



ACÓRDÃO N°

APELAÇÃO PENAL – 1ª TURMA DE DIREITO PENAL

PROCESSO N° 0001621-64.2018.8.14.0057

COMARCA DE ORIGEM: VARA ÚNICA DE SANTA MARIA DO PARÁ/PA

APELANTE: DAYVISON GUSTAVO DE AQUINO SILVA

DEFENSORA PÚBLICA: CARLOS DOS SANTOS SOUSA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCURADORIA DE JUSTIÇA: ANA TEREZA DO SOCORRO DA SILVA
ABUCATER

RELATORA: DESEMBARGADORA ROSI MARIA GOMES DE FARIAS

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ARTIGOS 33 DA LEI N° 11.343/2006).

REDIMENSIONAMENTO DA PENA BASE – TESE ACOLHIDA PARCIALMENTE.

Observa-se que o juízo a quo considerou uma mesma condenação, para valorar negativa a circunstância do art. 59 do CP, qual seja, antecedentes criminais, como também na segunda fase da dosimetria da pena, quando aplicou como causa de aumento (reincidência), prevista no art. 63 do Código penal, sendo inadmissível em nosso ordenamento penal, em flagrante violação ao princípio no bis idem. Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça. Considerando persistir a circunstância do art. 42 da Lei n° 11.343/05 – grande quantidade de drogas – 1,006kg (maconha), motivo pelo qual a pena base fixada em 6 anos de reclusão e 600 dias-multa, pena esta, acima do seu mínimo legal.

COMPENSAÇÃO DA ATENUENTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA - Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a agravante da reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, devendo o julgador atentar para as singularidades do caso concreto. 2. Tratando-se de sentenciado com 2 (duas) condenações transitadas em julgado, sendo uma delas de natureza específica, mostra-se possível promover a compensação parcial entre a confissão e a reincidência ().

RECONHECIMENTO DO INSTITUTO TRÁFICO PRIVILEGIADO – § 4º, DO ART. 33

DA LEI 11.343/06- TESE REJEITADA. Em análise detida dos autos, entendo impossível o acolhimento da pretensão da aplicação da causa de diminuição prevista no art. § 4º, do art. 33, da Lei n° 11.343/2006 como requereu a defesa, presente a expressiva quantidade de drogas apreendidas 1,006kg (um quilograma e seis gramas) de MACONHA, a dedicação a atividade criminosa, conforme depoimento de testemunhas, denotando que o réu dedica-se à atividade criminosa, valendo-se do comércio de entorpecente, como meio de subsistência, e por fim tratando-se de réu reincidente pelo mesmo crime.



ALTERAÇÃO DO REGIME DE PENA - TESE REJEITADA. A apelante foi condenado à pena de 6 (seis) anos de reclusão, mais 600 (seiscentos) dias-multa, no crime tipificado no artigo 33 da Lei nº11.343/2006, tratando-se de réu reincidente no mesmo crime.

Recurso CONHECIDO e PROVIDO PARCIALMENTE. Alterando a pena para 6 (seis) anos de reclusão, e mais 600 (seiscentos) dias-multa, em regime fechado

ACÓRDÃO

Vistos, etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma de Direito Penal, por unanimidade, conhecer dos recursos e no mérito negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

Sala da 1ª Turma de Direito Penal do Estado do Pará, ao primeiro dias do mês novembro de dois mil e dezenove.

Julgamento presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Vânia Lúcia Silveira.

Belém/PA, 1 de novembro de 2019.

Desembargadora ROSI MARIA GOMES DE FARIAS

Relatora

ACÓRDÃO Nº

APELAÇÃO PENAL – 1ª TURMA DE DIREITO PENAL

PROCESSO Nº 0001621-64.2018.8.14.0057

COMARCA DE ORIGEM: VARA ÚNICA DE SANTA MARIA DO PARÁ/PA

APELANTE: DAYVISON GUSTAVO DE AQUINO SILVA

DEFENSOR PÚBLICO: CARLOS DOS SANTOS SOUSA

APELADO: MINISTÉRIO PÚBLICO

PROCURADORIA DE JUSTIÇA: ANA TEREZA DO SOCORRO DA SILVA

ABUCATER

RELATORA: DESEMBARGADORA ROSI MARIA GOMES DE FARIAS

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação Penal interposto por DAYVISON GUSTAVO DE AQUINO SILVA por intermédio de Defensor Público, objetivando reformar a r. sentença proferida pelo MM. Juízo da Vara Única de Santa Maria do Pará/PA (fls. 62-66v) que condenou o apelante DAYVISON GUSTAVO DE AQUINO SILVA em 6 anos e 8 meses de reclusão e 700 dias multa.

