



ACÓRDÃO Nº _____
SECRETARIA ÚNICA DE DIREITO PENAL
APELAÇÃO CRIMINAL
PROCESSO Nº 0006642-42.2017.8.14.0029
COMARCA DE ORIGEM: VARA ÚNICA DE MARACANÃ/PA
APELANTE: O MINISTÉRIO PÚBLICO
APELADO: JUNIELSON DIAS DE NAZARÉ
REPRESENTANTE: URSULA DINI MASCARENHAS – DEFENSORIA PÚBLICA
PROCURADORIA DE JUSTIÇA: MARIA CÉLIA FILOCREÃO GONÇALVES
RELATORA: DESEMBARGADORA ROSI MARIA GOMES DE FARIAS

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. RECURSO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. CRIME DE TRÁFICO. ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006.

1. PEDIDO DE CORREÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CP NÃO ANALISADAS: POSSIBILIDADE. 1. AO COMPULSAR OS AUTOS, VERIFIQUEI QUE O MAGISTRADO A QUO REALIZOU A DOSIMETRIA DA PENA DE MANEIRA INCOMPLETA, DEIXANDO DE ANALISAR 04 (QUATRO) CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL, SENDO NECESSÁRIA A CORREÇÃO DA DECISÃO, NESTE PONTO. 2. PENA-BASE MANTIDA ACIMA DO PATAMAR MÍNIMO LEGAL, ANTE A MANUTENÇÃO DA VALORAÇÃO NEGATIVA DOS VETORES ANTECEDENTES CRIMINAIS E CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME, DE MANEIRA FUNDAMENTADA, EM ATENÇÃO ÀS PARTICULARIDADES E PECULIARIDADES DO CASO CONCRETO.

2. PEDIDO DE EXCLUSÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO: POSSIBILIDADE. O §4º DO ARTIGO 33 DA LEI Nº 11.343/2006 DISPÕE QUE AS PENAS PODERÃO SER REDUZIDAS DE 1/6 (UM TERÇO) A 2/3 (DOIS TERÇOS), DESDE QUE O AGENTE PREENCHA, CUMULATIVAMENTE, OS SEGUINTE REQUISITOS: A) SER PRIMÁRIO; B) COM BONS ANTECEDENTES; C) NÃO SE DEDIQUE A PRÁTICA DE ATIVIDADES CRIMINOSAS; E D) NÃO INTEGRE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NA HIPÓTESE, OS DEPOIMENTOS POLICIAIS E DEMAIS ELEMENTOS DE PROVA COLIGIDOS NOS AUTOS EVIDENCIAM A DEDICAÇÃO DO APELANTE À PRÁTICA DE ATIVIDADES CRIMINOSAS, TAL CIRCUNSTÂNCIA AUTORIZA A EXCLUSÃO DA REFERIDA BENESSE LEGAL.

3. PEDIDO DE CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PRIVATIVA DE LIBERDADE: POSSIBILIDADE. IMPOSITIVA A SUBSTITUIÇÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS POR PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE, EM ATENÇÃO AO ART. 44 DO CP, QUANDO A PENA ULTRAPASSA O LIMITE DE 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO.

4. NOVA DOSIMETRIA DA PENA: PENA REDIMENSIONADA AO PATAMAR DEFINITIVO DE 06 (SEIS) ANOS DE RECLUSÃO, A SER CUMPRIDA EM REGIME INICIAL SEMIABERTO, ALÉM DO PAGAMENTO DE 600 (SEISCENTOS) DIAS-MULTA, A FRAÇÃO DE 1/30 (UM TRIGÉSIMO) DO SALÁRIO NACIONAL VIGENTE À ÉPOCA DOS FATOS, PELA PRÁTICA DO CRIME DE TRÁFICO DE ENTORPECENTES, PREVISTO NO ART. 33, CAPUT, DA LEI Nº 11.343/2006.
RECURSO CONHECIDO E PROVIDO, NA ESTEIRA DO RESPEITÁVEL PARECER MINISTERIAL. UNANIMIDADE.

ACÓRDÃO
Vistos etc.

Pág. 1 de 11



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

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

Julgamento presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Vânia Lúcia Silveira.

Belém/PA, 19 de agosto de 2020.

