



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DA PARAÍBA
GABINETE DO DES. MÁRCIO MURILO DA CUNHA RAMOS

ACÓRDÃO

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0001938-57.2016.815.0331 – 5ª Vara da Comarca de Santa Rita – PB

RELATOR: Des. Márcio Murilo da Cunha Ramos

APELANTE: Josivaldo Manoel de Almeida

DEFENSOR: Moisés Mota Vieira Bezerra de Medeiros

APELADO: Ministério Público do Estado da Paraíba

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE. CONDENAÇÃO. IRRESIGNAÇÃO DE UM DOS RÉUS. PLEITO DE REVISÃO DOSIMÉTRICA. REANÁLISE DE CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS. ANTECEDENTES DO RÉU. PENA BASE FIXADA EM PATAMAR ADEQUADO. CONDUTA SOCIAL. VALORAÇÃO EM FAVOR DO RECORRENTE. AUSÊNCIA DE INTERESSE RECURSAL. PONTO NÃO CONHECIDO. PLEITO DE RECONHECIMENTO DA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. INAPLICABILIDADE AO CORRÉU QUE NÃO ADMITE A AUTORIA DELITIVA. NÃO CONFIGURAÇÃO. APLICAÇÃO DA CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006. VASTA QUANTIDADE E NATUREZA DA DROGA APREENDIDA. CONSTATAÇÃO DE QUE O RÉU SE DEDICA A ATIVIDADES CRIMINOSAS. INDEFERIMENTO QUE SE IMPÕE. PRECEDENTES NO STJ. PLEITO ACESSÓRIO DE SUBSTITUIÇÃO DA PRIVAÇÃO DE LIBERDADE POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. IMPOSSIBILIDADE. SANÇÃO MANTIDA NOS PATAMARES INDICADOS PELO JUÍZO *A QUO*. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO, DESPROVIDO QUANTO À PARTE CONHECIDA.

– Não há como se proceder ao redimensionamento da pena base cominada, quando o juízo singular, à ocasião da análise das circunstâncias judiciais, apresenta uma fundamentação idônea, agindo na órbita da discricionariedade que lhe é conferida pela Lei, e atentando-se para os fatos apurados no processo. Majoração ocorrida de forma razoável e proporcional, considerando-se, sobretudo, o hiato de 10 (dez) anos, existente entre as penas mínima e máxima previstas em abstrato.

- No que toca à conduta social do réu, a pretensão recursal carece de interesse, visto que tal circunstância judicial fora sopesada, pela julgadora de piso, em favor do apelante.

- Inviável o reconhecimento da atenuante da confissão espontânea, quando a autoria do delito restou configurada pelo quadro fático apresentado, não havendo a magistrada se utilizado das manifestações do apelante para firmar seu convencimento quanto ao crime tipificado no art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006.

- A aplicação da minorante fracionária prevista no § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 não tem lugar quando a vasta quantidade de droga apreendida, bem como a sua natureza, rendem ensejo à ilação de que o réu, em que pese não integre organização criminosa, dedica-se à atividades ilícitas, fazendo do crime seu meio de vida. Precedentes no STJ.

- O pleito recursal acessório de substituição da privação de liberdade cominada por penas restritivas de direito segue a mesma sorte do requerimento de redução de pena a que estavam condicionados, e deve, portanto, ser improvido, posto que a reprimenda permanecerá delineada nos moldes estabelecidos na sentença prolatada pela Togada Monocrática.

- Recurso conhecido em parte, e desprovido quanto a parte conhecida.

VISTOS, RELATADOS E DISCUTIDOS os presentes autos acima identificados.

ACORDA a Egrégia Câmara Criminal do Colendo Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, à **unanimidade, em CONHECER PARCIALMENTE o apelo interposto, NEGANDO-LHE PROVIMENTO** quanto à parte conhecida, nos termos do voto do Relator, e em harmonia com o parecer ministerial.

