 2017/0276899-0, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Data de Julgamento: 20/02/2018, T6 – Sexta Turma, Data de Publicação: DJe 26/02/2018). Dessa forma, a 2ª Turma de Direito Penal fixou a pena-base de Valcira do Socorro Barros de Oliveira, ora embargada, em 5 (cinco) anos de reclusão, ou seja, estabeleceu a reprimenda mínima cominada para o delito tipificado no art. 33 da Lei nº 11.343/06.

De mais a mais, não visualizo circunstância que possa justificar, como sustentado nos embargos, o julgamento negativo da conduta social da recorrida, pois a confissão feita, pela embargada (mídia fls. 60), de que: a droga encontrada na minha casa era minha mesmo, no dia da operação; eu consumia ela, mas também vendia por conta da dificuldade, não reflete, per si, o conjunto de elementos que devem ser sopesados para elevar a pena-base do patamar mínimo.

Nesse sentido, Guilherme de Souza Nucci, afirma que se deve entender por conduta social:

o papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança, dentre outros, motivo pelo qual, além de simplesmente considerar o fator conduta social preferimos incluir a expressão inserção social. Não somente a conduta antecedente do agente em seus vários setores de relacionamento, mas sobretudo o ambiente no qual está inserido são capazes de determinar a justa medida da reprovação que seu ato criminoso



possa merecer. (NUCCI. Guilherme de Souza. Individualização da pena. 7ª ed. rev. atual e ampl. – Rio de Janeiro: Forense, 2015. p. 167).

Desse modo, a irresignação da parte com o teor do acórdão questionado não pode ser compreendida como omissão apta a macular o decisum embargado, porquanto a matéria posta a apreciação foi integralmente julgada, como se depreende do acórdão embargado, absolutamente íntegro quanto aos seus fundamentos, o que enfatizo com a devida vênua à compreensão contrária do eminente membro do Ministério Público. De mais a mais, conforme assentado no acórdão recorrido, não se observa, dos elementos de provas juntados aos autos, qualquer embaraço para a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no art. 33, § 4º da Lei n. 11.343/2006. De fato, não se verifica, a partir da análise das circunstâncias do delito, a existência de indicadores capazes de servir de suporte à afirmação de que a recorrida integra organização voltada à prática de ações ilícitas ou que faça do crime seu meio de vida. Além disso, a quantidade do referido entorpecente não é suficiente para legitimar o afastamento da benesse em questão.

Dessa forma, levando-se em conta o pequeno volume de droga apreendida e ainda a favorabilidade das circunstâncias judiciais, mostra-se adequada a aplicação da fração de 23 (dois terços), nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça. Nesse sentido cito, por todos, recente julgado do Superior Tribunal de Justiça:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL PENAL. INADMISSÃO DO APELO NOBRE. INTIMAÇÃO POR VIA ELETRÔNICA. SUFICIÊNCIA. PUBLICAÇÃO. DIÁRIO DA JUSTIÇA. DISPENSABILIDADE. INTEMPESTIVIDADE DO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL EVIDENCIADA. ILEGALIDADE FLAGRANTE. TRÁFICO DE DROGAS. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. QUANTIDADE NÃO EXPRESSIVA DE DROGAS. DESCABIMENTO. ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. AFASTAMENTO. PROCESSOS CRIMINAIS EM CURSO. FUNDAMENTAÇÃO INIDÔNEA. REGIME ABERTO E SUBSTITUIÇÃO. VIABILIDADE. REPRIMENDAS. REDUÇÃO. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. CONSUMAÇÃO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. HABEAS CORPUS CONCEDIDO, DE OFÍCIO. 1. A intimação por via eletrônica, nos termos do art. 5.º da Lei n. 11.419/2006, é suficiente para dar ciência ao advogado constituído acerca do teor da decisão, dispensando, inclusive, nos termos expressos do referido dispositivo, que seja a intimação publicada, também, no Diário da Justiça. 2. Correta a decisão agravada, quando considerou que a intimação da decisão que inadmitiu o recurso especial ocorreu em 11/05/2020, uma vez que esta ocorreu de forma tácita, 10 (dez)



dias após o envio da intimação eletrônica ao advogado, por força do § 3.º do referido artigo. Assim, é intempestivo o agravo em recurso especial protocolado tão-somente em 21/07/2020. 3. Não obstante a natureza das drogas apreendidas, a sua pequena quantidade não autoriza a exasperação da pena-base. Precedentes desta Corte Superior. 4. O Supremo Tribunal Federal, em precedentes atuais, tem asseverado 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 do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11.343/2006, 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, PLENO, DJe 26/02/2015). 5. Em razão do quantum final da reprimenda e, da fixação da pena-base no mínimo legal, da primariedade da Agravante e da não expressiva quantidade de drogas, mostra-se cabível o estabelecimento do regime inicial aberto (Súmula n. 440 do STJ), bem assim a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos. 6. Para a pena de 1 (um) ano e 8 (oito) meses de reclusão, a prescrição ocorre em 4 (quatro) anos, nos termos do art. 109, inciso V, do Código Penal. No mesmo prazo, prescreve a pena de multa, ex vi do art. 114, inciso II, do mesmo Estatuto. No caso concreto, o lapso quadrienal transcorreu entre o recebimento da denúncia, em 12/12/2012, e a publicação da sentença condenatória, em 17/12/2018. 7. Agravo regimental desprovido; porém, concedido habeas corpus, de ofício, para fixar a pena-base no mínimo legal e aplicar a causa de diminuição do art. 33, § 4.º, da Lei n. 11343/2006, na fração máxima de 2/3 (dois terços), redimensionando as penas nos termos do voto, bem como a fim de estabelecer o regime inicial aberto e substituir a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, e declarar extinta a punibilidade da Agravante, pela prescrição da pretensão punitiva. (AgRg no AREsp 1854456/PI, Rel. Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 10/08/2021, DJe 25/08/2021).

Assim, constata-se que não há qualquer irregularidade sanável por meio dos presentes embargos de declaração, uma vez que toda a matéria posta à apreciação desta e. 2ª Turma de Direito Penal foi julgada – respeitando-se o devido processo legal e a dignidade da pessoa humana, não padecendo a decisão embargada, desse modo, dos vícios que autorizariam a sua oposição.

Além disso, é preciso ressaltar que, inobstante se reconheça a finalidade de prequestionamento da matéria para fins de interposição de recurso especial ou extraordinário, ao devolver a



análise ao espectro do Órgão Julgador, a atividade cognitiva realizada não autoriza a reapreciação da causa, mas especificamente esclarecer eventuais pontos obscuros, desfazer contradição ou suprir omissão, vícios que, como demonstrado, inexistem no acórdão impugnado.

Com essas considerações, nego provimento aos embargos de declaração.

É como voto.

Belém, 20 de setembro de 2021.

Des. MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE Relator