



ACÓRDÃO Nº _____
SECRETARIA ÚNICA DE DIREITO PENAL
APELAÇÃO CRIMINAL
PROCESSO Nº 0011392-19.2018.8.14.0008
COMARCA DE ORIGEM: VARA CRIMINAL DE BARCARENA/PA
APELANTE: RONALDO DIAS DOS SANTOS
REPRESENTANTE: FLÁVIO CÉSAR CANCELA FERREIRA – DEFENSOR PÚBLICO
APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA
PROCURADORIA DE JUSTIÇA: HEZEDEQUIAS MESQUITA DA COSTA
RELATORA: DESEMBARGADORA ROSI MARIA GOMES DE FARIAS

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006.

1. PEDIDO DE FIXAÇÃO DA PENA-BASE NO PATAMAR MÍNIMO LEGAL: POSSIBILIDADE. AUSÊNCIA DE MOTIVAÇÃO IDÔNEA PARA A EXASPERAÇÃO DA PENA BASILAR EM PATAMAR ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART 59 DO CP RELATIVAS AOS MOTIVOS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME VALORADAS NEGATIVAMENTE COM FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA E ABSTRATA, EM INDEVIDA VIOLAÇÃO AO ART. 93, INCISO IX, DA CF/88 E DA SÚMULA Nº 17/2016 DESTA EG. CORTE DE JUSTIÇA. APELANTE QUE FAZ JUS AO REDIMENSIONAMENTO DA REPRIMENDA AO PATAMAR MÍNIMO LEGAL.

2. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO E SUA APLICAÇÃO NA FRAÇÃO MÁXIMA DE 2/3 (DOIS TERÇOS): PARCIAL ACOLHIMENTO. AO PREENCHER TODOS OS REQUISITOS LEGAIS PARA O RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO, O RÉU FAZ JUS A APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO EM SEU PATAMAR MÁXIMO, DE MODO QUE QUALQUER DECOTE NA FRAÇÃO DO BENEFÍCIO DEVE SER DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. PRECEDENTES DO STF. NA HIPÓTESE, A REDUÇÃO DA PENA DEVERÁ SER ARBITRADA NA FRAÇÃO INTERMEDIÁRIA DE 1/3 (UM TERÇO), CONSIDERANDO A NATUREZA E QUANTIDADE DE ENTORPECENTES ENCONTRADOS NA POSSE DO ORA APELANTE, TRATANDO-SE DE 54 (CINQUENTA E QUATRO) EMBALAGENS DE SUBSTÂNCIA TÓXICA POPULARMENTE CONHECIDA COMO COCAÍNA, PESANDO APROXIMADAMENTE 57G (CINQUENTA E SETE GRAMAS), CONSOANTE ATESTADO NO LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO ACOSTADO AOS AUTOS.

3. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS: POSSIBILIDADE. O art. 44 do Código Penal é taxativo quanto aos requisitos necessários para a obtenção do benefício da substituição da medida corporal por restritiva de direitos. Preenchidos os requisitos legais e sendo pequena a quantidade de drogas apreendidas, faz jus o paciente à referida benesse.

4. NOVA DOSIMETRIA DA PENA: PENA EM DEFINITIVO REDIMENSIONADA AO PATAMAR DE 03 (TRÊS) ANOS E 04 (QUATRO) MESES DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA INICIALMENTE EM REGIME ABERTO, NOS MOLDES DO ART. 33, §2º, ALÍNEA C, DO CÓDIGO PENAL, ALÉM DO PAGAMENTO DE 333 (TREZENTOS E TRINTA E TRÊS) DIAS-MULTA, A FRAÇÃO UNITÁRIA DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO NACIONAL VIGENTE AO TEMPO DOS FATOS, PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS, SENDO



SUBSTITUÍDA A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, A SEREM DEFINIDAS PELO JUÍZO DA VARA DE EXECUÇÕES PENAIS. RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO

Vistos etc.

Acordam as Excelentíssimas Senhoras Desembargadoras componentes da 1ª Turma de Direito Penal, por unanimidade, em conhecer do presente recurso e, no mérito, dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Relatora.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos 10 dias do mês de agosto de 2020.

Julgamento presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Vânia Lúcia Silveira.

Belém/PA, 17 de agosto de 2020.