Desembargadora Rosi Maria Gomes de Farias
Relatora

SECRETARIA ÚNICA DE DIREITO PENAL
APELAÇÃO CRIMINAL
PROCESSO Nº 0006642-42.2017.8.14.0029
COMARCA DE ORIGEM: VARA ÚNICA DE MARACANÃ/PA
APELANTE: O MINISTÉRIO PÚBLICO
APELADO: JUNIELSON DIAS DE NAZARÉ
REPRESENTANTE: URSULA DINI MASCARENHAS – DEFENSORIA PÚBLICA
PROCURADORIA DE JUSTIÇA: MARIA CÉLIA FILOCREÃO GONÇALVES
RELATORA: DESEMBARGADORA ROSI MARIA GOMES DE FARIAS
RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto pelo representante do Ministério Público, objetivando reformar a r. decisão proferida pelo MM. Juízo da Vara Única de Maracanã/PA (fls. 84-94), que julgando procedente a pretensão punitiva estatal, condenou o ora apelado Junilson Dias de Nazaré, à pena de 03 (três) anos 10 (dez) meses e 03 (três) meses de reclusão, após a detração penal, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, e ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, a fração unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário nacional vigente no país à época dos fatos, sendo substituída a pena privativa de liberdade por 02 (duas) penas restritivas de direitos, pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Narrou a denúncia (fls. 02-04), que no dia 22 de outubro de 2017, o ora apelado foi preso em flagrante por estar de posse de grande quantidade das substâncias entorpecentes conhecidas por ‘maconha’ e ‘óxi’, para fins de comercialização.

Consta ainda na exordial acusatória, o Policial Militar Raimundo Nonato da Rocha Marinho, recebeu um telefonema anônimo informando que em determinada localidade situada no município de Maracanã/PA, o ora apelado Junilson Dias de Nazaré, vulgo Cebolinha, estava comercializando substâncias entorpecentes, de modo que, ao se deslocarem até o lugar informado, procederam a revista pessoal, encontrando, o ora apelado com a quantidade de 16 (dezesesseis) petecas e 01 (uma) pedra de 250g (duzentos e cinquenta) gramas do tóxico conhecido por ‘óxi’, e 02 (dois) embrulhos do narcótico conhecido por ‘maconha’, o qual já estaria pronto para a mercancia ilícita.

Diante das circunstâncias, o ora apelado foi preso em flagrante delito, sendo apresentado perante a autoridade policial para as providências



cabíveis.

Assim, o representante do Ministério Público pugnou pela condenação do ora apelado como incurso nas sanções punitivas do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Denúncia recebida em 22 de fevereiro de 2018, fls. 60.

Termo de Audiência de Instrução e Julgamento, fls. 67-68 (mídia).

Alegações Finais do Ministério Público, fls. 72-73.

Memoriais Finais da Defesa, fls. 74-78.

Sentença condenatória prolatada em 15 de abril de 2019, fls. 84-94.

Recurso de apelação interposto pelo representante do Ministério Público em 15 de maio de 2019, fls. 96.

Em suas razões recursais (fls. 97-106), o representante do Ministério Público requereu a reforma da dosimetria da pena aplicada ao ora apelado, com vistas à observância ao princípio da individualização da pena, devendo ser excluída à concessão da diminuição de pena prevista no §4º, do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, e a exclusão da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos aplicada pelo juízo a quo.

Em sede de contrarrazões (fls. 109-113), a defesa em favor do ora apelado manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do recurso.

Nesta Superior Instância (fls. 121-129), a Procuradoria de Justiça do Ministério Público, por intermédio da Procuradoria de Justiça Maria Célia Filocreão Gonçalves, pronunciou-se pelo conhecimento e provimento do recurso, para que seja reanalisada a 1ª fase da dosimetria da pena, retirado a redução do benefício do tráfico privilegiado e retirada a substituição das penas restritivas de direitos.

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 pelo representante do Ministério Público, objetivando reformar a r. decisão proferida pelo MM. Juízo da Vara Única de Maracanã/PA (fls. 84-94), que julgando procedente a pretensão punitiva estatal, condenou o ora apelado Junilson Dias de Nazaré, à pena de 03 (três) anos 10 (dez) meses e 03 (três) meses de reclusão, após a detração penal, a ser cumprida inicialmente em regime aberto, e ao pagamento de 60 (sessenta) dias-multa, a fração unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário nacional vigente no país à época dos fatos, sendo substituída a pena privativa de liberdade por 02 (duas) penas restritivas de direitos, pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Em suas razões recursais (fls. 97-106), o representante do Ministério Público requereu a reforma da dosimetria da pena aplicada ao ora apelado, com vistas à observância ao princípio da individualização da pena, devendo ser excluída à concessão da diminuição de pena prevista no §4º, do artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, e a exclusão da substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos aplicada pelo juízo a quo.

