



ACÓRDÃO Nº. \_\_\_\_\_  
SECRETARIA ÚNICA DE DIREITO PENAL  
APELAÇÃO PENAL  
PROCESSO Nº: 0006691-92.2013.8.14.0039  
ORIGEM: VARA CRIMINAL DE PARAGOMINAS  
APELANTE: LUIZ OTÁVIO SANTIAGO PINHEIRO  
REPRESENTANTE: DEFENSORIA PÚBLICA  
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA.  
PROCURADORIA DE JUSTIÇA: DR. HEZEDEQUIAS MESQUITA DA COSTA  
RELATORA: DESª ROSI GOMES DE FARIAS.

EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (ART. 33, DA LEI Nº 11.343/06).

DESCLASSIFICAÇÃO PARA O DELITO DE PORTE PARA CONSUMO PESSOAL: IMPOSSIBILIDADE. HÁ NOS AUTOS CONJUNTO PROBATÓRIO APTO PARA A MANUTENÇÃO DO ÉDITO CONDENATÓRIO. A MATERIALIDADE DO CRIME ESTÁ CONFIRMADA NO LAUDO TOXICOLÓGICO DEFINITIVO ACOSTADO AOS AUTOS, O QUAL ATESTA QUE O ORA APELANTE FORA DETIDO EM POSSE DE 08 PETECAS DE COCAÍNA DEVIDAMENTE PRONTA PARA A MERCANCIA. A AUTORIA DELITIVA RESTOU IGUALMENTE COMPROVADA ATRAVÉS DO DEPOIMENTO DOS POLICIAIS MILITARES QUE EFETURAM A PRISÃO DO ORA APELANTE. VALIDADE. A ALEGAÇÃO DE SER MERO USUÁRIO DE ENTORPECENTES NÃO TEM O CONDÃO DE AFASTAR A TRAFICÂNCIA E GERAR A DESCLASSIFICAÇÃO PRETENDIDA PARA O TIPO RECLAMADO, POIS, NÃO RARO, AS CONDUTAS SE AGREGAM E A CONDIÇÃO DE USUÁRIO NÃO É PREMISSA PARA EXCLUSÃO DA CONDIÇÃO DE TRAFICANTE. PRECEDENTES. CONDENAÇÃO MANTIDA.

REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE AO MÍNIMO LEGAL: PROCEDENTE. DA ANÁLISE DOS TERMOS DA SENTENÇA OBSERVA-SE QUE O MAGISTRADO A QUO NÃO VALOROU ESCORREITAMENTE AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL, EXASPERANDO A PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL AO CONSIDERAR 03 CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS, PORÉM, SEM APRESENTAR DEVIDA FUNDAMENTAÇÃO A TAIS FATORES, PASSANDO ESTES A SEREM CONSIDERADOS NEUTROS ANTE A NOVA DOSIMETRIA.

PENA BASE QUE PASSA A SER DE 05 ANOS DE RECLUSÃO E 500 DIAS MULTA.

AUMENTO DA REDUÇÃO EM RAZÃO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. APELANTE QUE PREENCHE, CUMULATIVAMENTE, OS REQUISITOS DO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06, NÃO TENDO O MAGISTRADO SINGULAR FUNDAMENTADO AS RAZÕES PELAS QUAIS REDUZIU A PENA EM APENAS 1/6, APESAR DE SER PEQUENA A QUANTIDADE DE DROGA APREENDIDA, MENOS QUE 06 GRAMAS, SENDO PACÍFICO O ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL DE QUE A APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO EM FRAÇÃO DIVERSA DA MÁXIMA DEVE SER FUNDAMENTADA.

PENA QUE PASSA A SER DE 01 ANO E 08 MESES DE RECLUSÃO E 166 DIAS MULTA, A SER SUBSTITUÍDA POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS, FICANDO A CARGO DO JUIZO DA VARA DE EXECUÇÕES DEFINIR ACERCA DAQUELAS QUE MAIS SE ADEQUAM AO CASO CONCRETO.

RECURSO CONHECIDO E PARCIALMENTE PROVIDO

ACÓRDÃO

Vistos e etc.

