



Número: **0000926-94.2019.8.14.0051**

Classe: **APELAÇÃO CRIMINAL**

Órgão julgador colegiado: **2ª Turma de Direito Penal**

Órgão julgador: **Desembargador LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR**

Última distribuição : **01/06/2021**

Valor da causa: **R\$ 0,00**

Assuntos: **Tráfico de Drogas e Condutas Afins**

Segredo de justiça? **NÃO**

Justiça gratuita? **SIM**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **NÃO**

Partes	Procurador/Terceiro vinculado
TAYLOR PEREIRA DE LEMOS (APELANTE)	IGOR CELIO DE MELO DOLZANIS (ADVOGADO)
JUSTIÇA PUBLICA (APELADO)	
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ (FISCAL DA LEI)	LUIZ CESAR TAVARES BIBAS (PROCURADOR)

Documentos			
Id.	Data	Documento	Tipo
13482731	03/04/2023 10:25	Acórdão	Acórdão
12743135	03/04/2023 10:25	Relatório	Relatório
12743139	03/04/2023 10:25	Voto do Magistrado	Voto
12743142	03/04/2023 10:25	Ementa	Ementa



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

APELAÇÃO CRIMINAL (417) - 0000926-94.2019.8.14.0051

APELANTE: TAYLOR PEREIRA DE LEMOS

APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA

RELATOR(A): Desembargador LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. RECORRER EM LIBERDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. VIABILIDADE *IN CASU*. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. IMPROCEDÊNCIA. EXPRESSIVA QUANTIDADE E NATUREZA ESPECIALMENTE DELETÉRIA DAS DROGAS APREENDIDAS. CONHECIMENTO EM PARTE E PARCIAL PROVIMENTO NA PARTE CONHECIDA. REFORMA, DE OFÍCIO, NA DOSIMETRIA DA PENA DO APELANTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da 2ª Turma de Direito Penal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade, conhecer, em parte, da apelação e dar parcial provimento à parte conhecida; corrigindo, de ofício, a dosimetria da pena do apelante, nos termos do voto do Excelentíssimo Senhor Desembargador Relator.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos vinte dias do mês de março do ano de dois mil e vinte e três.

Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Rômulo José



Ferreira Nunes.

RELATÓRIO

PROCESSO Nº 0000926-94.2019.8.14.0051

2ª TURMA DE DIREITO PENAL

APELAÇÃO CRIMINAL

COMARCA DE ORIGEM: SANTARÉM

APELANTE: TAYLOR PEREIRA DE LEMOS

ADVOGADO: IGOR CÉLIO DE MELO DOLZANIS (OAB/PA Nº 19.567)

APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA

PROCURADOR DE JUSTIÇA: LUIZ CÉSAR TAVARES BIBAS

RELATOR: DESEMBARGADOR LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR

RELATÓRIO

O EXMO. SR. DES. LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR (RELATOR):

Trata-se de apelação interposta por Taylor Pereira de Lemos, irresignado com os termos da r. sentença condenatória proferida pelo Juízo da 3ª Vara Criminal de Santarém/Pa, nos autos da ação penal ajuizada pelo Ministério Público, cuja peça acusatória imputa a ele a prática do crime disposto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Na exordial (Id. 5280258 - Págs. 2/4), consta *ipsis litteris*:

Consta nos autos de inquérito que, no dia 17 de janeiro de 2019, por volta das 09h00min, na Avenida Cuiabá, nos altos da Casa Cristal, próximo à Avenida Borges Leal, Bairro Salé, neste Município e Comarca, o denunciado Taylor Pereira de Lemos guardou e teve em depósito 220 (duzentos e vinte) comprimidos coloridos e um envelope transparente, contendo comprimidos na forma de estrelas, da substância conhecida por “ecstasy”; e um recipiente plástico contendo 0,94g (novecentos e quarenta miligramas), da substância conhecida por “cocaína”, para fins de comercialização, tudo em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Em conformidade com os autos, no dia, local e horário, acima citados, o denunciado Taylor Pereira Lemos, fora preso em flagrante após diversas denúncias de vizinhos de que o mesmo fazia uso e comercializava entorpecentes no local, ocasião em que uma equipe de policiais militares



diligenciou até a residência do indiciado e encontrou os entorpecentes descritos ao norte.

(...)

Houve a defesa prévia (Id. 5280259 - Págs. 1/3).

A denúncia foi recebida pelo juízo *a quo* (Id. 5280260 - Págs. 1/2).

Sobreveio audiência de instrução e julgamento, na qual se ouviram 02 (duas) testemunhas de acusação, 01 (uma) de defesa e interrogou-se o denunciado. Em ato contínuo, as partes apresentaram alegações finais e foi prolatada a sentença ora impugnada (Id. 5280261 - Págs. 1/2 e 5280261 - Págs. 9/19).

No édito condenatório, o juiz *a quo* convenceu-se pela procedência da pretensão punitiva do Estado exposta pelo *dominus litis*, condenado o apelante à sanção de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa.

As razões recursais voltaram-se à aplicação do tráfico privilegiado, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a concessão do direito de recorrer em liberdade (Id. 5280262 - Págs. 13/17).

As contrarrazões firmaram-se pela manutenção *in totum* da decisão recorrida (Id. 5280262 - Págs. 19/24).

Em segunda instância, por distribuição, coube a mim a relatoria do feito (Id. 5280262 - Pág. 27).

A Procuradoria de Justiça emitiu parecer pelo conhecimento e improvimento do recurso (Id. 5280263 - Págs. 3/7).

É o relatório do necessário.

À Douta Revisão, com sugestão de inclusão em pauta no plenário virtual.

VOTO

VOTO

O EXMO. SR. DES. LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR (RELATOR):

02- DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade da apelação, conheço-a, pois, exceto no que atine ao pedido de recorrer em liberdade, ante a inadequação da via eleita.

Nesses termos:

APELAÇÃO PENAL – ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES E USO DE ARMA BRANCA – ART. 157, §2º, INCISOS I E VII DO CPB. 1) PEDIDO PARA APELAR EM LIBERDADE NÃO CONHECIDO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – MATÉRIA QUE DEVERIA TER SIDO TRAZIDA AO CONHECIMENTO DA CORTE ATRAVÉS DE HABEAS



CORPUS. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE A SER CORRIGIDA DE OFÍCIO. NÃO CONHECIMENTO. 2) PLEITO DE CORREÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA NA TERCEIRA FASE. INCIDÊNCIA DA FAÇÃO DE AUMENTO EM 3/8. PROVIMENTO. SIMPLES ENUMERAÇÃO DAS CAUSAS DE AUMENTO DO CRIME DE ROUBO SEM APRESENTAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº. 443 DO STJ. RETIFICAÇÃO DA FRAÇÃO PARA O MÍNIMO DE 1/3 (UM TERÇO). PENA DEFINITIVA QUANTIFICADA EM 05 (CINCO) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO E MAIS 13 (TREZE) DIAS MULTA. 3) RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO, RETIFICANDO-SE A FRAÇÃO DE AUMENTO PELO RECONHECIMENTO DAS MAJORANTES DO CRIME DE ROUBO NO QUANTUM MÍNIMO DE 1/3 (UM TERÇO). UNANIMIDADE.

(12300985, 12300985, Rel. VANIA VALENTE DO COUTO FORTES BITAR CUNHA, Órgão Julgador 2ª Turma de Direito Penal, Julgado em 2022-11-29, Publicado em 2023-02-09) (grifei) 02 – DA DOSIMETRIA DA PENA. DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006 NA RAZÃO DE 2/3.

