



ACÓRDÃO N° \_\_\_\_\_.

APELAÇÃO PENAL

SECRETARIA DA 1ª TURMA DE DIREITO PENAL.

PROCESSO N° 0001843-04.2016.814.0089

COMARCA: JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE MELGAÇO/PA.

APELANTE: EDIVANEY MORAES DA SILVA

ADVOGADO: GUILHERME ISRAEL KOCHI SILVA – DEFENSOR PÚBLICO

PROCURADORA DE JUSTIÇA: ANA TEREZA DO SOCORRO DA SILVA ABUCATER.

RELATORA: DESA ROSI MARIA GOMES DE FARIAS.

EMENTA: APELAÇÃO PENAL. TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES (ART 33, CAPUT, DA LEI 11.346/2006 – LEI DE COMBATE AO TRÁFICO DE DROGAS).

1 – PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA – 1.1. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA PENA NO MÍNIMO LEGAL. IMPOSSIBILIDADE. Reconhecimento das atenuantes previstas no art. 65, inciso I e inciso III, alínea d, do Código Penal, porém a pena já fora aplicada em seu mínimo legal. Valoração negativa dos vetores do art. 59 do Código Penal. Pena-base fixada no mínimo legal. Atenuantes conhecidas, porém não valoradas em detrimento ao disposto na Súmula 231 do STJ. 1.2. APLICAÇÃO DA MAIOR FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DA PENA PELO RECONHECIMENTO DO TRAFICO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. Para que se analise a possibilidade da aplicação do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, é essencial que seja feita a análise do art. 59 do Código Penal e do disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/06, observando ainda a natureza da droga e quantidade. Apelante não apresenta antecedentes criminais é réu primário, não possui sentença penal condenatória transitada em julgado em seu desfavor. A quantidade de droga apreendida não se mostra em grande quantidade, assim como a substância entorpecente encontrada com o mesmo (maconha) apesar de causar dependência, não se mostra como mais maléfica que a cocaína e seu derivados. Redimensionamento da pena aplicada em sua 3ª Fase, com reconhecimento da fração máxima de 2/3 (dois terços). Pena redimensionada em 01 (um) ano e 08 (oito) meses e 300 (trezentos) dias-multa, que deverão ser calculados a razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato delituoso e o regime para cumprimento da pena é o ABERTO. Nos termos do art. 44, § 2º, do Código Penal, a vista do réu preencher os requisitos objetivos dos incisos I, II e III, do mesmo dispositivo, substituo a pena privativa de liberdade imposta, por 02 (duas) privativas de direitos, ficando à critério do Juízo da Vara de Execuções a definição das mesmas, a ser proposta a quando da audiência admonitória.

2.RECURSO CONHECIDO E DADO PARCIAL PROVIMENTO.

## ACÓRDÃO

Vistos e etc.



Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma de Direito Penal, por unanimidade, conhecer do recurso de Apelação e, no mérito, pelo parcial provimento à pretensão recursal, nos termos do voto da Relatora.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos 22 (vinte e dois) dias do mês de novembro de 2019.

Julgamento presidido pelo (a) Excelentíssimo (a) Senhora Desembargador (a) Maria Edwiges de Miranda Lobato.

Belém/PA, 22 de novembro de 2019.

Desembargadora ROSI MARIA GOMES DE FARIAS  
Relatora

**APELAÇÃO PENAL**

**SECRETARIA DA 1ª TURMA DE DIREITO PENAL.**

**PROCESSO N° 0001843-04.2016.814.0089**

**COMARCA: JUÍZO DE DIREITO DA VARA ÚNICA DA COMARCA DE MELGAÇO/PA.**

**APELANTE: EDIVANEY MORAES DA SILVA**

**ADVOGADO: GUILHERME ISRAEL KOCHI SILVA – DEFENSOR PÚBLICO**

**PROCURADORA DE JUSTIÇA: ANA TEREZA DO SOCORRO DA SILVA ABUCATER.**

**RELATORA: DESA ROSI MARIA GOMES DE FARIAS.**

### RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Penal interposta por EDIVANEY MORAES DA SILVA contra a sentença proferida pelo Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Melgaço/PA, (fls. 77/82) que o condenou à pena definitiva em 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão a serem cumpridos em regime aberto e 300 (trezentos) dias-multa, porém nos termos do art. 44, § 2º, do Código Penal a pena foi convertida em pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, sendo a primeira constante de prestação de serviços à comunidade (8 h semanais durante o interstício de um ano) e limitação de finais de semana (no horário de 21h da sexta-feira à 06h da segunda-feira), pela prática delitiva prevista no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