RELATÓRIO

Cuida-se de **apelação criminal** interposta pelo réu **Josivaldo Manoel de Almeida**, em face da sentença de fls. 201/204v, prolatada pela Juíza de Direito da 5ª Vara da Comarca de Santa Rita, Dra. Higyna Josita Simões de Almeida, nos autos da ação penal supranumerada, promovida pelo Ministério Público do Estado da Paraíba, **que julgou procedente em parte a denúncia, para:**

1 – ABSOLVER os réus **ALAN ALLIS VIEIRA, ALAN MANOEL DE ALMEIDA** e **JOSIVALDO MANOEL DE ALMEIDA** do crime de **associação para o tráfico** (art. 35, da Lei nº 11.343/2006), com fulcro no art. 386, V, do Código de Processo Penal;

2 – CONDENAR o apelante **JOSIVALDO MANOEL DE ALMEIDA** pela prática do crime de **tráfico ilícito de substância entorpecente** (art. 33, caput, da Lei nº 11.343/2006), imputando-lhe uma **pena privativa de liberdade de**

9 (nove) anos de reclusão, no regime fechado, cumulada com 900 (novecentos) dias multa, sendo cada dia-multa no valor de 1/30 (um trinta avos) de um salário mínimo.

Narra a denúncia os fatos, nos termos ora transcritos:

"(...)

No dia 13 de outubro de 2016, em uma residência localizada na rua Francisco de Araújo, n. 161, Alto das Populares, na cidade de Santa Rita, os denunciados ALAN ALLIS VIEIRA, ALAN MANOEL MOREIRA e JOSIVALDO MANOEL DE ALMEIDA, conhecido por 'Diego', em comunhão de ações e de desígnios com o adolescente José Manoel Gomes da Silva, guardavam, objetivando fornecimento a terceira pessoa, grande quantidade da droga, aproximadamente de 6 kg, consistente em Cannabis Sativa Linneu, mais conhecida como "maconha", apta a causar dependência psíquica, sem autorização legal ou regulamentar, além de 02 (duas) balanças de precisão e 01 (uma) faca peixeira (auto de apreensão de fls. e laudo de constatação de fls.)

Segundo se depreende das peças informativas em anexo, no referido dia, Policiais Militares faziam rondas em João Pessoa/PB, quando receberam ligação do 'linha direta', informando a existência de drogas e apontando o proprietário como sendo o denunciado JOSIVALDO MANOEL DE ALMEIDA, conhecido por 'Diego', momento em que se dirigiram ao local acima mencionado, onde prenderam os denunciados ALAN ALLIS VIEIRA, ALAN MANOEL MOREIRA e JOSIVALDO MANOEL DE ALMEIDA, conhecido por 'Diego', acompanhados do adolescente José Manoel Gomes da Silva e outros indivíduos não identificados, e com eles encontraram grande quantidade da droga 'maconha' em 05 (cinco) tabletes grandes e outros 09 (nove) pequenos, apta a causar dependência psíquica, sem autorização legal ou regulamentar, 02 (duas) balanças de precisão e 01 (uma) faca peixeira (auto de apreensão de fls. e laudo de constatação de fls.) Registre-se que o noticiário eletrônico, televisivo e impresso, este último como sendo o Jornal Correio da Paraíba (documento em anexo), publicaram declaração do Comandante da Operação, o Capitão Sidnei Paiva, ora testemunha, confirmando a prisão do denunciado JOSIVALDO MANOEL DE ALMEIDA, conhecido por 'Diego', o qual era líder do tráfico, surpreendido pelos policiais com os outros increpados quando cortavam a droga para embalar, em um local utilizado como ponto de venda de drogas, inclusive considerado uma 'fortaleza do tráfico' por ter uma estrutura montada para impedir a observação da atividade ilícita (fls.).

Consigne-se ter sido estranha e precipitada a conclusão da Autoridade Policial em não proceder à lavratura da prisão em flagrante dos denunciados, aceitando, simplesmente, a corriqueira alegação de que a droga pertencia ao adolescente José Manoel Gomes da Silva, diga-se de passagem, primo dos denunciados ALAN MANOEL MOREIRA e JOSIVALDO MANOEL DE ALMEIDA, conhecido por 'Diego', também moradores do local e, ainda, constar no laudo de constatação apreensão de droga quantidade inferior a registrada no Boletim de Ocorrência e Ficha de Ocorrência, as quais informam que foram mais de 6 kg de maconha apreendidos, enquanto consta oficialmente o registro da apreensão de 5.838,0g.

Ademais, as circunstâncias fáticas que envolveram o ato ilícito, notadamente o local da abordagem, a grande quantidade e a forma de como a droga foi encontrada, bem como as balanças de precisão e a faca apreendidas, demonstram a intenção de comercialização ilícita da droga apreendida, além do envolvimento do adolescente José Manoel Gomes da Silva na prática do crime.