Acordam, as Excelentíssimas Senhoras Desembargadoras componentes da 1ª Turma de Direito Penal, por unanimidade, em conhecer do recurso e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto da Relatora.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos dois dias do



mês de fevereiro do ano de dois mil e vinte e um.  
Julgamento presidido pela Exm<sup>a</sup> Sr<sup>a</sup> Des<sup>a</sup>. Vânia Silveira.  
Belém/PA, 02 de fevereiro de 2021.  
**DES<sup>a</sup> ROSI GOMES DE FARIAS**  
Relatora SECRETARIA ÚNICA DE DIREITO PENAL  
APELAÇÃO PENAL  
PROCESSO N°: 0006691-92.2013.8.14.0039  
ORIGEM: VARA CRIMINAL DE PARAGOMINAS  
APELANTE: LUIZ OTÁVIO SANTIAGO PINHEIRO  
REPRESENTANTE: DEFENSORIA PÚBLICA  
APELADO: JUSTIÇA PÚBLICA.  
PROCURADORIA DE JUSTIÇA: DR. HEZEDEQUIAS MESQUITA DA COSTA  
RELATORA: DES<sup>a</sup> ROSI GOMES DE FARIAS.

### RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação Penal interposto em favor de LUIZ OTÁVIO SANTIAGO PINHEIRO, por meio de representante da Defensoria Pública do Estado, objetivando reformar a r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3<sup>a</sup> Vara Criminal de Paragominas, que o condenou em razão da prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06.

Relatou a Denúncia, às fls. 02/07, que na madrugada do dia 01 de novembro de 2013, policiais militares foram informados que no imóvel localizado na Rua Cícero Ávila, S/N, no Bairro Promissão, Cidade de Paragominas, havia comercialização de drogas, sendo o local conhecido por boca de fumo, sendo o comércio ilegal praticado por cidadão de alcunha batatinha.

De posse de tais informações os policiais se dirigiram ao local informado e lá foram recebidos por um cidadão que se identificou como batatinha; que os policiais viram no chão da sala uma peteca de noia, razão pela qual realizaram uma busca pela residência, sendo encontradas mais 07 petecas da mesma droga no interior da caixa de descarga do banheiro, sendo o ora apelante preso em flagrante; que conduzido à delegacia este confessou em detalhes a prática do crime, sendo constatada a natureza da droga pelo Laudo pericial constante dos autos.

Assim, tendo restado comprovada materialidade do crime previsto no 33, caput, da Lei 11.343/06, bem como indícios de autoria, o Ministério Público requereu o recebimento da exordial acusatória com o processamento e posterior condenação do então réu.

Às fls. 09/54, Inquérito Policial;

Às fls. 37/38 e 49, Laudo n° 138/2013, comprovando se tratar da droga popularmente conhecida como cocaína a substância apreendida em poder do apelante;

Às fls. 59, determinada a notificação do então réu para apresentar defesa preliminar;

Às fls. 62, defesa preliminar;

Às fls. 65, recebida a denúncia;

Às fls. 98/99; 136/137; 143/145, Termo de Audiência, mídia às fls. 100, 138 e 147;

Às fls. 150/154, Alegações Finais Ministeriais reiterando os termos da denúncia;



Às fls. 156/157, Memoriais;

Na sentença, às fls. 165/163, v, o magistrado, considerando as provas colhidas nos autos, bem como os depoimentos das testemunhas, entendendo ter restado provado autoria e materialidade do crime de tráfico, julgou procedente a denúncia e condenou o ora apelante nas sanções punitivas do artigo 33, caput, da Lei 11.343/06, restando a pena em 07 anos e 07 meses de reclusão e 200 dias multa, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, concedendo ao então réu o direito de recorrer em liberdade.

Às fls. 179/187, juntadas as razões pleiteando a desclassificação do crime de tráfico para o de porte para uso, nos termos do art. 28 da Lei 11.343/06 e, subsidiariamente, revisão da dosimetria para que a pena seja reduzida, bem como aumento do quantum de redução em razão da causa de diminuição do § 4º do art. 33 e consequente mudança do regime de cumprimento da pena.

Às fls. 192/195, v, em contrarrazões, o Ministério Público pugnou pelo conhecimento e provimento do recurso para que se promova a desqualificação pretendida;

Nesta instância superior a Procuradoria de Justiça, em manifestação às fls. 203/208, pronunciou-se pelo Conhecimento do recurso por preencher os requisitos de admissibilidade e, no mérito, por seu Improvimento.