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



1. PEDIDO DE CORREÇÃO DA DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS DO ART. 59 DO CP NÃO ANALISADAS:

Argumentou o representante do Ministério Público que o magistrado a quo incidiu em erro de julgamento na análise das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, em desprezo ao princípio da individualização da pena.

Adianta, 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 magistrado de primeiro grau realizou a dosimetria da pena imposta ao ora apelante sob a seguinte fundamentação, verbis: (...). Dosimetria da pena. Da análise das circunstâncias judiciais previstas no artigo 59, do Código Penal, cumpre-me frisar que o réu apresenta antecedente criminal por crime de tráfico de drogas (Ação Penal – Processo nº 0005189-46.2016.8.14.0029), que está em fase de alegações finais da Defesa; o dolo foi normal para o tipo; as circunstâncias lhes são favoráveis, valendo salientar que neste caso o réu exercia a mercancia de drogas em sua própria residência; os motivos do crime são aqueles tipicamente condizentes com a sua própria natureza, que é o ganho financeiro fácil, sem maior esforço, e em breve espaço de tempo; as consequências de crimes desta natureza estão no mal que se provoca à sociedade, sobretudo aos jovens e adolescentes, dadas as danosas e indiscutíveis consequências que a utilização de qualquer tipo de droga lhes provoca, com as nefastas consequências sobre a família, esparramando-se pela sociedade. Pena corporal. Sopesadas as circunstâncias judiciais, fixo ao acusado pena cima do mínimo legal, em 06 (seis) anos de reclusão, que reduzo de 1 ano e meio por militar a seu favor a causa de diminuição da pena de que trata o §4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, levando a pena para 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, que mantendo em definitivo neste patamar, dada a ausência de outras causas ou circunstâncias capazes de modifica-la, a despeito de haver reconhecido a seu favor a atenuante da confissão. Pena pecuniária. O tipo penal do art. 33 da Lei 11.343/2006 é apenado com reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. No que concerne a pena pecuniária, considerando as condições sócio-econômico-financeiras do réu e com esteio nos artigos 50 e 60, do Código Penal Pátrio, o condeno ao pagamento da pena de multa de 60 (sessenta) dias-multa, estabelecendo o valor do dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigido por índices oficiais. Da detração da pena (art. 387, §2º do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei 12.736/2012). O réu ficou por um mês por conta deste crime, de 22.10.2017 a 19.06.2018, perfazendo, portanto, 7 meses e 27 dias de prisão cautelar,