*Ademais, pela prova amealhada restou comprovada a **autoria criminosa** e a sua **materialidade delitiva** (auto de apresentação e apreensão (fls.) e laudo*

de constatação (fls.).

Em agindo assim, incorreram os denunciados ALAN ALLIS VIEIRA, ALAN MANOEL MOREIRA e JOSIVALDO MANOEL DE ALMEIDA, conhecido por 'Diego', nas penas do art. 33 e art. 35, ambos c/c art. 40, VI, todos da Lei nº 11.343/06, pelo que é oferecida a presente denúncia, requerendo, após a observância do rito estatuído no art. 55 e seguintes da Lei nº 11.343/06, o seu recebimento, com designação de audiência de instrução e julgamento e intimação das testemunhas e declarante constantes do rol a seguir; sob as penas da lei, prosseguindo-se o feito em seus ulteriores atos na forma da lei, para que seja a presente, finalmente, julgada procedente, de tudo ciente o Ministério Público.

(...)"

Embargos de declaração interpostos pelo apelante às fls. 206/208, e rejeitados através da decisão inserta nas fls. 213/213v.

Irresignado, o réu Josivaldo Manoel de Almeida interpôs a apelação de fls. 216/217.

Os autos foram originariamente distribuídos à relatoria do Exmo. Desembargador João Benedito da Silva.

Em suas razões recursais (fls. 239/243), o apelante restringe seu inconformismo à revisão dosimétrica da reprimenda cominada em seu desfavor, propugnando pela reanálise das circunstâncias judiciais, concernentes à *conduta social e antecedentes*, que, no entendimento do recorrente, devem ser valoradas de forma neutra ou em seu favor, seguida da cominação da pena base em seu mínimo legal. Requer, ademais, o reconhecimento e aplicação da atenuante genérica da confissão, bem como do privilégio inculcado no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Pugna, por fim, pela substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Nas **contrarrazões** de fls. 254/258, a **Promotoria de Justiça** pugnou pelo **desprovimento** do recurso apelatório e, conseqüente, manutenção da sentença recorrida.

Nesta instância, a **Procuradoria de Justiça Estadual**, em parecer da lavra do eminente Procurador José Roseno Neto (fls. 264/268), opinou pelo **desprovimento** do apelo.

Na fl. 270 consta despacho, onde o Exmo Des. João Benedito da Silva determina a redistribuição do feito, com espeque no art. 151, § 1º, do RITJPB, e em decorrência da anterior distribuição, para esta relatoria, do *habeas corpus* nº 0805385-09.2017.8.15.0000, que tem o apelante como paciente.

Operada a redistribuição do feito, nos termos determinados na fl. 270, vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO – Exmo. Des. MÁRCIO MURILO DA CUNHA RAMOS:

Conheço o recurso apelatório, eis que presentes os pressupostos

extrínsecos e intrínsecos para a admissibilidade dos mesmos.

Os princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório foram amplamente observados nesta ação penal. Não há, desse modo, nulidades permeando o processo.

O apelante, em sua insurreição, pugna pela reforma e redução da pena base cominada, sob o argumento de que a julgadora primeava se valeu de fundamentação inidônea dos elementos *conduta social* e *antecedentes*, que, no entendimento do recorrente, devem ser valoradas de forma neutra ou em seu favor.

No que toca à análise da *conduta social* do apelante, verifico que a mesma não deve ser conhecida.

É que, a despeito da alegativa recursal epigrafada, a julgadora monocrática, ao efetuar a análise da mencionada circunstância judicial, não logrou valorá-la em desfavor do réu, afirmando que "*a conduta social do réu é desconhecida*".

Manifestamente ausente, quanto a este ponto do apelo, interesse recursal.

Lado outro, e **no que concerne aos antecedentes do réu**, vislumbro que a julgadora mirim apresentou uma fundamentação idônea ao proceder à sua valoração negativa, utilizando-se de elementos constantes dos fatos apurados na causa, senão vejamos:

"(...)

Antecedentes: À luz do contido nos autos, sobretudo a certidão de antecedentes criminais, vê-se que o réu possui antecedentes penais desfavoráveis e já foi condenado no processo n. 2017-36.2016.815.0331, que tramitou nesta 5ª Vara de Santa Rita/PB, por crime da mesma natureza, a despeito de não ter transitado em julgado.

(...)" (fl. 203 verso, parte final).