Narrou à denúncia (fls. 02-04), que no dia no dia 14/03/2018, por volta das 13h, os denunciados DAYVISON GUSTAVO DE AQUINO SILVA e MARIA DE LIMA, na motocicleta Honda Titan de cor verde, sem placa, pertencente



ao 1º denunciado, dirigiram-se até às proximidades da estrada do Ramal do KM 18, da BR-316 e fizeram a compra de 1 (um) tablete de maconha pesando mil gramas.

A substância entorpecente custou R1. 500,00 (hum mil e quinhentos reais) e foi comprada de um indivíduo que estava em um caminhão de cor azul.

Na viagem de volta, DAYCISON GUSTAVO DE AQUINO SILVA dirigia a motocicleta e MARIA DE LIMA, na garupa, transportava a cannabis sativa no interior de uma caixa de sapatos.

Os policiais militares JOSE AROLDO SOARES, MARCONDES ALVES DE SOUSA e CARLOS ALEXANDRE SANTOS faziam ronda pela BR-316 e perceberam que os demandados empreenderam fuga, rumo ao bairro Barrolândia, ao avistarem a viatura policial. No bairro Barrolândia o casal foi alcançado e a substância entorpecente foi apreendida. Desta forma os acusados foram denunciados às penas dos artigos 33, da Lei nº 11.343/2006, c/c art. 29 do Código Penal.

Em razões recursais o apelante DAYVISON GUSTAVO DE AQUINO SILVA (fls. 103-106), pugnou: 1. Erro in judicando na dosimetria da pena, o que autoriza a reforma da decisão, os antecedentes criminais foi aplicado desfavoravelmente ao apelante duas vezes, ocorrência do bis in idem, quanto a circunstância, a natureza da droga e a quantidade apreendida, não demonstram a potencialidade lesiva da infração, razão pela qual deve ser aplicada a pena base no seu mínimo legal; 2. Aplicação do privilégio em seu patamar máximo (2/3) (art. 33, § 4º da Lei nº 11.343/06); 3. Alteração do regime de pena.

Em sede de contrarrazões (fls. 87-88), o Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do recurso, mantendo-se incólume por essa instância superior.

Nesta instância superior (fls. 255/264), a Procuradoria de Justiça do Ministério Público, por meio do Dr. Adélio Mendes dos Santos, se pronunciou pelo conhecimento e parcial provimento do apelo manejado em favor de Dayvison Gustavo de Aquino Silva.

É o relatório.

Revisão feita pela Desembargadora Vânia Lúcia Silveira.

Passo a proferir o voto.

VOTO

O recurso sob análise deve ser conhecido, em razão do atendimento dos pressupostos e condições para sua admissibilidade, mormente em relação à adequação e tempestividade.

1ª FASE DA DOSIMETRIA

APLICAÇÃO DA PENA BASE - REDUÇÃO DO SEU QUANTUM



A defesa pleiteou o redimensionamento do quantum de aumento da pena base do crime de tráfico, aplicado ao apelante de fora exorbitante, sob fundamento que os antecedentes forma considerados negativamente e aplicado duas vezes, incorrendo em bis in idem, bem como as circunstâncias do crime foi aplicada indevidamente, uma vez que a natureza e quantidade da droga apreendida não justificam a sua causa de aumento.

A pretensão recursal em enfoque merece prosperar parcialmente, pois deve ser realizada o redimensionamento da pena base em razão da existência de erro de julgamento no momento da valoração da circunstância judicial antecedentes criminais, conforme razões jurídicas a seguir delineadas.

No direito brasileiro, a atividade judicial de dosagem da pena privativa de liberdade, em atenção à garantia da individualização da pena, encartada no artigo 5º, inciso XLVI, da Constituição da República de 1988, segue ao critério trifásico previsto no artigo 68 do Código Penal: primeiro, fixa-se a pena-base à luz das circunstâncias judiciais elencadas no artigo 59 do Código Penal; em seguida, analisa-se a existência de circunstâncias atenuantes e agravantes genéricas e, por fim, verifica-se a presença das causas de diminuição e aumento de pena.

Para melhor compreensão da matéria, trago à colação o teor os dispositivos constitucional e legal testilhados, in verbis:

CONSTITUIÇÃO DA REPUBLICA FEDERATIVA DO BRASIL/88 –

Art. 5º. [...].

XLVI – A lei regulará a individualização da pena e adotará, entre outras, as seguintes:

- a) privação ou restrição da liberdade;
- b) perda de bens;
- c) multa;
- d) prestação social alternativa;
- e) suspensão ou interdição de direitos;

CÓDIGO PENAL:

Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e consequências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.

- I - as penas aplicáveis dentre as cominadas;
- II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos;
- III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade;
- IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

Art. 68 - A pena-base será fixada atendendo-se ao critério do art. 59 deste



Código; em seguida serão consideradas as circunstâncias atenuantes e agravantes; por último, as causas de diminuição e de aumento.