A individualização da pena é uma atividade discricionária do julgador e se sujeita à revisão somente em face de ilegalidade flagrante ou teratologia – porque não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

Identificada a necessidade da aludida correção, nada obsta ao magistrado *ad quem* fazê-lo com suas próprias ponderações, posto que o recurso seja exclusivo da defesa, bastando se ater a não agravar a pena imposta ao recorrente pelo juiz *a quo*. Nesses termos:

“O amplo efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal, ainda que em julgamento de recurso exclusivo da Defesa, a alterar e/ou incrementar a fundamentação da sentença, desde que o desfecho não agrave o quantum final de pena fixado” (RHC nº 190.134/PB-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 26/5/21).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VETORES JUDICIAIS NEGATIVADOS. CULPABILIDADE. MODUS OPERANDI. DESFERIMENTO DE INÚMEROS GOLPES DE FACA POR TODO O CORPO DA VÍTIMA. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. FUNDAMENTO QUE, POR SI SÓ, AUTORIZA A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE NA FRAÇÃO DE 1/6. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. O efeito devolutivo pleno do recurso de apelação possibilita à Corte de origem, mesmo que em recurso exclusivo da defesa, revisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, bem como alterar os fundamentos para justificar a manutenção ou redução das reprimendas ou do regime inicial, não sendo o caso de apontar reformatio in pejus se a situação do recorrente não foi agravada, como no caso sob análise, em que a pena definitiva imposta na sentença foi reduzida.

2. Este Sodalício possui o entendimento de que, em razão do efeito amplamente devolutivo da apelação, pode o tribunal, ao julgar recurso exclusivo da defesa, apresentar nova fundamentação, desde que não seja agravada a situação do recorrente (AgRg no HC n. 499.041/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 1º/7/2019).

3. A jurisprudência de ambas as Turmas da Terceira Seção deste Sodalício é firme no sentido de que o Tribunal de origem, ainda que no julgamento de recurso exclusivo da defesa, pode valer-se de fundamentos diversos dos constantes da sentença para se manifestar acerca da operação dosimétrica e do regime inicial fixado para o cumprimento da pena, para examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, desde que não haja agravamento da situação final do réu e que sejam observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na incoativa (AgRg no HC n. 437.108/ES, Ministro Antônio Saldanha



Palheiro, Sexta Turma, DJe 1º/7/2019).

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.955.048/PA, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 2/5/2022) (grifei)

Vejamos, *in verbis*, o trecho correlato do ato (Id. 5280261 - Págs. 12/14):

A - DA PENA BASE: **Considerando que o réu registra culpabilidade de grau máximo, eis que buscava prejudicar um grande número de pessoas da sociedade com o tráfico de entorpecentes diante da grande quantidade de substância entorpecente apreendida ciente da proibição determinada pelo Estado Brasileiro, essa condição deve ser tida como desfavorável ao réu**; registra bons antecedentes criminais, sendo isso favorável ao réu; **apresenta conduta social anormal aceitando transportar grande quantidade de entorpecente sendo isso desfavorável ao réu**; **Quanto a personalidade do acusado considerando deve ser tida como desfavorável eis que demonstrado seu constante envolvimento com fatos criminosos, sendo que sua própria esposa confirmou que ele já foi preso antes, sendo isso desfavorável ao réu**; os motivos, as circunstâncias e consequências do crime **lhe são de todo desfavoráveis, posto que versa sobre o transporte de considerável substância entorpecente para obtenção de lucro fácil comprometendo a segurança e toda a sociedade e que a sociedade, como vítima, em nada contribuiu para o crime, por isso, para reprovar e prevenir o crime previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, fixo a pena base em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente a época dos fatos, levando-se em consideração a situação econômica do réu.**

B - DAS AGRAVANTES E DAS ATENUANTES. Sem nenhuma causa de aumento de pena, por outro lado, **reconheço a existência da atenuante da confissão (CP, artigo 65, inciso IV, aliena d), e, assim retorno a sua pena para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente a época dos fatos, levando-se em consideração a situação econômica do réu.**

C - DAS CAUSAS DE AUMENTO E DE DIMINUIÇÃO DE PENA. Nessa fase não vislumbro nenhuma causa de aumento da pena, **bem como, nenhuma causa de diminuição da pena, por isso, a mantenho na forma como fixada até o momento.**

D – DA PENA DEFINITIVA DO RÉU PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33 DA LEI FEDERAL Nº 11.343/2006. Desta feita, considerando a regra do artigo 68 do Código Penal fica a pena do réu TAYLOR PEREIRA DE LEMOS referente ao delito previsto no artigo 33 da Lei Federal nº 11.343/2006 fixada em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente a época dos fatos, levando-se em consideração a situação econômica do réu.

DA IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

A substituição da pena restritiva de liberdade pela pena restritiva de direitos é determinada no artigo 44 do Código Penal assim redigido:

(...)

Considerando que a pena privativa de liberdade ultrapassou o limite previsto no artigo 44, inciso I, do Código Penal, bem como, o acusado não preenche os requisitos determinado pelo inciso III do mesmo dispositivo penal indefiro de ofício conversão de penas articulado pela defesa, em conformidade com o entendimento dominante do Superior Tribunal de Justiça:

(...)

<sic>(grifei)

Conforme fundamentação a seguir, faz-se necessária, *data máxima vênia*, a reforma, de ofício, da dosimetria da punição imposta ao apelante, pelo juízo *a quo*.

Compulsando a sentença, o julgador valorou de maneira negativa, na primeira fase os vetores da:



culpabilidade, conduta, personalidade, motivo, consequências e circunstâncias do crime e participação da vítima, fixando a pena base em **06 (seis) anos de reclusão, mais 600 (seiscentos) dias-multa.**

Sabe-se, que nos termos da Súmula 17 deste Egrégio Tribunal de Justiça, é válido lembrar, “a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficientes referências a conceitos vagos, genéricos ou inerentes ao próprio tipo penal”. Ora, a culpabilidade do agente diz respeito à maior ou menor reprovabilidade da conduta, não se confundindo com a culpabilidade como elemento do crime, a qual é composta pela imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa (Súmula 19/TJPA).

In casu, se observa que o apelante não exacerbou o previsto para o tipo penal. Ademais, o magistrado a quo exarou fundamentação inidônea, quando disse: “o réu registra culpabilidade de grau máximo, eis que buscava prejudicar um grande número de pessoas da sociedade com o tráfico de entorpecentes diante da grande quantidade de substância entorpecente apreendida ciente da proibição determinada pelo Estado Brasileiro, essa condição deve ser tida como desfavorável ao réu”.

Embora a quantidade da droga, *in casu*, seja considerável ela deve ser valorada em vetor correlato; ademais, os outros argumentos expostos são inidôneos, vez que o primeiro é próprio do tipo e o segundo é referente à elemento do crime.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. **TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E MOTIVO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA.**

ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República. 2. As vetoriais da natureza e quantidade, previstas no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, foram sopesadas negativamente em razão da apreensão de 170 porções de crack, com peso de 44,357g. Contudo, a quantidade apreendida não demonstra reprovabilidade suficiente para exasperar a pena-base. **3. A análise desfavorável do motivo e das consequências do crime exigem fundamentação idônea, não podendo estar amparada em considerações genéricas e inerentes aos tipos penais.** 4. Os danos à saúde pública e a obtenção de lucro fácil, abstratamente considerados, são inerentes ao tipo penal do crime de tráfico de drogas. 5. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena do Paciente ao patamar de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 560 (quinhentos e sessenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença condenatória. (Destaquei) (STJ - HC: 466740 PE 2018/022222-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 06/12/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2018) EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE AMEAÇA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. MAL INJUSTO E GRAVE COM POTENCIAL INTIMIDATÓRIO. CULPA PELO FIM DO RELACIONAMENTO. EX-SOGRA. CONDENAÇÃO. RECURSO PROVIDO. (...)