Ressalte-se, demais disso, que ao efetuar a análise da circunstância judicial ora questionada, não fez nada mais a magistrada de piso do que exercer seu juízo de discricionariedade, atrelando-se, a todo momento, às condições subjetivas do agente, bem como às particularidades fáticas do caso concreto, técnica que resultou, a nosso sentir, na cominação de uma pena precisa, justa, e que atende, sobremaneira, aos clamores da lei, do Estado e da sociedade.

E, nesse sentido, tem decidido o STJ:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTO DE RECURSO PRÓPRIO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PLEITO DE ABSOLVIÇÃO PELO DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. PENAS-BASE FIXADAS ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. QUANTIDADE E NOCIVIDADE DAS DROGAS APREENDIDAS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. INTELIGÊNCIA DO ART. 42 DA LEI Nº 11.343/2006. DISCRICIONARIEDADE VINCULADA DO JULGADOR. PROPORCIONALIDADE RESPEITADA. PENAS MANTIDAS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO.

- O Superior Tribunal de Justiça, seguindo o entendimento firmado pela

Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, não tem admitido a impetração de habeas corpus em substituição ao recurso próprio, prestigiando o sistema recursal ao tempo que preserva a importância e a utilidade do habeas corpus, visto permitir a concessão da ordem, de ofício, nos casos de flagrante ilegalidade.

- O pleito defensivo concernente à absolvição do crime de associação para o tráfico de entorpecentes, previsto no art. 35 da Lei nº 11.343/2006, não comporta análise na presente via, de cognição sumária, na qual não se permite dilação fático-probatória, ainda mais no caso em tela, em que a sentença e o acórdão recorridos fundamentaram adequadamente a condenação, com lastro nas provas produzidas em contraditório judicial. Precedentes.

- A dosimetria da pena insere-se dentro de um juízo de discricionariedade do julgador, atrelado às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas do agente, somente passível de revisão por esta Corte no caso de inobservância dos parâmetros legais ou de flagrante desproporcionalidade.

- Consoante o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/2006, na fixação da pena do crime de tráfico de drogas, o juiz deve considerar, com preponderância sobre o previsto no artigo 59 do Estatuto Repressivo, a natureza e a quantidade da substância entorpecente, a personalidade e a conduta social do agente.

- No caso, observa-se que as penas-base do paciente afastaram-se do piso legal com lastro na quantidade e nocividade das drogas apreendidas, argumentos válidos para tal fim, pois em consonância ao já mencionado art. 42 da Lei nº 11.343/2006. Precedentes.

- Em respeito à discricionariedade vinculada do julgador, devem ser mantidas as penas-base aplicadas - 5 anos e 6 meses de reclusão, para o delito de tráfico; e 3 anos e 3 meses de reclusão, para o de associação para o tráfico -, pois proporcionais à gravidade concreta dos crimes e à variação das penas abstratamente cominadas aos tipos penais violados, a saber, 5 a 15 anos de reclusão e 3 a 10 de reclusão, respectivamente.

- Habeas corpus não conhecido.

(STJ - HC 366557 / RJ 2016/0211521-6 – Relator: Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA – Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA – Data do Julgamento: 27/04/2017 - Data da Publicação/Fonte: 05/05/2017)

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. FURTO QUALIFICADO. DOSIMETRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO. CONSEQUÊNCIAS DO DELITO. EXPRESSIVO PREJUÍZO. FUNDAMENTAÇÃO CONCRETA. DISCRICIONARIEDADE DO JUIZ. APLICAÇÃO DO QUANTUM DEVIDAMENTE FUNDAMENTADO. OFENSA À RAZOABILIDADE NÃO VERIFICADA. DECISÃO MANTIDA. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A decisão agravada deve ser mantida por seus próprios fundamentos, porquanto em sintonia com a jurisprudência do STJ.

2. O elevado valor do prejuízo causado à vítima - R\$ 70.000,00 - mostra-se devidamente justificado para o aumento procedido na primeira fase da dosimetria, por demonstrar maior reprovabilidade da conduta.

3. A fixação da pena-base acima do mínimo legal não se dá com base em critérios matemáticos, tendo em vista que é admissível certa discricionariedade do órgão julgador, conforme estabelece o princípio do livre convencimento motivado.

4. Não se verifica violação aos princípios da proporcionalidade e razoabilidade pela exasperação da pena-base em 1 ano de reclusão, em decorrência da valoração negativa de uma circunstância judicial (consequência do crime), para o delito previsto no art. 155, § 4º, do CP, cuja pena em abstrato varia de 2 a 8 anos.