Desembargadora Rosi Maria Gomes de Farias
Relatora

SECRETARIA ÚNICA DE DIREITO PENAL
APELAÇÃO CRIMINAL

PROCESSO N° 0011392-19.2018.8.14.0008

COMARCA DE ORIGEM: VARA CRIMINAL DE BARCARENA/PA

APELANTE: RONALDO DIAS DOS SANTOS

REPRESENTANTE: FLÁVIO CÉSAR CANCELA FERREIRA – DEFENSOR PÚBLICO

APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA

PROCURADORIA DE JUSTIÇA: HEZEDEQUIAS MESQUITA DA COSTA

RELATORA: DESEMBARGADORA ROSI MARIA GOMES DE FARIAS

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto em favor de Ronaldo Dias dos Santos, por intermédio da Defensoria Pública Estadual, objetivando reformar a r. decisão proferida pelo MM. Juízo da Vara Criminal da Comarca de Barcarena/PA (fls. 143-146), que julgando procedente a pretensão punitiva estatal, o condenou à pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, além do pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, a fração unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário nacional vigente ao tempo dos fatos, pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Narrou a denúncia (fls. 02-02, verso), que no dia 30 de setembro de 2018, por volta das 04h00min, o ora apelante teria praticado o crime de tráfico de drogas, em razão de ter sido flagrado trazendo consigo 54 (cinquenta e quatro) embalagens, contendo substância entorpecente popularmente conhecida como cocaína, supostamente destinadas à comercialização ilícita, fato este ocorrido em via pública, no município de Barcarena/PA. Consta ainda na exordial acusatória que, no dia e hora supracitados, uma guarnição da Polícia Militar teria recebido a informação de que uma pessoa estaria vendendo entorpecentes no local de realização do Festival do Abacaxi, por este motivo, os agentes público se dirigiram até o endereço



indicado.

Ao chegarem no local, após diligências, a equipe policial conseguiu identificar uma pessoa com as mesmas características noticiadas na denúncia, assim, procedeu a abordagem, ocasião em que fora identificado o nacional Ronaldo Dias dos Santos, ora apelante, o qual estava na posse de 54 (cinquenta e quatro) embalagens, contendo substância tóxica vulgarmente conhecida como cocaína, acondicionada de maneira típica a sua comercialização.

Diante de tais circunstâncias, foi procedida a prisão em flagrante do denunciado, ora apelante, que foi conduzido até a Delegacia de Polícia Civil de Barcarena/PA, para as providências cabíveis.

Pelos fatos, o representante do Ministério Público pugnou pela condenação do ora apelante como incurso nas sanções punitivas do artigo 33, caput, da Lei de Drogas – Lei nº 11.343/2006.

Denúncia recebida em 18 de outubro de 2018, fls. 74.

Resposta Escrita à Acusação, fls. 78.

Termo de Audiência de Instrução e Julgamento, fls. 93-95 (mídia), 121-122 (mídia).

Memoriais Finais da Acusação, fls. 124-126.

Alegações Finais da Defesa, fls. 136-138.

Sentença condenatória prolatada em 30 de setembro de 2019, fls. 143-146.

Recurso de apelação interposto em 04 de novembro de 2019, fls. 156.

Em suas razões recursais (fls. 160-167), a defesa argumentou a ausência de fundamentação idônea para a exasperação da reprimenda, requerendo o redimensionamento da pena-base ao patamar mínimo legal. Concomitantemente, postulou pelo reconhecimento e aplicação da causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado, prevista no §4, do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, com a consequente redução da pena no patamar máximo de 2/3 (dois terços), e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Em sede de contrarrazões (fls. 170-171), o representante do Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e improvemento do recurso.

Nesta Superior Instância (fls. 178-182), a Procuradoria de Justiça do Ministério Público, por intermédio do Procurador de Justiça Hezedequias Mesquita da Costa, pronunciou-se pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório, com revisão realizada pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Vânia Lúcia Silveira.

Passo ao voto.

VOTO

Atendidos os pressupostos de admissibilidade recursal, mormente à adequação e tempestividade, conheço do presente recurso.