#### V O T O

Trata-se, como dito alhures, de recurso de Apelação Penal interposto em favor de em favor de LUIZ OTÁVIO SANTIAGO PINHEIRO, por meio de representante da Defensoria Pública do Estado, objetivando reformar a r. sentença proferida pelo MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal de Paragominas, que o condenou em razão da prática do crime previsto no art. 33, caput, da Lei 11.343/06.

Não havendo questão preliminar, e preenchendo o recurso os pressupostos processuais, passo à análise do mérito recursal.

DA DESCLASSIFICAÇÃO: Postula a defesa a desclassificação do crime de tráfico ilícito de entorpecentes para o delito de porte para consumo próprio, nos moldes do artigo 28, §1º, da Lei nº 11.343/2006, porém, afirmo que, em que pese as argumentações defensivas não merece prosperar o inconformismo do apelante.

O crime de tráfico de drogas, de acordo com o nobre jurista Guilherme de Souza Nucci (Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. Volume 1. 6ª ed. Editora Revista dos Tribunais, 2012. p. 248), é misto alternativo. Assim, poderá o agente praticar uma ou mais condutas, e ainda assim responderá por um só delito, qual seja, o de tráfico.

No caso concreto, verifica-se que autoria e materialidade do crime de tráfico de entorpecentes restaram devidamente comprovadas, sendo delineada no decorrer da instrução processual a dinâmica dos fatos, não havendo dúvida quanto a ocorrência do ilícito e não sendo possível a desclassificação da conduta pelo simples fato de alegar a defesa ser o réu mero usuário de drogas, tendo como base de tal alegação a pequena quantidade de entorpecentes apreendida, como bem asseverou o magistrado singular no decisum objurgado, senão vejamos:

... a análise das provas e fatos contidos na presente ação penal atesta que a



própria situação de flagrância, notadamente a quantidade da droga apreendida e a forma de condicionamento, ... são provas robustas de que eram destinadas ao comércio ilícito de drogas. Assim, a adjeção de todos os elementos de informação e de prova colhidos demonstram, com clareza que... é o responsável pela droga apreendida durante a revista realizada pela Polícia Militar.

(...)

Apesar de o denunciado não ter confessado a prática do delito, as circunstâncias em que fora encontrado, juntamente com o material apreendido, e o laudo toxicológico, não deixam dúvida de que o acusado comercializa drogas.

Os policiais que testemunharam a sua prisão afirmaram que o local onde ele foi encontrado com a droga é considerado boca de fumo...

Observa-se, do trecho ao norte colacionado, que o Juízo a quo formou seu convencimento pelas provas existentes nos autos, não havendo como se promover a absolvição uma vez que há depoimentos firmes e concisos acerca da prática, pelo ora apelante, do crime pelo qual fora condenado.

Ao compulsar os autos verifica-se que a materialidade do crime restou cabalmente demonstrada por meio do Boletim de Ocorrência Policial, Auto de Prisão Em Flagrante Delito, Auto de Apresentação e Apreensão, Laudo Toxicológico, que atesta a natureza nociva da substância encontrada em posse do ora apelante - tratava-se de 08 petecas da substância popularmente conhecida como 'cocaína', consoante asseverado pelo Laudo Toxicológico Definitivo acostado aos autos, sendo esta de uso proscrito no país, considerada droga ilícita, nos moldes da Portaria nº 344/1998 da Agência Nacional de Vigilância Sanitária, estando esta acondicionada em saco plástico e já pronta para a mercancia. Por imperativo, ressalto que à autoridade policial o ora apelante confessou fazer a mercancia da droga, tendo igualmente afirmado que o valor encontrado em seu poder, R\$ 65,00, era proveniente do comércio ilegal de entorpecentes, restando a autoria delitiva devidamente comprovada, como se denota dos depoimentos prestado em Juízo e que peço vênias para não reproduzir, mídia nos autos.