restando-lhe cumprir, assim, pena de reclusão de 3 anos, 10 meses e 3 dias. Regime inicial de cumprimento da pena corporal. Considerando que sequer foi proferida sentença na Ação Penal – Processo nº 0005189-46.2016.8.14.0029 (crime de tráfico de drogas) e que já decorreram mais de 5 anos do trânsito em julgado da sentença proferida na ação penal – processo 0000308-03.2008.8.14.0029, por crime de homicídio, desclassificado para lesões corporais, não há como combinar o §2º, II, com o §3º, do art. 33, do Código Penal, determinando com o regime inicial de cumprimento da pena semiaberto. Tão pouco, acho plausível moldar um regime inicial de cumprimento da pena exclusivamente com base nas disposições do §3º, do art. 33, do Código Penal, se a execução da pena na ação penal – processo 0000308-03.2008.8.14.0029 já se exauriu. Acrescento, ainda, que o réu ficou preso cautelarmente por quase 8 meses por conta da presente ação penal, em julgamento, exatamente porque já contava com o antecedente criminal de tráfico de drogas (Ação Penal – Processo nº 0005189-46.2016.8.14.0029, que está em face de alegações finais). Acrescento, que foi por conta desses antecedentes, que exacerbei a pena aplicada ao réu além do mínimo legal. Seja como for, considerando o que realmente se quer com a aplicação da pena, no caso vertente não será o cárcere que ressocializará com o réu. Não estou afirmando que o réu necessariamente se readaptará socialmente com a aplicação de uma pena restritiva de direitos ao invés da segregação. Mas, tenho convicção de que sua situação piorará sobremaneira com o encarceramento, ainda que em colônia agrícola, onde se dá o cumprimento de pena no regime semiaberto. Creio que mandar o réu cumprir a pena a pena no regime semiaberto significa violação ao princípio constitucional da individualização da pena, garantido pelo art. 5º, XLVI, além dos princípios de regência do processo da isonomia e da proporcionalidade. Considerando as ponderações acima, o regime inicial de cumprimento da pena é o aberto, nos termos do art. 33, §2º, c, do Código Penal. Da conversão da pena de reclusão em restritiva de direitos. O art. 44 e o §4º, do art. 33, da Lei 11.343/2006, veda a conversão da pena corporal aplicada em restritiva de direitos, em se tratando dos crimes previstos nos art. 33, caput e §1º, e 34 a 37. (...). Nessa linha de raciocínio, devo expor que esta Comarca não conta com casa de albergado, o que, em princípio, impossibilitaria a execução da pena no regime aberto, levando à sua transmutação para pena domiciliar, que, por si só, geraria um problema a este Juízo, no que respeita ao seu controle, por não se dispor de mecanismos e recursos, humanos e materiais, para tanto. Ademais, tenho para mim que prisão domiciliar, em se tratando em crime desta natureza, levaria à sociedade a sensação de impunidade, o que poria em descrédito a justiça, enquanto instituição. Diante do exposto, e tendo o crime sido cometido sem violência ou ameaça à pessoa, e considerando a fundamentação quanto à fixação do regime inicial de cumprimento da pena, apego-me ao comando contido no inciso III, do art. 44, do Código Penal, para substituir a pena corporal aplicada por duas restritivas de direito, conforme a seguir: 1ª) PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE, a ser realizada na forma do artigo 46, do Código Penal, à razão de cinco horas de tarefa por semana, sem prejuízo à jornada de trabalho normal do réu, podendo haver flexibilização, em entidade a ser designada em audiência admonitória; e 2ª) INTERDIÇÃO TEMPORÁRIA DE



DIREITOS, consistente da proibição de frequentar e permanecer em título, bebidas alcóolicas, e recolher-se à sua residência até às 22 horas e nela permanecer até às 5 horas do dia seguinte para repouso noturno, na forma do inciso IV, do art. 47, do Código Penal. As penas alternativas de que se trata serão cumpridas pelo período da pena corporal substituída que resta cumprir. Considerando a conversão da pena corporal em prestações alternativas, não há óbice para que o acusado aguarde em liberdade o resultado de eventual recurso interposto. (...). (fls. 91-93).

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 de entorpecentes, valorando negativamente os vetores antecedentes criminais e circunstâncias do crime.

Na 2ª etapa dosimétrica, não foram reconhecidas circunstâncias atenuantes ou agravantes genéricas da pena, permanecendo a pena intermediária no mesmo patamar fixado anterior. Na 3ª fase, não foram reconhecidas causas de aumento da reprimenda. Todavia, o juízo a quo reconheceu a incidência da causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado, nos moldes do §4º, artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, razão pela qual reduziu a pena na fração de 01 (um) ano e 06 (seis) meses, restando a pena em concreto no patamar de 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão, sendo fixado o valor de 60 (sessenta) dias-multa, a fração de 1/30 (um trigésimo) do salário nacional vigente à época dos fatos, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

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 nº 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.

Na hipótese em análise, verifiquei que o juízo sentenciante não analisou escorreitamente a 1ª fase de dosimetria da pena, deixando de ponderar sobre 04 (quatro) circunstâncias judiciais, quais sejam, culpabilidade, conduta social, personalidade do agente, e comportamento da vítima, conforme pontuado pela Procuradoria de Justiça em seu respeitável parecer, inobservando o magistrado a quo o que dispõe o artigo 93, inciso IX, da Carta Magna de 1988 (princípio do dever de motivação das decisões judiciais), em igual afronta ao disposto na Súmula n.º 17 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 EXCLUSÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO:

Pugnou o órgão acusatório pela exclusão da causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado, prevista no §4º, do artigo 33, da Lei n.º 11.343/2006, aduzindo que o ora apelado não preenche aos requisitos cumulativos previstos no mencionado dispositivo legal. Adianto, desde logo, que a pretensão recursal ora analisada merece ser acolhida, conforme será exposto.