Como dito alhures, trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto em favor de Ronaldo Dias dos Santos, por intermédio da Defensoria Pública Estadual, objetivando reformar a r. decisão proferida pelo MM. Juízo da Vara Criminal da Comarca de Barcarena/PA (fls. 143-146), que julgando procedente a pretensão punitiva estatal, o condenou à pena de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, além do pagamento de 580 (quinhentos e



oitenta) dias-multa, a fração unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário nacional vigente ao tempo dos fatos, pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Em suas razões de apelação (fls. 160-167), a defesa argumentou a ausência de fundamentação idônea para a exasperação da reprimenda, requerendo o redimensionamento da pena-base ao patamar mínimo legal. Concomitantemente, postulou pelo reconhecimento e aplicação da causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado, prevista no §4, do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, com a consequente redução da pena no patamar máximo de 2/3 (dois terços), e a substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Na ausência de questionamentos preliminares, passo à análise do mérito recursal.

1. PEDIDO DE REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE AO PATAMAR MÍNIMO LEGAL:

Ponderou a defesa que o magistrado a quo incidiu em erro de julgamento ao analisar as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, exasperando a pena-base acima do patamar mínimo legal sem apresentar fundamentação idônea, inobservando o princípio do dever de motivação dos pronunciamentos judiciais, preconizado no artigo 93, inciso IX, da Carta Magna de 1988.

Adianto, desde logo, que a pretensão recursal em testilha merece ser acolhida, conforme será explanado.

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 Federal 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 genérica e, por fim, verifica-se a presença das causas de diminuição e de aumento de pena.

Ao análise o édito condenatório ora contrastado, verifico que o juízo de primeiro grau realizou a dosimetria da pena imposta ao ora apelante sob a seguinte fundamentação, verbis: (...). III – DOSIMETRIA: Atendendo as diretrizes do art. 59 do Código Penal Brasileiro, na primeira fase verifico que o réu apresenta culpabilidade comum no cometimento do ilícito penal; não apresenta antecedentes criminais; sua conduta social e personalidade não foram auferidas nos autos; injustificáveis os motivos e circunstâncias para a prática do crime; os motivos são inerentes ao delito: busca do lucro fácil; Não vislumbro qualquer contribuição da vítima (sociedade) para o evento criminoso, de modo que para reprovar e prevenir o crime, fixo a pena acima no mínimo legal em 06 (seis) anos de reclusão e 600 (seiscentos) dias-multa no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos. Do caso em tela, não verifico agravantes, apenas a atenuante pelo réu contar com menos de 21 anos à época dos fatos, razão pela qual diminuo em 06 meses e 20 dias multa a sua pena, nos moldes previstos no art. 65, inciso I do CP. Logo, nesta fase, fixo a pena em 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses e 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa. Em terceira fase da dosimetria, deixo de aplicar a causa de diminuição de pena do §4º, do art. 33 da Lei nº 11.343



/06, uma vez não atendidas as condições do referido parágrafo, bem como levando-se em consideração as condições pessoais do réu, restando DEFINITIVAMENTE 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses e 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa. DAS DISPOSIÇÕES FINAIS. Pertinente a DETRAÇÃO, o tempo de prisão provisória deverá ser computado na forma do §2º do artigo 387, do CPP, efetuando-se respectivamente por ocasião da execução da pena, pelo Juízo da Execução Penal. O réu deverá cumprir a pena em regime inicial SEMIABERTO, considerando-se o quantum da pena aplicada, nos termos do art. 33 do Código Penal Brasileiro. Incabível a substituição da pena por restritiva de direitos, em virtude da pena aplicada e da natureza do delito. (...). (fls. 145-145, verso).

Assim, verifica-se que na 1ª etapa de dosimetria da pena, observando as premissas do artigo 59 do Código Penal, o magistrado a quo fixou a pena-base em 06 (seis) anos de reclusão, como sendo o suficiente para a prevenção e reprovação do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, valorando negativamente os vetores motivos e circunstâncias do crime. Na 2ª etapa dosimétrica, não foram reconhecidas circunstâncias agravantes da pena. Todavia, fora aplicada a circunstância atenuante da menoridade relativa do agente, prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal, sendo reduzida a pena na fração de 06 (seis) meses, restando a pena intermediária no patamar de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão. Na 3ª fase do exame dosimétrico, não foram reconhecidas causas de aumento ou de diminuição da reprimenda. A causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado, prevista no §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, não fora reconhecida pelo juízo primevo, uma vez não atendidas as condições legais para a concessão da benesse.