7. Pertinente à dosimetria da pena, nos termos do art. 59 do CP, **a culpabilidade como circunstância judicial diz respeito ao grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta, e não à culpabilidade normativa, que engloba a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa e que constitui elementar do tipo penal, de modo que uma**



não se confunde com a outra, e a culpabilidade (circunstância judicial), in casu, não extrapolou as elementares do tipo penal incriminador; apesar de ostentar ocorrência em sua certidão de antecedentes criminais, observa-se que não é ela hábil para autorizar a elevação da pena nesta fase (Súmula nº 444/STJ); não constam informações acerca de sua conduta social; personalidade do agente aparenta ser a do homem normal; os motivos do crime são banais; as circunstâncias não são desfavoráveis ao réu; as consequências são as inerentes ao tipo penal; o comportamento da vítima em nada contribuiu para com a ação do réu.

(...)

(TJGO, PROCESSO CRIMINAL -> Recursos -> Apelação Criminal 5410162-80.2019.8.09.0075, Rel. ROZANA FERNANDES CAMAPUM, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais, julgado em 08/11/2021, DJe de 08/11/2021).

No que tange ao vetor da personalidade a qual diz respeito à índole, ao caráter do indivíduo - foi negativado em razão de seu constante envolvimento com fatos criminosos.

No entanto, o fato de o acusado possuir condenações anteriores ou ações penais em curso não pode ser considerado como fundamento idôneo para a valoração negativa da conduta social ou da personalidade, conforme precedentes do STJ e da Súmula n. 444/STJ (HC 548.139/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020).

Diante do exposto e não havendo nos autos elementos concretos acerca da personalidade do acusado, valoro a presente circunstância como **neutra**.

Ademais, consoante às circunstâncias judiciais relativas ao motivo, conduta social, consequências e circunstâncias do crime, verifico que foram utilizados fundamentos, inidôneo, pois genéricos e pautado em elementos próprios do tipo, no que os modifico para **neutro**.

Para mais fundamentar:

HABEAS CORPUS. PENAL. **TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E MOTIVO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA.**

ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República. 2. As vetoriais da natureza e quantidade, previstas no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, foram sopesadas negativamente em razão da apreensão de 170 porções de crack, com peso de 44,357g. Contudo, a quantidade apreendida não demonstra reprovabilidade suficiente para exasperar a pena-base. **3. A análise desfavorável do motivo e das consequências do crime exigem fundamentação idônea, não podendo estar amparada em considerações genéricas e inerentes aos tipos penais.** 4. **Os danos à saúde pública e a obtenção de lucro fácil, abstratamente considerados, são inerentes ao tipo penal do crime de tráfico de drogas.** 5. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena do Paciente ao patamar de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 560 (quinhentos e sessenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença condenatória. (Destaquei) (STJ - HC: 466740 PE 2018/022222-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 06/12/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2018)

Quanto ao comportamento da vítima, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é circunstância judicial que nunca será avaliada desfavoravelmente: ou será positiva, quando a vítima contribui para a prática do delito, ou será neutra, quando não há contribuição (AgInt no REsp 1710287/AL, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado



em 6/2/2018, DJe 15/2/2018).

Com efeito, como não resta evidente, *in casu*, a interferência da vítima (sociedade) no desdobramento causal, tal circunstância deve ser **considerada neutra**.

Para mais fundamentar:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE. PREMEDITAÇÃO E PLANEJAMENTO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MODUS OPERANDI DO DELITO QUE REVELA A SUA GRAVIDADE CONCRETA. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. VALORAÇÃO NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.
(...)

IV - O comportamento da vítima é circunstância judicial ligada à vitimologia, que deve ser necessariamente neutra ou favorável ao réu, sendo descabida sua utilização para incrementar a pena-base.

Com efeito, se não restar evidente a interferência da vítima no desdobramento causal, como ocorreu na hipótese em análise, tal circunstância deve ser considerada neutra.

(...)

(AgRg no HC n. 690.059/ES, relator Ministro Jesuíno Rissato (desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, DJe de 8/10/2021.)

Com base no artigo 42 da Lei 11.343/2006, a quantidade do entorpecente apreendido com o apelante não pode passar despercebida – 0,94g de cocaína, 228 comprimidos de ecstasy e 44 comprimidos de LSD (Id. 5280261- Pág. 21) - ; pois é considerável de modo a justificar sua valoração negativa.

Ilustrativamente:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA IN CASU. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o periculum libertatis.

2. No caso, a prisão preventiva está justificada, pois a decisão que a impôs fez referência à gravidade concreta da conduta imputada ao recorrente, uma vez que foi **apreendida elevada quantidade de entorpecentes (200 comprimidos de ecstasy)**. Dessarte, evidenciada a sua periculosidade e a necessidade da segregação como forma de acautelar a ordem pública.

3. Condições subjetivas favoráveis do agente, por si sós, não impedem a prisão cautelar, caso se verifiquem presentes os requisitos legais para a decretação da segregação provisória.

4. Os fundamentos adotados para a imposição da prisão preventiva indicam, no caso, que as medidas alternativas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública e evitar a prática de novos crimes.

5. Recurso em habeas corpus desprovido.

(RHC n. 156.096/RS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 8/4/2022.) (grifei)

Logo, considerando a negatização de 01 (uma) circunstância judicial, **preservo a dosimetria basilar em 06 (seis) anos de reclusão, mais 600 (seiscentos) dias-multa**, com fulcro na Súmula 23 deste e. Tribunal de Justiça, *in verbis*:

A aplicação dos vetores do art. 59 do CPB obedece a critérios quantitativos e qualitativos, de



modo que, existindo a aferição negativa de qualquer deles, fundamenta-se a elevação da pena base acima do mínimo legal. (Súmula n. 23, 28ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, aprovado em 03/08/2016, p. 8-9)

Na segunda fase, corretamente, foi reconhecida só a atenuante da confissão espontânea, sendo reduzida a pena intermediária em 1/6, **restando em 5 (cinco) anos de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias-multa**. Não havendo equívocos, **mantenho-a**.

Agora, no que tange à terceira fase, conquanto ausente, de fato, causa de aumento de pena, o magistrado sentenciante não reconheceu a minorante prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006 em razão da elevada quantidade da droga apreendida com o ora apelante, senão vejamos:

Com todo o respeito que é merecedora da defesa não posso concordar com a tese da aplicação, pois, o réu não preenche todos os requisitos necessários para a receber o benefício, pois, o acusado estava guardando quantidade considerável de LSD (222 comprimidos) sendo isso suficiente para demonstrar que ele possui envolvimento com organização criminosa, e de grande porte, devido ao valor do entorpecente no mercado, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

(...)

Nesta oportunidade destaco que esse também é o entendimento adotado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará senão vejamos:

(...)

No entanto, verifico que tal fundamento já havia sido valorado na primeira fase, caracterizando *bis in idem*. Ademais, no atual entendimento da nossa Suprema Corte, a quantidade e natureza da droga, por si sós, não são aptas a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INTERPOSIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. LEGITIMIDADE. ENTENDIMENTO REAFIRMADO PELO PLENÁRIO DO STF NO RE 985.392 RG/RS. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. RECORRENTE CONDENADO POR TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. UTILIZAÇÃO DE REGISTROS POR ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AO CRIME DE TRÁFICO E DE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
(...)

II – O fundamento utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para negar a incidência da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, foi a existência de registros por atos infracionais análogos ao tráfico de drogas. No RHC, por sua vez, a defesa alega que “incidência da minorante especial do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 [teria sido] negada apenas com base na imaginada dedicação do paciente à atividade criminosa, inferida exclusivamente da quantidade e da variedade de drogas apreendidas [...]”. Recurso ordinário em habeas corpus não conhecido por ofensa ao princípio da dialeticidade recursal. Precedentes.

