



ACÓRDÃO N°:

PROCESSO N°: 0003251-63.2014.8.14.0133

ÓRGÃO JULGADOR: 1ª CÂMARA CRIMINAL ISOLADA

APELAÇÃO CRIMINAL

COMARCA: MARITUBA/PA (3ª VARA CRIMINAL)

APELANTE: ROBERTO DA COSTA NUNES

ADVOGADO: ARMANDO AQUINO ARAÚJO JUNIOR

APELADA: A JUSTIÇA PÚBLICA

PROCURADOR DE JUSTIÇA: DR. ALMERINDO JOSÉ CARDOSO LEITÃO

RELATORA: DESEMBARGADORA VÂNIA LÚCIA SILVEIRA

REVISORA: DESEMBARGADORA

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ART. 33 DA LEI N° 11.343/2006. PENA. ALEGAÇÃO DE EXACERBAÇÃO INDEVIDA. REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. PREPONDERÂNCIA DA QUANTIDADE E QUALIDADE DA DROGA SOBRE AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CPB. ALMEJADO RECONHECIMENTO DA TENTATIVA. IMPROCEDÊNCIA. CRIME CONSUMADO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO PREVISTA NO ART. 33, §4º DA LEI N° 11.343/2006 EM SEU PATAMAR MÁXIMO DE REDUÇÃO. NÃO CABIMENTO. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. A pena-base imposta ao recorrente não merece redução, pois o juiz a quo, mesmo considerando favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB, em obediência ao art. 42 da Lei n.º 11.343/2006, escorreitamente sopesou a natureza e quantidade da droga objeto de mercância, vez que se trata de cocaína – a qual é extremamente nociva e degenerativa ao usuário –, encontrada na forma de um embrulho pesando 95,50g (noventa e cinco gramas e cinquenta centigramas) e mais um saco contendo 47,50g (quarenta e sete gramas e cinquenta centigramas), quantidade esta que jamais pode ser tida como ínfima. Desta forma, não pode a reprimenda-base restar fixada no mínimo legal.

2. É cediço que o delito de tráfico se consuma com a prática de qualquer um dos núcleos do tipo lá contidos, por se tratar de crime de perigo abstrato e de caráter permanente, bastando para sua configuração tão somente o dolo genérico, com animus de traficar. De outra banda, sabe-se que a doutrina e a jurisprudência admitem a forma tentada do crime de tráfico de entorpecentes, em alguns casos. Todavia, no presente processo, não há que se falar em tentativa, visto que o réu foi condenado por ter sido encontrada droga escondida em seu carro, o qual conduzia em via pública, de modo que se vê cristalina que ele consumou o delito, ao praticar um dos núcleos do tipo penal em testilha, qual seja, transportar substância entorpecente sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

3. Em que pese a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB, verifica-se que a juíza de 1º grau, ao fundamentar o quantum de aplicação da causa de diminuição do art. 33, §4º da Lei n° 11.343/06, levou em conta o modus operandi empregado na prática do crime – transporte de drogas ocultadas na parte interna do veículo, a evidenciar a alta reprovação na conduta do acusado, de modo que entendo correta, e mantenho, a redução da pena na fração de 1/6 (um sexto), conforme procedido pelo magistrado de piso



4. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO à unanimidade, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Acórdão

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da 1ª Câmara Criminal Isolada do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, CONHECER E NEGAR PROVIMENTO ao recurso, nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos cinco dias do mês de abril de 2016.

Julgamento presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Maria Edwiges de Miranda Lobato.

Belém/PA, 05 de abril de 2016.

Desa. VÂNIA LÚCIA SILVEIRA
Relatora



RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Penal interposta por YAGO ROBERTO DA COSTA NUNES, em face de sentença proferida pelo MM. Juízo de Direito da 3ª Vara Criminal da Comarca de Marituba, que o condenou à pena de 07 (sete) anos de reclusão em regime semiaberto, bem como, ao pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, pela prática do crime capitulado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

Narra a denúncia, em síntese, que no dia 22.05.2014, por volta de 14h08, após ronda ostensiva, os acusados foram presos em flagrante delito, em via pública, por uma equipe da polícia militar, transportando, no interior de um automóvel, 01 (uma) pedra de cocaína, pesando 95,50g, e 01 (um) plástico contendo a mesma substância fragmentada, que pesava 47,50g, os quais seriam usados para venda.