Assim, a pena em definitivo restou fixada na fração de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, nos moldes do artigo 33, §2º, alínea b, do Código Penal, além do pagamento de 580 (quinhentos e oitenta) dias-multa, ao valor de 1/30 (um trinta avos) do salário nacional vigente à época dos fatos, pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, capitulado no artigo 33, caput, do Código Penal Brasileiro.

É de conhecimento comum que no primeiro estágio da individualização da pena privativa de liberdade 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 o nobre jurista Guilherme de Souza Nucci (Código Penal Comentado. 11ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 2012, p. 414):

Trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando a 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 é defeso ao magistrado levar em consideração as oito circunstâncias judiciais existentes no artigo 59 do



Código Penal para fins de fixação da pena-base. Conveniente 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 n° 149.456/RS, Rel. Min. Jorge Mussi, Publicação: 02/05/2012). Com efeito, ao julgador de piso, na 1ª fase da individualização da pena, não é dada a possibilidade de exasperar a pena-base com espeque em referências vagas e genéricas. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus n.º 191.734/PE, distribuído para a relatoria da Ministra Laurita Vaz, com Acórdão publicado no Diário de Justiça em 26/09/2012, assentou que: (...) Não pode o magistrado sentenciante majorar a pena-base fundando-se, tão somente, em referências vagas, genéricas, desprovidas de fundamentação objetiva para justificar a exasperação, tais como, tinha consciência de que agia em desacordo com a lei (culpabilidade) e vítima em nada contribui para o crime (comportamento da vítima) (...). Ao exasperar a pena-base o magistrado deve reportar-se aos elementos concretos existentes nos autos, sob pena de configurar excesso de pena e violação ao princípio da proporcionalidade.

Ao reportar-se às circunstâncias judiciais relativas aos motivos do crime e às circunstâncias do crime, assim se manifestou o juízo singular: injustificáveis os motivos e circunstâncias para a prática do crime. (fls. 145). Entretanto, verifico com a análise acurada do caso que tal motivação não se mostra suficiente para o incremento da pena nos moldes em que fora estabelecido pelo magistrado singular, uma vez que a valoração negativa dos vetores acima citados se encontra desprovida de fundamentação adequada.

Relativamente aos motivos do crime, cuida-se das razões antecedentes que orientaram o agente à prática criminosa e que refogem ao que é comum à espécie delitiva, sendo curial transcrever as lições de Ricardo Augusto Schmitt, in verbis: (...). Deve ser valorado tão somente o motivo que extrapole o previsto no próprio tipo penal, sob pena de incorrerem em bis in idem. O motivo da infração, assim como as demais circunstâncias judiciais, não pode ser valorado negativamente quando integrar a definição típica, nem quando caracterizar circunstância atenuante ou agravante, além de causa especial de diminuição ou de aumento de pena. Quando o motivo do agente é o normal à espécie delitiva, não pode o juiz exasperar a reprimenda, tendo em vista que aquele, por ser inerente ao tipo, já possui a necessária censura, prevista, até mesmo, na pena mínima (...). (SCHMITT, 2012, op. cit., p. 136).

Em relação às circunstâncias do crime, define Alberto Silva Franco: (...). as 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 para efeito de agravá-la ou abrandá-la. (...). Entre tais circunstâncias, podem ser incluídos o lugar do crime, o tempo de sua duração, o relacionamento existente entre o autor e a vítima, a atitude assumida pelo delinquente no decorrer da realização do fato



criminoso etc. (SILVA FRANCO, p. 900, apud Greco, 2012, p. 562).

Ora, os elementos descritos pelo magistrado são genéricos e abstratos ao crime de tráfico ilícito de drogas. Logo, é imperioso considerar o erro de julgamento no que tange à valoração das circunstâncias judiciais em comento, razão pela qual os vetores em análise passarão a ter valoração neutra em relação à conduta do ora apelante.

Com efeito, na hipótese em análise, verifiquei que o juízo sentenciante não analisou escorreitamente a 1ª fase de dosimetria da pena, valorando negativamente as circunstâncias judiciais relativas aos motivos e circunstâncias do crime, inobservando o magistrado a quo o que dispõe o artigo 93, inciso IX, da Constituição da República de 1988 (princípio do dever de motivação das decisões judiciais), em igual afronta ao inclinado na Súmula nº 17/2016 desta Corte Estadual de Justiça, razão pela qual a dosimetria da pena aplicada no édito condenatório ora analisado deve ser retocada.