III – A orientação jurisprudencial da Segunda Turma desta Suprema Corte é no sentido de que deve ser idônea a fundamentação para justificar o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, sendo insuficiente, por si só, a utilização de atos infracionais anteriormente cometidos pelo agente para caracterizar maus antecedentes ou dedicação a atividades criminosas, para o efeito de impedir a minorante do tráfico privilegiado.

IV – **A quantidade de droga apreendida, fundamento agora invocado pelo agravante, além de constituir indevido incremento de fundamentação não admitido pela jurisprudência do**



STF, também não impede a incidência da minorante em questão. Precedentes da Segunda Turma do STF.

V – Ordem de habeas corpus concedida para determinar ao Juízo competente que proceda à nova dosimetria da pena, aplicando a causa especial de redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na fração que entenda adequada e suficiente para reprovação e prevenção do crime, com os demais consectários legais. VI – Agravo regimental a que se nega provimento. (RHC 206565 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/12/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-013 DIVULG 25-01-2022 PUBLIC 26-01-2022)

Penal e processual penal. Habeas corpus. Tráfico de drogas. Dosimetria e redutor por tráfico privilegiado. **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.** Precedentes. Ordem concedida para determinar ao Juízo de origem que refaça a dosimetria do paciente com a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em fração a ser motivadamente determinada. (HC 193223 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 30/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-290 DIVULG 10-12-2020, PUBLIC 11-12-2020)

Diante desse contexto, por ser o réu primário, não ostentar maus antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa, conforme o que é possível apreender nos presentes autos, dou procedência o pedido da defesa, reconhecendo e aplicando a aludida benesse ao apelante no seu patamar máximo, ou seja, em 2/3 (dois terços), visto que não há outro elemento apto a justificar a imposição em fração diferente.

Para mais fundamentar:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DE DROGA. UTILIZAÇÃO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. EMPREGO CONCOMITANTE DA QUANTIDADE DE DROGA PARA O AUMENTO DA PENA-BASE E MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. "BIS IN IDEM". NÃO CABIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A Terceira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 1.887.511/SP, da relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, entendeu, alinhando-se ao STF, que **a natureza e quantidade da droga são fatores a serem considerados necessariamente na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, constituindo-se em circunstância preponderante a ser utilizada na primeira fase da dosimetria da pena.**

2. Embora a quantidade e a natureza do entorpecente permitam a modulação da fração de redução de pena, tais elementos foram valoradas para aumentar a pena-base, **afigurando-se imprópria a utilização concomitante para alterar o patamar estabelecido pela causa de diminuição, sob pena de "bis in idem".**

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 753.526/MG, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 25/11/2022.)

Dessa maneira fixo a pena definitiva em **01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, mais 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa.**

O valor unitário dos dias-multa deve permanecer em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do delito – presumível é a baixa condição econômica da apelante.

Preservo o regime inicial de cumprimento de pena do apelante no **semiaberto**, levando em conta a quantia da reprimenda privativa de liberdade do recorrente e a presença de valoração negativa



de circunstância judicial preponderante, com fulcro no artigo 33, §2º, alínea c, e §3º, do Código Penal.

Não substituo, por fim, a pena privativa de liberdade do apelante por restritivas de direito, haja vista que a quantidade de droga apreendida com o apelante indica tal inadequação, tudo com fulcro no artigo 44 do Código Penal.

Pela mesma razão, entendo inaplicável ao caso a suspensão prevista no artigo 77 do Código Penal.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. PRESENÇA DOS REQUISITOS. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE EVIDENCIEM A DEDICAÇÃO DO RÉU ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. CABÍVEL O SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

(...)

2. A quantidade de entorpecentes (art. 42 da Lei de Drogas), utilizada pela Jurisdição ordinária para exasperar a pena-base, foi devidamente considerada para justificar a fixação do regime inicial imediatamente mais gravoso do que aquele previsto de acordo com o quantum da pena reclusiva, conforme o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, além de amparar a negativa de substituição da pena, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 779.319/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 2/2/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA PARA A CONDENAÇÃO. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. EXPRESSIVA QUANTIDADE E NATUREZA ESPECIALMENTE DELETÉRIA DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTO IDÔNEO E SUFICIENTE. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Hipótese em que as instâncias ordinárias, com base no acervo probatório, firmaram compreensão no sentido da efetiva prática do crime de tráfico de drogas. Diante desse quadro, aplica-se o entendimento segundo o qual o habeas corpus, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária, não é meio processual adequado para analisar a tese de insuficiência probatória para a condenação.

Precedentes.

2. O estabelecimento do regime inicial semiaberto foi suficientemente motivado na decisão agravada, após a redução da pena do paciente para patamar inferior a 4 anos de reclusão, com base na expressiva quantidade e natureza especialmente deletéria de parte das drogas apreendidas, parâmetro que foi adequadamente sopesado na primeira fase da dosimetria, tudo em conformidade com o disposto no art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal. Precedentes.

3. Constando da decisão agravada ser inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em virtude do não cumprimento do requisito disposto no inciso III do art. 44 do Código Penal, em razão da expressiva quantidade e natureza especialmente deletéria das drogas apreendidas, também resulta inviável a suspensão condicional da pena, ante o não implemento do espelhado requisito constante do inciso II do art. 77 do Código Penal.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 687.428/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 20/9/2021.)



DISPOSITIVO

Pelo exposto, conheço do apelo em parte e dou-lhe, parcial, provimento na parte conhecida, somente para conceder a benesse do tráfico privilegiado; corrigindo, de ofício, a dosimetria da pena do apelante, nos termos da fundamentação.

É o voto.

Belém, 03/04/2023



PROCESSO Nº 0000926-94.2019.8.14.0051

2ª TURMA DE DIREITO PENAL

APELAÇÃO CRIMINAL

COMARCA DE ORIGEM: SANTARÉM

APELANTE: TAYLOR PEREIRA DE LEMOS

ADVOGADO: IGOR CÉLIO DE MELO DOLZANIS (OAB/PA Nº 19.567)

APELADA: JUSTIÇA PÚBLICA

PROCURADOR DE JUSTIÇA: LUIZ CÉSAR TAVARES BIBAS

RELATOR: DESEMBARGADOR LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR

RELATÓRIO

O EXMO. SR. DES. LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR (RELATOR):

Trata-se de apelação interposta por Taylor Pereira de Lemos, irresignado com os termos da r. sentença condenatória proferida pelo Juízo da 3ª Vara Criminal de Santarém/Pa, nos autos da ação penal ajuizada pelo Ministério Público, cuja peça acusatória imputa a ele a prática do crime disposto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/2006.

Na exordial (Id. 5280258 - Págs. 2/4), consta *ipsis litteris*:

Consta nos autos de inquérito que, no dia 17 de janeiro de 2019, por volta das 09h00min, na Avenida Cuiabá, nos altos da Casa Cristal, próximo à Avenida Borges Leal, Bairro Salé, neste Município e Comarca, o denunciado Taylor Pereira de Lemos guardou e teve em depósito 220 (duzentos e vinte) comprimidos coloridos e um envelope transparente, contendo comprimidos na forma de estrelas, da substância conhecida por “ecstasy”; e um recipiente plástico contendo 0,94g (novecentos e quarenta miligramas), da substância conhecida por “cocaína”, para fins de comercialização, tudo em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Em conformidade com os autos, no dia, local e horário, acima citados, o denunciado Taylor Pereira Lemos, fora preso em flagrante após diversas denúncias de vizinhos de que o mesmo fazia uso e comercializava entorpecentes no local, ocasião em que uma equipe de policiais militares diligenciou até a residência do indiciado e encontrou os entorpecentes descritos ao norte.

(...)

Houve a defesa prévia (Id. 5280259 - Págs. 1/3).