Compulsando a sentença penal condenatória (fls. 62-66v), nota-se que na 1ª fase da dosimetria da pena o magistrado singular, em observância ao disposto no artigo 59 do Código Penal, fixou a pena-base para o apelante em 06 anos e 08 meses de reclusão, e mais 700 dias-multa, para o crime de tráfico, exasperando-a do mínimo legal em razão da valoração negativa da seguintes circunstâncias antecedentes e circunstância do crime.

É de conhecimento comum que no 1º estágio da individualização da pena, o julgador dispõe da chamada discricionariedade juridicamente vinculada: sem desprender-se do dever de motivação da sua decisão, concretiza a pena-base com relativa subjetividade, sem poder, contudo, desbordar da quantidade mínima e máxima abstratamente cominada no tipo legal, consoante leciona Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado. 11ª Edição. Editora Revista dos Tribunais: p. 414):

Trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando à suficiência para prevenção e reprovação da infração penal. O juiz, dentro dos limites estabelecidos pelo legislador (mínimo e máximo, abstratamente fixados para a pena), deve eleger o quantum ideal, valendo-se do seu livre convencimento (discricionariedade), embora com fundamentada exposição do seu raciocínio (juridicamente vinculada) [...].

Na perspectiva valorativa da pena, basta a existência de uma circunstância judicial negativa para que a pena-base já não possa mais ser fixada no mínimo legal [STF, HC 76196, Rel. Min. Maurício Corrêa, Publicação: 15/12/2000]. Aqui, convém mencionar que a ponderação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal não é uma operação aritmética, em que se dá pesos absolutos a cada uma delas, a serem extraídas de cálculo matemático levando-se em conta as penas máxima e mínima cominadas ao delito cometido pelo agente, mas sim um exercício de discricionariedade vinculada [STJ, EDcl nos EDcl nos EDcl no HC 149.456/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, Publicação: 02/05/2012].

Nossa Corte Suprema, no mesmo diapasão, já assentou que o juiz tem poder discricionário para fixar a pena-base dentro dos limites legais, mas este poder não é arbitrário porque o caput do art. 59 do Código Penal estabelece um rol de oito circunstâncias judiciais que devem orientar a individualização da pena- base, de sorte que quando todos os critérios são favoráveis ao réu, a pena deve ser aplicada no mínimo cominado; entretanto, basta que um deles não seja favorável para que a pena não mais possa ficar no patamar mínimo [STF, HC 76196, Rel. Min. Maurício Corrêa, Publicação:15/12/2000]. Grifei.

Segundo o doutrinador Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado, 11ª Edição, Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 418), in verbis: é defeso ao magistrado deixar de levar em consideração as oito



circunstâncias judiciais existentes no art. 59, caput, para a fixação da pena-base. Apenas se todas forem favoráveis, tem cabimento à aplicação da pena no mínimo. No mesmo sentido, Cleber Masson (Direito Penal Esquematizado, 2ª Edição, Editora Método: p. 592), ensina, in verbis: Somente quando todas as circunstâncias forem favoráveis ao réu a pena deve ser fixada no mínimo legal [...].

No presente caso, o juízo de primeiro grau entendeu existir a presença de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis ao ora apelante, qual seja, antecedentes e circunstância do crime, sob o seguinte fundamento, conforme decisão que trago a colação in verbis:

1) Culpabilidade: normal à espécie, nada tendo a se valorar; 2) Antecedentes: possui um rol extensivo de ações criminais em seu desfavor, tendo sido condenado nesta mesma Comarca por crime da mesma natureza, tendo a sentença transitado em julgado, portanto, é possuidor de maus antecedentes. 3) Conduta Social: nada se tem a valorar nos autos; 4) Personalidade do Agente: não há o que valorar nos autos. 5) Motivo do Crime: é identificável como desejo de obtenção de lucro fácil, o que já é punido pelo próprio tipo penal. 6) Circunstâncias do Crime: Ihes são desfavoráveis, considerando a quantidade e a natureza da droga apreendida em seu poder, vez que a maconha é substância que causa dependência psíquica, bem como é droga responsável pela destruição de famílias e muitas vidas humanas, razão pela qual deve ser considerada circunstância desfavorável ao denunciado; 7) Consequências do Crime: são desconhecidas; 8) Comportamento da Vítima: não se pode cogitar acerca do comportamento da vítima.

Diante de tais circunstâncias, analisadas individualmente, é que fixo a pena base em 06 (seis) anos e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, cada um no equivalente a 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato delituoso, em observância do artigo 43 da Lei 11343/2006, por não concorrerem elementos que permitam avaliar a real situação econômica do acusado.