5. Agravo regimental improvido.

(STJ - AgInt no HC 377446 / RJ 2016/0290764-5 – Relator: Ministro NEFI CORDEIRO – Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA – Data do Julgamento: 06/04/2017 - Data da Publicação/Fonte: 20/04/2017)

Por oportuno, saliente-se que a análise da primeira fase da dosimetria, no caso *sub oculis*, onde o juízo de piso considerou desfavoráveis **cinco** circunstâncias (*culpabilidade, antecedentes, personalidade, motivos e consequências do crime*), sem contar a específica do art. 42 da Lei de Drogas, resultou num acréscimo de 4 (quatro) anos e 400 (quatrocentos) dias multa à pena base do apelante, que restou cominada, ao final desta fase, em 9 (nove) anos de reclusão e 900 (novecentos) dias multa, quantidade por demais razoável e proporcional, mormente numa reprimenda que orbita entre 5 (cinco) e 15 (quinze) anos, e entre 500 (quinhentos) e 1500 (mil e quinhentos) dias multa.

Em seu segundo pleito, reinvidica o recorrente Josivaldo Manoel de Almeida a minoração da reprimenda imputada em seu desfavor nos autos, uma vez que o juízo não reconheceu a sua confissão espontânea.

Mais uma vez, não merece guarida o apelo.

O art. 65, inciso III, alínea d, do Código Penal, preceitua que:

“Art. 65 - São circunstâncias que sempre atenuam a pena: [...]

III - ter o agente: [...]

d) confessado espontaneamente, perante a autoridade, **a autoria do crime;**”
(Grifei)

É que, na hipótese vertente, **a circunstância atenuante prevista no art. 65, III, alínea “d”, do CPB não aproveita ao apelante.**

Com efeito, **da análise tanto de seu depoimento prestado na seara administrativa** (documentado na fl. 41), **quanto das informações constantes de seu interrogatório judicial** (vide mídia de fl. 188), constata-se que o apelante, **em nenhum dos atos supramencionados, admite, total ou parcialmente, a autoria delitiva**, remetendo a propriedade da droga ao adolescente J. G. S., desde o limiar da persecução penal.

Sobre o tema, leciona Nucci :

“[...] confessar, no âmbito do processo penal, é admitir contra si por quem seja suspeito ou acusado de um crime, tendo pleno discernimento, voluntária, expressa e pessoalmente, diante da autoridade competente, em ato solene e público, reduzindo a termo, a **prática de algum fato criminoso**. [...]”

Dessa forma, a autoria do delito restou configurada pelo quadro fático apresentado, não havendo a magistrada se utilizado das manifestações do apelante para firmar seu convencimento quanto ao crime tipificado no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/2006.

Justificada, portanto, a não incidência da referida atenuante.

Por fim, pretende o apelante a diminuição da reprimenda que lhe fora cominada, com a aplicação da causa de diminuição de pena, prevista no § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/2006.

Compulsando os autos, verifica-se que tal irresignação também não merece guarida, à luz das razões que passo a discriminar em sucessivo.

Isto porque, nada obstante tenha a legislação antidrogas criado situação mais favorável aos traficantes primários (art. 33, § 4º), não é o caso de aqui considerá-la em favor do apelante, vez que quantidade da droga apreendida (5.838 gramas) bem como a sua espécie (maconha), indicam que o apelante insere-se no contexto de exercício de atividades criminosas, hipótese que não autoriza a aplicação da causa minorante propugnada no apelo.

Em outras palavras, a aplicação da minorante fracionária prevista no § 4º do art. 33, da Lei nº 11.343/2006 não tem lugar, quando sobejamente comprovado que o réu, em que pese não integre organização criminosa, dedica-se à traficância, fazendo do crime seu meio de vida.

É extamente o que atesta o proibitivo insculpido no dispositivo legal supra citado: *verbis*,

“Art. 33. (...)

(...)

§ 4º. Nos delitos definidos no *caput* e no § 1º deste artigo, as penas ***poderão*** ser reduzidas de um sexto a dois terços, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, ***não se dedique às atividades criminosas*** nem integre organização criminosa”.