A denúncia foi recebida pelo juízo *a quo* (Id. 5280260 - Págs. 1/2).

Sobreveio audiência de instrução e julgamento, na qual se ouviram 02 (duas) testemunhas de acusação, 01 (uma) de defesa e interrogou-se o denunciado. Em ato contínuo,



as partes apresentaram alegações finais e foi prolatada a sentença ora impugnada (Id. 5280261 - Págs. 1/2 e 5280261 - Págs. 9/19).

No édito condenatório, o juiz *a quo* convenceu-se pela procedência da pretensão punitiva do Estado exposta pelo *dominus litis*, condenado o apelante à sanção de 05 (cinco) anos de reclusão, em regime semiaberto, e 500 (quinhentos) dias-multa.

As razões recursais voltaram-se à aplicação do tráfico privilegiado, substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos e a concessão do direito de recorrer em liberdade (Id. 5280262 - Págs. 13/17).

As contrarrazões firmaram-se pela manutenção *in totum* da decisão recorrida (Id. 5280262 - Págs. 19/24).

Em segunda instância, por distribuição, coube a mim a relatoria do feito (Id. 5280262 - Pág. 27).

A Procuradoria de Justiça emitiu parecer pelo conhecimento e improvimento do recurso (Id. 5280263 - Págs. 3/7).

É o relatório do necessário.

À Douta Revisão, com sugestão de inclusão em pauta no plenário virtual.



VOTO

O EXMO. SR. DES. LEONAM GONDIM DA CRUZ JÚNIOR (RELATOR):

02- DO JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

Preenchidos os pressupostos objetivos e subjetivos de admissibilidade da apelação, conheço-a, pois, exceto no que atine ao pedido de recorrer em liberdade, ante a inadequação da via eleita.

Nesses termos:

APELAÇÃO PENAL – ROUBO MAJORADO PELO CONCURSO DE AGENTES E USO DE ARMA BRANCA – ART. 157, §2º, INCISOS I E VII DO CPB. **1) PEDIDO PARA APELAR EM LIBERDADE NÃO CONHECIDO – INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA – MATÉRIA QUE DEVERIA TER SIDO TRAZIDA AO CONHECIMENTO DA CORTE ATRAVÉS DE HABEAS CORPUS.** INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE A SER CORRIGIDA DE OFÍCIO. NÃO CONHECIMENTO. 2) PLEITO DE CORREÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA NA TERCEIRA FASE. INCIDÊNCIA DA FAÇÃO DE AUMENTO EM 3/8. PROVIMENTO. SIMPLES ENUMERAÇÃO DAS CAUSAS DE AUMENTO DO CRIME DE ROUBO SEM APRESENTAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº. 443 DO STJ. RETIFICAÇÃO DA FRAÇÃO PARA O MÍNIMO DE 1/3 (UM TERÇO). PENA DEFINITIVA QUANTIFICADA EM 05 (CINCO) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO E MAIS 13 (TREZE) DIAS MULTA. 3) RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA EXTENSÃO, PROVIDO, RETIFICANDO-SE A FRAÇÃO DE AUMENTO PELO RECONHECIMENTO DAS MAJORANTES DO CRIME DE ROUBO NO QUANTUM MÍNIMO DE 1/3 (UM TERÇO). UNANIMIDADE.

(12300985, 12300985, Rel. VANIA VALENTE DO COUTO FORTES BITAR CUNHA, Órgão Julgador 2ª Turma de Direito Penal, Julgado em 2022-11-29, Publicado em 2023-02-09) (grifei) 02 – DA DOSIMETRIA DA PENA. DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006 NA RAZÃO DE 2/3.

A individualização da pena é uma atividade discricionária do julgador e se sujeita à revisão somente em face de ilegalidade flagrante ou teratologia – porque não observados os parâmetros legais estabelecidos ou o princípio da proporcionalidade.

Identificada a necessidade da aludida correção, nada obsta ao magistrado *ad quem* fazê-lo com suas próprias ponderações, posto que o recurso seja exclusivo da defesa, bastando se ater a não agravar a pena imposta ao recorrente pelo juiz *a quo*. Nesses termos:

“O amplo efeito devolutivo da apelação autoriza o Tribunal, ainda que em julgamento de recurso exclusivo da Defesa, a alterar e/ou incrementar a fundamentação da sentença, desde que o desfecho não agrave o quantum final de pena fixado” (RHC nº 190.134/PB-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Rosa Weber, DJe de 26/5/21).

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL. HOMICÍDIO QUALIFICADO. VIOLAÇÃO DO ART. 59 DO CP. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. VETORES JUDICIAIS NEGATIVADOS. CULPABILIDADE. MODUS OPERANDI. DESFERIMENTO DE INÚMEROS GOLPES DE FACA POR TODO O CORPO DA VÍTIMA. MAIOR REPROVABILIDADE DA CONDUTA. FUNDAMENTO QUE, POR SI SÓ, AUTORIZA A EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE NA FRAÇÃO DE 1/6. AUSÊNCIA DE REFORMATIO IN PEJUS. JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. O efeito devolutivo pleno do recurso de apelação possibilita à Corte de origem, mesmo que em recurso exclusivo da defesa, revisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, bem como alterar os fundamentos para justificar a manutenção ou redução das reprimendas ou do regime inicial, não sendo o caso de apontar reformatio in pejus se a situação do recorrente não foi agravada, como no caso sob análise, em que a pena



definitiva imposta na sentença foi reduzida.

2. Este Sodalício possui o entendimento de que, em razão do efeito amplamente devolutivo da apelação, pode o tribunal, ao julgar recurso exclusivo da defesa, apresentar nova fundamentação, desde que não seja agravada a situação do recorrente (AgRg no HC n. 499.041/SP, Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 1º/7/2019).

3. **A jurisprudência de ambas as Turmas da Terceira Seção deste Sodalício é firme no sentido de que o Tribunal de origem, ainda que no julgamento de recurso exclusivo da defesa, pode valer-se de fundamentos diversos dos constantes da sentença para se manifestar acerca da operação dosimétrica e do regime inicial fixado para o cumprimento da pena, para examinar as circunstâncias judiciais e rever a individualização da pena, desde que não haja agravamento da situação final do réu e que sejam observados os limites da pena estabelecida pelo Juízo sentenciante bem como as circunstâncias fáticas delineadas na sentença e na incoativa** (AgRg no HC n. 437.108/ES, Ministro Antônio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, DJe 1º/7/2019).

4. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 1.955.048/PA, relator Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe de 2/5/2022) (grifei)

Vejamos, *in verbis*, o trecho correlato do ato (Id. 5280261 - Págs. 12/14):

A - DA PENA BASE: **Considerando que o réu registra culpabilidade de grau máximo, eis que buscava prejudicar um grande número de pessoas da sociedade com o tráfico de entorpecentes diante da grande quantidade de substância entorpecente apreendida ciente da proibição determinada pelo Estado Brasileiro, essa condição deve ser tida como desfavorável ao réu;** registra bons antecedentes criminais, sendo isso favorável ao réu; **apresenta conduta social anormal aceitando transportar grande quantidade de entorpecente sendo isso desfavorável ao réu;** Quanto a personalidade do acusado **considerando deve ser tida como desfavorável eis que demonstrado seu constante envolvimento com fatos criminosos, sendo que sua própria esposa confirmou que ele já foi preso antes, sendo isso desfavorável ao réu;** os motivos, as circunstâncias e consequências do crime **lhe são de todo desfavoráveis, posto que versa sobre o transporte de considerável substância entorpecente para obtenção de lucro fácil comprometendo a segurança e toda a sociedade e que a sociedade, como vítima, em nada contribuiu para o crime, por isso, para reprovar e prevenir o crime previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/2006, fixo a pena base em 6 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente a época dos fatos, levando-se em consideração a situação econômica do réu.**

B - DAS AGRAVANTES E DAS ATENUANTES. Sem nenhuma causa de aumento de pena, por outro lado, **reconheço a existência da atenuante da confissão (CP, artigo 65, inciso IV, aliena d), e, assim retorno a sua pena para 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente a época dos fatos,** levando-se em consideração a situação econômica do réu.