Em razões recursais, o apelante requer a correção da dosimetria da pena-base a ele aplicada, argumentando que a mesma foi indevidamente exacerbada, com base em inidônea fundamentação das circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB, as quais, em verdade, militam em seu favor. Requer, assim seja a reprimenda-base aplicada no limite mínimo legal ou em patamar mais próximo a este.

Almeja, ainda, seja reconhecida a causa de diminuição relativa à tentativa, de vez que o crime não chegou a se consumir por circunstâncias alheias à sua vontade.

Pleiteia, por fim, que a causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06, e reconhecida pelo Juiz a quo, seja fixada em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços), ante a sua primariedade, bons antecedentes, assim como pelo fato de não se dedicar às atividades criminosas.

Em contrarrazões, pugna o dominus litis pelo conhecimento e improvimento do recurso, aduzindo que a sentença vergastada está em conformidade com o conjunto fático-probatório colhido no decorrer da instrução criminal, assim como obedece a todos os ditames legais.

Nesta Superior Instância, o Procurador de Justiça Almerindo José Cardoso Leitão manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do presente apelo.

É o relatório. À douta revisão.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

1. Da Alegada Exacerbação Indevida da Pena-Base

Requer o apelante a correção da dosimetria da pena-base a ele aplicada, argumentando que a mesma foi indevidamente exacerbada, com base em inidônea fundamentação das circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB, as quais, em verdade, militam em seu favor. Requer, assim seja a reprimenda-



base aplicada no limite mínimo legal ou em patamar mais próximo a este.

A sentença vergastada se encontra assim delineada, na parte que interessa (fls. 80/90):

Culpabilidade: denoto que o réu agiu com culpabilidade normal à espécie; Antecedentes: ostenta registro de sentença condenatória definitiva, mas será valorada na segunda fase da exasperação da pena; Conduta Social e Personalidade: não há elementos sólidos que informem a respeito dessas circunstâncias; Motivos: o motivo do delito se constitui pelo desejo de obtenção de lucro fácil, o qual já é punido pelo próprio tipo penal, pelo que deixo de valorar essa circunstância em seu desfavor, a fim de não incorrer em bis in idem; Circunstâncias do crime: são desfavoráveis, mas já foram utilizadas para fixar no patamar mínimo da causa de diminuição de pena do §4º do artigo 33; Consequências do crime: são desconhecidas; Comportamento da vítima: não se pode cogitar acerca de comportamento de vítima para este tipo de delito.

Atenta ao artigo 42 da Lei 11.343/06, passo a considerar, com preponderância, sobre o previsto no artigo 59 do CP, as seguintes circunstâncias:

Natureza e quantidade da droga: a droga apreendida, um embrulho pesando 95,50g (noventa e cinco gramas e cinquenta centigramas) e mais um saco contendo 47,50 (quarenta e sete gramas e cinquenta centigramas) de cocaína, é considerável, dado o conseqüente comprometimento da saúde pública, em especial se for considerada a natureza da droga (cocaína), substância tóxica capaz de causar dependência física e/ou psíquica, dado seu aspecto altamente viciante, pelo que reconheço essa circunstância em seu desfavor.

Já analisadas as circunstâncias personalidade e conduta social do agente, nada tendo a valorar em desfavor do réu.

Nessa esteira, atenta ao disposto no artigo 59 do Código Penal e artigo 42 da Lei 11.343/06, fixo a pena base em 07 (sete) anos de reclusão e 700 (setecentos) dias-multa, afastando-me do mínimo legal por considerar desfavorável a quantidade e natureza da droga.

Não concorrem circunstâncias atenuantes e agravantes.