Por tais argumentos, acolho o presente pleito recursal, sendo necessário proceder a nova dosimetria da pena a ser imposta ao ora apelante, a qual será realizada em capítulo pertinente no corpo deste voto.

2. PEDIDO DE RECONHECIMENTO E APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO:

Pugnou a defesa pelo reconhecimento e aplicação da causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado, prevista no §4, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, em seu patamar máximo de 2/3 (dois terços), aduzindo que a fundamentação apresentada pelo juízo sentenciante não se mostra apta a afastar a concessão da referida benesse.

Adianto, todavia, que a pretensão recursal em epígrafe merece ser parcialmente acolhida, pelas razões a seguir demonstradas.

O §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, dispõe que para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparadas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), desde que o agente preencha cumulativamente os requisitos do referido dispositivo, quais sejam: a) primariedade; b) bons antecedentes; c) não se dedique à prática de atividades criminosas e; d) não integre organização criminosa.

O instituto do tráfico privilegiado foi inserido na lei penal objetivando privilegiar o traficante eventual ou ocasional, um mero debutante na prática delituosa. O doutrinador Guilherme de Souza Nucci afirma: trata-se de uma norma inédita, visando à redução da punição do traficante de primeira viagem. (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas, Volume I, 2012. P. 439). Por sua vez, Rangel e Bacila, no livro Lei de Drogas: Comentários Penais e Processuais, definem: é um tratamento diferenciado daquele previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, haja vista a menor reprovabilidade da conduta do agente, culminando no abrandamento considerável da sanção imposta e no afastamento da hediondez do delito, sob pena de tratarmos igualmente os desiguais.

Analisando os elementos de prova disponíveis nos autos, verificou-se, através dos depoimentos testemunhais prestados pelos agentes da Polícia Militar que realizaram a diligência, que fora encontrada em posse do ora apelante considerável quantidade de droga, consistindo em 54 (cinquenta e quatro) embalagens de substância entorpecente conhecida como cocaína, pesando aproximadamente 57,2g (cinquenta e sete gramas e 20



miligramas), conforme asseverado pelo Laudo Toxicológico Definitivo acostado aos autos (fls. 154), elementos que denotam, explicitamente, a natureza e quantidade de droga destinada à difusão ilícita.

Na hipótese, conforme apontado pela Procuradoria de Justiça do Ministério Público em seu respeitável parecer (fls. 181), o ora apelante não registra antecedentes criminais, não possui ações penais em curso, nem sentença transitado em julgado em seu desfavor, circunstâncias que afastam a presunção de dedicação à prática de atividades criminosas.

Assim, observo que as particularidades do caso em análise, demonstradas ao longo da instrução processual, permitem concluir que o ora apelante se trata de réu primário, merecendo a redução da pena imposta e o abrandamento da hediondez do delito, sendo cabível a concessão dos benefícios do tráfico privilegiado.

Por outro prisma, considerando a natureza e quantidade da droga encontrada na posse do ora apelante, e sua destinação a comercialização em festa popular, a propiciar sua maior proliferação em ambiente público no município de Barcarena/PA, compreendo ser possível a aplicação da causa especial de diminuição de pena em comento na fração intermediária de 1/3 (um terço), de forma a adequar a norma ao fato típico.

Versando neste sentido, encarto jurisprudência pátria:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/06). QUANTUM DE REDUÇÃO. FRAÇÃO DE 1/3. POSSIBILIDADE. NATUREZA E QUANTIDADE DA DROGA. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. ART. 42 DA LEI N. 11.343/06. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. (...). 2. A aplicação da redutora prevista no art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06 depende do convencimento do Magistrado de que o apenado, primário e de bons antecedentes, não se dedique a atividades delituosas nem integre organização criminosa. In casu, o entendimento consignado pelo Tribunal a quo está em consonância com a jurisprudência deste Tribunal Superior, firmada no sentido de que, na escolha do quantum de redução da pena em razão da incidência do §4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, o Juiz deve levar em consideração a quantidade e a natureza da substância apreendida – 284 pedras de crack (46,04g) -, por expressa previsão legal (art. 42 da Lei n. 11.343/06). 3. Habeas corpus não conhecido. (STJ – HC: 468197 SC 2018/0232178-8, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 11/12/2018, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/12/2018).