C - DAS CAUSAS DE AUMENTO E DE DIMINUIÇÃO DE PENA. Nessa fase não vislumbro nenhuma causa de aumento da pena, **bem como, nenhuma causa de diminuição da pena, por isso, a mantenho na forma como fixada até o momento.**

D – DA PENA DEFINITIVA DO RÉU PARA O DELITO PREVISTO NO ARTIGO 33 DA LEI FEDERAL Nº 11.343/2006. Desta feita, considerando a regra do artigo 68 do Código Penal fica a pena do réu TAYLOR PEREIRA DE LEMOS referente ao delito previsto no artigo 33 da Lei Federal nº 11.343/2006 fixada em 5 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente a época dos fatos, levando-se em consideração a situação econômica do réu.

DA IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS

A substituição da pena restritiva de liberdade pela pena restritiva de direitos é determinada no



artigo 44 do Código Penal assim redigido:

(...)

Considerando que a pena privativa de liberdade ultrapassou o limite previsto no artigo 44, inciso I, do Código Penal, bem como, o acusado não preenche os requisitos determinado pelo inciso III do mesmo dispositivo penal indefiro de ofício conversão de penas articulado pela defesa, em conformidade com o entendimento dominante do Superior Tribunal de Justiça:

(...)

<sic>(grifei)

Conforme fundamentação a seguir, faz-se necessária, *data máxima vênia*, a reforma, de ofício, da dosimetria da punição imposta ao apelante, pelo juízo *a quo*.

Compulsando a sentença, o julgador valorou de maneira negativa, na primeira fase os vetores da: culpabilidade, conduta, personalidade, motivo, consequências e circunstâncias do crime e participação da vítima, fixando a pena base em **06 (seis) anos de reclusão, mais 600 (seiscentos) dias-multa.**

Sabe-se, que nos termos da Súmula 17 deste Egrégio Tribunal de Justiça, é válido lembrar, “a fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficientes referências a conceitos vagos, genéricos ou inerentes ao próprio tipo penal”. Ora, a culpabilidade do agente diz respeito à maior ou menor reprovabilidade da conduta, não se confundindo com a culpabilidade como elemento do crime, a qual é composta pela imputabilidade, potencial conhecimento da ilicitude do fato e exigibilidade de conduta diversa (Súmula 19/TJPA).

In casu, se observa que o apelante não exacerbou o previsto para o tipo penal. Ademais, o magistrado a quo exarou fundamentação inidônea, quando disse: “o réu registra culpabilidade de grau máximo, eis que buscava prejudicar um grande número de pessoas da sociedade com o tráfico de entorpecentes diante da grande quantidade de substância entorpecente apreendida ciente da proibição determinada pelo Estado Brasileiro, essa condição deve ser tida como desfavorável ao réu”.

Embora a quantidade da droga, *in casu*, seja considerável ela deve ser valorada em vetor correlato; ademais, os outros argumentos expostos são inidôneos, vez que o primeiro é próprio do tipo e o segundo é referente à elemento do crime.

Nesse sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. **TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E MOTIVO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA.**

ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República. 2. As vetoriais da natureza e quantidade, previstas no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, foram sopesadas negativamente em razão da apreensão de 170 porções de crack, com peso de 44,357g. Contudo, a quantidade apreendida não demonstra reprovabilidade suficiente para exasperar a pena-base. **3. A análise desfavorável do motivo e das consequências do crime exigem fundamentação idônea, não podendo estar amparada em considerações genéricas e inerentes aos tipos penais.** 4. Os danos à saúde pública e a obtenção de lucro fácil, abstratamente considerados, são inerentes ao tipo penal do crime de tráfico de drogas. 5. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena do



Paciente ao patamar de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 560 (quinhentos e sessenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença condenatória. (Destaquei) (STJ - HC: 466740 PE 2018/0222222-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 06/12/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2018)
EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE AMEAÇA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. MAL INJUSTO E GRAVE COM POTENCIAL INTIMIDATÓRIO. CULPA PELO FIM DO RELACIONAMENTO. EX-SOGRA. CONDENAÇÃO. RECURSO PROVIDO.
(...)

7. Pertinente à dosimetria da pena, nos termos do art. 59 do CP, **a culpabilidade como circunstância judicial diz respeito ao grau de reprovabilidade ou censurabilidade da conduta, e não à culpabilidade normativa, que engloba a consciência da ilicitude e a exigibilidade de conduta diversa e que constitui elemento do tipo penal, de modo que uma não se confunde com a outra, e a culpabilidade (circunstância judicial)**, in casu, não extrapolou as elementares do tipo penal incriminador; apesar de ostentar ocorrência em sua certidão de antecedentes criminais, observa-se que não é ela hábil para autorizar a elevação da pena nesta fase (Súmula nº 444/STJ); não constam informações acerca de sua conduta social; personalidade do agente aparenta ser a do homem normal; os motivos do crime são banais; as circunstâncias não são desfavoráveis ao réu; as consequências são as inerentes ao tipo penal; o comportamento da vítima em nada contribuiu para com a ação do réu.

(...)
(TJGO, PROCESSO CRIMINAL -> Recursos -> Apelação Criminal 5410162-80.2019.8.09.0075, Rel. ROZANA FERNANDES CAMAPUM, 3ª Turma Recursal dos Juizados Especiais, julgado em 08/11/2021, DJe de 08/11/2021).

No que tange ao vetor da personalidade a qual diz respeito à índole, ao caráter do indivíduo - foi negativado em razão de seu constante envolvimento com fatos criminosos.

No entanto, o fato de o acusado possuir condenações anteriores ou ações penais em curso não pode ser considerado como fundamento idôneo para a valoração negativa da conduta social ou da personalidade, conforme precedentes do STJ e da Súmula n. 444/STJ (HC 548.139/RJ, Rel. Ministra LAURITA VAZ, SEXTA TURMA, julgado em 15/12/2020, DJe 18/12/2020).

Diante do exposto e não havendo nos autos elementos concretos acerca da personalidade do acusado, valoro a presente circunstância como **neutra**.

Ademais, consoante às circunstâncias judiciais relativas ao motivo, conduta social, consequências e circunstâncias do crime, verifico que foram utilizados fundamentos, inidôneo, pois genéricos e pautado em elementos próprios do tipo, no que os modifico para **neutro**.

Para mais fundamentar:

HABEAS CORPUS. PENAL. **TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. VALORAÇÃO DESFAVORÁVEL. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME E MOTIVO. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA.**

ORDEM PARCIALMENTE CONCEDIDA. 1. O julgador deve, ao individualizar a pena, examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, para aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja necessária e suficiente para reprovação do crime. Especialmente, quando considerar desfavoráveis as circunstâncias judiciais, deve o Magistrado declinar, motivadamente, as suas razões, pois a inobservância dessa regra ofende o preceito contido no art. 93, inciso IX, da Constituição da República. 2. As vetoriais da natureza e quantidade, previstas no art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, foram sopesadas negativamente em razão da apreensão de 170 porções de crack, com peso de 44,357g. Contudo, a quantidade apreendida não demonstra reprovabilidade suficiente para exasperar a pena-base. **3. A análise desfavorável do motivo e das consequências do crime exigem fundamentação idônea, não podendo estar amparada em considerações genéricas e inerentes aos tipos penais.** 4. **Os danos à saúde pública e a obtenção de lucro fácil, abstratamente considerados, são**



inerentes ao tipo penal do crime de tráfico de drogas. 5. Ordem parcialmente concedida para reduzir a pena do Paciente ao patamar de 5 (cinco) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 560 (quinhentos e sessenta) dias-multa, mantidos os demais termos da sentença condenatória. (Destaquei) (STJ - HC: 466740 PE 2018/0222222-4, Relator: Ministra LAURITA VAZ, Data de Julgamento: 06/12/2018, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2018)

Quanto ao comportamento da vítima, de acordo com o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é circunstância judicial que nunca será avaliada desfavoravelmente: ou será positiva, quando a vítima contribui para a prática do delito, ou será neutra, quando não há contribuição (AgInt no REsp 1710287/AL, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 6/2/2018, DJe 15/2/2018).