Não há causa de aumento de pena a ser observada. Concorre, no entanto, a causa de diminuição de pena prevista no artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, por ser o réu primário, não ostentar maus antecedentes e não se dedicar à atividade criminosa ou integrar organização criminosa, conforme evidenciado no bojo desta decisão, diminuindo a pena anteriormente fixada no patamar intermediário de 1/6 (um sexto), ficando a PENA DEFINITIVA em 05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e 583 (quinhentos e oitenta três) dias-multa, em regime semiaberto.

Considerando que não há elementos suficientes nos autos para aferir a situação econômica do réu, FIXO os dias-multa, cada um, no valor equivalente a um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, em observância ao disposto no artigo 43, caput, da Lei 11.343/2006.

INCABÍVEL, no caso, A SUBSTITUIÇÃO DA PENA, por absoluta ausência dos requisitos do artigo 44, inciso I, e artigo 77 do Código Penal, em razão do quantum da pena fixada. (...)

Como é sabido, o Magistrado sentenciante, ao individualizar a pena, deve examinar com acuidade os elementos que dizem respeito ao fato, obedecidos e sopesados todos os critérios colacionados no art. 59 do Código Penal, para após aplicar, de forma justa e fundamentada, a reprimenda que seja, de forma proporcional, necessária e suficiente à reprovação do crime. Desse modo, ao estabelecer como desfavoráveis determinadas circunstâncias judiciais, deve o Julgador declinar, motivadamente, as suas razões, sob pena de inobservância ao preceito contido no art. 93, inciso IX, da Carta Maior.

Na hipótese dos autos, colhe-se do édito condenatório que o juiz a quo, após considerar favoráveis todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do



CPB, fixou a pena-base do recorrente em 07 (sete) anos de reclusão, com pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, quantum este que não merece qualquer redução.

Isto porque o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 é expresso no sentido de que o juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto. Assim, em obediência ao referido dispositivo, a magistrada sentenciante escorreitamente sopesou a natureza e quantidade da droga objeto de mercância, vez que se trata de cocaína – a qual é extremamente nociva e degenerativa ao usuário –, encontrada na forma de um embrulho pesando 95,50g (noventa e cinco gramas e cinquenta centigramas) e mais um saco contendo 47,50g (quarenta e sete gramas e cinquenta centigramas), quantidade esta que jamais pode ser tida como ínfima. Desta forma, não pode a reprimenda-base restar fixada no mínimo legal, como requer a defesa do réu.

Neste sentido:

HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. PROPORCIONALIDADE ENTRE OS FUNDAMENTOS JUDICIAIS E A EXASPERAÇÃO DA REPRIMENDA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. MOTIVAÇÃO VÁLIDA. REGIME PRISIONAL FECHADO. LEGALIDADE. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 59 E 33, § 2º, DO CÓDIGO PENAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. HABEAS CORPUS DENEGADO. 1. Os Pacientes foram condenados como incurso no art. 33 § 4.º, da Lei n.º 11.343/06, por manter em depósito, para venda a terceiros, 25 gramas de cocaína. A pena de MARIA SEBASTIANA foi fixada em 04 anos, 02 meses e 22 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 425 dias-multa. A pena de EDEMAR GABILAN foi fixada em 04 anos, 08 meses e 07 dias de reclusão, em regime inicial fechado, e pagamento de 425 dias-multa. 2. O Tribunal de Justiça a quo considerou que as circunstâncias do crime e a quantidade e qualidade da substância entorpecente apreendida trouxeram maior reprovabilidade à conduta dos agentes. E o art. 42 da Lei n.º 11.343/2006 impõe ao Juiz considerar, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da droga, tanto na fixação da pena-base quanto na aplicação da causa de diminuição de pena prevista no § 4.º do art. 33 da nova Lei de Drogas. 3. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, ao julgar o HC n.º 111.840/ES, afastou a obrigatoriedade do regime inicial fechado para os condenados por crimes hediondos e equiparados, devendo-se observar, para a fixação do regime inicial de cumprimento de pena, o disposto no art. 33, c.c. o art. 59, ambos do Código Penal. 4. Contudo, o acórdão impugnado considerou desfavoráveis aos réus as circunstâncias judiciais do caso concreto, razão pela qual, fundamentadamente, fixou a pena-base acima do mínimo legal e o regime prisional mais gravoso, valendo-se da interpretação conjunta dos arts. 59 e 33, § 2º, ambos do Código Penal, o que afasta a alegação de qualquer ilegalidade. 5. Não obstante o Plenário do Supremo Tribunal Federal ter declarado incidentalmente a inconstitucionalidade da proibição da conversão da pena privativa de liberdade em restritivas de direitos, prevista no art. 44 da Lei n.º 11.343/2006, constata-se que, no caso em apreço, a impossibilidade de adotar tal medida, uma vez que os Pacientes não preenchem os requisitos previstos no art. 44, incisos I e III, do Código Penal. 6. Habeas corpus denegado. (STJ - HC 233.728/MS, Rel. Ministra LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, julgado em 21/05/2013, DJe 28/05/2013)