Grifo nosso

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. (...). TRÁFICO PRIVILEGIADO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO. FRAÇÃO FIXADA EM 1/3. MOTIVAÇÃO IDÔNEA. REFERÊNCIA A CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS E APTAS A ENSEJAR A REDUÇÃO NO PATAMAR ESTABELECIDO. SÚMULA N. 7/STJ. (...). 5. A instância ordinária apresentou fundamentação concreta para definir o redutor pelo reconhecimento do tráfico privilegiado, consubstanciada na conclusão de que a natureza da droga apreendida – circunstância não considerada por ocasião da dosagem da pena-base – e o contexto em que se deu a apreensão – junto com considerável quantia em dinheiro sem origem esclarecida e, ainda, uma balança de precisão – são elementos aptos a



justificar a incidência da fração de 1/3. (...). (STJ – AgRg no AREsp: 1356583 SC 2018/0228032-2, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 06/11/2018, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 16/11/2018).

Grifo nosso

PENAL. TRÁFICO DE DROGAS PRIVILEGIADO. ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06. EXPRESSIVA QUANTIDADE DE SUBSTÂNCIA APREENDIDA. REDUÇÃO DA PENA NA FRAÇÃO DE 1/3. Na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução da pena com base no §4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, a natureza e a quantidade de droga apreendida podem ser utilizadas para definir a fração redutora, estabelecida entre 1/6 e 2/3. Adoção razoável, no caso, da fração de 1/3 em face da diversidade (maconha e LSD) e quantidade das drogas (807,96g de maconha e 6 microselos de LSD). Apelo desprovido. (TJ-DF 20170110529752 DF 0011344-13.2017.8.07.0001, Relator: MÁRIO MACHADO, Data de Julgamento: 09/08/2018. 1ª TURMA CRIMINAL, Data de Publicação: DJE 16/08/2018, Pág. 104/112). Grifo nosso

Por tais razões, entendo ser escorreito a concessão da referida benesse, uma vez preenchidos cumulativamente os requisitos previstos no §4º, artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, a qual será aplicada na fração intermediária de 1/3 (um terço), haja vista que as circunstâncias do caso concreto indicam ser esta a mais adequada ao caso concreto.

Assim, acolho parcialmente a pretensão recursal em comento.

3. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS:

No que tange à possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ao analisar o HC nº 97.256/RS, o Supremo Tribunal Federal passou a admitir tal possibilidade, nos termos do artigo 44, do Código Penal, reconhecendo a inconstitucionalidade da parte final do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, que posteriormente teve a sua execução suspensa pelo Senado Federal, por meio da Resolução nº 05/2012. Neste sentido:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO PRIVILEGIADO DE DROGAS. PENA INFERIOR A 4 ANOS. PACIENTE PRIMÁRIA. PENA-BASE NO MÍNIMO LEGAL. (...). SUBSTITUIÇÃO DA PENA POR RESTRITIVA DE DIREITOS. PRESENTES OS REQUISITOS DO ART. 44 DO CÓDIGO PENAL. POSSIBILIDADE. TRÁFICO PRIVILEGIADO. ART. 33, §4º, DA LEI N. 11.343/06. HEDIONDEZ AFASTADA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. (...). 3. O art. 44 do Código Penal é taxativo quanto aos requisitos necessários para a obtenção do benefício da substituição da medida corporal por restritiva de direitos. Preenchidos os requisitos legais e sendo pequena a quantidade de drogas apreendidas, faz jus o paciente à referida benesse. 4. À partir do julgamento do HC n. 118.533, pelo Plenário do STF, em 23/6/2016, esta Corte passou a adotar o entendimento de que o tráfico privilegiado (art. 33, §4º, da Lei nº 11.343/06) não possui natureza hedionda, o que motivou, posteriormente, o cancelamento do enunciado n. 512 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça – STJ. 5. Habeas Corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para fixar o regime inicial aberto, substituindo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito a



serem especificadas pelo Juízo de Execuções, bem como para afastar a hediondez do delito de tráfico privilegiado de drogas (art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/06). (STJ – HC: 491469 SP 2019/0029788-5, Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, Data de Julgamento: 21/02/2019, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 01/03/2019). Grifo nosso Na hipótese, encontram-se preenchidos os pressupostos previstos no artigo 44, do Código Penal, pois o ora apelante não é reincidente, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a pena aplicada é menor que 04 (quatro) anos e as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis, razão pela qual entendo ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade por medidas restritivas de direitos, a serem definidas pelo Juízo da Execução.