Narrou a denúncia (fls. 02-05) que:

(...) no dia 12 de maio de 2016 por volta das 14 horas, policiais civis de Melgaço que estavam de plantão tiveram a informação de que o acusado EDIVANEY MORAES DA SILVA, estaria semanalmente trazendo drogas da cidade de Portel. Para checar as denúncias, policiais foram até o trapiche particular da orla da cidade e constataram que o acusado pulou ante de chegar ao trapiche municipal evitando que fosse notado pela polícia, porém foi abordado e com o mesmo foi apreendido a quantidade de 49 (quarenta e nove) trouxinhas de substância semelhante à maconha.

Conduzido até a Delegacia, perante a autoridade policial confessou a autoria delitiva e admitiu traficar drogas.



Materialidade e indícios da autoria estão perfeitamente caracterizados conforme o Ministério Público, pelo auto de constatação provisório, pelos depoimentos das testemunhas, pelo auto de apresentação e apreensão (...)

Ante o exposto, a Promotoria pugnou pela condenação do denunciado nas sanções punitivas do art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Em sentença condenatória (fls. 77/82), o recorrente fora condenado a pena de 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão a serem cumpridos em regime aberto e 300 (trezentos) dias-multa, porém nos termos do art. 44, § 2º, do Código Penal a pena foi convertida em pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, sendo a primeira constante de prestação de serviços à comunidade (8 h semanais durante o interstício de um ano) e limitação de finais de semana (no horário de 21h da sexta-feira à 06h da segunda feita), pela prática delitiva prevista no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

Em sede de razões recursais (fls. 90/92), a defesa do Apelante pugna pela: 1 – Pedido de reforma da sentença: 1.1. para redução da pena abaixo do mínimo legal pelo reconhecimento das atenuantes da menoridade e da confissão; 1.2. Pedido para aplicação da maior fração de diminuição da pena pelo reconhecimento do tráfico privilegiado.

Em contrarrazões (fls. 93/97), o Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento do recurso e pelo seu improvimento.

Nesta Superior Instância (fls. 113/114), a Procuradora de Justiça, Dra. Ana Tereza do Socorro da Silva Abucater, manifestou-se pelo conhecimento e, no mérito, parcial provimento do recurso de apelação tão somente no quantum de redução da pena na terceira fase da dosimetria da pena.

É o relatório com revisão feita pelo (a) Des (a). Vânia Lúcia C. Silveira.

Passo a proferir o voto.

### VOTO

Atendidos os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso interposto, mormente em relação à adequação e tempestividade.

Trata-se de Apelação Penal interposta por EDIVANEY MORAES DA SILVA, sob o patrocínio da Defensoria Pública, objetivando reformar a sentença proferida pelo MM. Juízo de Direito da Vara Única da Comarca de Melgaço/PA (fls. 77/82) que condenou o réu a pena de 03 (três) anos e 03 (três) meses de reclusão a serem cumpridos em regime aberto e 300 (trezentos) dias-multa, porém nos termos do art. 44, § 2º, do Código Penal a pena foi convertida em pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, sendo a primeira constante de prestação de serviços à comunidade (8 h semanais durante o interstício de um ano) e limitação de finais de semana (no horário de 21h da sexta-feira à 06h da segunda feita), pela prática delitiva prevista no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/06.

Passo a análise das teses levantadas pela Defesa do Apelante, nas quais faço-as individualmente, nos seguintes moldes:



1- PEDIDO DE REFORMA DA SENTENÇA  
1.1. REDUÇÃO DA PENA ABAIXO DO MÍNIMO LEGAL PELO RECONHECIMENTO  
DAS ATENUANTES DA MENORIDADE E DA CONFISSÃO.