Com efeito, vislumbro que a prova testemunhal coligida aos autos, sob o crivo das garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, é harmônica e convincente, sendo capaz de revelar a prática, pelo ora apelante, do crime de tráfico de drogas, não havendo nos autos qualquer motivo que indique a existência de vícios nos depoimentos prestados pelos policiais, sendo cediço que tais meios de prova gozam da mais elevada credibilidade quando coesos e harmônicos, como no presente caso, razão pela qual não só podem como devem ser levados em consideração pelo magistrado como elemento de convencimento, consoante orienta a jurisprudência dos tribunais pátrios:

(...). II. É assente nesta Corte o entendimento de que são válidos os depoimentos de policiais militares em juízo, mormente quando submetidos ao necessário contraditório e corroborados pelas demais provas colhidas e pelas circunstâncias em que ocorreu o delito. (...). (TJPR - 4ª C.Criminal - 0006291-27.2017.8.16.0025 - Araucária - Rel.: Celso Jair Mainardi - J. 21.06.2018). Grifei

(...). O depoimento de testemunha policial responsável pela prisão em flagrante reveste-se de eficácia probatória - especialmente quando prestado em juízo, sob a garantia do contraditório -, desde que coerente com os demais elementos de prova o que é o caso dos autos. Por isso, não há falar em ofensa ao artigo 155 do Código de Processo Penal, uma vez que respeitado o contraditório na fase judicial. Não é possível rejeitar a validade do depoimento dos policiais ou reduzir o valor de



seus testemunhos sem motivo justificado. A alegação de enxerto encontra-se isolada nos autos. Precedentes. (TJRS - Apelação Crime Nº 70075648733, Terceira Câmara Criminal, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rinez da Trindade, Julgado em 20/06/2018). Grifei

Ressalto que o fato de o apelante não ter sido surpreendido comercializando o entorpecente não desnatura o crime tipificado no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006, o qual se configura com a prática de qualquer das condutas nele previstas, haja vista se tratar de crime de ação múltipla, não havendo como prosperar o pedido de desclassificação para o delito de porte para consumo próprio, porquanto restou evidenciada, pela forma de acondicionamento, a destinação comercial da droga, apesar de pouca quantidade ter sido apreendida.

Neste sentido:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO – DESCLASSIFICAÇÃO – IMPOSSIBILIDADE. A desclassificação do delito de tráfico de droga para o de porte para uso próprio não se impõe pelo simples fato de a defesa alegar ser o réu usuário de drogas, em especial quando a destinação à mercancia se encontra evidenciada na prova produzida. (TJMG – APR: 10351180016351001 MG, Relator: Maria Luíza de Marilac, Data de Julgamento: 14/05/2019, Data de Publicação: 24/05/2019). Grifei

APELAÇÃO PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS DA AUTORIA. INOCORRÊNCIA. (...). 2) O juízo a quo apontou provas concretas da materialidade e autoria delitiva, apoiando-se em todo o conjunto probatório produzido e acostado aos autos, especialmente as circunstâncias da apreensão da droga, bem como a forma de armazenamento, além dos objetos encontrados juntamente com o entorpecente (balança digital, uma faca de cozinha de mesa, um carretel de linha de costura, além de 72 sacos plásticos transparentes), não deixam margens para dúvidas de que ela não se destinava ao consumo pessoal, mas à difusão ilícita, inviabilizando a desclassificação para a conduta descrita no artigo 28 da Lei nº 11.343/2006. Além disso, a condição de usuário de drogas não tem o condão de afastar a traficância e gerar a desclassificação pretendida para o tipo reclamado, pois, não raro, as condutas se agregam e a condição de usuário não é premissa para exclusão da condição de traficante. 3. Recurso conhecido e improvido. (TJPA – APL: 00075585320148140006 BELÉM, Relator: RONALDO MARQUES VALLE, Data de Julgamento: 17/04/2018, 2ª TURMA DE DIREITO PENAL, Data de Publicação: 19/04/2018). Grifei

Por fim, ressalto que os argumentos da defesa, quando servem para descaracterizar um fato alegado pela acusação, devem necessariamente serem provados durante a instrução criminal e nesse caso a defesa não se desincumbiu de provar nada em favor do apelante, não tendo apresentado nenhuma testemunha ou fato que comprovasse o fato ora alegado. Ademais, o sistema probatório processual penal rege-se pelo princípio do livre convencimento motivado do órgão julgador, no qual o juiz é livre para apreciar a prova, não estando vinculado a critérios fixados por lei, possuindo liberdade em sua valoração, estando, porém, adstrito às provas constantes dos autos e, no presente caso, inexistente qualquer vício na sentença ora recorrida, pois fora exarada em consonância com as provas produzidas na instrução criminal, respeitando-se o contraditório e a ampla defesa, sendo, portanto, incogitável proceder à desclassificação como requereu a defesa.