ANTECEDENTES CRIMINAIS

No presente caso, assinalo que o juízo singular incidira em error in iudicando no que tange à valoração desfavorável dos antecedentes criminais, pois as valorou negativamente na primeira e segunda fase da dosimetria da pena, incorrendo em bis in idem.

De acordo com entendimento jurídico pátrio ao se considerar uma mesma condenação como maus antecedentes e reincidência, o julgador estará incorrendo no bis in idem.

É certo que a de 1988, ao estatuir a garantia da coisa julgada (art. 5º, XXXVI) procurou assegurar a economia e certeza jurídica das decisões judiciais transitadas em julgado, servindo, em outro giro, como fundamento do princípio ne bis in idem, em seu aspecto processual. Por outro lado, o princípio da legalidade, insculpido na , em seu artigo , , serve de base ao aspecto substancial do princípio ne bis in idem, concretizando os valores da justiça e certeza a ele inerentes[3] (MASCARENHAS, 2009, p.3).

O princípio, que está previsto, tacitamente, para parte da doutrina - pelo Brasileiro em seus artigos , em que trata da computação e a atenuação da pena e 42, em que se refere a detração da pena.

Assim, as duas previsões legais encontram-se fortemente fundadas no



princípio do No Bis In Idem, tendo ambas a função de limitar a atuação do poder punitivo estatal, agindo, de forma direta, na defesa de direitos e garantias individuais.

No Direito Penal, no bis in idem tem o significado de que um indivíduo, que foi processado e julgado por um determinado fato, não pode ser condenado duas vezes pela mesma conduta. Ou seja, é a proibição de uma dupla condenação pela mesma situação.

"(...) A mesma condenação não pode ser utilizada para gerar reincidência e maus antecedentes, podendo assumir, portanto, somente a primeira função (gerar reincidência). Nesse sentido, a Súmula 241 do STJ." (CAPEZ, Fernando; PRADO, Stela. Código Penal Comentado. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 155).

"(...) o juiz, ao aplicar a agravante da reincidência, necessita verificar, com atenção, qual é o antecedente criminal que está levando em consideração para tanto, a fim de não se valer do mesmo como circunstância judicial, prevista no art. 59 (maus antecedentes). Nessa ótica: Súmula 241 do Superior Tribunal de Justiça: 'A reincidência penal não pode ser considerada como circunstância agravante e, simultaneamente, como circunstância judicial'. Note-se, entretanto, que o réu possuidor de mais de um antecedente criminal pode ter reconhecidas contra si tanto a reincidência quanto a circunstância judicial de mau antecedente (...)" (grifamos) (NUCCI, Guilherme de Souza. Código Penal Comentado. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 465-466).

In casu, observa-se que o juízo a quo considerou uma mesma condenação, como negativa, tanto nas circunstâncias do art. 59 do CP, como também na segunda fase da dosimetria da pena, quando aplicou como causa de aumento (reincidência), prevista no art. 63 do Código penal, sendo inadmissível em nosso ordenamento penal, em flagrante violação ao princípio non bis idem.

Consoante as fundamentações aqui arguidas, acolho o pedido requerido, considerando a referida circunstância (antecedentes) neutra.

CIRCUNSTÂNCIA DO CRIME

De acordo com Alberto Silva Franco [...] circunstâncias são elementos acidentais que não participam da estrutura própria de cada tipo, mas que, embora estranhas à configuração típica, influem sobre a quantidade punitiva [...] Entre tais circunstâncias, podem ser incluídos o lugar do crime, o tempo de sua duração, o relacionamento existente entre o autor e vítima, a atitude assumida pelo delinquente no decorrer da realização do fato criminoso, etc.(1997, p.900)

"[...] as circunstâncias do crime são os fatores de tempo, lugar, modo de execução, excluindo-se aqueles previstos como circunstâncias legais." (PRADO, Luiz Regis et al. Curso de Direito Penal Brasileiro. 13. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 428)



No crime de tráfico de entorpecentes, a comercialização da droga na própria residência, onde se permite o livre acesso de usuários para uso do entorpecente. (STJ, 5ª Turma, HC. 228.454 DF, julgado em 09/04/2013)

