



ACÓRDÃO Nº \_\_\_\_\_  
SECRETARIA ÚNICA DE DIREITO PENAL  
APELAÇÃO CRIMINAL  
PROCESSO Nº 0005214-44.2019.8.14.0097  
COMARCA DE ORIGEM: VARA CRIMINAL DA COMARCA DE BENEVIDES/PA  
APELANTE: MAICO CRUZ DE SOUZA  
REPRESENTANTE: JOÃO PAULO CARNEIRO GONÇALVES LEDO – DEFENSORIA PÚBLICA  
APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA  
PROCURADORIA DE JUSTIÇA: CLAUDIO BEZERRA DE MELO  
RELATORA: DESEMBARGADORA ROSI MARIA GOMES DE FARIAS

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

1. PEDIDO DE REDIMENSIONAMENTO DA PENA-BASE AO PATAMAR MÍNIMO LEGAL: IMPOSSIBILIDADE. AO COMPULSAR OS AUTOS, VERIFIQUEI QUE O JUÍZO A QUO VALOROU DE FORMA ESCORREITA AS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL, EXASPERANDO A PENA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL ANTE A ANÁLISE DESFAVORÁVEL DA NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA ENCONTRADA EM POSSE DO ORA APELANTE, TRATANDO-SE DE 35 (TRINTA E CINCO) PORÇÕES DE ‘COCAÍNA’, PESANDO 51,3 GRAMAS, E 21 (VINTE E UMA) PORÇÕES DE ‘MACONHA’, PESANDO 12,8 GRAMAS, A JUSTIFICAR O ACRÉSCIMO NA REPRIMENDA, NOS TERMOS DO ART. 42 DA LEI DE DROGAS. DECISÃO FUNDAMENTADA. OBSERVÂNCIA AO PRINCÍPIO DO DEVER DE MOTIVAÇÃO DOS PRONUNCIAMENTOS JUDICIAIS, PREVISTO NO ART. 93, INCISO IX, DA CF/88. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 23 DO EG. TJ/PA. PENA MANTIDA.

2. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA: IMPOSSIBILIDADE. A atenuante da confissão espontânea só pode ser reconhecida para efeito de redução da pena, quando ocorrer a sua efetiva utilização para o embasamento da sentença condenatória, O QUE NÃO SE VISLUMBRA NA HIPÓTESE. INTELIGÊNCIA DA SÚMULA Nº 545 DO STJ.

3. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE REDUÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO: IMPOSSIBILIDADE. 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, CIRCUNSTÂNCIA QUE IMPEDE A CONCESSÃO DA REQUERIDA BENESSE LEGAL. PRECEDENTES DO STJ. REQUISITOS LEGAIS NÃO PREENCHIDOS.

4. PEDIDO DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR PENA RESTRITIVA DE DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE. IMPOSSÍVEL A SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS, EM ATENÇÃO AO ART. 44 DO CP, QUANDO A PENA ULTRAPASSA O LIMITE DE 4 (QUATRO) ANOS DE RECLUSÃO, COMO OCORRE NA HIPÓTESE.



RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO, NA ESTEIRA DO RESPEITÁVEL PARECER MINISTERIAL. 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, negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

Sala das Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos 27 dias do mês de julho de 2020.

Julgamento presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Vânia Lúcia Silveira.

Belém/PA, 29 de julho de 2020.

Desembargadora Rosi Maria Gomes de Farias  
Relatora

SECRETARIA ÚNICA DE DIREITO PENAL  
APELAÇÃO CRIMINAL  
PROCESSO Nº 0005214-44.2019.8.14.0097  
COMARCA DE ORIGEM: VARA CRIMINAL DA COMARCA DE BENEVIDES/PA  
APELANTE: MAICO CRUZ DE SOUZA  
REPRESENTANTE: JOÃO PAULO CARNEIRO GONÇALVES LEDO – DEFENSORIA PÚBLICA  
APELADO: A JUSTIÇA PÚBLICA  
PROCURADORIA DE JUSTIÇA: CLAUDIO BEZERRA DE MELO  
RELATORA: DESEMBARGADORA ROSI MARIA GOMES DE FARIAS