DA DOSIMETRIA: Quanto ao apelo para que se proceda a uma nova dosimetria, tenho que este prospera.



Ao analisar as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, 1ª fase da dosimetria da pena, tem-se dos autos que o magistrado singular considerou desfavoráveis três das 08 circunstâncias judiciais, afirmando ser intensa a culpabilidade do réu, as circunstâncias e consequências do crime, assim se manifestando, verbis:

A culpabilidade refere-se ao grau de censurabilidade do crime (intensa, média ou reduzida) ou seja, a reprovação social que o crime e o autor do fato merecem; pelas informações dos autos, a censurabilidade é intensa, já que o réu praticava o delito dentro de casa, ciente do que estava fazendo.

(...)

As circunstâncias do crime analisam seu modus operandi, ou seja, são os elementos acidentais, não participantes da estrutura do tipo (como repouso noturno, local ermo, extrema violência, etc), neste caso, são desfavoráveis ao réu, tendo em vista que este agia durante o dia ou a noite, numa residência considerada boca de fumo, um local em que usualmente os usuários se encontram, facilitando a compra de drogas por terceiros.

No que tange às consequências do crime, que são a extensão dos danos ocasionados pelo delito, além dos danos inerentes ao tipo penal (...) são totalmente desfavoráveis ao agente, pois nefastas para a sociedade e para a saúde pública, contribuindo, ainda mais, para ruína do futuro de jovens e das famílias...

A toda evidência que o pronunciamento condenatório ora hostilizado não apresenta devida fundamentação aos vetores considerados negativos, verificando-se que o pedido de redução da pena para o mínimo legal merece prosperar, pois de fácil conclusão que o juízo sentenciante não analisou de maneira fundamentada a ponderação negativa das circunstâncias relativas à culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime, sendo imperioso que se proceda à nova dosimetria.

É certo que ao magistrado é dada certa discricionariedade ao proceder à cominação da pena, porém, esta é vinculada e a valoração negativa de qualquer dos 08 vetores previstos no art. 59 do CP há de ser devidamente fundamentada, o que não se denota no caso em análise, pois ao valorar negativamente os 03 vetores supra mencionados, utilizou-se o Juízo de argumentação vaga, genérica, inerente ao próprio tipo penal violado. Assim, tenho que a culpabilidade há de ser considerada neutra, apesar de o ora apelante ter, ao tempo do crime, plena consciência dos efeitos maléficos de seus atos, tendo praticado a ação sem nenhum juízo de reprovabilidade, embora tivesse condições de assim não atuar; igualmente entendo que as circunstâncias e consequências do crime devem ser consideradas neutras, pois a primeira não apresenta fundamentação suficiente a torna-lo mais reprovável do que já é, não sendo o fato de o apelante transformar sua casa em boca de fumo algo excepcional, ao contrário, tal proceder é, em geral, a regra no mundo do tráfico e, quanto às consequências do crime, tem-se que os nefastos danos para a sociedade e a saúde pública são inerentes ao tipo, não havendo na conduta do ora apelante um desbordo daquilo já previsto pelo legislador, sendo conveniente salientar que é pacífico na jurisprudência pátria o entendimento de que os malefícios sociais decorrentes do tráfico de entorpecentes são inerentes ao tipo, a considerar ser a sociedade a vítima direta deste delito de perigo abstrato, com tutela direcionada à saúde pública, e que o Superior Tribunal de Justiça não considera idônea a fundamentação para valoração negativa do vetor consequências do crime aquela que integra o próprio tipo penal, tal como



a potencialidade de dano à sociedade no crime de tráfico de entorpecentes.

Acerca do tema, vejamos o entendimento jurisprudencial:

HABEAS CORPUS. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. CONDENAÇÃO. DOSIMETRIA. PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. EXASPERAÇÃO. CONSTRANGIMENTO ILEGAL. CULPABILIDADE, PERSONALIDADE, CONDUTA SOCIAL E CONSEQUÊNCIAS. FUNDAMENTAÇÃO GENÉRICA. MOTIVOS ÍNSITOS AO TIPO PENAL. QUANTIDADE E VARIEDADE DA DROGA. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. POSSIBILIDADE. PARCIAL CONCESSÃO DA ORDEM. (...). 6. As consequências delitivas, reputadas como nefastas para a sociedade, posto que facilita a disseminação do ilícito, já que praticado em conluio são inerentes ao tipo penal em foco, presentes em qualquer associação para o tráfico, de modo que se afiguram genéricas e não possuem aptidão para acréscimo na sanção. 7. (...). (STJ - HC 422.413/SE, Rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, julgado em 03/04/2018, DJe 12/04/2018). Grifei Seguindo essa ordem de ideias, tem-se como configurada a ofensa ao enunciado constante da Súmula nº 17/2016 da jurisprudência dominante desta Eg. Corte de Justiça, cujo teor reproduzo:

A fixação da pena-base deve ser fundamentada de forma concreta, idônea e individualizada, não sendo suficientes referências a conceitos vagos, genéricos ou inerentes ao próprio tipo penal.

Assim, considerando globalmente favoráveis as circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, não havendo, portanto, circunstância desfavorável na 1ª fase da dosimetria, em razão da análise alhures, fixo a pena-base em 05 (cinco) anos de reclusão e 500 (quinhentos) dias-multa, a 1/30 do salário mínimo vigente à época dos fatos, pelo crime de tráfico de drogas, capitulado no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Na 2ª fase não se observa a presença de circunstâncias agravantes ou atenuantes a serem analisadas, razão pela qual mantenho a pena alcançada no patamar anterior.

Na 3ª fase observo, tal e qual o magistrado singular, que o apelante faz jus à redutora/atenuante prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/06.

Neste particular, a defesa pugna pelo abrandamento da pena privativa de liberdade aplicada ao ora apelante, requerendo a aplicação da causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado, com base no que dispõe o §4º do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006, em seu patamar máximo, qual seja, 2/3 (dois terços).

Adianto, desde logo, que razão assiste à defesa.

É cediço que para a aplicação da causa de diminuição de pena do artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006, o condenado deve preencher cumulativamente todos os requisitos legais, quais sejam, ser primário, de bons antecedentes, não se dedicar a atividades criminosas nem integrar organização criminosa, podendo a reprimenda ser reduzida de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços), a depender das circunstâncias do caso concreto e, 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 artigo 59 do Código Penal, podem ser utilizadas na definição de tal índice ou, até mesmo, no impedimento da incidência da minorante, quando evidenciarem a dedicação do agente ao tráfico de entorpecentes.

Curial destacar que ao julgador é dado o poder de discricionariedade para



aferição do patamar que entender necessário para o caso concreto. No entanto, ao preencher 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, de modo que, não havendo fundamentação idônea que justifique a aplicação da causa de diminuição do artigo 33, §4º da Lei de Drogas em patamar inferior à fração máxima, a redução deverá ser arbitrada na razão de 2/3 (dois terços). Neste sentido:

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. PENAL E PROCESSUAL PENAL. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. ARTIGOS 33 E 40, I, DA LEI 11.343/2006. (...). AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O grau da redução da pena em virtude da minorante prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/20006, quando presentes os requisitos para a concessão do benefício, é regra in procedendo aplicável segundo a discricionariedade judicial, viabilizando que o magistrado fixe, fundamentadamente, o patamar que entenda necessário e suficiente para a reprovação do crime. Precedentes: HC 99.440/SP, Relator Ministro Joaquim Barbosa e HC 102.487/MS, Relator Ministro Ricardo Lewandowski. 2. (...). 6. Agravo regimental desprovido. (STF - HC 127224 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 02/05/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-102 DIVULG 16-05-2017 PUBLIC 17-05-2017). Grifei  
HABEAS CORPUS. PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DA PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI 11.343/2006. A APLICAÇÃO DO BENEFÍCIO EM FRAÇÃO DIVERSA DA MÁXIMA DEVE SER FUNDAMENTADA. (...). I – No crime de tráfico de drogas, as penas poderão ser reduzidas de 1/6 a 2/3, desde que o agente: (i) seja primário; (ii) tenha bons antecedentes; (iii) não se dedique a atividades criminosas; (iv) não integre organização criminosa. II – A jurisprudência desta Corte é firme no sentido de a condição de mula, por si só, não revela a participação em organização criminosa. Precedentes. III - 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. Dessa forma, não havendo fundamentação idônea que justifique a aplicação da causa de diminuição do art. 33, § 4º, da Lei de Drogas em patamar inferior à fração máxima, a redução da pena deverá ser arbitrada na razão de 2/3. IV – (...). (STF - HC 136736, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, julgado em 28/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-095 DIVULG 05-05-2017 PUBLIC 08-05-2017). Grifei  
No caso em análise, observa-se que o magistrado singular, ao proferir o édito condenatório, afirmou não ser expressiva a quantidade da droga apreendida, reduzindo a pena em 1/6.