EMENTA

APELAÇÃO CRIMINAL - TRÁFICO DE DROGAS - CONDUTA TIPIFICADA NO ART. 33, DA LEI Nº 11.343 /06 - RECURSO MINISTERIAL - RECRUDESCIMENTO DO REGIME PRISIONAL FIXADO PARA O FECHADO - IMPOSSIBILIDADE - REVOGAÇÃO DA SUBSTITUIÇÃO DA PENA CORPORAL POR RESTRITIVAS DE DIREITOS - POSSIBILIDADE - REANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS EX OFFICIO - DETRAÇÃO - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. I - Para a fixação do regime prisional nos casos de condenação por crimes da Lei nº 11.343 /2006, devem ser observados, além dos critérios constantes do art. 42 da Lei de Drogas, as disposições dos §§ 2º e 3º do art. 33 do Código Penal, sendo certo que a decisão que impõe regime mais gravoso deve ser fundamentada em elementos concretos. II - A fixação do regime prisional não mais poderá se pautar exclusivamente na hediondez do crime, sendo de rigor a observância do disposto no art. 33 do Código Penal. Deste modo, quando da fixação do regime prisional, não se deve ficar adstrito somente ao quantum de pena aplicado, mas à análise do caso concreto e a presença de circunstância judicial desfavorável nos termos preconizados no art. 33, § 3º do CPB. III - Reanálise das circunstâncias judiciais que se impõe, ex officio. A mácula apontada nas circunstâncias judiciais (CP, art. 59) referentes à culpabilidade e aos motivos do crime não se justificam, razão pela qual, tais circunstâncias devem ser aferidas favoráveis ao apelado, remanescendo desfavorável, tão somente, a moduladora referente às circunstâncias do crime. A grande quantidade de droga apreendida deve incidir tão somente na terceira fase do sistema dosimétrico, a fim de evitar o bis in idem, como fator determinante da fração referente à minorante do § 4º do art. 33 da Lei Antidrogas., publicação: 17/04/2019.

Observo no caso em discussão, o equívoco realizado pelo magistrado sentenciante quanto a sua fundamentação, uma vez que a quantidade de drogas apreendidas, não se trata de circunstâncias do crime, mas sim de circunstância prevista nos termos do art. 42, da Lei nº 11.343/05, apta a valoração negativa ao apelante.

Entendo plenamente plausível a manutenção da valoração negativa, sob o fundamento previsto no art. 42 da Lei nº 11.343/05, e não como circunstância do crime, como equivocadamente fundamentou o juízo de primeiro grau, uma vez que tais circunstâncias diz respeito a grande quantidade de droga apreendida em poder do mesmo, 1,006kg (um quilograma, seis gramas de erva prensada conhecida como MACONHA, conforme laudo fl. 61 dos autos, pois o sentenciante reportou-se a dados concretos disponíveis nos autos, consoante determina o artigo 93, inciso IX, da Constituição da República de 1988 (dever de fundamentação dos pronunciamentos jurisdicionais), fazendo referência à quantidade de drogas encontradas em poder do apelante.

Assim, vislumbrando-se a persistência do arresto judicial do art. 42 da Lei nº 11.343/05 (quantidade de drogas), é lícito o distanciamento da reprimenda basilar de modo discricionário e proporcional, de acordo com o livre convencimento motivado do magistrado, com relação ao crime de tráfico de drogas.

TRÁFICO DE DROGAS. PORTE ILEGAL DE ARMA DE USO RESTRITO. DOSIMETRIA. AVALIAÇÃO CONJUNTA DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. POSSIBILIDADE. CRIMES PRATICADOS NO MESMO CONTEXTO FÁTICO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS NEGATIVAS. A análise conjunta das circunstâncias judiciais na situação destes autos não traduz ausência ou insuficiência de fundamentação, uma vez que os delitos foram cometidos no mesmo contexto fático, não sendo o julgador obrigado a apresentar fundamentação diferenciada para cada um deles nesta hipótese. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. PAPEL DE



LIDERANÇA NO GRUPO CRIMINOSO. GRANDE QUANTIDADE DE MUNIÇÃO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. FUNDAMENTOS IDÔNEOS. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. "No termos do art. 42 da Lei n. 11.343 /2006, a quantidade e a natureza da droga apreendida são preponderantes sobre as demais circunstâncias do art. 59 do Código Penal e podem justificar a fixação da pena-base acima do mínimo legal, cabendo a atuação desta Corte apenas quando demonstrada flagrante ilegalidade no quantum aplicado" (HC 301.872/ES, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, DJe 15/03/2017). 2. Neste caso, a grande quantidade de substância entorpecente apreendida em poder dos acusados - 166 Kg de cocaína - justifica a fixação da pena em patamar superior ao mínimo legal, por restar demonstrada a gravidade concreta da conduta. 3. O mesmo pode ser dito com relação ao crime do art. 16 do Estatuto do Desarmamento, considerando que em poder do agravante foram encontrados quarenta e nove cartuchos de munição calibre 9 mm, além de dois carregadores e de uma pistola do mesmo calibre, demonstrando a periculosidade diferenciada e justificando a exacerbação da reprimenda. 4. As consequências do crime foram negativamente ponderadas em razão da extensão do malefício que a conduta dos agentes poderia causar à coletividade, circunstância que se mostra idônea a supedanear a majoração da pena. publicação 01/02/2019.