Por conseguinte, a pena-base deve permanecer intocada, por atender aos critérios da proporcionalidade e por ser necessária e suficiente para a reprovação e prevenção do crime em testilha.

2. Do Almejado Reconhecimento da Tentativa

Almeja o apelante, ainda, seja reconhecida a causa de diminuição relativa



à tentativa, de vez que o crime não chegou a se consumir por circunstâncias alheias à sua vontade.

Improcedentes seu pleito.

É cediço que o delito de tráfico se consuma com a prática de qualquer um dos núcleos do tipo lá contidos, por se tratar de crime de perigo abstrato e de caráter permanente, bastando para sua configuração tão somente o dolo genérico, com animus de traficar, de modo que o fato de adquirir, guardar, ter em depósito transportar, trazer consigo, guardar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, substância entorpecente ou qualquer outra que determine dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, corresponderá a uma ação de tráfico ilícito.

De outra banda, sabe-se que a doutrina e a jurisprudência admitem a forma tentada do crime de tráfico de entorpecentes, em que pese a dificuldade de sua caracterização. Ensina Nucci (Leis Penais e Processuais Comentadas; 2009, 4ª ed., p. 347):

(...) admite tentativa na forma plurissubsistente, embora de difícil configuração. A tentativa de tráfico ilícito de entorpecentes é rara em face das dezoito condutas típicas previstas no art. 33. Quem traz consigo a droga já consumou a infração, logo, é muito difícil pensar em tentativa de venda, afinal, para vender, é preciso ter consigo. Por outro lado, não é impossível. A tentativa de adquirir substância entorpecente é viável, por exemplo, até pelo fato de que quem pretende comprar não traz consigo a droga. (...)

No presente caso, não há que falar em tentativa, visto que o réu foi condenado por ter sido encontrada droga escondida em seu carro, o qual conduzia em via pública, após a polícia retirar a caixa de som automotiva, encontrando, embaixo do volante, uma pedra de cocaína, pesando 95,50g, e, um saco plástico contendo a mesma substância, que pesava 47,50g.

Desta feita, vê-se cristalina que o apelante consumou o delito, eis que praticou um dos núcleos do tipo penal em testilha, qual seja, transportar substância entorpecente sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, pelo que não procede o argumento de não consumação por circunstâncias alheias à sua vontade.

3. Da Aplicação da Redução Relativa ao Art. 33, §4º da Lei nº 11.343/2006 em Seu Patamar Máximo

Pleiteia, ainda, que a causa de diminuição prevista no art. 33, §4º da Lei nº 11.343/06, e reconhecida pelo Juiz a quo, seja fixada em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços), ante a sua primariedade, bons antecedentes, assim como pelo fato de não se dedicar às atividades criminosas.

Aqui também não lhe assiste razão.

O §4º do art. 33 da Lei de Entorpecentes dispõe:

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

De fato, no caso em testilha, é possível observar, pela análise dos autos e, mais precisamente, da sentença condenatória proferida pelo Juízo a quo, que o apelante é primário e possui bons antecedentes, assim como não



existem notícias, no bojo processual, de que o mesmo se dedique às atividades criminosas ou integre organização criminosa, de maneira que faz eles jus à redução procedida pelo Juiz a quo.