O §4º do artigo 33 da Lei n.º 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 n.º 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 16 (dezesesseis) petecas de substância entorpecente conhecida como 'óxi', pesando aproximadamente 6,508g (seis gramas quinhentos e oito miligramas), 02 (duas) petecas de 'maconha', pesando aproximadamente 4,165g (quatro gramas cento e sessenta e cinco miligramas), e 01 (um) tablete de tóxico popularmente denominado 'óxi', pesando aproximadamente 250g (duzentos e cinquenta gramas), conforme mencionado no Auto de Apresentação e Apreensão de Objeto (fls. 16), e asseverado pelo Laudo Toxicológico Definitivo acostado aos autos (fls. 54-55), elementos que denotam, explicitamente, a natureza e quantidade de droga destinada à difusão ilícita.

Ademais, conforme mencionado pelo juízo monocrático, o ora apelado registra diversas ações penais em curso, tendo, inclusive, sentença transitado em julgado em seu desfavor, circunstâncias que afastam a presunção de não dedicação a atividades criminosas.

Assim, observo que as circunstâncias peculiares demonstradas ao longo da instrução processual evidenciam certo grau de envolvimento do ora apelante com a prática de atividades criminosas, elemento este que subsidia o afastamento das benesses do tráfico privilegiado. Neste sentido, versa a jurisprudência dos tribunais pátrios:

RECORRER EM LIBERDADE – INVIABILIDADE – AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS – CONDENAÇÃO MANTIDA – (...) – CAUSA DE DIMINUIÇÃO INSERTA NO ART. 33, §4º, DA LEI 11.343/06 – NÃO CABIMENTO – DEDICAÇÃO A ATIVIDADES CRIMINOSAS. Tendo em vista o imenso volume de droga apreendido, em vista dos demais dados do processo e das circunstâncias da apreensão, induz a conclusão de que o acusado se dedicava a atividades criminosas, inviável se faz a aplicação da causa de diminuição descrita no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06, bem como o abrandamento do regime corporal. (...). (TJ/MG – APR: 10525170053280001 MG, Relator: Sálvio Chaves, Data de Julgamento: 12/12/2018, Data de Publicação: 19/12/2018). Grifei

APELAÇÃO CRIMINAL. CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO EVIDENCIADO. TRÁFICO PRIVILEGIADO. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. IMPOSSIBILIDADE. (...). 4. A circunstância do grande volume de droga apreendida mostra-se incompatível com o tráfico privilegiado, por ferir os princípios regentes da Lei de Drogas. (TJ/RO – APL: 00078330820188220501 RO, Data de Julgamento: 14/03/2019, Data de Publicação: 21/03/2019). Grifei

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO DE DROGAS – MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO NÃO RECONHECIDA – AFASTAMENTO DA HEDIONDEZ – PREJUDICADO – RECURSO NÃO PROVIDO. Incabível a redutora do §4º do art. 33 da Lei de Drogas, uma vez que as circunstâncias do caso concreto revelam a dedicação do réu à atividade criminosa, pois transportava vultosa quantidade de droga – 1.322 quilos de maconha – em uma espécie de fundo falso, em um caminhão, preparado para dificultar a fiscalização. Tais fatores indicam envolvimento intenso do apelante com o



tráfico de drogas, demonstrando que vinha se dedicando a atividades criminosas. Não reconhecida a minorante do tráfico privilegiado, não há que falar em afastamento da hediondez. COM O PARECER – RECURSO NÃO PROVIDO. (TJ/MS – 0001229-82.2016.8.12.0047, Relator: Des. Dorival Moreira dos Santos, Data de Julgamento: 26/04/2018, 3ª Câmara Criminal). Grifei

Não é outro o entendimento sedimentado no colendo Superior Tribunal de Justiça, conforme se extrai da jurisprudência colacionada abaixo:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO ABSOLUTÓRIO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. (...). 1. Dispõe o §4º do artigo 33 da Lei n. 11.343/06 que, para o crime de tráfico de entorpecentes e suas figuras equiparas, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, possua bons antecedentes não se dedique às atividades criminosas e não integre organização criminosa. 2. Na espécie, a quantidade e natureza da droga apreendida, somadas à forma de acondicionamento e à apreensão de uma balança de precisão, denotam a dedicação do acusado à traficância. 3. Agravo improvido. (STJ – AgRg no AgRg no AREsp: 1211810 SP 2017/0304874-5, Relator: Ministro JORGE MUSSI, Data de Julgamento: 19/02/2019, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 26/02/2019). Grifei