Com efeito, observa-se que, embora tenha reconhecido acertadamente a causa de diminuição do artigo 33, §4º, da Lei de Drogas, o magistrado a quo aplicou a redutora no patamar de 1/6 (um sexto), sem qualquer tipo de fundamentação, violando, de tal forma, o disposto no artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal, o que deve ser corrigido por esta Corte, uma vez que a aplicação da benesse do tráfico privilegiado em patamar inferior ao máximo legal requer fundamentação idônea a justificar a redução. Sendo neste sentido a jurisprudência pátria, a saber:

APELAÇÃO CRIMINAL – TRÁFICO PRIVILEGIADO – PATAMAR DE REDUÇÃO DA PENA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO – INFRINGÊNCIA AO ARTIGO 93, IX DA CF – ADEQUAÇÃO NECESSÁRIA. (...). RECURSO PROVIDO. I – A ausência de fundamentação acerca da fração de diminuição da pena aplicada em razão do reconhecimento do tráfico privilegiado, em violação ao disposto no artigo 93,





inciso IX da Constituição Federal, e sendo favoráveis as circunstâncias judiciais, implica na imposição do patamar máximo previsto pela normal. (...). (TJMS – 00021550520158120013 MS, Relator: Des. Luiz Claudio Bonassini da Silva, Data de Julgamento: 20/04/2017, 3ª Câmara Criminal). Grifei

REVISÃO CRIMINAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. AUSÊNCIA DE INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. NULIDADE. REANÁLISE DA REPRIMENDA. MÍNIMO LEGAL. SÚMULA 231 DO STJ. TRÁFICO PRIVILEGIADO. PATAMAR MÁXIMO (2/3). (...). III – Não tendo sido motivado o percentual eleito em patamar intermediário quanto à causa de diminuição de pena do §4º, do art. 33, da Lei Antidrogas, é de se eleger o patamar máximo de 2/3 (dois terços). REVISÃO CRIMINAL PROCEDENTE. (TJGO – RVCR: 281780620188090000, Relator: DES. JOÃO WALDECK FÉLIX DE SOUSA, Data de Julgamento: 05/09/2018, SEÇÃO CRIMINAL, Data de Publicação: DJ 2710 de 20/03/2019). Grifei Ressalto que a quantidade de droga apreendida em poder do apelante foi muito pequena, menos que seis gramas e, diante do que ao norte foi exposto, entendo que faz-se necessária a redução da pena na fração de 2/3 (dois terços), devendo, portanto, a pena ser reduzida para 01 (um) ano e 08 (oito) meses de reclusão, e 166 (cento e sessenta e seis) dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do crime de tráfico de entorpecentes, tipificado no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006 e, tendo em vista o quantum de pena ao final encontrado, entendo ser cabível a substituição da pena privativa de liberdade alcançada por medidas restritivas de direitos, pois efetivamente encontram-se preenchidos os pressupostos previstos no artigo 44, do Código Penal, uma vez que o ora apelante não é reincidente, o crime não foi cometido com violência ou grave ameaça à pessoa, a pena aplicada é menor que quatro anos e as circunstâncias judiciais lhe são favoráveis e 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 5/2012. 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). Grifei

Deixo, contudo, a cargo do Juízo da Vara de Execuções definir quais medidas são mais convenientes ao caso.

Em razão do exposto, CONHEÇO DO RECURSO E LHE DOU PARCIAL PROVIMENTO, reduzindo a pena base ao mínimo legal e passando esta a 01 ano e 08 meses de reclusão e 166 dias-multa, à razão unitária de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos em razão da aplicação da redutora do § 4º do art. 33 em seu patamar máximo, 2/3, ante a falta de fundamentação a justificar sua não aplicação pelo sentenciante, devendo tal reprimenda ser substituída por penas restritivas de direitos, tendo em vista que o apelante preenche os requisitos legais do art. 44 do CP, as quais deixo a cargo do Juízo da Execução definir.

É o meu voto.

Belém/PA, 02 de fevereiro de 2021.

DES<sup>a</sup>. ROSI GOMES DE FARIAS

Relatora