No que diz respeito ao quantum da redução, vê-se que o mencionado artigo dispõe que a mitigação da reprimenda pode variar de 1/6 a 2/3, observadas as circunstâncias judiciais do art. 59, do Código Penal. A jurisprudência também preconiza que a natureza e a quantidade da substância ou do produto devem ser analisadas para a valoração de tal redutor, o que, contudo, não pode ser feito no caso em comento, sob pena de bis in idem, eis que tal argumento foi utilizado por ocasião do afastamento da pena-base do patamar mínimo legal. Não obstante, em que pese a favorabilidade de todas as circunstâncias judiciais do art. 59 do CPB, verifica-se que a juíza de 1º grau, ao fundamentar o quantum de aplicação da minorante, levou em conta o modus operandi empregado na prática do crime – transporte de drogas ocultadas na parte interna do veículo, a evidenciar a alta reprovação na conduta do acusado, de modo que entendo correta, e mantenho, a redução da pena na fração de 1/6 (um sexto), conforme procedido pelo magistrado de piso.

Nesse sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS. MINORANTE PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. FRAÇÃO DO REDUTOR. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA E IDÔNEA. BIS IN IDEM. INOCORRÊNCIA. QUANTUM DA MAJORANTE. REGIME INICIAL. SUBSTITUIÇÃO DA REPRIMENDA. INOVAÇÃO DE FUNDAMENTAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO CONHECIDO EM PARTE E, NESSA EXTENSÃO, NÃO PROVIDO. 1. Tanto a Quinta quanto a Sexta Turmas deste Superior Tribunal firmaram o entendimento de que, considerando que o legislador não estabeleceu especificamente os parâmetros para a escolha da fração de redução de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006, devem ser consideradas, para orientar o cálculo da minorante, as circunstâncias judiciais previstas no art. 59 do Código Penal, especialmente o disposto no art. 42 da Lei de Drogas. 2. As instâncias ordinárias entenderam devida a incidência da fração de 1/6 com base nas peculiaridades do caso concreto, notadamente no modus operandi empregado no cometimento do delito - tais como a forma de acondicionamento da droga (em estruturas falsas de sua mala), o fato de o agravante haver sido preso no momento em que tentava embarcar em voo com destino à Espanha -, de modo que, tendo sido concretamente fundamentada a aplicação da minorante em comento em 1/6, deve ser mantido inalterado o patamar de redução. 3. Embora as instâncias ordinárias, ao entenderem devida a incidência do redutor no patamar mínimo de 1/6, tenham feito breve menção à natureza e à quantidade de drogas apreendidas, apontaram diversos outros elementos concretos que, efetivamente, evidenciam a impossibilidade de aplicação do maior redutor previsto em lei, de modo que não há falar em bis in idem na utilização da quantidade de substâncias apreendidas tanto na primeira quanto na terceira fase da dosimetria. 4. Não há como conhecer do agravo regimental nos pontos em que questiona o quantum de aumento de pena efetivado em razão da transnacionalidade do delito (art. 40, I, da Lei n. 11.343/2006) e que pleiteia a fixação de regime mais brando e a substituição da reprimenda por restritiva de direitos, porquanto verificado que o recorrente inovou em sua insurgência, trazendo argumentos que, em nenhum momento, foram até então ventilado nos autos. 5. Agravo regimental parcialmente conhecido e, nessa extensão, não provido. (STJ - AgRg no REsp 1549725/CE, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 17/11/2015, DJe 02/12/2015)

Por conseguinte, nenhuma modificação há que ser feita na dosimetria da pena, eis que proferida em obediência a todos os ditames legais concernentes à matéria ora em debate. Ante o exposto, CONHEÇO do presente recurso e LHE NEGÓ PROVIMENTO,



mantendo inalterada a sentença condenatória de 1º grau.

É o voto.

Belém/PA, 05 de abril de 2016.

Desa. VÂNIA LÚCIA SILVEIRA

Relatora