Considerando existir circunstância judicial desfavorável ao apelante, sob fundamento do art. 42 da Lei nº 11.343/05, deve-se manter a aplicação da pena base acima do seu mínimo legal.

Nesse sentido é a Súmula nº 23 desta Corte:

Súmula nº 23 - "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".

Nessa ordem de ideias, existindo apenas uma causa negativa das circunstâncias judiciais, fixo ao apelante a pena base de 6 (seis) anos de reclusão, e mais 600 (seiscentos) dias-multa.

2ª FASE DA DOSIMETRIA DA PENA

QUANTO A COMPENSAÇÃO ENTRE AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA E ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA.

Nos termos da jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, a agravante da reincidência deve ser compensada com a atenuante da confissão espontânea, devendo o julgador atentar para as singularidades do caso concreto. 2. Tratando-se de sentenciado com 2 (duas) condenações transitadas em julgado, sendo uma delas de natureza específica, mostra-se possível promover a compensação parcial entre a confissão e a reincidência ().

O concurso entre circunstância agravante e atenuante de idêntico valor redundará em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Todavia, tratando-se de réu multirreincidente, deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade ().

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO TRIPLAMENTE CIRCUNSTANCIADO E ASSOCIAÇÃO CRIMINOSA ARMADA. DOSIMETRIA. MAUS



ANTECEDENTES. CONDENAÇÕES ATINGIDAS PELO PRAZO DEPURADOR DE CINCO ANOS. POSSIBILIDADE. PERSONALIDADE. VALORAÇÃO DE TÍTULOS CONDENATÓRIOS TRANSITADOS EM JULGADO. FUNDAMENTO INIDÔNEO. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. CULPABILIDADE. MOTIVAÇÃO VÁLIDA DECLINADA. CONFISSÃO ESPONTÂNEA PARCIAL VALORADA NA FORMAÇÃO DO JUÍZO CONDENATÓRIO. INCIDÊNCIA DA ATENUANTE. SÚMULA 545/STJ. COMPENSAÇÃO PARCIAL COM A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. RÉU MULTIRREINCIDENTE. AUMENTO SUPERIOR A 1/3 PELA INCIDÊNCIA DAS TRÊS MAJORANTES DO CRIME DE ROUBO MOTIVADO. OBSERVÂNCIA DA SÚMULA 443/STJ. WRIT NÃO CONHECIDO E ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. 2. A individualização da pena é submetida aos elementos de convicção judiciais acerca das circunstâncias do crime, cabendo às Cortes Superiores apenas o controle da legalidade e da constitucionalidade dos critérios empregados, a fim de evitar eventuais arbitrariedades. Destarte, salvo flagrante ilegalidade, o reexame das circunstâncias judiciais e os critérios concretos de individualização da pena mostram-se inadequados à estreita via do habeas corpus, pois exigiriam revolvimento probatório. 3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, condenações anteriores ao prazo depurador de 5 anos, malgrado não possam ser valoradas na segunda fase da dosimetria como reincidência, constituem motivação idônea para a exasperação da pena-base a título de maus antecedentes. Precedentes. 4. A Terceira Seção desta Corte Superior de Justiça vinha admitindo a utilização de condenações anteriores transitadas em julgado como fundamento para a fixação da pena-base acima do mínimo legal, diante da valoração negativa dos maus antecedentes, da conduta social e, ainda, da personalidade do agente, ficando apenas vedado o bis in idem. Recentemente, todavia, a Quinta Turma deste Superior Tribunal de Justiça passou a entender que as condenações transitadas em julgado, mesmo que em maior número, não podem ser utilizadas para majorar a pena-base em mais de uma circunstância judicial, devendo ser valoradas somente a título de maus antecedentes. Precedentes. 5. Em relação às consequências do crime, que devem ser entendidas como o resultado da ação do agente, a avaliação negativa de tal circunstância judicial mostra-se escorreita se o dano material ou moral causado ao bem jurídico tutelado se revelar superior ao inerente ao tipo penal. In casu, o prejuízo de mais de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) suportado pela instituição financeira revela-se mais expressivo do que o próprio aos crimes contra o patrimônio, o que justifica o incremento da básica a título de consequências do delito, conquanto o trauma causado às vítimas não tenha sido demonstrado. 6. No tocante à culpabilidade, para fins de individualização da pena, tal vetorial deve ser compreendida como juízo de reprovabilidade da conduta, ou seja, a maior ou menor censura do comportamento do réu, não se tratando de verificação da ocorrência dos elementos da culpabilidade, para que se possa concluir pela prática ou não de delito. Com efeito, o papel de destaque e liderança exercido pelo paciente dentro do grupo criminoso armado especializado na prática de crimes contra instituições bancária, assim como a violência intensa empregada na senda criminosa, que poderia ter resultado na morte de diversas vítimas, permite a fixação da pena-base acima do piso legal pelo maior grau de culpabilidade da conduta por ele praticada. 7. Nos moldes da Súmula 545/STJ, a atenuante da confissão espontânea deve ser reconhecida, ainda que tenha sido parcial ou qualificada, quando a manifestação do réu for utilizada para fundamentar a sua condenação, o que se infere na hipótese dos autos quanto ao crime de roubo. Precedentes. 8. No julgamento do Recurso Especial Representativo de Controvérsia n. 1.341.370/MT, em 10/4/2013, a Terceira Seção firmou o entendimento de que, observadas as especificidades do caso concreto, "é possível, na segunda fase da dosimetria da pena, a compensação da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência". O concurso entre circunstância agravante e atenuante de idêntico valor redundam em afastamento de ambas, ou seja, a pena não deverá ser aumentada ou diminuída na segunda fase da dosimetria. Todavia, tratando-se de réu multirreincidente deve ser reconhecida a preponderância da agravante prevista no art. 61, I, do Código Penal, sendo admissível a sua compensação proporcional com a atenuante da confissão espontânea, em estrito atendimento aos princípios da individualização da pena e da proporcionalidade. Precedentes. 9. No que tange à terceira fase da dosimetria, verifica-se que o Tribunal de origem, no julgamento da apelação defensiva, fundamentou concretamente a exasperação