Com efeito, como não resta evidente, *in casu*, a interferência da vítima (sociedade) no desdobramento causal, tal circunstância deve ser **considerada neutra**.

Para mais fundamentar:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. DECISÃO MONOCRÁTICA. HOMICÍDIO QUALIFICADO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. CULPABILIDADE. PREMEDITAÇÃO E PLANEJAMENTO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. MÓDUS OPERANDI DO DELITO QUE REVELA A SUA GRAVIDADE CONCRETA. COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. VALORAÇÃO NEGATIVA. IMPOSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE NOVOS ARGUMENTOS APTOS A DESCONSTITUIR A DECISÃO AGRAVADA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

(...)

IV - O comportamento da vítima é circunstância judicial ligada à vitimologia, que deve ser necessariamente neutra ou favorável ao réu, sendo descabida sua utilização para incrementar a pena-base.

Com efeito, se não restar evidente a interferência da vítima no desdobramento causal, como ocorreu na hipótese em análise, tal circunstância deve ser considerada neutra.

(...)

(AgRg no HC n. 690.059/ES, relator Ministro Jesuíno Rissato (desembargador Convocado do Tjdft), Quinta Turma, DJe de 8/10/2021.)

Com base no artigo 42 da Lei 11.343/2006, a quantidade do entorpecente apreendido com o apelante não pode passar despercebida – 0,94g de cocaína, 228 comprimidos de ecstasy e 44 comprimidos de LSD (Id. 5280261- Pág. 21) - ; pois é considerável de modo a justificar sua valoração negativa.

Ilustrativamente:

PROCESSO PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PRISÃO PREVENTIVA. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA. GRAVIDADE CONCRETA. QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA. CONDIÇÕES FAVORÁVEIS. IRRELEVÂNCIA IN CASU. MEDIDAS CAUTELARES DIVERSAS. IMPOSSIBILIDADE.

1. A validade da segregação cautelar está condicionada à observância, em decisão devidamente fundamentada, aos requisitos insertos no art. 312 do Código de Processo Penal, revelando-se indispensável a demonstração de em que consiste o periculum libertatis.

2. No caso, a prisão preventiva está justificada, pois a decisão que a impôs fez referência à gravidade concreta da conduta imputada ao recorrente, uma vez que foi **apreendida elevada quantidade de entorpecentes (200 comprimidos de ecstasy)**. Dessarte, evidenciada a sua periculosidade e a necessidade da segregação como forma de acautelar a ordem pública.

3. Condições subjetivas favoráveis do agente, por si sós, não impedem a prisão cautelar, caso se verifiquem presentes os requisitos legais para a decretação da segregação provisória.



4. Os fundamentos adotados para a imposição da prisão preventiva indicam, no caso, que as medidas alternativas seriam insuficientes para acautelar a ordem pública e evitar a prática de novos crimes.

5. Recurso em habeas corpus desprovido.

(RHC n. 156.096/RS, relator Ministro Antonio Saldanha Palheiro, Sexta Turma, julgado em 5/4/2022, DJe de 8/4/2022.) (grifei)

Logo, considerando a negatização de 01 (uma) circunstância judicial, **preservo a dosimetria basilar em 06 (seis) anos de reclusão, mais 600 (seiscentos) dias-multa**, com fulcro na Súmula 23 deste e. Tribunal de Justiça, *in verbis*:

A aplicação dos vetores do art. 59 do CPB obedece a critérios quantitativos e qualitativos, de modo que, existindo a aferição negativa de qualquer deles, fundamenta-se a elevação da pena base acima do mínimo legal. (Súmula n. 23, 28ª Sessão Ordinária do Tribunal Pleno, aprovado em 03/08/2016, p. 8-9)

Na segunda fase, corretamente, foi reconhecida só a atenuante da confissão espontânea, sendo reduzida a pena intermediária em 1/6, **restando em 5 (cinco) anos de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias-multa**. Não havendo equívocos, **mantenho-a**.

Agora, no que tange à terceira fase, conquanto ausente, de fato, causa de aumento de pena, o magistrado sentenciante não reconheceu a minorante prevista no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/2006 em razão da elevada quantidade da droga apreendida com o ora apelante, senão vejamos:

Com todo o respeito que é merecedora da defesa não posso concordar com a tese da aplicação, pois, o réu não preenche todos os requisitos necessários para a receber o benefício, pois, o acusado estava guardando quantidade considerável de LSD (222 comprimidos) sendo isso suficiente para demonstrar que ele possui envolvimento com organização criminosa, e de grande porte, devido ao valor do entorpecente no mercado, como já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

(...)

Nesta oportunidade destaco que esse também é o entendimento adotado pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará senão vejamos:

(...)

No entanto, verifico que tal fundamento já havia sido valorado na primeira fase, caracterizando *bis in idem*. Ademais, no atual entendimento da nossa Suprema Corte, a quantidade e natureza da droga, por si sós, não são aptas a comprovar o envolvimento com o crime organizado ou a dedicação à atividade criminosa:

Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. INTERPOSIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. LEGITIMIDADE. ENTENDIMENTO REAFIRMADO PELO PLENÁRIO DO STF NO RE 985.392 RG/RS. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. OFENSA AO PRINCÍPIO DA DIALETICIDADE RECURSAL. RECORRENTE CONDENADO POR TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. UTILIZAÇÃO DE REGISTROS POR ATOS INFRACIONAIS ANÁLOGOS AO CRIME DE TRÁFICO E DE QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA PARA AFASTAR A INCIDÊNCIA DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA PREVISTA NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CONSTRANGIMENTO ILEGAL CARACTERIZADO. ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA DE OFÍCIO. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

(...)

II – O fundamento utilizado pelo Superior Tribunal de Justiça para negar a incidência da causa especial de redução de pena prevista no art. 33, § 4º, da Lei de Drogas, foi a existência de



registros por atos infracionais análogos ao tráfico de drogas. No RHC, por sua vez, a defesa alega que “incidência da minorante especial do § 4º do art. 33 da Lei 11.343/06 [teria sido] negada apenas com base na imaginada dedicação do paciente à atividade criminosa, inferida exclusivamente da quantidade e da variedade de drogas apreendidas [...]”. Recurso ordinário em habeas corpus não conhecido por ofensa ao princípio da dialeticidade recursal. Precedentes.

III – A orientação jurisprudencial da Segunda Turma desta Suprema Corte é no sentido de que deve ser idônea a fundamentação para justificar o afastamento da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, sendo insuficiente, por si só, a utilização de atos infracionais anteriormente cometidos pelo agente para caracterizar maus antecedentes ou dedicação a atividades criminosas, para o efeito de impedir a minorante do tráfico privilegiado.

IV – A quantidade de droga apreendida, fundamento agora invocado pelo agravante, além de constituir indevido incremento de fundamentação não admitido pela jurisprudência do STF, também não impede a incidência da minorante em questão. Precedentes da Segunda Turma do STF.