RELATÓRIO

Trata-se de recurso de Apelação Criminal interposto em favor de Maico Cruz de Souza, por intermédio da Defensoria Pública Estadual, objetivando reformar a r. decisão proferida pelo MM. Juízo da Vara Criminal de Benevides/PA (fls. 28-31), que julgando procedente a pretensão punitiva estatal, o condenou à pena de 07 (sete) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, além do pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, a fração unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário nacional vigente à época dos fatos, pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Narrou a denúncia (fls. 03-04), que no dia 31 de julho de 2019, por volta das 17h15min, o ora apelante Maico Cruz de Souza, praticou o crime de tráfico de drogas, em razão de trazer consigo 21 (vinte e uma) porções de substância entorpecente vulgarmente conhecida por ‘maconha’ (pesando o total de 12,8 gramas), além de 35 (trinta e cinco) porções da substância entorpecente vulgarmente conhecida por ‘cocaína’ (pesando o total de 53,1 gramas), fato ocorrido na Rua Santa Cecília, Bairro Maguari, no município de Benevides. Segundo restou apurado, no dia e hora supracitados, uma guarnição da Polícia Militar realizava rondas de rotina pelo Bairro Maguari, quando avistaram o ora apelante correndo e se escondendo em um terreno baldio, contudo, o mesmo foi localizado pelos policiais e, ao realizarem a revista



pessoal, os agentes públicos encontraram no bolso do ora apelante 21 (vinte e uma) porções de ‘maconha’ e 35 (trinta e cinco) porções de ‘cocaína’.

Nesse contexto, foi dada voz de prisão ao ora apelante, o qual foi conduzido à presença da autoridade policial para a realização dos procedimentos cabíveis. Na Delegacia, procedeu-se à formação da apreensão das drogas, com a confecção do Laudo de Constatação Provisório e, posteriormente, o Laudo Toxicológico Definitivo, que atestou a natureza e quantidade das drogas apreendidas em posse do ora apelante.

Diante dos fatos, o representante do Ministério Público pugnou pela condenação do ora apelante como incurso nas sanções punitivas do artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006. Defesa Prévia, fls. 10-11.

Recebimento da Denúncia em 18 de setembro de 2019, fls. 12.

Termo de Audiência de Instrução e Julgamento, fls. 28-32 (mídia).

Memoriais Finais do Ministério Público, fls. 32 (mídia).

Alegações Finais da Defesa, fls. 32 (mídia).

Sentença condenatória prolatada em 19 de novembro de 2019, fls. 28, verso-31.

Recurso de apelação interposto em 06 de dezembro de 2019, fls. 37.

Em suas razões recursais (fls. 37, verso-44), a defesa postulou pelo reconhecimento da circunstância atenuante da confissão, o redimensionamento da pena-base ao patamar mínimo legal, o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado e sua aplicação na fração máxima de 2/3 (dois terços), e a consequente substituição da pena privativa de liberdade por pena restritiva de direitos.

Em sede de contrarrazões (fls. 48-50), o representante do Ministério Público manifestou-se pelo conhecimento e improvemento do recurso.

Nesta Superior Instância (fls. 55-58), a Procuradoria de Justiça do Ministério Público, por intermédio do Procurador de Justiça Claudio Bezerra de Melo, pronunciou-se pelo conhecimento e improvemento 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 Maico Cruz de Souza, por intermédio da Defensoria Pública Estadual, objetivando reformar a r. decisão proferida pelo MM. Juízo da Vara Criminal de Benevides/PA (fls. 28-31), que julgando procedente a pretensão punitiva estatal, o condenou à pena de 07 (sete) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, além do pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, a fração unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário nacional vigente à época dos fatos, pela prática do crime de tráfico de drogas, previsto no artigo 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

Em suas razões recursais (fls. 37, verso-44), a defesa postulou pelo reconhecimento da circunstância atenuante da confissão, o



redimensionamento da pena-base ao patamar mínimo legal, o reconhecimento da causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado e sua aplicação na fração máxima de 2/3 (dois terços), e a consequente substituição da pena privativa de liberdade por pena restritivas de direitos.