da pena em 1/2 (metade), sem que reste evidenciada violação da Súmula 443/STJ. Em verdade, as circunstâncias concretas do delito, praticado mediante o emprego de armas de fogo e por diversos agentes pré-ajustados, bem como o fato de as vítimas terem permanecido sob ameaça constante de morte por mais de uma hora, denotam a necessidade de maior resposta penal, em atendimento ao princípio da individualização da pena e, portanto, não se infere ilegalidade no aumento superior a 1/3 (um terço) pela incidência das três majorantes do crime de roubo.10. Deve ser reconhecida a ocorrência de ilegalidade na primeira fase da dosimetria das penas estabelecidas pelos crimes de roubo e associação criminosa, considerando a valoração negativa da personalidade do réu. De igual modo, no tocante à segunda fase da individualização da pena do crime de roubo, resta evidenciada arbitrariedade sanável na via do writ, pois as instâncias ordinárias deixaram de reconhecer a incidência da atenuante da confissão espontânea e de proceder à sua compensação parcial com a agravante da recidiva.11. Writ não conhecido. Habeas corpus concedido, de ofício, para determinar que o Juízo das Execuções proceda à nova dosimetria das penas impostas para os crimes de roubo e associação criminosa, afastando o aumento das básicas referente à personalidade do réu, bem como para que reconheça a incidência da atenuante da confissão espontânea no tocante ao crime de roubo, que deverá ser compensada parcialmente com a agravante da reincidência.(HC 412.175/SP, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 14/11/2017, DJe 22/11/2017)

CONSTITUCIONAL E PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO. FURTO.DOSIMETRIA. COMPENSAÇÃO INTEGRAL ENTRE A ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA E A AGRAVANTE DA REINCIDÊNCIA. POSSIBILIDADE. REGIME FECHADO CABÍVEL. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. MAUS ANTECEDENTES.HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO E WRIT CONCEDIDO DE OFÍCIO.[...]3. Tratando-se de condenado que registra apenas uma condenação transitada em julgado anterior, não há qualquer óbice à compensação integral da atenuante da confissão espontânea com a agravante da reincidência, ainda que esta seja específica. Precedente.[...](HC 358.105/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 02/02/2017, DJe 10/02/2017)

Como se observa, o STJ aplicou uma compensação integral entre a reincidência e a confissão, de modo que, na segunda fase da dosimetria da pena, não haja aumento ou diminuição da pena.

Em face o exposto, considerando que a sentença guerreada o magistrado singular reconheceu na 2ª fase da dosimetria da pena a existência de circunstâncias atenuante (confissão espontânea) e a agravante (reincidência), razão pela qual aplicou a compensação das referidas circunstâncias, no que mantenho a pena intermediária em 6 (seis) anos de reclusão, e mais 600 (seiscentos) dias-multa.

3ª FASE DA DOSIMETRIA DA PENA

RECONHECIMENTO DO INSTITUTO TRÁFICO PRIVILEGIADO – § 4º, DO ART. 33 DA LEI 11.343/06

Neste capítulo, o recorrente requer a incidência da causa de diminuição prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, cujo teor dispõe, in verbis:

Art. 33. (...)

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada à 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. (

A teor do disposto no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.3432006, os



condenados pelo crime de tráfico de drogas terão a pena reduzida, de um sexto a dois terços, quando forem reconhecidamente primários, possuírem bons antecedentes e não se dedicarem a atividades delituosas ou integrarem organizações criminosas. 3. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes (HC 400.528/SP, DJe 18/08/2017).