Nesse sentido é a jurisprudência do STJ, que vem decidindo:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. AGRAVO REGIMENTAL. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PELO TRIBUNAL *A QUO*. **QUANTIDADE DE DROGA E OUTROS ELEMENTOS. INDICATIVOS DE DEDICAÇÃO EM ATIVIDADE CRIMINOSA.** POSSIBILIDADE. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E IMPROVIDO (EN. 7/STJ). AGRAVO IMPROVIDO.

1. **Nos termos da jurisprudência desta Corte, a quantidade e/ou a natureza da droga podem justificar a não aplicação da minorante prevista no art. 4º do art. 33 da Lei 11.343/2006, quando evidenciada a dedicação à atividade criminosa.**

2. Hipótese que o Tribunal de origem negou a aplicação do benefício em virtude das circunstâncias do caso, sendo que a pretendida revisão do julgado implicaria o reexame do material cognitivo produzido nos autos, insuscetível de ser realizada na estreita via do especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental improvido.

(STJ - AgRg no REsp 1578508 / PA 2016/0018663-1 – Relator: Ministro NEFI CORDEIRO - Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA - Data do Julgamento: 24/10/2017 - Data da Publicação/Fonte: DJe 06/11/2017)

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO PRÓPRIO. NÃO CABIMENTO. TRÁFICO DE DROGAS. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. PENA APLICADA A CORRÊU EM PATAMAR INFERIOR. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INTERESTADUALIDADE. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. REVISÃO FÁTICO-PROBATÓRIA. PENA-BASE FIXADA ACIMA DO MÍNIMO LEGAL EM RAZÃO DA QUANTIDADE E VARIEDADE DE ENTORPECENTES APREENDIDOS. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. MAJORAÇÃO EM PATAMAR EXACERBADO. REDUÇÃO DA PENA. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO. CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA (§ 4º DO ART. 33 DA LEI N. 11.343/06) NÃO APLICADA. DEDICAÇÃO DO PACIENTE À ATIVIDADE CRIMINOSA. INEXISTÊNCIA DE *BIS IN IDEM*. HIPÓTESE DIVERSA DA JULGADA NO ARE N. 666.334/RG

(REPERCUSSÃO GERAL), DO STF. PROCESSOS EM CURSO PARA AFASTAR A APLICAÇÃO DA MINORANTE DO TRÁFICO PRIVILEGIADO. POSSIBILIDADE. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO EM RELAÇÃO À PENA-BASE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO PARA REDUZIR A PENA BASE.

1. Diante da hipótese de *habeas corpus* substitutivo de recurso próprio, a impetração sequer deveria ser conhecida, segundo orientação jurisprudencial do Supremo Tribunal Federal e do próprio Superior Tribunal de Justiça. Contudo, considerando as alegações expostas na inicial, razoável a análise do feito para verificar a existência de eventual constrangimento ilegal que justifique a concessão da ordem de ofício.

2. A aplicação do princípio da igualdade e a equiparação das penas entre o corréu e o ora paciente não foi analisada pelo Tribunal de origem, o que afasta a competência desta Corte Superior sob pena de incorrer em indevida supressão de instância. Precedentes.

3. O pedido de exclusão da causa especial de aumento correspondente a interestadualidade do delito em razão de sua não aplicação ao corréu também não foi analisado no Tribunal de origem, o que impede sua análise por esta Corte Superior. Entretanto, a análise desta tese, ainda que dissociada do princípio da igualdade, não se faz possível na via estreita do *habeas corpus*, uma vez que demanda aprofundado revolvimento do conjunto fático-probatório. Precedentes.

4. A majoração da pena-base foi fundamentada pelas instâncias ordinárias na natureza e na quantidade dos entorpecentes apreendidos, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06, cuja norma prevê a preponderância de tais circunstâncias em relação às demais previstas no art. 59 do Código Penal. Contudo, a majoração na primeira fase em 1 ano e 6 meses por cada um desses vetores se mostra desproporcional, segundo a linha de precedentes desta Corte Superior. Assim, melhor se adequa ao caso o aumento na fração de 1/6 da pena mínima em abstrato, sendo fixada, assim, no patamar de 5 anos e 10 meses de reclusão. Mantida a fração de aumento no mínimo legal (1/6) em razão da interestadualidade do delito, a pena definitiva deve ser reduzida ao patamar de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão. A pena de multa também deve ser reduzida, na mesma proporção, sendo fixada em 690 dias-multa. O regime inicial fechado deve ser mantido em razão da natureza e da quantidade da droga, nos termos do art. 42 da Lei n. 11.343/06.