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

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

Argumentou a defesa que o magistrado sentenciante incorreu em erro de julgamento ao exasperar a pena-base acima do mínimo legal, com a valoração negativa de circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, sem apresentar fundamentação idônea, razão pela qual requereu o seu redimensionamento.

Em que pese as argumentações defensivas, adianto que a pretensão recursal em testilha não merece acolhimento, 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 genéricas e, por fim, verifica-se a presença das causas de diminuição e de aumento de pena.

Ao analisar 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: (...). Passo à dosimetria da pena em estrita observância ao disposto no artigo 68, caput, do CP. A natureza da droga denota elevado potencial lesivo face a outras substâncias ilícitas. Além da maconha, fora encontrado em poder do sentenciado a substância conhecida como cocaína, sendo de notório conhecimento seu poder viciante e destrutivo. A quantidade da droga não é considerada elevada, conforme Laudo Pericial Definitivo. A personalidade do agente não pode ser valorada por este juízo, pois para tanto não possui esse juiz conhecimento técnico. Quanto à conduta social, entendida como a forma que o réu se porta em suas relações com pessoas no dia a dia, deve ser observado que não há elementos nos autos para que possa ser aferida. Quanto a culpabilidade, entendida esta como a reprovação social do fato criminoso, constata-se ser aquela ínsita ao tipo. O sentenciado não é portador de maus antecedentes, pois não possui condenações com trânsito em julgado anteriores ao cometimento do delito. Pelo menos a certidão de registros processuais não acusa condenação com trânsito em julgado com menos de cinco anos do delito. Ressalte-se que inquéritos ou ações penais em curso não podem ser utilizados como maus antecedentes, segundo a Súmula 444, do STJ. Os motivos do delito, entendidos com ao causa psíquica que leva ao cometimento do crime, no caso em análise são inerentes ao tipo. As circunstâncias – elementos acidentais que cerca o delito, mas não compõem o tipo penal – não destoam do que regularmente ocorre em crimes desta espécie. As consequências não se projetam para além do tipo. Desse modo, fixo a pena



base para o crime de tráfico de drogas em 7 anos de reclusão e 700 dias-multa. Ausentes atenuantes e agravantes. Fixo a pena intermediária para o crime de tráfico de drogas em 7 anos de reclusão e 700 dias-multa. Ausente causa de aumento e de diminuição, fixo a pena definitiva em 7 anos de reclusão e 700 dias-multa. Como não há elementos nos autos para aferir a condição econômica do réu, fixo o valor do dia-multa em um trigésimo do maior salário mínimo mensal vigente na data do fato, com fulcro no art. 43, da Lei 11.343/06. Deixo de realizar a detração, tendo em vista que não irá interferir no regime inicial de cumprimento de pena. Fixo como regime inicial de cumprimento de pena o semiaberto, nos termos do art. 33, §2º, alínea b, do CP. O sentenciado não preenche os requisitos do art. 44 do CP, em função do quantum de pena privativa de liberdade aplicada. Também não faz jus a suspensão condicional da pena. O sentenciado encontra-se submetido a prisão preventiva, ultima ratio das medidas cautelares. A natureza da droga apreendida, conjugadas com os registros processuais penais, firmam a periculosidade em concreto do sentenciado, de modo a exigir a manutenção da prisão preventiva para resguardar a ordem pública, de modo a impedir o cometimento de outros crimes, nos termos do art. 312, caput, do CPP. Mostra-se presente, portanto, o periculum libertatis. (...). (fls. 29, verso-30).

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 no patamar de 07 (sete) anos de reclusão, e ao pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, como sendo o suficiente para a prevenção e reprovação do crime de tráfico de entorpecentes, valorando negativamente a natureza e a quantidade de droga, nos termos do artigo 42 da Lei nº 11.343/2006.