In casu, com a análise detida dos autos, entendo impossível o acolhimento da pretensão da aplicação da causa de diminuição prevista no art. § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 como requereu a defesa, presente a expressiva quantidade de drogas apreendidas 1,006kg (um quilograma e seis gramas) de MACONHA, a dedicação a atividade criminosa, são indicativos de envolvimento dos apelantes no mundo das drogas, ou seja, restando comprovado a autoria e materialidade dos crimes de tráfico e associação para o tráfico, denotando que o réu dedica-se à atividade criminosa, valendo-se do comércio de entorpecente, como meio de subsistência, e por fim tratando-se de réu reincidente pelo mesmo crime.

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. NEGATIVA DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N.º 11.343/06. BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. MOTIVOS DIVERSOS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA. EXISTÊNCIA DE FEITOS CRIMINAIS EM CURSO. CONCLUSÃO ACERCA DA DEDICAÇÃO DO PACIENTE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. POSSIBILIDADE. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. REGIME FECHADO FIXADO COM BASE NA HEDIONDEZ E GRAVIDADE ABSTRATA DO DELITO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL OCORRÊNCIA. REGIME DIVERSO DO FECHADO. POSSIBILIDADE EM TESE. AFERIÇÃO IN CONCRETO DEVE SER REALIZADA PELO JUÍZO DAS EXECUÇÕES. ORDEM CONCEDIDA, EM MENOR EXTENSÃO. (...) 2. Consoante entendimento perflhado pela Sexta Turma Corte nos autos do HC n.º 358.417/RS, "fatos criminais pendentes de definitividade, embora não sirvam para a negativa valoração da reincidência e dos antecedentes (Súmula n. 444 do STJ), podem, salvo hipóteses excepcionais, embasar o afastamento da minorante do tráfico privilegiado quando permitam concluir a vivência delitiva do agente, evidenciando a dedicação a atividades criminosas". Dessa forma, não há falar em ilegalidade, na espécie, tendo em vista que a benesse prevista no art. 33, § 4º, da Lei n.º 11.343/06 foi negada por entenderem as instâncias de origem que o paciente era renitente em atividades criminosas. (...) (STJ - HC: 380402 SP 2016/0312929-6, Relator: Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, Data de Julgamento: 21/02/2017, T6 - SEXTA TURMA, Data de Publicação: DJe 02/03/2017) (grifei).

Diante do exposto, entendo improcedente o pleito requerido pela defesa.

MUDANÇA DO REGIME DE PENA

O apelante foi condenado às penas de 6 (seis) anos de reclusão, e mais 600 (seiscentos) dias-multa, no crime tipificado no artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, decorrente do concurso de crimes, penas estas incompatíveis com regime aberto, nos termos do art. 33, § 2º, alínea a, do Código Penal, motivo pelo qual nego provimento ao referido pleito.

A imposição do regime de cumprimento mais severo do que a pena aplicada permitir exige motivação idônea.

Ocorre que o mencionado artigo dispõe:



Art. 33 - A pena de reclusão deve ser cumprida em regime fechado, semi-aberto ou aberto. A de detenção, em regime semi-aberto, ou aberto, salvo necessidade de transferência a regime fechado.

§ 2º - As penas privativas de liberdade deverão ser executadas em forma progressiva, segundo o mérito do condenado, observados os seguintes critérios e ressalvadas as hipóteses de transferência a regime mais rigoroso: (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

a) o condenado a pena superior a 8 (oito) anos deverá começar a cumpri-la em regime fechado;

Como visto, trata-se do caso em discussão, tendo em vista a pena imposta pela sentença condenatória ser de 06 anos, e ser reincidente o que implica sua aplicação em regime fechado, conforme dispõe o art. 33, § 2º, alínea a, do Código Penal, que assim estabelece:

Art. 33

§ 2º

b) o condenado não reincidente, cuja pena seja superior a 4 (quatro) anos e não exceda 8 (oito), poderá desde o

Ocorre que ao analisar a dosimetria realizada pelo magistrado a quo, observa-se tratar-se de réu reincidente, a justificar sua aplicação em regime mais gravoso, motivo pelo qual, o regime de pena deve ser mantido no inicial fechado.

Ante o exposto, conheço do presente recurso e, no mérito, provido parcialmente à pretensão recursal, alterando a pena para 6 (seis) anos de reclusão, e mais 600 (seiscentos) dias-multa, em regime fechado, mantida os demais termos da sentença guerreada.

É como voto

Belém/PA, 1 de novembro de 2019.

Desembargadora ROSI MARIA GOMES DE FARIAS
Relatora