V – Ordem de habeas corpus concedida para determinar ao Juízo competente que proceda à nova dosimetria da pena, aplicando a causa especial de redução prevista no § 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, na fração que entenda adequada e suficiente para reprovação e prevenção do crime, com os demais consectários legais. VI – Agravo regimental a que se nega provimento. (RHC 206565 AgR, Relator(a): RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 18/12/2021, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-013 DIVULG 25-01-2022 PUBLIC 26-01-2022)

Penal e processual penal. Habeas corpus. Tráfico de drogas. Dosimetria e redutor por tráfico privilegiado. **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.** Precedentes. Ordem concedida para determinar ao Juízo de origem que refaça a dosimetria do paciente com a aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, em fração a ser motivadamente determinada.

(HC 193223 AgR, Relator(a): CÁRMEN LÚCIA, Relator(a) p/ Acórdão: GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 30/11/2020, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-290 DIVULG 10-12-2020, PUBLIC 11-12-2020)

Diante desse contexto, por ser o réu primário, não ostentar maus antecedentes e não se dedicar a atividades criminosas ou integrar organização criminosa, conforme o que é possível apreender nos presentes autos, dou procedência o pedido da defesa, reconhecendo e aplicando a aludida benesse ao apelante no seu patamar máximo, ou seja, em 2/3 (dois terços), visto que não há outro elemento apto a justifica a imposição em fração diferente.

Para mais fundamentar:

AGRAVO REGIMENTAL EM HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. QUANTIDADE DE DROGA. UTILIZAÇÃO NA PRIMEIRA FASE DA DOSIMETRIA DA PENA. EMPREGO CONCOMITANTE DA QUANTIDADE DE DROGA PARA O AUMENTO DA PENA-BASE E MODULAÇÃO DA FRAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. "BIS IN IDEM". NÃO CABIMENTO. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A Terceira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 1.887.511/SP, da relatoria do Ministro João Otávio de Noronha, entendeu, alinhando-se ao STF, que **a natureza e quantidade da droga são fatores a serem considerados necessariamente na fixação da pena-base, nos termos do art. 42 da Lei 11.343/06, constituindo-se em circunstância preponderante a ser utilizada na primeira fase da dosimetria da pena.**

2. Embora a quantidade e a natureza do entorpecente permitam a modulação da fração de redução de pena, tais elementos foram valoradas para aumentar a pena-base, **afigurando-se imprópria a utilização concomitante para alterar o patamar estabelecido pela causa de**



diminuição, sob pena de "bis in idem".

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no HC n. 753.526/MG, relator Ministro Olindo Menezes (Desembargador Convocado do TRF 1ª Região), Sexta Turma, julgado em 22/11/2022, DJe de 25/11/2022.)

Dessa maneira fixo a pena definitiva em **01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, mais 167 (cento e sessenta e sete) dias-multa.**

O valor unitário dos dias-multa deve permanecer em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época do delito – presumível é a baixa condição econômica da apelante.

Preservo o regime inicial de cumprimento de pena do apelante no **semiaberto**, levando em conta a quantia da reprimenda privativa de liberdade do recorrente e a presença de valoração negativa de circunstância judicial preponderante, com fulcro no artigo 33, §2º, alínea c, e §3º, do Código Penal.

Não substituo, por fim, a pena privativa de liberdade do apelante por restritivas de direito, haja vista que a quantidade de droga apreendida com o apelante indica tal inadequação, tudo com fulcro no artigo 44 do Código Penal.

Pela mesma razão, entendo inaplicável ao caso a suspensão prevista no artigo 77 do Código Penal.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. DOSIMETRIA. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4.º, DA LEI N. 11.343/2006. PRESENÇA DOS REQUISITOS. AUSÊNCIA DE CIRCUNSTÂNCIAS DO CASO CONCRETO QUE EVIDENCIEM A DEDICAÇÃO DO RÉU ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO DE PENA. CABÍVEL O SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA RECLUSIVA POR SANÇÕES RESTRITIVAS DE DIREITOS. INVIABILIDADE. AGRAVO DESPROVIDO.

(...)

2. A quantidade de entorpecentes (art. 42 da Lei de Drogas), utilizada pela Jurisdição ordinária para exasperar a pena-base, foi devidamente considerada para justificar a fixação do regime inicial imediatamente mais gravoso do que aquele previsto de acordo com o quantum da pena reclusiva, conforme o disposto no art. 33, §§ 2.º e 3.º, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal, além de amparar a negativa de substituição da pena, nos termos do art. 44, inciso III, do Código Penal.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no HC n. 779.319/MG, relatora Ministra Laurita Vaz, Sexta Turma, julgado em 19/12/2022, DJe de 2/2/2023.)

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE DROGAS. ALEGADA INSUFICIÊNCIA PROBATÓRIA PARA A CONDENAÇÃO. REEXAME PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. REGIME PRISIONAL MAIS GRAVOSO. EXPRESSIVA QUANTIDADE E NATUREZA ESPECIALMENTE DELETÉRIA DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTO IDÔNEO E SUFICIENTE. SUSPENSÃO CONDICIONAL DA PENA. REQUISITOS NÃO PREENCHIDOS. AGRAVO REGIMENTAL NÃO PROVIDO.

1. Hipótese em que as instâncias ordinárias, com base no acervo probatório, firmaram compreensão no sentido da efetiva prática do crime de tráfico de drogas. Diante desse quadro, aplica-se o entendimento segundo o qual o habeas corpus, ação constitucional de rito célere e de cognição sumária, não é meio processual adequado para analisar a tese de insuficiência probatória para a condenação.

Precedentes.

2. O estabelecimento do regime inicial semiaberto foi suficientemente motivado na decisão agravada, após a redução da pena do paciente para patamar inferior a 4 anos de reclusão, com



base na expressiva quantidade e natureza especialmente deletéria de parte das drogas apreendidas, parâmetro que foi adequadamente sopesado na primeira fase da dosimetria, tudo em conformidade com o disposto no art. 33, § 2º e 3º, do Código Penal. Precedentes.

3. Constando da decisão agravada ser inviável a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos em virtude do não cumprimento do requisito disposto no inciso III do art. 44 do Código Penal, em razão da expressiva quantidade e natureza especialmente deletéria das drogas apreendidas, também resulta inviável a suspensão condicional da pena, ante o não implemento do espelhado requisito constante do inciso II do art. 77 do Código Penal.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no HC n. 687.428/SP, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 14/9/2021, DJe de 20/9/2021.)

DISPOSITIVO

Pelo exposto, conheço do apelo em parte e dou-lhe, parcial, provimento na parte conhecida, somente para conceder a benesse do tráfico privilegiado; corrigindo, de ofício, a dosimetria da pena do apelante, nos termos da fundamentação.

É o voto.



APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. ARTIGO 33, *CAPUT*, DA LEI 11.343/2006. RECORRER EM LIBERDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO §4º DO ARTIGO 33 DA LEI 11.343/2006. VIABILIDADE *IN CASU*. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. IMPROCEDÊNCIA. EXPRESSIVA QUANTIDADE E NATUREZA ESPECIALMENTE DELETÉRIA DAS DROGAS APREENDIDAS. CONHECIMENTO EM PARTE E PARCIAL PROVIMENTO NA PARTE CONHECIDA. REFORMA, DE OFÍCIO, NA DOSIMETRIA DA PENA DO APELANTE. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da 2ª Turma de Direito Penal do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, à unanimidade, conhecer, em parte, da apelação e dar parcial provimento à parte conhecida; corrigindo, de ofício, a dosimetria da pena do apelante, nos termos do voto do Excelentíssimo Senhor Desembargador Relator.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos vinte dias do mês de março do ano de dois mil e vinte e três.

Julgamento presidido pelo Excelentíssimo Senhor Desembargador Rômulo José Ferreira Nunes.