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 diminuição ou de aumento da reprimenda. Assim, a pena em definitivo foi consolidada no patamar no patamar de 07 (sete) anos de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, além do pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, a fração unitária de 1/30 (um trigésimo) do salário nacional vigente à época dos fatos, pela prática do crime de tráfico de drogas, 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 que 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, verbis:

Trata-se de um processo judicial de discricionariedade juridicamente vinculada visando a suficiência para a 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).



(Código Penal Comentado. 11ª ed. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais: 2012. P. 414). 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, Relator: JORGE MUSSI, Data de Publicação: 02/05/2012).

Dessa forma, ao julgador sentenciante, 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 nº 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 fundamentando-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 contribuiu 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 razoabilidade e da proporcionalidade.

Na hipótese vertente, observei que o juízo sentenciante se reportou aos elementos de prova disponíveis nos autos para indicar motivadamente a aferição desfavorável da natureza e da quantidade de droga encontrada em posse do ora apelante, nos termos do artigo 42 da Lei de Drogas, exasperando motivadamente a pena-base acima do patamar mínimo legal culminado ao tipo, de maneira escorreitadamente fundamentada, devidamente atento ao que preconiza o artigo 93, inciso IX, da Constituição Federal de 1988 (princípio do dever de motivação dos pronunciamentos judiciais), razão pela qual a dosimetria da pena aplicada no pronunciamento condenatório deve ser mantida em seus próprios termos.

Por tais argumentos, não acolho a pretensão recursal ora perfilada, mantendo inalterada a dosimetria da pena aplicada pelo magistrado monocrático.

## 2. PEDIDO DE RECONHECIMENTO DA CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA:

Pretende a defesa a aplicação da circunstância atenuante da confissão espontânea, prevista no artigo 65, inciso III, alínea ‘d’, do Código Penal, aduzindo que o magistrado a quo incidiu em erro de julgamento ao deixar de reconhecê-la em favor do ora apelante.

Adianto, entretanto, que a pretensão recursal em testilha não merece guarida.

A despeito da possibilidade de aplicação da circunstância atenuante da confissão espontânea, prevista no artigo 65, inciso III, alínea ‘d’, do Código Penal, à confissão integral, parcial, qualificada, meramente



voluntária, condicionada, extrajudicial ou posteriormente retratada, especialmente quando utilizada para fundamentar a condenação (STJ - HC nº 469.477/SP, Relator: Ministro FELIX FISCHER, 5ª Turma, DJe 03/12/2018), nos termos do enunciado da Súmula 545 do STJ, sua incidência pressupõe que o acusado assumira a autoria do fato típico que lhe foi imputado.

Na hipótese, eventual confissão extrajudicial ou judicial declinada pelo ora apelante não serviu ou não foi utilizada pelo magistrado singular para motivar a prolação do édito condenatório, conforme se extrai de trecho da sentença ora vergastada, verbis:

(...). Os elementos probatórios vão de encontro às alegações do réu no sentido da inexistência do delito, uma vez não ter se desincumbido do ônus de demonstra-las. Sequer arrolou testemunhas para serem ouvidas em juízo. O réu não faz jus à atenuante da confissão, nos termos da súmula 630 do STJ. Em audiência, negou portar as 35 porções de cocaína e que a maconha seria utilizada para uso. (...). (fls. 29, verso). Grifei

Assim, não há como aplicar a requerida benesse em favor do ora apelante, uma vez que suas declarações prestadas ao longo da instrução processual não foram utilizadas para a formação do convencimento do julgador, obstando a aplicação do teor da Súmula 545 do STJ em seu favor. Neste sentido:

**APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO COMPROVADO. DEPOIMENTOS DOS POLICIAIS. DEPOIMENTOS DOS USUÁRIOS. CONFISSÃO NÃO UTILIZADA COMO ARGUMENTO PARA CONDENAÇÃO – NÃO INCIDÊNCIA DA ATENUANTE – CIRCUNSTÂNCIA JUDICIAL NEGATIVA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA NÃO INDICADA. RECURSO IMPROVIDO. (...).** Se a confissão não for utilizada como argumento para condenação, não se impõe a incidência da atenuante. (...). (TJ/MS – APR: 00010999520168120046, Relator: Des. Geraldo de Almeida Santiago, Data de Julgamento: 16/05/2017, 1ª Câmara Criminal, Data de Publicação: 19/05/2017). Grifei