Ademais, à luz do inciso I, do artigo 44 do Código Penal, a substituição da pena restritiva de direitos por pena privativa de liberdade mostra-se cabível na espécie, tendo em vista o afastamento da causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado, e o consequente quantum da pena a ser aplicada em definitivo. Confira-se:

Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando:

I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo;

II – o réu não for reincidente em crime doloso;

III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Por tal motivo, acolho o pleito recursal ora analisado.

4. NOVA DOSIMETRIA DA PENA:

Passo a analisar a dosimetria da pena a ser aplicada ao ora apelante, observando as premissas do artigo 68 e 59 do Código Penal, e ao princípio da non reformatio in pejus. 1ª fase: Culpabilidade: a conduta perpetrada pelo ora apelante não exacerbou o comum previsto ao tipo penal em tela, razão pela qual merece ter valoração neutra.

Antecedente Criminais: consoante dispõe a Súmula nº 444 do STJ: É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base. Na hipótese, o ora apelante não ostenta condenações anteriores com trânsito em julgado, merecendo o vetor em tela valoração neutra.

Conduta Social: ausentes elementos idôneos para a sua aferição, motivo pelo qual merece valoração neutra.

Personalidade do Agente: não há nos autos elementos probatórios suficientes para a análise da circunstância judicial em espeque, razão pela qual merece ter valoração neutra.

Motivos do Crime: intrínsecos ao tipo, consistente na aferição de lucro fácil por meio da prática de atividade ilícita, razão pela qual merece valoração neutra.

Circunstâncias do Crime: limitam-se ao previsto pelo legislador ao crime em voga, sendo necessário proceder a valoração neutra do presente vetor.

Consequências do Crime: não extrapolam o comum ao tipo, merecendo



valoração neutra.

Comportamento da Vítima: em nada contribuiu para a atividade criminosa, não havendo o que ser valorado.

Ante a análise globalmente favorável das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, fixo a pena-base no patamar de 05 (cinco) anos de reclusão, além do pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa, à fração de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente ao tempo dos fatos, pela prática do crime de tráfico ilícito de drogas.

2ª fase: não foram reconhecidas circunstâncias agravantes da pena. Mantenho o reconhecimento da circunstância atenuante da menoridade relativa do agente, prevista no artigo 65, inciso I, do Código Penal, todavia, deixo de aplica-la por ter sido a pena-base fixada no patamar mínimo legal, óbice este imposto pela Súmula nº 231 do STJ, a qual dispõe: A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Assim, a pena intermediária resta fixada no mesmo patamar estabelecido na etapa anterior.

3ª fase: não foram reconhecidas causas de aumento da reprimenda. Entendo ser cabível o reconhecimento e aplicação da causa especial de diminuição do tráfico privilegiado, prevista no §4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, na fração intermediária de 1/3 (um terço), considerando a natureza e quantidade de droga encontrada na posse do ora apelante.

Feitas tais ponderações, resta a pena em definitivo no patamar de 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, inteligência do artigo 33, §2º, alínea 'c', c/c §3º, do Código Penal, além do pagamento de 333 (trezentos e trinta e três) dias-multa, a fração de 1/30 (um trigésimo) do salário nacional vigente à época dos fatos, pela prática do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, tipificado no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Atendidos os requisitos do artigo 44 do Código Penal, em observância ao quantum da pena aplicada, compreendo ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade por 02 (duas) penas restritivas de direitos a serem especificadas pelo Juízo da Vara de Execuções Penais. Eventual detração penal a ser realizada pelo Juízo da Vara de Execuções Penais, nos moldes do artigo 66, inciso III, alínea 'c', da LEP.

Ante o exposto, na esteira do respeitável parecer ministerial, conheço do presente recurso e, no mérito, dou-lhe parcial provimento para redimensionar a pena imposta ao ora apelante, nos termos da fundamentação jurídica delineada alhures, mantendo inalterados os demais termos do r. pronunciamento judicial ora objurgado.

É como voto.

Belém/PA, 17 de agosto de 2020.

Desembargadora Rosi Maria Gomes de Farias
Relatora