Passo a análise do pedido de incidência das atenuantes previstas no art. 61 (ser o agente menor de 21 (vinte e um) anos de idade na data do fato) e do art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal (confissão espontânea), vez que a Defesa do Apelante se insurge com o inconformismo da não aplicação da atenuante conhecida pelo Juízo Sentenciante, porém a quando da dosimetria da pena estas não foram valoradas.

Passo a discorrer sobre o pleito requerido.

Em parecer louvável, a Exm<sup>a</sup> Sra. Procurador de Justiça, Dra. Ana Tereza do Socorro da Silva Abucater se manifesta nos seguintes termos:

(...) Em análise detida da sentença, verifica-se que fora reconhecida a atenuante em favor do apelante, contudo, considerando que a pena-base fora fixada no mínimo legal, o Juízo a quo deixou de aplicá-la, em observância ao Enunciado n° 231 de Súmula do STJ.

É sabido que, embora o referido Enunciado não possua caráter vinculante, demonstra o entendimento jurisprudencial majoritário dos Tribunais pátrios, inclusive já foi objeto de repercussão geral no Recurso Extraordinário n° 597270, onde a impossibilidade de fixação da pena abaixo do mínimo legal em decorrência de reconhecimento de atenuante fora reafirmada. Nesse sentido: 2018.04465590-56, Não informado, Rel. MAIRTON MARQUES CARNEIRO, Órgão Julgador 3ª TURMA DE DIREITO PENAL, Julgado em 2018-11-05, Publicado em 2018-11-05(...). Fl. 113-v

Concordo com a manifestação da Exm<sup>a</sup> Sra. Procuradora de Justiça, vou mais além citando Rogério Greco:

O juiz, no caso concreto, considerando a importância do bem já ditada anteriormente pela lei, deverá, mediante um trabalho consciente e fundamentado de individualização, encontrar a pena justa para o caso concreto, não podendo, contudo, jamais fugir às orientações legais a que está submetido (GRECO, Rogério. Direito Penal do Equilíbrio. 4.ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2009, p. 93).

Citemos o posicionamento do STJ, conforme jurisprudência colacionada:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. ROUBO CIRCUNSTANCIADO. IMPRESTABILIDADE DA ARMA DE FOGO. AFASTAMENTO DO AUMENTO DA PENA. ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INAPLICABILIDADE NA TERCEIRA FASE DA DOSIMETRIA. WRIT NÃO CONHECIDO E, NO MAIS, ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO APENAS EM PARTE. 1. Diante da hipótese de habeas corpus substitutivo de recurso próprio, a impetração não deve ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal - STF e do próprio Superior Tribunal de Justiça - STJ. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal. 2. "Esta Corte Superior de Justiça possui entendimento consolidado no sentido de que 'De acordo



com a Súmula n. 231 do STJ, descabe a redução da pena na segunda fase da dosimetria a patamar aquém do mínimo legal em razão da existência de circunstância atenuante, no caso, a menoridade relativa' (HC n. 404.340/SC, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, Dje de 20/3/2018, grifei). Precedentes (AgRg no AREsp 1.261.222/RN, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, DJe 4/6/2018). 3. A jurisprudência desta Corte Superior está sedimentada no sentido de que a utilização de arma desmuniada ou sem potencialidade para realização de disparo, utilizada como meio de intimidação, serve unicamente à caracterização da elementar grave ameaça, não se admitindo o seu reconhecimento como a causa de aumento de pena em questão. 4. Writ não conhecido e, no mais, ordem concedida, de ofício, em parte, apenas para reduzir a pena para 5 anos e 4 meses de reclusão. (HC 445.043/SC, Rel. Ministro JOEL ILAN PACIORNIK, QUINTA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 06/03/2019). Negritei

É a decisão de nossa Corte sobre o caso em testilha:

**EMENTA: APELAÇÃO CRIMINAL. ROUBO CIRCUNSTANCIADO PELO CONCURSO DE PESSOAS. PRELIMINAR. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE DO APELANTE RONILDO CRISTINO. NÃO ACOLHIMENTO. MÉRITO. DESCLASSIFICAÇÃO DO CRIME DE ROUBO CONSUMADO PARA A MODALIDADE TENTADA. IMPROCEDÊNCIA. RECONHECIMENTO DA PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA DO APELANTE LERISTER LEVERSON. IMPOSSIBILIDADE. REDUÇÃO DA PENA, NA 2º ETAPA DA DOSIMETRIA, NA FRAÇÃO DE 1/6, EM FUNÇÃO DAS ATENUANTES JÁ RECONHECIDAS NO 1º GRAU. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DO REGIME INICIAL DE CUMPRIMENTO PARA O ABERTO. NÃO PROCEDÊNCIA. PREQUESTIONAMENTO. DESNECESSIDADE DE MANIFESTAÇÃO EXPRESSA SOBRE CADA DISPOSITIVO LEGAL. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. O pedido referente ao direito de recorrer em liberdade do apelante Ronildo Cristino, sob o argumento de ausência dos requisitos da custódia preventiva, deveria ter sido trazido ao exame desta instância superior por meio de habeas corpus, a ser julgado pela Seção de Direito Penal. Preliminar rejeitada. 2. É inviável o acolhimento do pedido de desclassificação para a modalidade tentada, porquanto os Tribunais Superiores, adotando a teoria da amotio ou inversão da posse ou ainda apreheisio, sedimentaram o entendimento de que o crime de roubo resta consumado quando, em virtude da subtração (inversão da posse), o objeto material é retirado da esfera de posse e disponibilidade da vítima, ainda que por curto espaço de tempo, não sendo necessário que saia da esfera de vigilância desta. 3. Não há lugar para reconhecimento de participação de menor importância, quando evidenciado que o apelante Lerister Leverson concorreu de forma relevante para a ação criminosa, caracterizando situação de coautoria. 4. Não há que se falar em redução da pena intermediária, ante a impossibilidade de redução aquém do mínimo legal, nos termos da Súmula 231 do STJ. 5. O regime inicial de cumprimento deve permanecer no regime semiaberto, nos termos do art. 33, §2º, 'b', do CPB, diante da pena privativa de liberdade final aplicada (5 anos de reclusão). 6. Para fins de prequestionamento, basta ao julgador demonstrar os motivos de seu convencimento e fundamentar o seu posicionamento acerca das matérias**



ventiladas no pleito defensivo. 7. Recurso conhecido e improvido, à unanimidade. (2018.04419695-98, 197.421, Rel. MILTON AUGUSTO DE BRITO NOBRE, Órgão Julgador 2ª TURMA DE DIREITO PENAL, Julgado em 2018-10-30, Publicado em 2018-10-31). Negritei

Pelo esposado, não conheço o pedido requestado pela Defesa do Apelante, para redução da pena com a aplicação das atenuantes inserta no art. 61 e 65, inciso III, alínea d, ambos do Código Penal, em observância à Súmula nº 231 do STJ.

1.2. PEDIDO PARA APLICAÇÃO DA MAIOR FRAÇÃO DE DIMINUIÇÃO DA PENA PELO RECONHECIMENTO DO TRÁFICO PRIVILEGIADO.

Entendo prosperar a tese levantada pela Defesa do Apelante, uma vez que há requisitos a serem observados a quando da aplicação do disposto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, conforme transcrição in verbis:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. [...] omissis

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa. (Expressão "vedada a conversão em penas restritivas de direitos" com execução suspensa pelo Senado Federal, na forma do art. 52, X, da Constituição Federal, pela Resolução nº 5, de 15/2/2012). Negritei e sublinhei

Guilherme Nucci, recomenda sobre o caso em testilha:

(...) o legislador não estipulou quais seriam, apenas mencionando dever o magistrado reduzir a pena de um sexto a dois terços. Creemos que, como, sempre, deve o julgador pautar-se pelos elementos do art. 59 do Código penal, com a especial atenção lançada pelo art. 42 desta Lei: o juiz na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente (...) (NUCCI, Guilherme de Souza. Leis Penais e Processuais Penais Comentadas. 4. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Ed. RT, 2008 p.361)

Entendo que o Juízo Monocrático, ao analisar os vetores do artigo 59 do Código Penal, analisou-os como neutros e abalizou a aplicação em seu mínimo legal, observando tais critérios avaliativos.

Porém para que não haja interpretação teratológica, é necessário que se



analise o disposto no art. 42 da Lei nº 11.343/06, o qual transcrevemos in verbis:

Art. 42. O juiz, na fixação das penas, considerará, com preponderância sobre o previsto no art. 59 do Código Penal, a natureza e a quantidade da substância ou do produto, a personalidade e a conduta social do agente.