**APELAÇÕES CRIMINAIS. ROUBO MAJORADO. ABSOLVIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. PALAVRAS DAS VÍTIMAS E TESTEMUNHAS. ESPECIAL VALIDADE. RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO. INVIABILIDADE. CONFISSÃO NÃO UTILIZADA PARA FUNDAMENTAR O ÉDITO CONDENATÓRIO. RECURSO NÃO PROVIDO. 3. A atenuante da confissão espontânea só pode ser reconhecida para efeito de redução da pena, quando ocorrer a sua efetiva utilização para o embasamento da sentença condenatória. (...). (TJ/AC – APL: 00001120620168010001 AC, Relator: Des. Pedro Ranzi, Data de Julgamento: 31/08/2017, Câmara Criminal, Data de Publicação: 01/09/2017). Grifei**

**PROCESSUAL PENAL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – OMISSÃO INDIRETA – PRETENDIDO RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA – CONFISSÃO NÃO UTILIZADA PARA EMBASAR A CONDENAÇÃO – INEXISTÊNCIA DE AFRONTA À SÚMULA N. 545 DO STJ. ADEMAIS, DOSIMETRIA DA PENA ANALISADA DE OFÍCIO POR ESTA CÂMARA CRIMINAL – REDISSCUSSÃO DA MATÉRIA – INVIABILIDADE. (...).** A confissão não empregada na formação do convencimento não enseja a aplicação da atenuante do art. 65, III, d, do CP, conforme a interpretação do enunciado n. 545 da súmula do STJ. **EMBARGOS REJEITADOS. (TJ/SC – ED:**



08073193820148240038 Joinville, Relator: Getúlio Corrêa, Data de Julgamento: 30/11/2018, Segunda Câmara Criminal). Grifei

Por tais argumentos, não acolho a pretensão recursal em testilha.

**3. PEDIDO DE APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA DO TRÁFICO PRIVILEGIADO:**

Inconformada, a defesa postulou pelo reconhecimento e aplicação da causa especial de diminuição de pena do tráfico privilegiado, prevista no §4º, do artigo 33, da Lei nº 11.343/2006.

Adianto, entretanto, que a presente tese recursal não merece agasalho, conforme razões jurídicas delineadas a seguir.

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 criminosas.

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 considerável quantidade de droga, consistindo em 21 (vinte e uma) porções de substância entorpecente conhecida como 'maconha', pesando aproximadamente 12,8 (doze gramas e oitenta miligramas), e 35 (trinta e cinco) porções de tóxico popularmente denominada 'cocaína', pesando aproximadamente 53,1 (cinquenta e três gramas e dez miligramas), conforme mencionado no Termo de Exibição e Apreensão de Objeto (fls. 09, apenso), e asseverado pelo Laudo Toxicológico Definitivo acostado aos autos (fls. 05), elementos que denotam, explicitamente, a natureza e quantidade de droga destinada à difusão ilícita.

Ademais, conforme mencionado pelo juízo monocrático, o registro de diversas ações penais em curso 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 DE DROGAS. VENDA E ARMAZENAMENTO COMPROVADOS. CRIME CONFIGURADO. PENA-BASE. QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA. 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, §º4º, 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, não acolho a pretensão recursal em comento.

#### 4. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS:

À luz do inciso I, do artigo 44 do Código Penal, a substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos mostra-se incabível na espécie, tendo em vista o quantum da pena 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, não acolho o pleito recursal ora analisado.

Ante o exposto, na esteira do respeitável parecer ministerial, conheço do presente recurso e nego-lhe provimento, mantendo irretocável a r. sentença condenatória lançada aos autos, consoante fundamentação vastamente delineada alhures.

É como voto.



---

Belém/PA, 29 de julho de 2020.

Desembargadora Rosi Maria Gomes de Farias  
Relatora