5. A não aplicação ao caso concreto da causa de diminuição de pena prevista no § 4º do art. 33 da Lei n. 11.343/06, foi justificada pelo Magistrado em razão da dedicação do paciente a atividades criminosas. Para tal afirmação, valeu-se, em primeiro grau, da quantidade da drogas apreendidas e da existência de ações penais e investigações criminais em curso, o que está em consonância com o entendimento desta Corte.

6. "É possível a utilização de inquéritos policiais e/ou ações penais em curso para formação da convicção de que o Réu se dedica a atividades criminosas, de modo a afastar o benefício legal previsto no artigo 33, §4º, da Lei 11.343/06 " (EREsp 1431091/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, TERCEIRA SEÇÃO, Dje 01/02/2017).

7. Quantidade e natureza da droga são circunstâncias que servem de indício de que o paciente se dedica a atividade criminosa. Precedentes. Ademais, para se acolher a tese de que o paciente não se dedica a atividades criminosas, é necessário o reexame aprofundado das provas, inviável em habeas corpus.

8. A utilização concomitante da quantidade de droga apreendida para elevar a pena-base (1ª fase da dosimetria) e para afastar a incidência da minorante prevista no § 4º do art. 33 da Lei de Drogas (3ª fase da dosimetria) - por demonstrar que o acusado se dedica a atividades criminosas ou integra organização criminosa - não configura bis in idem. Hipótese diversa daquela discutida no ARE n. 666.334 (Repercussão Geral), no qual o Pretório Excelso passou a considerar bis in idem a utilização da quantidade de droga "tanto na primeira fase de fixação da pena, como circunstância judicial desfavorável, quanto na terceira, para modular a aplicação da causa especial de diminuição de pena prevista no

art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006" (ARE 666.334/RG, Rel.: Ministro GILMAR MENDES, DJ de 6/5/2014). Habeas corpus não conhecido. Ordem concedida, de ofício, para reduzir a pena aplicada ao paciente, ao patamar de 6 anos, 9 meses e 20 dias de reclusão, além de 690 dias-multa, na fração mínima, mantido o regime inicialmente fechado. (STJ - HC 361363 / PR 2016/0173447-8 Relator: Ministro JOEL ILAN PACIORNIK - Órgão Julgador: T5 - QUINTA TURMA - Data do Julgamento: 07/11/2017 - Data da Publicação/Fonte: DJe 14/11/2017)

De igual modo, resta indeferido o **pleito recursal de substituição da privação de liberdade por penalidades restritivas de direito ou por uma pena restritiva de direito e multa**, posto que a referida substituição subsume-se à regência do art. 44 do Código Penal, segundo o qual só faz jus ao benefício legal o condenado a pena inferior a 4 anos.

Na espécie, tendo a reprimenda corporal final alcançado 9 (nove) anos de reclusão, não é possível a pretendida substituição.

Desta forma, não obstante as razões contidas no apelo sob estudo, não vislumbro meios de cassar o julgamento impugnado, devendo-se manter hígida a sentença prolatada pelo Juízo Primevo, também quanto a este ponto.

Ante o exposto, **CONHEÇO PARCIALMENTE o apelo interposto, NEGANDO PROVIMENTO quanto à parte conhecida**, mantendo hígida a sentença vergatastada.

Considerando o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de ser possível a execução provisória da pena após a confirmação da condenação pelo Tribunal de Justiça (STF, HC 126.292), **oficie-se ao Juízo de Execuções Penais competente, comunicando-o da confirmação da sentença condenatória.**

É como voto.

Presidiu o julgamento, com voto, o Excelentíssimo Senhor Desembargador **João Benedito da Silva, decano do exercício da Presidência da Câmara Criminal**, dele participando os Excelentíssimos Senhores Desembargadores **Márcio Murilo da Cunha Ramos, relator**, Arnóbio Alves Teodósio, revisor, e Marcos William de Oliveira (Juiz de Direito convocado até o preenchimento da vaga de Desembargador, 2º vogal). Ausente justificadamente o Desembargador Carlos Martins Beltrão Filho.

Presente à sessão o Excelentíssimo Senhor José Roseno Neto, Procurador de Justiça.

Sala de Sessões da Câmara Criminal "Desembargador Manoel Taigy de Queiroz Mello Filho" do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 5 de junho de 2018.

Des. Márcio Murilo da Cunha Ramos
Relator