Não há nos autos prova da grande quantidade que viesse a impedir a aplicação do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, assim como a natureza da substância tóxica ilícita é a maconha, que em face de outras drogas psicotrópicas, como a cocaína e seus derivados, em especial o crack, são de extremo poder de viciação, o que em tese, causa uma dependência mais extensiva.

Como dito alhures, os vetores analisados do art. 59 do Código Penal foram analisados e em todos o Juízo Monocrático os avaliou como neutros.

Entendo que no presente caso, impõe-se a fração de 2/3 (dois terços), constante no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343.

É o entendimento esposado pelo STJ, em julgado recente:

PENAL. HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO. TRÁFICO DE DROGAS E PORTE DE MUNIÇÃO. EXASPERAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTOS INIDÔNEOS. READEQUAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE INDIQUEM A DEDICAÇÃO DO AGENTE EM ATIVIDADES CRIMINOSAS. APLICABILIDADE. REGIME PRISIONAL. PENA IGUAL A QUATRO ANOS. CIRCUNSTÂNCIAS DESFAVORÁVEIS. MODO SEMIABERTO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. MANIFESTA ILEGALIDADE VERIFICADA EM PARTE. WRIT NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. 1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe habeas corpus substitutivo do recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado. No caso, observa-se flagrante ilegalidade a justificar a concessão do habeas corpus, de ofício. 2. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pela lei, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, ressalvadas as hipóteses de manifesta ilegalidade ou arbitrariedade, é inadmissível às Cortes Superiores a revisão dos critérios adotados na dosimetria da pena. 3. Hipótese em que a instância ordinária, à exceção da natureza e da variedade das drogas, valeu-se de argumento inidôneo para a majoração da pena-base, na medida em que considerou a culpabilidade do agente como terceiro substrato do crime ("consciência da ilicitude"). Necessidade de readequação da pena. 4. Nos termos do § 4º do art. 33 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 organizações criminosas. 5. Na falta de parâmetros legais para se fixar o quantum dessa redução, os Tribunais Superiores decidiram que a quantidade e a natureza da droga apreendida, além das demais circunstâncias do delito, podem servir para a modulação de tal índice ou até mesmo para impedir a sua aplicação, quando evidenciarem o envolvimento habitual do agente no comércio ilícito de entorpecentes. Precedentes. 6. Hipótese em que, embora o Tribunal de origem tenha trazido fundamento válido para justificar o afastamento da minorante (natureza e variedade das drogas), à míngua de elementos probatórios que denotem ser o paciente habitual na prática delitativa ou que integre organização criminosa, e considerando-se sua primariedade, seus bons antecedentes e a inexpressividade da quantidade de entorpecente apreendido, cabe a aplicação do redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração máxima (2/3). 7. Embora o paciente seja primário e a pena tenha sido estabelecida em 4 anos de reclusão, o regime semiaberto é o adequado e suficiente para o cumprimento da pena reclusiva, pela aferição negativa de circunstâncias judiciais (variedade e natureza das drogas) na primeira fase da dosimetria (art. 33, §§ 2º e 3º, e art. 59, ambos do CP). 8. Não se mostra recomendável o deferimento da substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, diante da aferição desfavorável da espécie e da diversidade das substâncias apreendidas (art. 44, III, do CP). 9. Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para aplicar o redutor do art. 33, § 4º, da Lei n. 11.343/2006, na fração de 2/3, ficando a pena final em 4 anos de reclusão, mais pagamento de 210 dias-multa, bem como para fixar o regime inicial semiaberto. (HC 435.632/RS, Rel. Ministro RIBEIRO DANTAS, QUINTA TURMA, julgado em 20/03/2018, DJe 26/03/2018). Negritei

Colaciono aresto de minha relatoria:

**EMENTA: TRÁFICO. ART. 33 DA LEI 11.343/06. AUMENTO DO QUANTUM DA REDUÇÃO EM RAZÃO DO § 4º, ART. 33, DA LEI 11.343/06 PARA 2/3. PROVIMENTO. SENTENCIANTE QUE APLICOU A REDUÇÃO PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI N. 11.343/2006 NA FRAÇÃO DE 1/6, SEM, CONTUDO, APRESENTAR FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA PARA A REDUÇÃO NO PATAMAR MÍNIMO. PRECEDENTES.** Embora seja certo que o juiz, ao reconhecer a presença dos quatro requisitos necessários ao reconhecimento da minorante, não esteja obrigado a aplicar o patamar máximo de redução de pena ? já que possui plena discricionariedade para aplicar a redução no quantum que entenda suficiente e necessário para a prevenção e a repressão do delito perpetrado ?, dúvidas não há de que a diminuição da pena em percentual menor do que 2/3 deve ser concretamente fundamentada, o que não ocorreu na espécie. Uma vez que a apelante era tecnicamente primária ao tempo do delito, teve a pena-base fixada no mínimo legal, foi condenada a reprimenda inferior a 4 anos de reclusão e foi agraciada com a minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/2006 ? a qual visa, justamente, a beneficiar o "traficante ocasional" ?, o regime aberto é o que se mostra o mais adequado para a prevenção e a repressão do delito perpetrado, nos termos do art. 33, § 2º,



"c", e § 3º, do Código Penal, com observância também ao disposto no art. 42 da Lei n. 11.343/2006. Sendo todas essas circunstâncias favoráveis, evidencia-se que a substituição da pena se mostra, no caso, medida socialmente recomendável, nos termos do art. 44, III, do Código Penal. Pena da apelante que passa a ser de 01 ano e 08 meses de reclusão e pagamento de 166 dias-multa, a ser cumprida em regime inicial aberto, devendo esta ser substituída por duas penas restritivas de direitos, as quais deixo a cargo do Juízo da Vara de Execuções definir. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. (2019.02512253-54, 205.522, Rel. ROSI MARIA GOMES DE FARIAS, Órgão Julgador 1ª TURMA DE DIREITO PENAL, Julgado em 2019-06-18, Publicado em 2019-06-24). Negritei

Neste diapasão e na fundamentação esposada alhures, entendo prosperar a tese levantada pela Defesa do Apelante e nessa esteira, redimensiono a pena em sua 3ª Fase as quais faço nos seguintes moldes (fl.81):

(...) Por fim, na terceira fase da dosimetria da pena, reconheço a causa de diminuição do § 4º, artigo 33 da Lei nº 11.343/06, tendo em vista o acusado não possuir antecedentes criminais e ser primário, não possuindo sentença penal condenatória transitada em julgado, assim como não restar provado que estava na posse de grande quantidade de drogas e dada a natureza da droga, como causadora de menor dependência em relação à drogas ditas mais pesadas como, cocaína e seus derivados. Alie-se ainda, ao fato dos vetores do art. 59 do Código Penal terem sido avaliados como neutros, não afetando ou negativando, por conseguinte a personalidade e a conduta social do agente.

Assim sendo, pelas fundamentações esposadas e delineadas, aplico o disposto no § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06 em seu grau máximo e na fração de 2/3 (dois terços) e torno a pena em definitivo em 01 (um) ano e 08 (oito) meses e 300 (trezentos) dias-multa, que deverão ser calculados a razão de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente à época do fato delituoso e o regime para cumprimento da pena é o ABERTO.

Nos termos do art. 44, § 2º, do Código Penal, a vista do réu preencher os requisitos objetivos dos incisos I, II e III, do mesmo dispositivo, substituo a pena privativa de liberdade imposta, por 02 (duas) privativas de direitos, ficando à critério do Juízo da Vara de Execuções a definição das mesmas, a ser proposta a quando da audiência admonitória (...)

Ante o exposto, conheço do presente recurso e, no mérito, dou parcial provimento à pretensão recursal, redimensionando a sentença prolatada às fls. 77/82, no que concerne o cálculo dosimétrico na 3ª Fase, para reconhecer a fração de 2/3 (dois terços), nos termos do § 4º, do art. 33, da Lei nº 11.343/06, sendo que os demais itens da sentença prolatada pelo Juízo da Vara Única da Comarca de Melgaço/PA, que não foram fustigados, permanecem inalterados.

É como voto.



---

Belém/PA, 22 de novembro de 2019.

Desa ROSI MARIA GOMES DE FARIAS  
Relatora