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. PACIENTE CONDENADO À PENA CORPORAL DE 5 ANOS DE RECLUSÃO, EM REGIME PRISIONAL FECHADO. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA MINORANTE PREVISTA NO §4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/2006. CIRCUNSTÂNCIAS CONCRETAS QUE EMBASAM A CONCLUSÃO DE QUE O PACIENTE DEDICA-SE ÀS ATIVIDADES CRIMINOSAS. (...). - Nos termos do art. 33, §4º, da Lei n. 11.343/2006, 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 criminosas ou integrarem organização criminosa. Contudo, na ausência de indicação pelo legislador das balizas para o quantum da redução retromencionada, a natureza e a quantidade de droga apreendida, assim como as demais circunstâncias do art. 59 do CP, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem, juntamente com as circunstâncias do delito, a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes. Precedentes. Hipótese em que inexistente ilegalidade quando da não aplicação do privilégio, pois a Corte local apontou a dedicação do paciente às atividades ilícitas, destacando a quantidade e a variedade dos entorpecentes apreendidos e as circunstâncias em que o delito ocorreu. Modificar tal conclusão requer o revolvimento fático-probatório, inviável na estreita via do habeas corpus. Precedentes. (...). (STJ – HC: 379973 SP 2016/0309805-3, Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, Data de Julgamento: 16/03/2017, T5 – QUINTA TURMA, Data de Publicação: DJe 27/03/2017). Grifei

Por tais razões, entendo ser escorreito o afastamento da referida benesse, uma vez não preenchido cumulativamente os requisitos previstos no §4º, artigo 33 da Lei nº 11.343/2006, haja vista que as circunstâncias do caso



concreto indicam que o ora apelante de dedicava à prática de atividades criminosas. Assim, acolho a pretensão recursal em comento, para retirar as benesses da causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado, concedia pelo magistrado a quo, consoante fundamentação delineadas alhures.

3. PEDIDO DE CONVERSÃO DA PENA RESTRITIVA DE DIREITOS EM PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE:

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 conseqüente 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 culposos;

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 ostenta uma condenação penal com trânsito em julgado, nos autos do Processo nº 0005189-46.2016.8.14.0029, idônea para a aferição desfavorável dos seus antecedentes, merecendo o vetor em tela valoração negativa.

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: conforme asseverado pelo magistrado a quo, extrai-se dos autos que o ora apelado mantida a comercialização ilícita de entorpecentes em sua própria residência, violando o lar e o âmbito familiar através da prática de uma conduta delituosa que agrega em si vários outros crimes, gerando maior risco para o crescimento e desenvolvimento infantil, sendo necessário manter a valoração negativa 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 desfavorável de 02 (duas) circunstâncias judiciais das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, tangentes aos antecedentes criminais e circunstâncias do crime, fixo a pena-base no patamar de 06 (seis) anos de reclusão, além do pagamento de 600 (seiscentos) dias-multa, a 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 atenuantes ou agravantes da reprimenda, restando a pena intermediária no mesmo patamar fixado no estágio anterior.

3ª fase: não foram reconhecidas causas de diminuição ou de aumento da reprimenda. Entendo não ser cabível a causa especial de diminuição do tráfico privilegiado, prevista no §4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, uma vez não preenchidos os requisitos legais, observando as provas dos autos indicam que o ora apelado se dedicava à prática de atividades criminosas.

Feitas tais ponderações, resta a pena em definitivo no patamar de 06 (seis) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, inteligência do artigo 33, §2º, alínea 'b', c/c §3º, do Código Penal, além do pagamento de 600 (seiscentos) 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.

Inviável a aplicação dos artigos 44 e 77, ambos do Código Penal, não atendidos os pressupostos legais para sua concessão.

Eventual detração penal a ser realizada pelo Juízo da Vara de Execuções, 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 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, 19 de agosto de 2020.

Desembargadora Rosi Maria Gomes de Farias
Relatora